Sygn. akt: KIO 1846/19

WYROK

z dnia 2 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu października 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 września 2019 r. przez odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Catermed S.A. z siedzibą w Łodzi, Jol-Mark Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach oraz P.P.H.U. Postęp Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach w postępowaniu prowadzonym przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Łukowie

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego oraz nakazuje ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;

2. kosztami postępowania obciąża Samodzielny Publiczny Zakład Opieki

Zdrowotnej w Łukowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców Catermed S.A. z siedzibą w Łodzi, Jol-Mark Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach oraz P.P.H.U. Postęp Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach

tytułem wpisu od odwołania;

2.1. zasądza od zamawiającego Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Łukowie na rzecz wykonawców: Catermed S.A. z siedzibą w Łodzi, Jol-Mark Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach oraz P.P.H.U. Postęp Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero gr) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania (15 000 zł) i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego (3 600 zł).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do

Sądu Okręgowego w Lublinie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 1846/19

Uzasadnienie

Zamawiający: nazwa: Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Łukowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „Świadczenie usług żywienia zbiorowego dla pacjentów SPZOZ w Łukowie wraz z dzierżawą pomieszczeń". Ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 12 marca 2019 r. nr 2019/S 050-115957, nr sprawy 4/19.

Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Catermed S.A., Jol-Mark Sp. z o.o. oraz P.P.H.U. Postęp Sp. z o.o., wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego, tj. odrzucenia oferty Odwołujących z naruszeniem przepisów Pzp i unieważnienia postępowania z naruszeniem przepisów Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 138r ust. 1 i 2 oraz art. 138k i art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez odrzucenie oferty Odwołujących ze względu na niezgodność oferty z siwz , podczas gdy:

1) oferta jest zgodna z SIWZ, Odwołujący przewidzieli na s. 3 jadłospisu dekadowego, stanowiącego część oferty, że w piątek osoby zachowujące post będą mogły na kolację spożyć sałatkę z groszku,

a osoby niezachowujące postu - pastę mięsną, według wyboru danej osoby, co powoduje, że w istocie Odwołujący zastosowali się do SIWZ w ofercie przez „wzięcie pod uwagę postu", jak stanowi pkt 10.1 załącznika nr 2 do SIWZ. SIWZ nie stanowi zaś, że w piątek w ogóle nie może być podana potrawa mięsna, a ewentualne nieścisłości SIWZ powinny być odczytywane w razie wątpliwości na korzyść wykonawców,

2) oferta jest zgodna z SIWZ, gdyż Odwołujący, przewidując na str. 3 wzorcowego jadłospisu dekadowego, stanowiącego część oferty, że w piątek podana będzie sałatka z groszku, miał prawo zaoferować potrawę stanowiącą zarówno produkt białkowy jak i dodatek warzywny, gdyż w SIWZ nie ma zakazu łączenia produktów białkowych i dodatków warzywnych w jednej potrawie w ramach danego posiłku,

3) oferta jest zgodna z SIWZ, gdyż Odwołujący, udzielając wyjaśnień oferty co do składu sałatki z groszkiem wcale nie próbowali tuszować braku produktu białkowego i dodatku warzywnego przez uwzględnienie w składzie sera żółtego i ogórka kiszonego, lecz sałatka z groszkiem według tradycyjnej, zwyczajowej receptury zawiera i białko, i warzywa (nawet bez uwzględnienia sera żółtego i ogórka kiszonego z samej nazwy potrawy wynika, że zawiera ona jogurt - produkt białkowy i groszek - zarówno produktu białkowego jak i dodatku warzywnego), a podanie pełnego składu nie stanowi niedozwolonej zmiany treści oferty, ponadto sformułowanie „sałatka z groszku" jasno wskazuje, iż potrawa nie składa się tylko z jednego składnika, lecz z minimum dwóch: groszku i jogurtu,

4) nawet zamienne posługiwanie się określeniem „sałatka z groszku" i „sałatka z groszkiem" nie może być według racjonalnej wykładni rozumiana jako zmiana oferty, skoro wyrażenia te są równoznaczne (posłużenie się czysto gramatycznie odmiennym wyrażeniem na określenie tej potrawy nie prowadzi do wskazania potrawy o innym składzie czy charakterystyce odżywczej),

5) poprzez uwzględnienie na str. 3 wzorcowego jadłospisu, że w piątek osoby zachowujące post będą mogły na kolację spożyć sałatkę z groszku, a osoby niezachowujące postu - pastę mięsną, według wyboru danej osoby, Odwołujący nie przedstawili oferty wariantowej, gdyż wcale nie wynika stąd odmienny niż określony przez Zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego, lecz spełnienie wymagań SIWZ w stopniu wyższym niż minimalny,

6) wyliczenie wartości kalorycznej we wzorcowym jadłospisie w przypadku piątku opierało się na założeniu, że pacjent może według swojego wyboru spożyć zarówno wszystkie składniki na kolację, jak i zrezygnować z pasty mięsnej (zachowując post), przy czym min. wartość kaloryczna diety wskazana w SIWZ oraz w odpowiedzi na pytanie nr 57 do SIWZ min. i maks. przedziały makroskładników w ramach diety podstawowej są w obydwu wypadkach zachowane,

7) oferta jest zgodna z SIWZ także dlatego, że Zamawiający nie przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu ani w SIWZ żadnych dodatkowych przesłanek odrzucenia oferty oprócz tych wskazanych w art. 89 Pzp (art. 138r ust. 2 Pzp),

2. art. 186 ust. 2 zd. 2 w zw. z art. 138l (L) Pzp przez odrzucenie oferty pomimo uprzedniego uwzględnienia odwołania z 17 czerwca 2019 r. (na co wskazuje postanowienie KIO 1117/19), którego żądaniem było dokonanie ponownego zbadania ofert z

uwzględnieniem oferty Odwołujących i z pominięciem już przesądzonej tym samym kwestii zgodności tej oferty z SIWZ, podczas gdy ponowne odrzucenie oferty, dokonane dnia 9 września 2019 r., zostało dokonane na tej samej podstawie i przy niezmienionym stanie faktycznym i prawnym postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

3. art. 93 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 138k zd. 2 oraz w zw. z art. 138r ust. 3 Pzp przez unieważnienie postępowania na skutek pominięcia oferty Odwołujących jako niesłusznie odrzuconej, podczas gdy w braku unieważnienia postępowania ta oferta zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, a cena tej oferty nie przewyższa kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,

2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołujących,

3. ponownego dokonania czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołujących. Wnosi ponadto o przeprowadzenie dowodu z akt sprawy o sygn. akt KIO 1117/19 (w posiadaniu KIO) na okoliczność uwzględnienia przez Zamawiającego w całości żądań odwołania z dnia 17 czerwca 2019 r.

Uzasadniając zarzuty i żądania Odwołujący wskazał, co następuje.

Zamawiający dokonał powtórnej czynności badania i oceny oferty Odwołujących na skutek uwzględnienia poprzedniego odwołania (sygn. akt KIO 1117/19). Pozostałe oferty zostały odrzucone. Z treści odwołania z dnia 17 czerwca 2019 r., które zostało w całości przez Zamawiającego uwzględnione, wynika, że zostało ono wniesione od czynności odrzucenia oferty Odwołujących z powodu niezgodności oferty z SIWZ oraz unieważnienia postępowania. Pismem z 6 sierpnia 2019 r. Zamawiający wezwał Odwołującego o wyjaśnienie treści złożonej oferty w zakresie dotyczącym przykładowego jadłospisu, poprzez określenie: 1. jaki dodatek warzywny został zaoferowany w przypadku kolacji zaproponowanej na piątek w kontekście wyjaśnień treści oferty zawartej w odwołaniu Wykonawcy z 17 czerwca 2019 r. (dot. sałatki z groszkiem), 2. jaki skład ma zaproponowana sałatka z groszkiem, 3. jaka jest całodzienna wartość energetyczna oraz zawartość poszczególnych składników pokarmowych wskazanych w ofercie dla posiłków, jakie miałyby być wykonane według jadłospisu wzorcowego w piątek, skoro wg wyjaśnień Wykonawcy złożonych w w/w odwołaniu, pacjent może dokonać takiego wyboru spośród zaoferowanych mu składników, iż może on zarówno zachować post jak też i go nie zachować, z równoważnym skutkiem. W piśmie z 8 sierpnia 2019 r. Odwołujący wyjaśnił, iż: I)Zaproponowany przez Wykonawcę jadłospis spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego wskazane w SIWZ oraz załącznikach do SIWZ. Wymogiem Zamawiającego było, aby kolacje składały się z dodatków do pieczywa białkowych i warzywnych. Sałatka z groszku/sałatka z groszkiem jest daniem wieloskładnikowym, zawierającym zarówno dodatek białkowy - jogurt naturalny, ser żółty jak i warzywny- groszek, ogórek kiszony. Niezależnie od tego czy pacjent zachowuje post, czy też nie, w dostarczonej dla niego kolacji znajduje się dodatek warzywny w postaci warzyw, z których składa się w/w sałatka, a zatem zaoferowany posiłek w każdym z tych przypadków, ze względu na skład i dostateczna gramaturę, zawiera dostateczną ilość zarówno białka jak i warzyw; 2) W skład zaproponowanej sałatki z groszku/sałatki z groszkiem wchodzi: groszek, jogurt naturalny, ser żółty oraz ogórek kiszony. Wykonawca zamiennie używa pojęć „sałatka z groszku" oraz „sałatka z groszkiem" (są to synonimy), gdyż zaproponowane danie jest produktem wieloskładnikowym, którego przeważającym składnikiem jest groszek, więc użycie zarówno jednego jak i drugiego określenia jest prawidłowe; 3) Całodzienna wartość energetyczna oraz zawartość poszczególnych składników pokarmowych zgodnie z jadłospisem załączonym do oferty w piątek przedstawia się następująco: a)W przypadku całodziennego posiłku zawierającego mięso (z pastą mięsną) : Energia [kcal] -2002,6 Białko [g] - 69,91 Tłuszcz [g] - 66,48 Węglowodany [g] - 305,99 Sód [mg] - 2398,00 Wapń [mg] - 1022,90 Żelazo [mg] - 14,68 Witamina C [mg] - 148,18 Nasycona kwasy tłuszczowe [g] - 21,97 Cholesterol [mg] -233,00 Błonnik [g] - 36,82 b)W przypadku całodziennego posiłku postnego (bez pasty mięsnej): Energia [kcal] - 1895,00 Białko [g] - 63,67 Tłuszcz [g] - 61,70 Węglowodany [g] - 303,89 Sód [mg] - 2121,40 Wapń [mg] - 951,90 Żelazo [mg] - 14,02 Witamina C [mg] - 148,00 Nasycona kwasy tłuszczowe [g] - 19,74 Cholesterol [mg] - 197,00 Błonnik [g] - 36,82 Zarówno w przypadku, gdy pacjent spożyje w piątek na kolację wszystkie podane produkty tj. pieczywo, masło, sałatkę z groszku/sałatkę z groszkiem i pastę mięsną oraz gdy spożyje jedynie pieczywo, masło oraz sałatkę z groszku/sałatkę z groszkiem, zachowując post zachowana zostanie wartość energetyczna oraz zawartość poszczególnych składników pokarmowych zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Pismem z 9 września 2019 r. Zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty ze względu na jej niezgodność z SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp). Zamawiający wskazał na następujące

przyczyny niezgodności oferty z SIWZ: 1. Zamawiający oczekiwał na mocy SIWZ zaoferowania przez wykonawcę w jadłospisie zarówno produktu białkowego, jak i dodatku warzywnego lub owocowego, podczas gdy w ofercie Odwołujących produkt o nazwie „sałatka z groszku" była przez Odwołujących w wyjaśnieniach do oferty zamiennie klasyfikowana jako produkt białkowy i jako dodatek warzywny, w dodatku określano ten produkt rozmaitymi nazwami (jako „sałatka z groszku" i jako „sałatka z groszkiem"), a także ze względu na podawanie przez Odwołujących w składzie tego produktu innych składników, m.in. ser żółty (cyt. Aby uzupełnić braki w produkcie białkowym, jak twierdzi Zamawiający) i ogórek kiszony (cyt. Aby uzupełnić braki w dodatku warzywnym, jak twierdzi Zamawiający), co sprawia, że w konsekwencji Odwołujący dokonali w drodze w/w wyjaśnień niedozwolonej zmiany oferty w rozumieniu art. 87 ust. 1 Pzp, 2. zaproponowanie przez Odwołujących w ofercie w jadłospisie w kolacji na piątek pasty mięsnej stanowi niezgodność z SIWZ z powodu wskazania w SIWZ, że na ten dzień menu powinno zostać sporządzone z uwzględnieniem postu, zaś zaproponowanie składnika mięsnego dyskwalifikuje ofertę, 3. z wyjaśnień Odwołujących rzekomo wynika, że całodzienna wartość energetyczna w przypadku całodziennego posiłku postnego (bez pasty mięsnej) jest niezgodna z podaną w ofercie, co jest niedopuszczalną zmianą oferty. Z wyjaśnień rzekomo wynika dodatkowo, że de facto złożona oferta ma charakter oferty wariantowej, podczas gdy Zamawiający nie dopuścił składania ofert wariantowych, 4. wartość kaloryczna dla każdego dnia diety, podana przez Odwołujących, jest rzekomo nieweryfikowalna z powodu wahania się wartości procentowego udziału energii pochodzącej z makroskładników w całodziennej wartości kalorycznej diety waha się w poszczególnych dniach od 95% do 104%.

Powyższa decyzja Zamawiającego została ona dokonana z naruszeniem Pzp. Gdyby nie ta czynność, jako najkorzystniejsza zostałaby wybrana ta oferta

Wszystkie zarzuty Zamawiającego względem oferty Odwołujących dotyczą przedstawionego w treści oferty wzorcowego jadłospisu, którego wymagał tego Zamawiający w SIWZ. Jadłospis nie zawiera zestawu żywieniowego, który będzie oferowany w niezmiennej formie przez cały okres wykonania zamówienia, lecz ma jedynie charakter wzorca, a oferowane posiłki będą ulegały okresowej (dekadowej) zmianie. Już sama okoliczność braku mocy wiążącej treści jadłospisu w pełnym zakresie dla wykonania zamówienia wskazuje, że nie należy badać jego zgodności z SIWZ w sposób absolutny i kategoryczny, skoro i tak jego zawartość będzie ulegać okresowej zmianie.

Ad 1) zgodność z wymogiem wzięcia pod uwagę postu, zgodnie z pkt. 10.1 zał. 2 do SIWZ, w jadłospisie należy uwzględniać różnorodny dobór dozwolonych w danej diecie produktów, potraw, technik kulinarnych oraz sezonowość warzyw i owoców. W planowaniu jadłospisów muszą być wzięte pod uwagę posty i święta wymienione w siwz. Zamawiający zarzuca Odwołującym, że w w/w jadłospisie nie zachowali wymogu wzięcia pod uwagę konieczności serwowania potraw postnych w dni takie jak piątek i święta, tradycyjnie uznawane za dni, w które spożywa się potrawy postne, ponieważ na str. 3 wzorcowego jadłospisu - dzień piątek, posiłek: kolacja, wskazali potrawę w postaci pasty mięsnej. Co do tego zarzutu, należy podkreślić, że Odwołujący, zgodnie z SIWZ, „wzięli pod uwagę" przy układaniu jadłospisu okoliczność postów w piątki i święta o tradycji postu. Nie stoi temu na przeszkodzie okoliczność, że w jadłospisie na piątek na kolację przewidziane jest podanie pasty mięsnej. Jednocześnie bowiem przewidziane jest podanie sałatki z groszku. Sałatka z groszku, jako produkt wegetariański (groszek należy do roślin strączkowych, takich jak bób, fasola czy ciecierzyca), kwalifikowana jest jako potrawa postna. Zawiera ponadto znaczną ilość białka, która zrekompensować ma charakterystyczny dla potraw wegetariańskich niedobór białka w porównaniu z potrawami pochodzenia zwierzęcego. Z doboru zaś składników kolacji przewidzianej na piątek widać wyraźnie, że pacjent nie powinien mieć wątpliwości, jaki charakter mają podane mu potrawy na kolację. Skoro otrzymuje chleb, masło, pastę mięsną i sałatkę z groszkiem, intuicyjnie powinien dokonać rozróżnienia między pastą mięsną i sałatką z groszkiem i spożyć potrawę skomponowaną z chleba, masła i sałatki z groszkiem, jeśli jego wolą jest zachowanie postu, albo skomponowaną z chleba, masła i pasty mięsnej, jeśli nie zachowuje on postu. SIWZ dozwala na takie rozwiązanie, gdyż nie zawiera zakazu serwowania potraw mięsnych w piątek czy święto; zawiera jedynie obowiązek „wzięcia pod uwagę", że pacjenci mogą chcieć zachować post w ten dzień. „Wzięcie pod uwagę" postu nie wyklucza serwowania posiłków w taki sposób, aby pacjenci mogli spożyć potrawę postną lub mięsną, zależnie od ich preferencji. Odwołujący zatem nie tylko zachowali minimalne standardy wymagane przez Zamawiającego, lecz zawarli w ofercie wartość dodaną poprzez zaoferowanie pacjentom możliwości wyboru posiłku, biorąc pod uwagę, że mogą oni chcieć lub nie chcieć zachować postu. Odwołujący w załączonym do oferty jadłospisie w piątek na kolację uwzględnili zarówno produkt postny bezmięsny tj. sałatkę z groszku 100g jak i dodatek dla pacjentów nie stosujących postu tj. pastę mięsną 60g. Dodatki mogą być stosowane zamiennie, gdyż są zapewnione w odpowiednio wysokiej gramaturze. Nigdzie w SIWZ nie ma zapisu, iż tego dnia nie może być podane mięso. Zatem Odwołujący zgodnie z w/w zapisem wzięli pod uwagę posty takie jak piątek. Na wszelki wypadek: że zgodnie z orzecznictwem KIO, wszelkie ewentualne nieścisłości czy niejednoznaczne określenia użyte w SIWZ należy interpretować na korzyść wykonawców, nie zaś Zamawiającego (por. wyrok

Ad 2) zgodność z wymogiem wskazania w posiłku produktu białkowego i dodatku warzywnego - W odpowiedzi na pytanie 60 do SIWZ z 29.03.2019 r. Zamawiający wskazuje: „Zgodnie natomiast z opisem przedmiotu wszystkie posiłki muszą być pełnowartościowe (zawierać produkt węglowodanowy, dodatek tłuszczowy, produkt białkowy oraz warzywny i/lub owocowy). Brak spełnienia w/w spowoduje odrzucenie oferty". Zamawiający wskazuje w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty (s. 2), że używając sformułowania „oraz" jasno określił zapisy w SIWZ, iż oczekuje zarówno produktu białkowego jak również dodatku warzywnego i/lub owocowego. Zamawiający wywodzi ponadto, iż sami Odwołujący dokonali w odwołaniu z 17 czerwca 2019 r. zakwalifikowania sałatki z groszku, o której mowa w jadłospisie wzorcowym (s. 3), jako produktu białkowego, zaś w wyjaśnieniach z dnia 8 sierpnia 2019 r. - jako dodatku warzywnego. Taka interpretacja pism jest zupełnie sprzeczna z treścią oświadczeń Odwołujących. Odwołujący konsekwentnie w kolejnych oświadczeniach określają sałatkę z groszku jako potrawę wieloskładnikową, która ze względu na zawartość groszku łączy cechy zarówno produktu białkowego, jak i dodatku warzywnego. Między treścią odwołania z 17 czerwca 2019 r. a treścią wyjaśnień z 8 sierpnia 2019 r. nie zachodzi żadna sprzeczność, a Zamawiający nie podołał wykazaniu rzekomej sprzeczności tych oświadczeń w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty. Wiele warzyw tradycyjnie spożywanych w Polsce zawiera białko. Są to przede wszystkim rośliny strączkowe, jak już wyżej wskazano (Ad 1). Fakt zawartości w nich białka nie sprawia jednak wcale, że przestają one być klasyfikowane przede wszystkim jako warzywa. Wskazywanie przez Zamawiającego, że oczekiwał on zaoferowania w sposób całkowicie odrębny (odseparowany) produktów białkowych i dodatków warzywnych (jako osobnych potraw) wcale nie wynika ze wskazanej odpowiedzi do SIWZ. Trzymanie się tej wykładni oznaczałoby każdorazową konieczność oferowania przez wykonawcę w posiłkach wyłącznie warzyw lub owoców w ogóle niezawierających białka. W tradycji kuchni polskiej takie warzywa jak groch, fasola czy bób są jednak powszechnie spożywane, a wyłączenie ich z diety podstawowej oznaczałoby znaczne zubożenie tej diety. Idąc dalej, należałoby jednak zachować konsekwentność w tego typu wykładni i oferować całkowicie osobno wszystkie elementy posiłku wskazane w odpowiedzi na pytanie 60 do SIWZ, czyli oferować - w ramach jednego posiłku - osobno produkt węglowodanowy, dodatek tłuszczowy, produkt białkowy oraz dodatek warzywny i/lub owocowy. Użycie sformułowania „oraz" dotyczy bowiem, jak widać wprost w kontekstu, całego zdania, a nie jego wycinka (wymienianie kolejnych elementów po przecinku, zgodnie z regułami logiki, oznacza koniunkcję, czyli łączność). Należałoby zatem, idąc tym tokiem rozumowania, zaoferować w ramach posiłku: produkt węglowodanowy, który nie zawiera wcale tłuszczu, białka, a przy tym nie jest ani warzywem, ani owocem; ponadto dodatek tłuszczowy, który nie zawiera w ogóle węglowodanów, białka, a przy tym warzyw ani owoców; dodatek warzywny lub owocowy, który nie zawiera w ogóle węglowodanów (sic!) itd. Wykładnia ta prowadzi zatem do absurdalnych wniosków. Brak w niej także konsekwentności. Co więcej, gdyby Zamawiający wymagał podawania lub wskazania w każdym posiłku tych dodatków osobno to np. w obiedzie: barszcz czerwony, naleśniki z serem, surówka wiosenna, cukinia gotowana, kompot z owoców (por. jadłospis wzorcowy, poniedziałek) Odwołujący musieliby wyodrębnić dodatek tłuszczowy, np. olej rzepakowy. Ponadto np. „naleśniki z serem" także są potrawą zawierającą zarówno wymagany dodatek białkowy: ser, jak i węglowodanowy w postaci mąki w jednej potrawie. Nie są w tym obiedzie podawane dodatkowe osobne produkty białkowe w postaci np. mięsa ani dodatkowe osobne produkty węglowodanowe w postaci np. ziemniaków czy kaszy ani też Zamawiający nie żądał podawania składu czy receptury danej potrawy w celu udowodnienia, iż zawiera ona wszystkie wymagane dodatki czy produkty.

Tej części jadłospisu Zamawiający nie zakwestionował jednak co do zgodności oferty z SIWZ, co tylko potwierdza brak konsekwentności twierdzeń Zamawiającego w tej materii.

Ad 3) Zamawiający podnosi, że poprzez rzekome klasyfikowanie przez Odwołujących w ofercie sałatki z groszkiem raz jako produktu białkowego, a raz jako dodatku warzywnego oraz podanie pełnego składu tej potrawy w wyjaśnieniach z 8 sierpnia 2019 r. Odwołujący dokonali niedozwolonej zmiany treści oferty. Zamawiający w zał. 2 do SIWZ pkt 10 wskazał zaś: „Do każdego posiłku wymagane są dodatki w postaci surówek, warzyw i owoców sezonowych dostosowanych do danej diety, posiłki powinny zawierać także jogurty". Ponadto w odpowiedzi na pytanie 50 z 29.03.2019 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi: „Do każdego z trzech posiłków (śniadanie, obiad, kolacja) wymagane są dodatki w postaci surówek lub warzyw lub owoców sezonowych dostosowanych do danej diety". Natomiast w odpowiedzi na pytanie 60 z dnia 29.03.2019 r. Zamawiający wskazuje: „Zgodnie natomiast z opisem przedmiotu wszystkie posiłki muszą być pełnowartościowe (zawierać produkt węglowodanowy, dodatek tłuszczowy, produkt białkowy oraz warzywny i/lub owocowy). Brak spełnienia w/w spowoduje odrzucenie oferty". Sałatka z groszku, której w istotnej części dotyczy przedmiotowy spór, zawiera recepturę dostosowaną do powyższych wymagań. Już z samego sformułowania „sałatka z groszku" jasno wskazuje, iż potrawa nie składa się tylko z jednego składnika tak jak dodatki typu: pomidor, ogórek, czy groszek, lecz z minimum dwóch: groszku i jogurtu. Zamawiający dnia 06.08.2019 r. wezwał Odwołujących do

wyjaśnień, w tym do podania jaki skład ma sałatka z groszku. W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca podał całościowy skład zaproponowanej sałatki. Należy jednak zaznaczyć, iż nawet bez dodatkowych składników sałatki tj. sera żółtego czy ogórka kiszonego składa się ona z min. dwóch głównych składników tj. groszku (dodatek warzywny, jak i produkt białkowy) i jogurtu naturalnego (produkt białkowy). Podanie w składzie oprócz tych składników w postaci sera żółtego i ogórka kiszonego nie miało zatem żadnego znaczenia dla zgodności oferty z SIWZ. Zgodnie zaś z art. 87 ust. 1 Pzp, W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. la i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. Przez pojęcie zmiany w treści oferty nie można jednak rozumieć wyjaśnienia jej treści. Odwołujący ograniczyli się - w ramach wyjaśnień oferty - na żądanie Zamawiającego, do podania pełnego składu sałatki z groszku. Nie stanowi to jednak zmiany oferty, gdyż w dalszym ciągu Odwołujący oferują w jadłospisie tę samą potrawę - sałatkę z groszku. Dodanie do niej sera żółtego i ogórka kiszonego w żaden sposób nie zmienia charakteru tej potrawy ani nie stanowi żadnego zaskoczenia w porównaniu z potocznym rozumieniem tego pojęcia, stosowanego w obrocie. Zmianą oferty byłoby tylko, na skutek wezwania do wyjaśnień, zaoferowanie zamiast sałatki z groszku np. sałatki greckiej albo sałatki cezara (o ile w ogóle można to uznać za zmianę istotną, kwalifikującą ofertę do odrzucenia), gdyż stanowią one potrawę innego typu. Jak stwierdziła (Irena Skubiszak-Kalinowska, Ewa Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2019, [w]: komentarz do art. 87, pkt. 1 in fine), Zamawiający, oprócz żądania doprecyzowania oferty (co wiąże się ze zmianą jej treści), uprawniony jest także do żądania przedstawienia informacji dodatkowych związanych ze złożoną ofertą (wyrok KIO 1298/16). Należy jednak mieć na uwadze, że nie jest możliwe dokonywanie istotnych zmian w treści oferty oraz zmian wymagań zawartych w SIWZ. Ustawodawca nie doprecyzował jednak, co rozumie pod pojęciem „istotności" zmian. Jak widać, w przepisie art. 87 ust. 1 Pzp nie są wykluczone wyjaśnienia oferty precyzujące jej treść. Jedynie na marginesie w tym miejscu należy wskazać, że nawet w razie wystąpienia przesłanki z art. 87 ust. 1 Pzp, ofertę należałoby odrzucić na podstawie niezgodności oferty z ustawą, a nie z SIWZ. Jest to jednak uchybienie, które wydaje się być bez wpływu na wynik postępowania.

Ad 4) zgodność oferty z SIWZ w wypadku posługiwania się określeniami „sałatka z groszku" i „sałatka z groszkiem" Zamawiający odrzucił ofertę także dlatego, że Odwołujący w kolejnych pismach nazywali zaoferowaną w jadłospisie potrawę zamiennie „sałatką z groszku" i „sałatką z groszkiem". Należy jednak wskazać, że zgodnie z art. 65 § 1 Kc w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp, Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. (O tym, że oświadczeniem woli jest zarówno SIWZ, jak i oferta, przesądza choćby wyrok KIO 2739/17). Oświadczeń woli składanych przez Odwołującego nie można interpretować zatem w sposób przesadnie literalny. Zamawiający nie wykazuje w żaden sposób, że poprzez używanie w/w określeń zamiennie doszło do jakiejkolwiek zmiany treści oferty. Bezsprzecznie bowiem „sałatka z groszku" i „sałatka z groszkiem" są wyrażeniami synonimicznymi. Trudno sobie bowiem wyobrazić, aby możliwe było przyrządzenie sałatki z samego groszku (bez innych dodatków). Potrawa ta jest bowiem sałatką, a zatem jest wieloskładnikowa, jak sama nazwa wskazuje. Sałatka z groszku zatem w każdym wypadku będzie też sałatką z groszkiem, a sałatka z groszkiem będzie sałatką z groszku. Zresztą, odrzucenie oferty tylko na tej podstawie mogłoby być możliwe tylko przy wykazaniu, że działanie Odwołującego spowodowało istotną zmianę treści oferty (wynika to z brzmienia art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp, który nie ma charakteru bezwarunkowego). Brak jest zaś takich znamion; Zamawiający uchybił również ich wykazania. Podkreślić należy także, że treść art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp (w zw. z art. 138r ust. 1 Pzp) nie może być rozumiana w ten sposób, że jakiekolwiek - nawet najmniejsze - uchybienie znalezione w oświadczeniach wykonawcy prowadzi do niezgodności z SIWZ i do odrzucenia oferty. W orzecznictwie KIO ugruntowane jest bowiem stanowisko, że Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią siwz w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z siwz niemających istotnego charakteru (wyrok KIO 25/17); podobnie wyrok KIO 2739/17.

Ad 5-6) brak znamion oferty wariantowej w ofercie Odwołujących i spełnienie przez ofertę wymagań SIWZ w zakresie kaloryczności oraz zawartości makroskładników W zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Zamawiający wskazał, że de facto złożona oferta ma charakter wariantowy, gdyż całodzienna wartość energetyczna w przypadku posiłku postnego (bez pasty mięsnej) w pozycji - piątek, kolacja - wzorcowego jadłospisu, stanowiącego część oferty, różni się od podanej w wyjaśnieniach Odwołującego z 8 sierpnia 2019 r. wartości energetycznej tego posiłku z uwzględnieniem pasty mięsnej. Z twierdzeń

Zamawiającego wynika ponadto, że uznał on złożenie niedopuszczalnej w tym postępowaniu oferty wariantowej za złożenie oferty niezgodnej z SIWZ (SIWZ nie przewidywała możliwości złożenia oferty wariantowej). Z argumentacją Zamawiającego nie sposób się zgodzić. Jak widać z przytoczonej na str. 4 odwołania treści wyjaśnień Zamawiającego, zostały one

spuentowane następującym zastrzeżeniem: Zarówno w przypadku, gdy pacjent spożyje w piątek na kolację wszystkie podane produkty tj. pieczywo, masło, sałatkę z groszku/sałatkę z groszkiem i pastę mięsną oraz gdy spożyje jedynie pieczywo, masło oraz sałatkę z groszku/sałatkę z groszkiem, zachowując post zachowana zostanie wartość energetyczna oraz zawartość poszczególnych składników pokarmowych zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Zgodnie z art. 2 pkt. 7 Pzp, ilekroć w ustawie mowa o ofercie wariantowej, należy przez to rozumieć ofertę przewidującą, zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego. Jak wyjaśniono w orzecznictwie KIO, Oferta wariantowa to oferta w której wykonawca przedstawia różne sposoby wykonania zamówienia, z których co najmniej jeden jest odmienny niż określony przez zamawiającego, np. poprzez użycie odmiennych (równoważnych) materiałów, czy zastosowania innej technologii (wyrok KIO 524/12); Ofertę wariantową charakteryzuje odmienny sposób wykonania zamówienia, tj. prezentuje ona inną niż przyjęta przez zamawiającego koncepcję uzyskania tego samego efektu za pomocą innych rozwiązań technicznych, zaś o możliwości składania ofert wariantowych decyduje zamawiający (wyrok KIO 1908/11); Oferta wariantowa to taka oferta, która zawiera propozycje wykonania umowy odmienne od wskazanych w SIWZ, np. w zakresie rozwiązań technicznych czy rodzaju stosowanych materiałów; składanie ofert wariantowych dopuszczalne jest tylko za zgodą zamawiającego. Nie oznacza to że w ofercie wariantowej przedstawia się różne warianty wykonania zamówienia. Dopuszczalny jest bowiem tylko jeden sposób wykonania zamówienia - odmienny niż określony przez zamawiającego, ale odpowiadający jego minimalnym warunkom (wyrok KIO 1559/11); Wymóg przedstawienia w ofercie dodatkowych "awaryjnych" sposobów realizacji zamówienia, który jest punktowany w podkryterium "uniwersalność koncepcji" - "wariantowość realizacji zamówienia", nie oznacza możliwości składania ofert wariantowych, w rozumieniu art. 2 pkt 7 pzp, skoro zamawiający nie określił jednoznacznie sposobu realizacji zamówienia, pozostawiając to w gestii wykonawcy (wyrok KIO 2119/12); Nawet w sytuacji, gdy ulotka lub katalog, a więc dokumenty pochodzące od producenta i często niezależne od wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu, przewidują kilka wariantów części danego urządzenia, nie oznacza to, że wykonawca ten złożył ofertę wariantową. Przy analizie treści oferty należy analizować wszystkie oświadczenia i dokumenty składające się na treść oferty, a więc także brać pod uwagę złożone w ofercie oświadczenie wykonawcy. Brak wymagań zamawiającego w treści SIWZ w określonym zakresie nie stanowi o wariantowości oferty (wyrok KIO 2674/13). Powyższe orzeczenia mają jeden wspólny mianownik - o ofercie wariantowej można mówić tylko wtedy, gdy oferta określa wykonanie zamówienia w sposób odmienny od postanowień SIWZ. Zamawiający w SIWZ wskazał w przedmiotowym zakresie jedynie dwa wymogi: po pierwsze, zgodnie z pkt. 10.1 załącznika nr 2 do SIWZ, W jadłospisie należy uwzględniać różnorodny dobór dozwolonych w danej diecie produktów, potraw, technik kulinarnych oraz sezonowość warzyw i owoców. W planowaniu jadłospisów muszą być wzięte pod uwagę posty i święta, takie jak, piątek, /.../ itp. Po drugie, zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 57 do SIWZ, „Zamawiający potwierdza, iż procentowa wartość energetyczna pochodząca z makroskładników w ciągu dnia tj. z białek, tłuszczów, węglowodanów w przypadku diety podstawowej 3 posiłkowej ma wynosić: białko ogółem 10-20% E; tłuszcze ogółem 20-35% E; węglowodany ogółem 45-65% E. Brak spełnienia powyższego wymogu spowoduje odrzucenie oferty".

Nie ma zaś wymogu, aby przedstawić wzorcowy jadłospis w taki sposób, by pacjent nie miał możliwości wyboru potraw w ramach posiłku. Odwołujący wskazali w SIWZ, że zarówno przy wyborze do zjedzenia posiłku składającego się z pieczywa, masła roślinnego, sałatki z groszku jak i pasty mięsnej (dla pacjentów niezachowujących postu), jak i przy wyborze do zjedzenia posiłku powyższego z pominięciem pasty mięsnej (dla pacjentów zachowujących post). Różnica między tak skomponowanymi posiłkami wynosi nieco ponad 100 kcal (2002,6 w porównaniu z 1895 kcal). Taka propozycja, zawarta w ofercie, mieści się zaś w ramach wyżej wskazanych wymogów SIWZ. Jednocześnie oczywisty sprzeciw budzi sytuacja, w której wykonawca oferuje więcej niż wymagają tego minimalne standardy określone w SIWZ, a spotyka się to z zarzutem niezgodności z SIWZ ze strony Zamawiającego. Tak naprawdę okazuje się bowiem (gdyby stanowisko Zamawiającego było prawidłowe), że gdyby Odwołujący nie zaoferowali możliwości wyboru spożycia dodatkowo pasty mięsnej do kolacji, ich oferta nie ulegałaby odrzuceniu. Jak wyżej wskazano, brak wymagań zamawiającego w treści SIWZ w określonym zakresie nie stanowi o wariantowości oferty. Skoro zatem Zamawiający nie wskazał jasno w SIWZ, że nie są dopuszczone wszelkie dodatki do oferty na korzyść jej jakości, należy uznać, że Zamawiający pozostawił tą kwestię w gestii wykonawcy. Co więcej, argumentacja Zamawiającego jest tym bardziej chybiona, że z przepisu art 2 pkt. 7 Pzp wynika, iż oferta wariantowa zakłada wykonanie zamówienia w sposób odmienny przez wykonawcę. Odwołujący nie narzucili zaś w ofercie pacjentom, jaką kolację powinni oni spożyć. Kwestia ta została zatem pozostawiona swobodnemu wyborowi pacjentów. Na marginesie, twierdzenia Zamawiającego o rzekomym wahaniu się wartości kalorycznej diety w jadłospisie w poszczególnych dniach od ok. 95% do ok. 104% całodziennej wartości energetycznej nie ma pokrycia w treści tego jadłospisu. Zarzut ten jest niezrozumiały, a przez to nieweryfikowalny. Odwołujący powyżej wykazali, że ich oferta

spełniła przedziały kaloryczności oraz zawartości makroskładników podane w SIWZ (załącznik nr 2, pkt. 10.1) i wskazane w odpowiedzi na pytanie nr 57 do SIWZ.

Ad 7) Zgodnie z art. 138r ust. 2 Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę również w innych przypadkach niż określone w art. 89, jeżeli przewidział dodatkowe przesłanki odrzucenia oferty w ogłoszeniu o zamówieniu albo w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający przewidział przesłanki odrzucenia oferty wielokrotnie w SIWZ - przede wszystkim na str. 15 - i w odpowiedziach na pytania do SIWZ. W żadnym razie nie przewidział jednak Zamawiający takich przesłanek odrzucenia oferty, które byłyby podstawą do odrzucenia jej na podstawach wskazanych w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty. Jak wyżej wykazano, nie mieszczą się one bowiem w hipotezie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp; co najwyżej zatem mogłoby dojść do odrzucenia oferty, jeżeli Zamawiający przewidziałby wprost dodatkowe podstawy do jej odrzucenia. Skoro zaś tego nie uczynił, a odrzucił ofertę, to taka czynność Zamawiającego jest niezgodna z Pzp. Brak bowiem przesłanek odrzucenia oferty, które zostałyby spełnione w przypadku oferty Odwołujących.

Zarzut naruszenia art. 186 ust. 2 zd. 2 w zw. z art. 1381 Pzp Zgodnie z art. 186 ust. 2 Pzp, W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Z przytoczonego przepisu wynika, że Zamawiający ma obowiązek uczynić zadość odwołaniu, które uwzględnił w całości w tym trybie. Odwołanie z dnia 17 czerwca 2019 r. również dotyczyło odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z SIWZ i również z tego samego powodu: rzekomej niezgodności str. 3 wzorcowego jadłospisu, stanowiącego część oferty, z SIWZ poprzez wskazanie w posiłku: piątek, kolacja na możliwość spożycia pasty mięsnej oraz sałatki z groszku. Skoro zaś Zamawiający oświadczył przed KIO, że uwzględnia w całości odwołanie Odwołujących, tym samym doszło do przesądzenia, że w tych aspektach oferta jest zgodna z SIWZ i Zamawiający nie ma prawa odwoływać swojego oświadczenia w tym przedmiocie. Należy dodać przy tym, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ani stan prawny w ogóle nie zmieniły się między dniem złożenia przez Zamawiającego oświadczenia o uwzględnieniu w całości odwołania Odwołujących a ponownym odrzuceniem ich oferty. Odrzucenie zatem oferty Odwołujących przez Zamawiającego ponownie na tych samych podstawach stanowi nadużycie kompetencji Zamawiającego i stoi wprost w sprzeczności z powołanym przepisem Pzp.

3) Zarzut naruszenia art. art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 138k zd. 2 Pzp oraz w zw. z art. 138r ust. 3 Pzp Niniejszy zarzut stanowi właściwie konsekwencje dokonanej sprzecznie z Pzp czynności odrzucenia oferty Odwołujących, Przebieg postępowania spowodował, że po odrzuceniu oferty Odwołujących pozostała tylko jedna oferta, której Zamawiający nie odrzucił. Cena tej oferty przewyższa jednak kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Skoro zaś kwoty tej Zamawiający nie mógł podwyższyć do ceny tej oferty, zadecydował, zgodnie z pismem z dn.09.09.2019r., o unieważnieniu postępowania. Gdyby Odwołujący nie zakwestionowali tej czynności Zamawiającego, lecz poprzestali na zaskarżeniu odrzucenia ich oferty, w istocie nie mieliby interesu prawnego we wniesieniu odwołania, gdyż postępowanie i tak zostało unieważnione. Należy jednak wziąć pod uwagę, że gdyby nie odrzucenie oferty Odwołujących, oferta Odwołujących zostałaby przez Zamawiającego wybrana jako oferta najkorzystniejsza, gdyż cena tej oferty nie przekraczała kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Nie doszłoby zatem do spełnienia przesłanki, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt. 4 Pzp. Należy zatem wskazać, że jeżeli uzasadniony jest zarzut błędnego odrzucenia oferty Odwołujących, to jednocześnie uzasadniony jest zarzut błędnego unieważnienia postępowania, gdyż do unieważnienia postępowania na tej podstawie nie doszłoby, gdyby Zamawiający nie odrzucił oferty Odwołujących. Skoro tak, należało zaskarżyć także czynność unieważnienia postępowania i zarzut ten jest uzasadniony.

Odwołujący podkreślają przy tym, że nie kwestionują braku możliwości Zamawiającego podwyższenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia do ceny oferty, która na moment unieważnienia postępowania była jedyną nie odrzuconą ofertą.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, co następuje.

Dnia 19.09.2019.r. poinformował Zamawiającego o wniesieniu odwołania.

Odnosząc się do zarzutów Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości jako

nieuzasadnione.

1) Zamawiający prowadzi. postępowanie w trybie zamówienia na usługi społeczne o wartości przekraczającej równowartość kwoty, o której mowa w art. 138g ust. 1 pkt. 1 ustawy PZP na Świadczenie usług żywienia zbiorowego dla pacjentów SPZOZ Łukowie wraz z dzierżawą pomieszczeń, nr ref 04/ 19.

2) decyzją z dn. 6 czerwca 2019 Zamawiający odrzucił ofertę odwołujących na tej podstawie, że jej treść nie odpowiada treści siwz, powołując w uzasadnieniu faktycznym okoliczność, że w jadłospisie załączonym przez Wykonawcę do oferty w dniu oznaczonym jako piątek, danie kolacyjne zawiera dodatek mięsny: pasta mięsna, natomiast Zamawiający wymagał w siwz zgodnie pkt. 10.1 Załącznika 2 do siwz Opis przedmiotu zamówienia, że w planowaniu jadłospisów muszą być wzięte pod uwagę posty i Święta, takie jak piątek.

W drugiej kolejności niezgodność oferty z siwz polegała na nie zawarciu w jadłospisie obliczonej zawartości nasyconych kwasów tłuszczowych dla poszczególnych dni. Wykonawca zamieścił do każdego dnia jadłospisu dołączonego do oferty jedynie zawartość tłuszczów ogółem oraz zawartość NNKT. W OPZ stanowiącym Zał. 2 do siwz pkt. 10 wymagano, by jadłospisy były opracowane w oparciu o „Normy żywienia w populacji Polski" prof. dr. n.med. M. J., w treści których zawarto, że tłuszcz jest źródłem kwasów tłuszczowych (95%), w tym niezbędnych nienasyconych kwasów tłuszczowych z rodziny n-6 i n-3 (NNKT). NNKT nie są zatem nasyconymi kwasami tłuszczowymi, a kwasami tłuszczowymi należącymi do rodziny kwasów wielonasyconych omega-3 i omega-6;

Pismem z dnia 17 czerwca 2019r. odwołujący zaskarżyli powyższą decyzję, Zamawiający uwzględnił odwołanie, a Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze (KIO 919/19);

4) w wykonaniu odwołania Zamawiający powtórzył czynność badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołujących;

5) w toku powtórnego badania oceny ofert Zamawiający zwrócił się do Odwołujących o wyjaśnienie treści oferty w zakresie dotyczącym wzorcowego jadłospisu przez sprecyzowanie:

- jaki dodatek warzywny został zaoferowany w przypadku kolacji zaproponowanej na piątek, w kontekście wymogu zawartego w odpowiedzi na pytanie 60 do siwz (przygotowywane na jego postawie posiłki powinny być pełnowartościowe i muszą zawierać produkt białkowy oraz dodatek warzywny i/lub owocowy),

- jaki skład ma zaproponowana przez Wykonawcę sałatka z groszku jaka jest" całodzienna wartość energetyczna oraz zawartość poszczególnych składników pokarmowych wskazanych w ofercie dla posiłków, jakie miałyby być wykonane według jadłospisu wzorcowego w piątek.

Powyższa czynność nie została zaskarżona przez Odwołujących. Uzasadnienie poprzednio wniesionego odwołania i odpowiedź na wezwanie do wyjaśnień w toku powtórnego badania ofert ujawniły nowe okoliczności w sprawie oferty Wykonawcy, które jak uznał Zamawiający stanowiły odrębną od poprzedniej decyzji i niezależną podstawę faktyczną odrzucenia oferty Odwołujących z- uwagi na fakt niezgodności oferty z siwz. Zgodnie z treścią decyzji z dnia 9 września 2019 r. o odrzuceniu oferty:

Zamawiający wymagał w pkt 16 SIW"Z ocena ofert załączenia do oferty jadłospisu wzorcowego dla diety podstawowej na okres dekady (10 kolejnych dni), na podstawie pkt 9 załącznika 2 do SIWZ jadłospis wzorcowy załączony do oferty ma być pierwszym obowiązującym jadłospisem w realizacji urnowy, a zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 50: z dnia 29.03.2019 r. Do każdego z trzech podstawowych posiłków (Śniadanie, obiad, kolacja) wymagane są dodatki w postaci surówek lub warzyw lub owoców sezonowych dostosowanych do danej diety. Ponadto w oparciu o odpowiedź na pytanie nr 60 przygotowywane na jego postawie posiłki powinny być pełnowartościowe i muszą zawierać produkt białkowy oraz dodatek warzywny i/lub owoców. Brak spełnienia w/w spowoduje odrzucenie oferty (dodatkowa przesłanka oprócz wskazanych w art. 89 ustawy pzp). Tymczasem Wykonawca zaproponował na kolacje w piątek: pieczywo razowe (1), pieczywo pszenne (1), masło roślinne, herbata, sałatka z groszku (7), pasta mięsna. Wykonawca w odwołaniu z dnia 17 czerwca 2019 r. zakwalifikował groszek jako produkt białkowy: „sałatka z groszku, jako produkt wegetariański (groszek należy do roślin strączkowych, takich jak bób, fasola czy ciecierzyca), kwalifikowana jest jako postna. Zawiera ona ponadto znaczną ilość białka, która zrekompensować ma charakterystyczny dla potraw wegetariańskich niedobór białka w porównaniu z potrawami pochodzenia zwierzęcego". Jednocześnie jak wynika z odpowiedzi na wyjaśnienia z dnia 6 sierpnia 2019 r. Wykonawca zakwalifikował groszek jako dodatek warzywny: Sałatka z groszku/sałatka z groszkiem jest daniem

wieloskładnikowym, zawierającym zarówno dodatek białkowy — jogurt naturalny, ser żółty jak i warzywny- groszek, ogórek kiszony. Niezależnie od tego czy pacjent zachowuje post, czy też nie, w dostarczonej dla niego kolacji znajduje się dodatek warzywny w postaci warzyw, z których składa się w/w sałatka, a zatem zaoferowany posiłek w każdym z tych przypadków, ze względu na skład i dostateczna gramaturę, zawiera dostateczna ilość zarówno białka jak i warzyw. Zamawiający używając sformułowania „oraz" jasno określił zapisy w SIWZ, iż oczekuje zarówno produktu białkowego jak również dodatku warzywnego i/lub owocowego. Z oferty powinno wynikać jaki produkt. został zaoferowany, dlatego też niedopuszczalne jest stosowanie przez Wykonawcę zamiennie sformułowania „sałatka z groszku" i „sałatka z groszkiem", dodawanie nowych Składników do sałatki takich jak np.: ser żółty (aby uzupełnić braki w produkcie białkowym) lub ogórek kiszony (aby uzupełnić braki xv produkcie warzywnym), kwalifikowanie raz groszku jako produkt białkowy, a innym razem jako dodatek warzywny. Powyższe stanowi niedozwoloną zmianę oferty w rozumieniu art. 87 ust. 1 PZP. Co więcej z powyższych wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę wynika, że Wykonawca doskonale zdawał sobie sprawę z tego, jakie znaczenie ma użycie w pkt, 10.1. Załącznika nr 2 do SIWZ OPZ sformułowanie: planowaniu jadłospisów muszą być wzięte pod uwagę posty i Święta, takie jak piątek, /.../ oraz że Zamawiający umieszczając w wymaganiach co do jadłospisu stwierdzenia „post", użył go w rozumieniu postu jakościowego praktyki katolickiej - powstrzymywania się od posiłków mięsnych. Zaproponowanie posiłków mięsnych przy takich jak wyżej zapisach jest niezgodne z SIWZ. i również dyskwalifikuję ofertę.

Wykonawca przedstawił w ofercie w jadłospisie na piątek całodzienną wartość energetyczną, a następnie w wyjaśnieniach z dnia 8 sierpnia 2019 r. „Całodzienna wartość energetyczna oraz zawartość poszczególnych składników pokarmowych zgodnie z jadłospisem załączonym do oferty w piątek; a/ w przypadku całodziennego posiłku zawierającego mięso (z pastą mięsną), b/ w przypadku całodziennego posiłku postnego (bez pasty mięsnej) wskazując, że w obydwu przypadkach zachowana zostanie wartość energetyczna oraz zawartość poszczególnych składników pokarmowych zgodnie z wymaganiami zamawiającego.

Z powyższego zamawiający wnioskuje, że całodzienna wartość energetyczna całodziennego posiłku postnego jest niezgodna z podaną w ofercie, co jest niedopuszczalną zmianą oferty. Z wyjaśnień wynika też, że oferta ma charakter wariantowy, niedopuszczalny.

Wskazał także na wymóg z pkt 10 opz o opracowaniu jadłospisów o normy i piśmiennictwo tam wskazane.

Procentowy udział energii pochodzącej z makroskładników w całodziennej wartości kalorycznej diety w załączonym przez Wykonawcę do oferty jadłospisie waha się w poszczególnych dniach od ok 950% do ok. 104% całodziennej wartości energetycznej. Z powodu rozbieżności rzędu Średnio 9 punktów procentowych między poszczególnymi dniami nie można zatem wnioskować jakimi przelicznikami energetycznymi dla makroskładników kierował się Wykonawca, przy wyliczaniu wartości kalorycznej dla każdego dnia diety.

6) Wobec odrzucenia oferty Odwołujących Zamawiający na podstawie decyzji z 9 września 2019 unieważnił odwołanie, ponieważ cena oferty najkorzystniejszej przewyższała kwotę jaką zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia.

W uzasadnieniu stanowiska zamawiający wskazał, jak niżej.

Zamawiający kwestionuje zasadność zarzutów i podtrzymuje, uznając za prawidłowe, czynności badania i oceny oferty, decyzję o odrzuceniu oferty Odwołujących i unieważnienia postępowania.

1) Wbrew twierdzeniom Odwołujących Zamawiający na podstawie art. 138r ust. 2 ustawy pzp przewidział w siwz dodatkowe przesłanki odrzucenia oferty, artykułując tę okoliczność jednoznacznie w decyzji o odrzuceniu oferty z dn. 9 września 2019 r. Były to obostrzenia z sankcją odrzucenia oferty dotyczące parametrów potraw w jadłospisie wzorcowym;

2) Błędne jest twierdzenie odwołujących, że załączony do oferty jadłospis ma jedynie charakter wzorca. Zgodnie z treścią pkt. 9 Zał 2 do siwz OPZ zmienionego na podstawie zawiadomienia z dnia 14 marca 2019 r. oferentów o zmianach w siwz:

„Jadłospis wzorcowy stanowiący załącznik do oferty jest pierwszym obowiązującym jadłospisem w realizacji umowy. Wykonawca gwarantując zgodność kolejnych jadłospisów dekadowych z jadłospisem wzorcowym pod względem kaloryczności, różnorodności i zawartości poszczególnych składników odżywczych". Mając uwadze powyższe

postanowienia siwz, w oparciu o dołączony do oferty jadłospis wzorcowy, pacjenci na diecie podstawowej otrzymywaliby posiłki niejednolite pod względem kaloryczności, różnorodności i zawartości poszczególnych składników odżywczych, część posiłków byłaby znacznie uboższa, pod każdym względem. Tymczasem Zamawiający w OPZ przewidział wszystkie rodzaje diet, bez rozróżnienia wariantu diety podstawowej na dietę dla osób poszczących i nie zachowujących postu. Co więcej takie swoiste wariantowe „potrawy do wyboru na jednym talerzu" wydawane pacjentom, naraziłyby Zamawiającego na liczne skargi pacjentów, Pacjent może własnym wzrokiem nie odróżnić, co otrzymał na talerzu, dopiero po skosztowaniu potrawy to mógłby zorientować się, że posiłek był pokarmem mięsnym. Część pacjentów po przypadkowym lub nieświadomym spróbowaniu w pierwszej kolejności potrawy z posiłku nie przeznaczonej dla osób zachowujących post może w ogóle zrezygnować z dalszego konsumowania posiłku, pozostając głodnym, co mogłoby mieć negatywne skutki także na proces leczniczy pacjentów — niektóre leki nic są zalecane do przyjmowania na czczo, inne wymagają spożycia posiłku w niedługim czasie;

3) Jak wynika z wyjaśnień Odwołujących złożonych w poprzednim postępowaniu odwoławczym, nic dotyczących bezpośrednio zarzutu zaoferowania posiłku postnego w piątek, nie mniej mających znaczenie w kontekście powtórzenia czynności badania i oceny ofert, założyli oni że niezależnie od okoliczności czy pacjent pości, czy też nie, dostanie on na talerzu jednakową zawartość dania, z prawem wyboru. Powyższa oferta prowadzi do jednoznacznej konkluzji, iż 7„amawiający nabywać będzie od Wykonawcy część posiłków nie w celu ich spożycia, a raczej w celu marnotrawienia pożywienia (część posiłków będzie przygotowywana jedynie w celu wyrzucenia go, natomiast zamiarem Zamawiającego było żywienie pacjentów posiłkami przeznaczonymi do spożycia, a nie wyrzucanie posiłków pacjentów) oraz zmuszony zostanie do finansowania z publicznych pieniędzy posiłków w części wyłącznie do utylizacji. Faktem niepodważalnym jest, że ogromna większość pacjentów leczonych w szpitalu w Łukowie to osoby zachowujące post. Trudno znaleźć argumenty na prawidłowość założenia Wykonawcy i jego zgodność z siwz po raz kolejny prowadzi do wniosku, że Odwołujący wprowadzili swoisty trwały wariant w ofercie, w zakresie dotyczącym dni postnych, polegający na oferowaniu „potraw do wyboru na jednym talerzu". w części do utylizacji zamiast do spożycia;

4) trudno uznać, że sałatka z groszku spełnia wymagania zawarte w siwz w następujących punktach OPZ:

pkt. 10 — sałatka jako potrawa główna do spożycia z chlebem i masłem me zawiera dodatku w postaci surówek, warzyw i owoców sezonowych, oraz jogurtu.

— sałatka z groszku nic może być zamiennikiem pasty, skoro w OPZ przewidziano, że jadłospis powinien bezwzględnie zawierać różnego rodzaju pasty (dla pacjentów nic zachowujących postu przewidziano pastę mięsną), a oddzielnie w postaci dodatków, i oddzielnie produkty nabiałowe półtłuste chude,

pkt 10.3 tiret piąty — dla kolacji przewidziano dodatki do pieczywa białkowe i warzywne, zatem sałatka powinna być jednym z tych dodatków, z a nie jak twierdzą Odwołujący jednocześnie jednym i drugim.

Wykonawca miał możliwość zadawania pytań, w tym także w fazie wątpliwości co do składu potraw. Zamawiający w sposób wyczerpujący odpowiedział na wszystkie otrzymane liczne pytania. Trudno uznać argumentację Odwołujących, która sprowadza się do wniosku, że wszystko co nic jest zabronione w siwz, jest dozwolone, w kontekście uznania że sałatka jest dodatkiem białkowym i warzywnym, skoro zasady różnorodności składników potraw powtarzane są w wielu punktach wszędzie jednolicie dodatki te są wymieniane równolegle, W żadnym z punktów Zamawiający nie użył spójnika rozłącznego „lub", wszędzie używa spójnika „i". W języku polski spójnik „i" jest spójnikiem łącznym, co oznacza że wymagane produkty powinny występować oddzielnie i nie mogą się zastępować ani łączyć. Stąd skoro wykładnia językowa treści OPZ prowadzi do wniosku Że do kolacji należało przewidzieć dodatek warzywny i białkowy, interpretacja Zamawiającego nie powinna być uznana jako interpretacja rozszerzająca.

5) Zupełnie niezrozumiałe jest również traktowanie nazwy sałatki z groszkiem jako synonimu sałatki z groszku, która co wynika z jadłospisu- podawana jest jako zamiennik pasty mięsnej. Sałatka z groszku i sałatka z groszkiem to zupełnie różne, potrawy. W tym miejscu również podaje w wątpliwość skład sałatki z groszku, nie występuje ona w dostępnych książkach kucharskich, jedyną znalezioną w Internecie sałatkę z groszku wykonano z groszku puszki z majonezem, solą i pieprzem wydruk z wyszukiwarki Google w załączeniu do pisma. Z pewnością nie jest to posiłek zdrowy, przeznaczony dla hospitalizowanych pacjentów;

6) W ocenie Zamawiającego wprowadzenie w jadłospisie wariantów w zakresie kolacji w piątek jako dniu postnym stanowi niedopuszczalną zmianę oferty. Wynika to wprost z

wyjaśnień Odwołujących złożonych '„dn. 8 sierpnia 2019 E., z których okazało się, że całodzienna wartość energetyczna posiłków pacjentów zachowujących post jest różna od wartości energetycznej pacjentów nie poszczących, co wskazało na nieusuwalną niezgodność oferty i niedozwoloną zmianę jej treści przez Wykonawcę, którą nic można zakwalifikować do oczywistej omyłki.

7) Oferta zawierająca kolację bezmięsną jest niezgodna ze specyfikacją również pod kątem wymagań w zakresie zapotrzebowania na energię w podziale na posiłki. Zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 54 kolacja stanowić ma 25-30% dziennego zapotrzebowania na energię, Obliczenia w tym zakresie są następujące:

wariant z pastą mięsną (E1) 20026 kcal wariant bez pasty mięsnej (E2) 1895 107,6 kcal
1895 kcal pasta mięsna 107,6 kcal
pytanie nr 54 : kolacja 25-30% E

punkty skrajne: 25% E1 = 500,7 kcal 393,1 kcal 20,70/0 E2 nie spełnia

El 600,8 kcal kcal 493,2 kcal 26% E2 spełnia

7) Wbrew twierdzeniom Odwołujących całkowicie zasadny jest argument Zamawiającego o procentowo dziewięcio-punktowej rozbieżności między poszczególnymi dniami xv jadłospisie, jest to wyliczenie proste matematyczne. Na podstawie otrzymanego jadłospisu wzorcowego Zamawiający: nie mógł dowiedzieć się, jakimi przelicznikami energetycznymi dla makroskładników kierował się Wykonawca, przy wyliczaniu wartości kalorycznej dla każdego dnia diety, wartości te rozmijają się xv poszczególnych dniach, a należało użyć jednolitej zasady. Oferent nie stosując zatem ustalonej reguły w układaniu jadłospisu, gdy tymczasem przeliczniki powinny być w jadłospisie stosowane jednolicie. Powyższy błąd w ofercie nie mógł zostać zakwalifikowany jako omyłka, ponieważ Zamawiający nie mógł z oferty wywnioskować samodzielnie założeń w zakresie przeliczników energetycznych, rozbieżności skutkowały uznaniem że oferta zawiera nieusuwalne błędy obliczeniach, skutkujące odrzuceniem oferty- na podstawie art. 89 ust. 1 pkt'. 2 ustawy Pzp.

8) Niesłuszny jest zarzut jednakowej podstawy faktycznej dotyczącej odrzucenia oferty w pierwszym i powtórzonym badaniu i ocenie Ofert. Zamawiający nie kwestionuje nie przestrzegania postu, tak kwestia co do zasady pozostała bez wpływu na dalsze czynności i decyzje podjęte toku oceny 1 badania ofert. Jedynie dodatkowa argumentacja dotycząca sposobu oferowania kolacji, składu potraw i wyliczenia wartości energetycznej poszczególnych wariantów ofert, oraz wartości kalorycznej diety, spowodowała dalsze wątpliwości w zakresie badania oferty pod względem zgodności z siwz.

9) Mając „na uwadze, Że Zamawiający podtrzymuje stanowisko w przedmiocie prawidłowości odrzucenia oferty odwołujących, konsekwentnie za bezzasadny „uznaje Zarzut: błędnego unieważnienia postepowania.

Konkludując, zdaniem Zamawiającego prawidłowe było odrzucenie oferty Odwołujących, z uwagi na okoliczność niezgodności jej treści z siwz, stąd Zamawiający wnosi o oddalenie odwołanie całości.

W trakcie rozprawy strony przedstawiły stanowiska.

Odwołujący stwierdził, że zapewnił dostarczenie produktu białkowego w postaci jogurtu, co wyjaśnił dnia 08.08.2019 w piśmie na wezwanie Zamawiającego. Skład posiłku nie był wcześniej precyzowany wobec braku wymogu podania składników poszczególnych posiłków. Z nazwy „sałatka z groszkiem" wynika, że jest to co najmniej potrawa dwuskładnikowa, także w ofercie zaznaczono „7" (oznaczenie dla alergenów), co zgodnie z legendą wskazywało na mleko i pochodne - tu ser żółty i jogurt naturalny. Łącznie sałatka zawiera wymagane składowe, tj. produkt białkowy, tj. groszek i jogurt oraz dodatek warzywny w postaci ogórka i groszku. Jest to posiłek pełnowartościowy, a wymogi specyfikacji zostały spełnione. Zauważa, że w jadłospisie przedstawiono także inne dania wieloskładnikowe, co nie było kwestionowane. Zauważa, że w treści specyfikacji wskazano, iż należy wziąć pod uwagę posty. Postanowienie to zostało uwzględnione. Zauważył, że w innych zapisach występowały w odróżnieniu od przedmiotowego, kategoryczne żądania, np. w pkt 12, 13, 15, 16, 28, 36. Zgodnie z wymogiem w ofercie wzięto pod uwagę takie dni i przedstawiono posiłki zarówno mięsne jak i bezmięsne, a obydwa rozwiązania są zgodne z wymogami dotyczącymi makroskładników. Odnośnie wartości energetycznej stwierdził, że jest ona zgodna z wymaganiami w odniesieniu do posiłków całodziennych. Stwierdził, iż teza Zamawiającego o wariantowym charakterze oferty jest niezasadna, nie ma takiej sytuacji. Specyfikacja określa pewne standardy, które wykonawca zachował i znacząco przekroczył. Fakt, iż pacjent może wybrać określony produkt nie zmienia charakteru oferty. Wartość posiłku bezmięsnego

spełnia przy tym wymogi zarówno energetyczne jak i co do makroskładników. W specyfikacji nie podano sposobu obliczenia kaloryczności posiłków, a jedynie odwołano się do opracowań wskazanych w pkt 10 OPZ, z których jedno wskazano w decyzji o odrzuceniu oferty. Wszystkie wymagane wartości makroskładników zostały spełnione niezależnie od metody obliczenia. Stwierdził, iż Zamawiający w swojej decyzji wybiórczo wskazał na określone normy czy wielkości, a wartości te w rzeczywistości mogą być różne, w zależności od szeregu czynników ich ustalenie wymaga skomplikowanych obliczeń, znacznie bardziej złożonych niż przedstawione przez Zamawiającego. Powołane w decyzji opracowanie w dalszej części tekstu na str. 42-43 wskazuje, iż wartość kaloryczna dla białka zwierzęcego i roślinnego może być inna i różny może być efekt. Kwestionował sposób obliczenia w końcowej części odpowiedzi na odwołanie, jako że dotyczy on nieznanej przez

Zamawiającego wielkości kaloryczności wg danych ofertowych samej kolacji, wziąwszy pod uwagę, że kaloryczność podlega wyliczeniu w układzie całodziennym.

Zamawiający podtrzymał stanowisko z odpowiedzi na odwołanie. Ocenił, że nastąpiło zaoferowanie różnych potraw w wariancie dla osób poszczących oraz pozostałych. Zauważył, że przy rozwiązaniu przyjętym przez wykonawcę brak jest spełnienia wymogu z pkt 10 OPZ, zgodnie z którym powinien w posiłku występować dodatek, a także jogurt. Wymóg w pkt 10.1 ze stwierdzeniem „muszą być wzięte pod uwagę" jest sformułowaniem kategorycznym. W pkt 10 OPZ wyraźnie wskazano na konkretne opracowania opisujące normy żywieniowe. Te dane podlegają aktualizacji. Jest zainteresowany przeliczeniem w sposób jednolity danych zawartych w ofertach w celu ich oceny co umożliwia realne porównanie tych ofert. Złożył zestawienie wartości energetycznej przyjętej do oceny z oferty Odwołującego, wg oświadczenia pełnomocnika, z maja 2019. Wskazał na ryzyko niespełnienia wymogów specyfikacji wskazane w jego obliczeniu w odpowiedzi na odwołanie w pkt 7(1). Uznaje, że w wariancie postnym rozkład energetyczny może być niezgodny z wymogami, w tym co do zapotrzebowania energetycznego kolacji. Oznaczenie w ofercie, że zawiera alergeny nie jest jednoznaczne z informacją o zawartości w produkcie mleka i/lub jego pochodnych.

Stwierdził, że Odwołujący nie przedstawił dowodów na okoliczność obliczenia wartości energetycznej za wyjątkiem oświadczenia na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron przedstawionych na piśmie oraz do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje.

Rozpoznając odwołanie, Izba dokonała w pierwszej kolejności badania spełnienia przez Odwołującego przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, to jest kwestii posiadania legitymacji wykonawcy do wniesienia odwołania. Posiadanie legitymacji czynnej przez wykonawcę korzystającego ze środków ochrony prawnej podlega badaniu przez Izbę z urzędu w celu ustalenia dopuszczalności wniesienia odwołania. W sprawie rozpatrywanej odwołujący ma legitymację do wniesienia odwołania stanowiącą przesłankę materialnoprawną uregulowaną w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, w tym rozumianą jako interes w uzyskaniu zamówienia i poniesienie szkody w razie braku takiego wyniku postępowania.

Oceniając kluczowy zarzut odwołania dotyczący odrzucenia oferty odwołującego z uwagi na niezgodność treści oferty z postanowieniami siwz przedstawionymi w opisie przedmiotu zamówienia oraz odpowiedziach na pytania wykonawców, skład orzekający uznaje, w świetle zgromadzonego materiału dowodowego, że zarzut zasługuje na uwzględnienie. Ustalono, że zamawiający dokonał powtórnej czynności badania i oceny oferty Odwołujących na skutek uwzględnienia poprzedniego odwołania o sygn. akt KIO 1117/19). Zamawiający wezwał Odwołującego o wyjaśnienie treści złożonej oferty w zakresie dotyczącym przykładowego jadłospisu, przez określenie: jaki dodatek warzywny został zaoferowany w przypadku kolacji zaproponowanej na piątek (lub inne dni postne), co dotyczyło oferowanej sałatki z groszkiem, wskazania, jaki skład ma zaproponowana sałatka z groszkiem, jaka jest całodzienna wartość energetyczna oraz zawartość poszczególnych składników pokarmowych wskazanych w ofercie dla posiłków, jakie miałyby być wykonane według jadłospisu wzorcowego w piątek. Odwołujący wyjaśnił, iż: proponowany jadłospis spełnia wszystkie wymagania wskazane w SIWZ. Wymogiem było, aby kolacje składały się z dodatków do pieczywa białkowych i warzywnych. Sałatka z groszku/sałatka z groszkiem jest daniem wieloskładnikowym, zawierającym zarówno dodatek białkowy - jogurt naturalny, ser żółty jak i warzywny- groszek, ogórek kiszony. Niezależnie od tego czy pacjent zachowuje post, czy też nie, w dostarczonej dla niego kolacji znajduje się dodatek warzywny w postaci

warzyw, z których składa się w/w sałatka, a zatem zaoferowany posiłek w każdym z tych przypadków, ze względu na skład i dostateczna gramaturę, zawiera dostateczną ilość zarówno białka jak i warzyw. Za racjonalne i niesprzeczne z postanowieniami siwz skład orzekający uznał wyjaśnienie, iż w skład zaproponowanej sałatki wchodzi groszek, jogurt naturalny, ser żółty oraz ogórek kiszony. Za dopuszczalne uznać także należy zamiennie lub synonimiczne rozumienie pojęć „sałatka z groszku" oraz „sałatka z groszkiem" i fakt, że danie jest produktem wieloskładnikowym, z uwagi na użycie łącznika „z", co najmniej dwuskładnikowym, a w okolicznością faktycznych treści wyjaśnienia zawierającym także warzywo ogórek i ser żółty (element białkowy). Całodzienna wartość energetyczna oraz zawartość poszczególnych składników pokarmowych zgodnie z jadłospisem załączonym do oferty przewidzianym na piątek mieści się w określonych przez zamawiającego wymaganych wielkościach wyrażonych w jednostkach kcal, zarówno w przypadku wszystkich podanych produktów jak i przy pominięciu składnika mięsnego.

Jednocześnie skład orzekający nie podziela stanowiska zamawiającego, iż oferta wobec wskazania składników posiłku w sposób wyżej przedstawiony, została zmodyfikowana w sposób niedozwolony (art. 87 ust. 1 ustawy pzp) lub że ma charakter wariantowy.

W rzeczywistości jadłospis wzorcowy nie uległ zmianie, a jedynie w wyniku odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, został doprecyzowany w stopniu zresztą nie wymaganym specyfikacją.

W ocenie Izby naturalne jest, iż szereg potraw stanowi zbiór określonych elementów o określonym charakterze wynikającym zarówno z tradycji, jak i dozwolonych w danej diecie produktów, potraw, technik kulinarnych oraz sezonowości warzyw i owoców. Z takiej specyfiki wynikać może także, iż określony składnik potrawy jest jednocześnie elementem posiłku, któremu zamawiający przypisał walor „dodatku" przez opis słowem „oraz" np. dla warzyw, owoców, jogurtu.

Odwołujący, w takim stanie rzeczy, zgodnie z SIWZ, wziął pod uwagę przy układaniu jadłospisu okoliczność postów w piątki i święta o tradycji postu. Nie stoi temu na przeszkodzie okoliczność, że w jadłospisie na dzień postny na kolację przewidziano podanie pasty mięsnej. Jednocześnie bowiem przewidziane jest podanie sałatki z groszku rozumianej jako potrawa postna. Potrawa ta zawiera białko. Ewentualna ocena poprawności deklaracji wykonawcy co do wypełnienia wymogu wielkości energetycznej i w zakresie makroskładników podlega jednak profesjonalnej ocenie zamawiającego w toku badania oferty. Izba podziela stanowisko odwołującego, że zaproponowane rozwiązanie nie jest wykluczone przez postanowienia SIWZ, która nie zawiera zakazu serwowania potraw mięsnych w piątek czy święto, lecz zawiera obowiązek „wzięcia pod uwagę", że pacjenci mogą chcieć zachować post w ten dzień.

W ocenie składu orzekającego opis potrawy sałatka z groszku lub z groszkiem jako pozbawiony waloru normatywnego, zarówno prawnego, jak i wynikającego z obyczaju i tradycji, pozwala na znaczną dowolność w komponowaniu takiej potrawy, także co do ilości jak i rodzajów składników.

Zamawiający w SIWZ wskazał w przedmiotowym zakresie jedynie dwa wymogi: po pierwsze, zgodnie z pkt. 10.1 załącznika nr 2 do SIWZ, w jadłospisie należy uwzględniać różnorodny dobór dozwolonych w danej diecie produktów, potraw, technik kulinarnych oraz sezonowość warzyw i owoców. W planowaniu jadłospisów muszą być wzięte pod uwagę posty i święta, takie jak, piątek, /.../ itp. Po drugie, zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 57 do SIWZ, „Zamawiający potwierdza, iż procentowa wartość energetyczna pochodząca z makroskładników w ciągu dnia tj. z białek, tłuszczów, węglowodanów w przypadku diety podstawowej 3 posiłkowej ma wynosić: białko ogółem 10-20% E; tłuszcze ogółem 20-35% E; węglowodany ogółem 45-65% E. Brak spełnienia powyższego wymogu spowoduje odrzucenie oferty".

Skoro Zamawiający nie wskazał, że nie są dopuszczone wszelkie dodatki do oferty na korzyść jej jakości, można uznać, że pozostawił tą kwestię w gestii wykonawcy. Odwołujący nie narzuca przy tym w ofercie pacjentom, jaką kolację powinni oni spożyć. Kwestia ta została zatem pozostawiona swobodnemu wyborowi pacjentów przy założeniu, że proponowane rozwiązanie w każdym wypadku zapewnia wymagane wartości odżywcze i energetyczne podane w siwz.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 186 ust. 2 zd. 2 ustawy pzp skład orzekający uznaje zarzut za niezasadny. Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy pzp, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub

unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Z przytoczonego przepisu wprawdzie wynika, że zamawiający dokonuje czynności zgodnie z żądaniem, lecz przepis ten nie ma charakteru materialnoprawnego rodzącego roszczenie o wykonanie czynności, lecz jest elementem procedury zarówno postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i postępowania odwoławczego. Skutkiem uchybienia przez zamawiającego temu przepisowi jest uprawnienie wykonawcy do wniesienia kolejnego odwołania w stosownym zakresie bez ryzyka odrzucenia takiego odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy pzp.

Zarzut naruszenia art. art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp pozostający w związku i w konsekwencji dokonanej czynności odrzucenia oferty odwołującego jest uzasadniony wobec przywrócenia do postępowania oferty, której cena mieści się w tzw. budżecie zamawiającego.

Okoliczności powyższe uzasadniają konieczność przeprowadzenia w postępowaniu czynności wskazanym w niniejszym wyroku.

Na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: .....