

Sygn. akt: KIO 1413/23

WYROK
z dnia 31 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Joanna Gawdzik-Zawalska

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 maja 2023 r. przez wykonawcę:

RETTMAN Sp. z o.o. Sp. K. we Wrocławiu ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Przedszkole Nr 104 "Na Misiowej Polanie" we Wrocławiu, z udziałem wykonawcy

KANZEON WROCŁAWSKI CATERING Sp. z o.o. we Wrocławiu zasługującego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:

2.1. zalicza w ich poczet poniesione przez odwołującego kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) tytułem wpisu, 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, oraz poniesione przez przystępującego koszty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od odwołującego na rzecz przystępującego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

UZASADNIENIE

Gmina Wrocław - Przedszkole Nr 104 "Na Misiowej Polanie" (ul. Niedźwiedzia 26/28, 54-233 Wrocław) (dalej również: „Zamawiający”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) (dalej również: „Ustawa” lub „Pzp”) postępowanie na: „Wybór wykonawcy usługi żywienia na rzecz Przedszkola nr 104 we Wrocławiu” (ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 28.04.2023 r. pod numerem: 2023/BZP 00199381/01) (dalej również: „Postępowanie”). Warunki i zasady prowadzenia Postępowania opisuje specyfikacja warunków zamówienia (dalej również : „SWZ”)

W dniu 21 maja 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wykonawcy RETTMAN Sp. z o.o. Sp. K. (ul. Różana 5/9, 53-226 Wrocław) ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w Postępowaniu.

W dniu 23 maja 2023 r. do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca KANZEON WROCŁAWSKI CATERING Sp. z o.o. (Al. Brucknera 10) (dalej: „Przystępujący”). Izba, wok spełnienia przesłanek przystąpienia z art. 525 Ustawy uznała skuteczność zgłoszenia przystąpienia po stronie zamawiającego.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego: wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Przystępującego, zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, zaniechania wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez jego niezastosowanie i wybranie jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego w sytuacji, gdy treść oferty i stanowiących jej integralną część przedmiotowych środków dowodowych (jadłospisy) są niezgodne z wymaganiami i warunkami zamówienia ustalonymi przez Zamawiającego w specyfikacji warunków zamówienia (SWZ, Załączniki nr 1, 11).

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty Przystępującego i powtórzenia czynności badania i oceny oferty.

Zamawiający uwzględnił odwołanie informując o dokonanej w ramach Postępowania ocenie ofert w zakresie przykładowych jadłospisów przez powołanego eksperta jako zgodnych z SWZ i potrzebie wykazania tej cechy przez wykonawców. Zamawiający przedłożył ocenę eksperta oraz dokumentację postępowania.

Przystępujący złożył sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania wnosząc o jego oddalenie.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodu z informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 17 maja 2023 r. na potwierdzenie faktu oferty wybranej przez Zamawiającego jako najkorzystniejszej, oferty Przystępującego wraz z

przedmiotowymi środkami dowodowymi - jadłospisami, na potwierdzenie faktu braku spełniania warunków zamówienia określonych przez Zamawiającego w SWZ oraz SWZ na potwierdzenie faktu: wymagań określonych przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia.

Przystępujący wnosił o dopuszczenie dowodu z powyższych na okoliczność spełniania warunków zamówienia przez złożoną ofertę. Zaznaczył w Załączniku nr 11 do SWZ wzór jadłospisu załączonego do oferty gramaturę produktów, których wskazanie było wymagane SWZ – Załącznik nr 1 część VI Jadłospisy 1. Zasady ogólne pkt. 7 określającego minimalne gramatury składników poszczególnych posiłków obiadowych.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy. Izba uznała również, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy. Izba stwierdziła skuteczność złożenia sprzeciwu przez Przystępującego wobec uwzględnienia odwołania.

Mając na uwadze zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika Izba oddaliła odwołanie. Ustalając stan faktyczny Izba dopuściła dowody wnioskowane przez strony i uczestnika - oparła się na dokumentacji Postępowania, w tym wnioskowanych dokumentach.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że w niniejszej sprawie stan faktyczny Postępowania nie był sporny. Sporna była ocena treści złożonych dokumentów w świetle postanowień SWZ i Ustawy.

Izba ustaliła, że w Postępowaniu oferty złożyli Przystępujący i Odwołujący. Oferty w zakresie przykładowych jadłospisów załączonych do ofert zostały ocenione przez powołanego przez Zamawiającego eksperta jako spełniające warunki SWZ. Zamawiający 17 maja 2023 r. zamieścił na stronie postępowania informację o wyborze najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

Izba ustaliła że zgodnie z SWZ:

„V. Opis przedmiotu zamówienia. 1. Przedmiotem zamówienia jest realizacja usługi żywienia zbiorowego, w Przedszkolu nr 104 we Wrocławiu, z siedzibą we Wrocławiu, przy ul. Niedźwiedziej 26-28, w miejscu nauki, polegającej na wydawaniu wyżywienia wg wskazań zawartych w Załączniku nr 1 do SWZ dla maksymalnie 275, a średnio 240 dzieci przebywających na co dzień w placówce Zamawiającego. (...) 5. Szczegółowy zakres oraz parametry przedmiotu zamówienia zawarte są w Szczegółowych wymaganiach dotyczących realizacji przedmiotu zamówienia publicznego - stanowiących Załącznik nr 1 do SWZ (...)”

XI. Informacja o wymaganych przedmiotowych środkach dowodowych 1. W celu oceny zgodności oferowanych usług z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia. Wykonawcy złożą dwa jadłospisy dekadowe (wiosenno - letni i jesienno-zimowy) dla dzieci przedszkolnych (2 x 10 dni) sporządzone przez wykonawcę, uwzględniające skład asortymentowy poszczególnych składników posiłków - wszystkie jadłospisy winny być sporządzone według wzoru jadłospisu znajdującego się w Załączniku nr 11 do SWZ oraz spełniać wymogi dotyczące ich treści, zawarte w Załączniku nr 1 do SWZ. Każdy jadłospis musi być podpisany przez wykonawcę oraz dietetyka, wskazanego przez wykonawcę w Załączniku nr 6 do SWZ. Przedmiotowe środki dowodowe załącza każdy Wykonawca w składanej ofercie (art. 107, ust 1 ustawy PZP). Zamawiający nie przewiduje możliwości uzupełnienia brakujących przedmiotowych środków dowodowych (art. 107, ust. 3 ustawy PZP). Brak jadłospisów w składanej ofercie powoduje jej odrzucenie.””

Załącznik nr 1 do SWZ określający szczegółowe wymagania dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia publicznego - standardy jakościowe wskazuje, m.in. że:

w punkcie V SZCZEGÓLWE ZALECENIA CO DO JAKOŚCI UŻYTYCH SUROWCÓW:

„1. Do przygotowywania posiłków będą używane produkty wysokiej jakości i zawsze świeże, posiadające aktualne, przynajmniej 7 - dniowe, terminy ważności, nabyte w źródłach działających zgodnie z obowiązującymi przepisami sanitarnymi i higienicznymi.

2. Wykonawca nie będzie stosował produktów zawierających dodatki do żywności niewskazane w diecie dzieci - Załącznik nr 7 do SWZ

3. Wyklucza się sporządzanie potraw z proszku, koncentratów, produktów instant oraz gotowych półproduktów. Proces produkcji odbywać się będzie zgodnie z wymogami sanitarnymi, systemem HACCP i zasadami GHP/GMP.

4. Wykonawca nie będzie stosował produktów wysoko przetworzonych. Posiłki będą przygotowywane z naturalnych i wartościowych produktów spożywczych - zgodnie z opisem znajdującym się w opracowaniu „Jadłospisy dla wrocławskich przedszkoli” przygotowanym przez Gminę Wrocław we współpracy z Uniwersytetem Medycznym - Załącznik nr 8 do SWZ

5. Wykonawca będzie przygotowywał posiłki z warzyw i owoców świeżych. W okresie zimowo-wczesnowiosennym dozwolone jest stosowanie mrozonek warzywnych i owocowych.

6. Zamawiający nie zezwala na stosowanie w procesie żywienia następujących produktów: fastfood, konserwy

jakiegokolwiek typu, produkty z glutaminianem sodu i innymi wzmacniaczami smaku, parówki, produkty masłopodobne i seropodobne, soki zagęszczone, mięso odkostnione mechaniczne (MOM) oraz wędliny z dodatkiem preparatów białkowych (soja i inne) i/lub skrobi modyfikowanej, barwniki, sery topione, margaryna (za wyjątkiem diet bezmlecznych), ryby pangii, tilapii, ryby maślanej, paluszków rybnych z mielonej ryby.

7. Do produkcji posiłków dopuszcza się wyłącznie produkty opakowane w karton lub szkło (które ze względu na konsystencję muszą być zapakowane w opakowanie zamknięte).

8. Półprodukty zakupywane i przechowywane w magazynie wyrobów suchych nie mogą być przesypywane do worków bez podania i nadzorowania terminów ważności. Produkty żywnościowe płynne nie mogą być przelewane do innych pojemników bez oznaczenia daty ważności, daty i godziny otwarcia pojemnika oryginalnego.

9. Zupy muszą być gotowane na wywarze warzywnym - dopuszcza się wywar mięsno-warzywny w: rosole, żurku, barszczu białym kapuśniaku, grochówce i zupie fasolowej. Zamawiający nie dopuszcza możliwości serwowania zup przygotowanych na bazie wywaru z kości (w tym z korpusu z kurczaka).

10. Do przygotowania posiłków, omaszczania pierogów, itd. należy używać wyłącznie masła o zawartości tłuszczu min. 82%, a do przygotowania posiłków wyłącznie oleje roślinne. Dopuszcza się stosowanie oleju rzepakowego, ryżowego, kokosowego, lnianego, oliwy z oliwek (do potraw na zimno).

11. W przypadku dań mięsnych nie należy stosować mięsa przetworzonego - mielonego - (za wyjątkiem gołąbków i sosu bolognese) Stosować należy całe sztuki mięsa. Należy stosować wysokiej jakości mięso wieprzowe, a z drobiu - mięso kurczaka lub indyka,

12. Owoce mają być umyte, podawane w całości - niedopuszczalne jest dzielenie jednego owocu pomiędzy kilkoro dzieci, za wyjątkiem owoców typu melon, arbuz.

13. Pasztesy, pierogi, kluski śląskie, naleśniki - wyłącznie wyrób własny Wykonawcy przygotowany przy zastosowaniu mąki o minimalnym typie 500. .

14. Wykonawca dostosuje rodzaje podawanych potraw do rangi posiłku w ciągu dnia. Zamawiający wyklucza podawanie bigosu, kapusty przetworzonej termicznie (za wyjątkiem zup), fasoli po bretońsku, placków ziemniaczanych, parówek lub kielbasy, makaronu z dżemem, gotowanych jajek lub jajek sadzonych - jako głównych dań obiadowych.

15. Nie dopuszcza się stosowania grzybów z wyjątkiem pieczarek i boczników.

16. Jaja stosowane w całym jadłospisie: świeże, z chowu ściółkowego lub z wolnego wybiegu.

17. Przygotowanie potraw powinno się odbywać z użyciem świeżych i suszonych ziół, i przypraw naturalnych. Codziennie owoc sezonowy, poza sezonem owoce np. z puszek ananas, brzoskwinia, zamiennie warzywa marchew, kalarepka, rzodkiewki, buraczek ćwikłowy, seler liściasty, papryka świeża.

18. Serwowane parówki mają być wykonane z mięsa wysokiej jakości o zawartości tełż mięsa nie mniejszej niż 85 %.

19. Mięso smażone może pojawić się w jadłospisie 1 raz na tydzień

20. Polewy do dań jarskich (np. naleśników, makaronów) należy wykonywać ze świeżych lub mrożonych owoców albo jogurtu - dopuszcza się czekoladę rozpuszczaną w kąpieli wodnej do wzbogacenia wartości smakowych potrawy lub do ozdoby raz w dekadzie i stosowanie zamienników sporządzonych z naturalnych produktów dla dzieci uczulonych na czekoladę, zabrania się stosowania kremów typu nutella

21 Jogurt stosowany w żywieniu nie może zawierać skrobi modyfikowanej i żelatyny wieprzowej.

22. Kwaśne zupy z kapusty oraz kwaśne surówki z kapusty - mają być sporządzane z zastosowaniem kapusty kiszzonej (a nie kwaszonej octem). Kapusta musi być kiszona naturalnie, bez dodatków przyspieszających proces kiszenia, w szczególności bez dodatku octu w procesie produkcji.

23. Herbaty tylko owocowe z suszu i ziół. Nie jest dopuszczalne stosowanie herbaty czarnej aromatyzowanej sokami owocowymi

24. Kanapki - zgodnie z zaleceniami dekadowymi - pieczywo pełnoziarniste, razowe, żytnie, wieloziarniste, orkiszowe, mieszane i pszenne.

25. Surówki muszą być wykonane zgodnie ze sztuką kulinarną - doprawione wymaganymi przyprawami, oliwą oraz uzupełnione innymi niezbędnymi składnikami (przetworzone warzywa saute, np. starte lub pokrojone buraki - albo inne warzywa - kapusta kiszona - nie doprawione właściwym dressingiem nie będą uznawane jako surówka),

26. W przypadku gdy obiad składał się z potraw bezmięsnych – podawanie na deser produktów słodkich np. rogalie maślane, bułki maślane - jest niedozwolone."

W punkcie VI JADŁOSPISY:

„1. Zasady ogólne:

1) Poszczególne posiłki będą przygotowywane wg jadłospisów Wykonawcy sporządzanych w trakcie trwania umowy.

2) Dopuszcza się możliwość wprowadzenia cyklicznie powtarzających się jadłospisów, co ułatwi ocenę ilości

marnowanej żywności.

3) Jadłospisy sporządza wykwalifikowany dietetyk zatrudniony przez Wykonawcę.

4) Jadłospisy muszą uwzględniać wymagania z Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie grup środków spożywczych przeznaczonych do sprzedaży dzieciom i młodzieży w jednostkach systemu oświaty oraz wymagań, jakie muszą spełniać środki spożywcze stosowane w ramach żywienia zbiorowego dzieci i młodzieży w tych jednostkach oraz zalecenia Zamawiającego. Każdy dzień żywienia dzieci w danej porze roku winien być niepowtarzalny, każdorazowo inny jeden komplet.

5) Jadłospisy powinny uwzględniać zalecenia dotyczące zdrowego żywienia wydane przez Ministerstwo Zdrowia, Narodowe Centrum Edukacji Żywnościowej, Państwowy Zakład Higieny - Narodowy Instytut Zdrowia Publicznego - szczególnie określone w Załączniku nr 9 do SWZ.

6) Wielkość porcji powinna być dostosowana indywidualnie do dziecka, z możliwością uzyskania dokładki posiłku lub poszczególnych jego składników. Każda porcja musi spełniać wymagania dla danej grupy wiekowej wynikające z norm żywienia oraz przepisów prawa.

7) Minimalne gramatury składników poszczególnych posiłków obiadowych kształtują się następująco:

a) zupa: gramatura minimalna 100 ml, maksymalna 200 ml;

b) II danie: minimum 150 g, maksimum 200 g + minimum 50 g, maksimum 100 g surówki/warzywa, a w przypadku dania wieloskładnikowego:

c) ziemniaki/kasza/ryż/makaron: minimum 75 g, maksimum 125 g;

d) mięso/ryba: minimum 50 g, maksimum 75 g;

e) surówka/warzywo: minimum 50 g, maksimum 100 g;

f) owoc: minimum 50 g, maksimum 100 g w porcji (dopuszcza się dzielenie, porcjowanie owoców)

g) napoje: jednorazowo nie mniej niż 100 ml, maksymalnie 200 ml na jedno dziecko

8) Jadłospisy winne być zaopatrzone w informacje o alergenach zgodnie z Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1169/2011 z dnia 25 października 2011 r. w sprawie przekazywania konsumentom informacji na temat żywności. Należy pamiętać o wyszczególnieniu alergenów wchodzących w skład mieszanek przypraw.

9) W jadłospisach należy uwzględniać dodatki w postaci sezonowych warzyw i owoców oraz okazjnie potrawy świąteczne.

10) Żywieniu podlega grupa dzieci będących na dietach eliminacyjnych i specjalistycznych (celiakia, dieta bezglutenowa), Wykonawca zobowiązany jest do przygotowania posiłków dla uczniów objętych dietami eliminacyjnymi. Jadłospis dla diet eliminacyjnych przygotowuje dietetyk zatrudniony przez Wykonawcę i przedstawia do akceptacji Zamawiającemu na warunkach uzgodnionych przez Strony. Zamawiający wymaga, aby liczba dostarczanych posiłków opartych na dietach była zgodna z liczbą wynikającą z zamówienia składanego przez Zamawiającego.

11) Żywieniu może podlegać grupa uczniów, u których zdiagnozowano obecność cukrzycy - mając ten fakt na uwadze wymagane jest, aby Wykonawca: a) Bezwzględnie przestrzegał wcześniej zatwierdzonego jadłospisu, w tym gramatury i składu posiłków; b) W razie propozycji zmian w zatwierdzonym jadłospisie powiadomił o tym fakcie Dyrektora Przedszkola nr 104 we Wrocławiu z co najmniej 2 dniowym wyprzedzeniem, podając równocześnie nowy jadłospis. c) Nie zmieniał kolejności oraz czasu podawania poszczególnych dań (np. Jeżeli na obiad pierwsza podawana jest zupa, a po określonym czasie drugie danie - to porządek ten powinien być przestrzegany w każdym dniu wydawania posiłków). Błędy wynikające z nieprzestrzegania zaleceń dietetycznych, w tym gramatury, składu, pory posiłków mogą skutkować niebezpiecznymi dla zdrowia i życia powikłaniami tj. hiperglikemią bądź hipoglikemią, za które, w przypadku braku respektowania powyższych zasad, pośrednio może odpowiadać Wykonawca

2.Menu przykładowe – rodzajowe

UWAGA: Wykonawca, przygotowując jadłospisy, może wykorzystać gotowe propozycje zawarte w dokumencie - „Jadłospisy dla wrocławskich przedszkoli” - przygotowanym przez Gminę Wrocław we współpracy z Uniwersytetem Medycznym - które zawarte są w Załączniku nr 8 do SWZ Należy mieć na uwadze, że zawarte tam są dobre praktyki w tym zakresie, jednakże mogą mieć one zastosowanie tylko wtedy, gdy nie są sprzeczne z niniejszą SWZ.

1) Śniadanie: Każde śniadanie winno składać się z kanapek oraz zupy mlecznej na bazie kaszy (manna lub jaglana) płatków (żytnie, jęczmienne, owsiane, z mlekiem lub bez) lub kakao/kawy zbożowej. Gdy jest zupa mleczna, do kanapek podawać herbatę (owocową/ziołową), którą należy dosłodzić miodem naturalnym z pasieki. Zabrania się stosowania słodzonych, przetworzonych płatków śniadaniowych. Do kanapek należy podawać produkty o jak najniższym stopniu przetworzenia: a) bez substancji wypełniających (bez skrobi ziemniaczanej i kukurydzianej oraz bez białka sojowego, karogenu i fosforanów) b) wędliny chude, bez nadmiary tłuszczu - drobiowe, cielęce, wieprzowe: polędwica, szynka, schab, produkty niewędzone. c) pasztety wyłącznie własnej produkcji, pieczone (warzywne, z dodatkiem kasz i mięsne), d) jajecznicą smażoną wyłącznie na maśle klarowanym. Kanapki z: serem, serem twarogowym,

warzywami, pastami warzywnymi, mięsno - warzywnymi lub z udziałem ryby, pastami na bazie nasion strączkowych, dżemem, miodem naturalnym z pasieki, jajkiem, wędliną, twarożkiem (na bazie sera i dodatków takich jak warzywa, szczypior, nacie).

2)Zupa: Zupy winny być sporządzane na wywarze warzywnym lub mięsno-warzywnym (z podaniem w jadłospisie wykorzystanej techniki), z dużej ilości warzyw, z dodatkiem ziół i przypraw naturalnych. Zupy z różnorodnych warzyw zgodnie z techniką kulinarną (w sezonie również z warzyw sezonowych). Nacie, koper zielony dodawać po ugotowaniu zupy. Zabielać zupy max 3 razy w tygodniu. Niedopuszczalne jest stosowanie octu do zakwaszania zup. Należy wyszczególnić z jakich składników są sporządzane zupy.

3)Drugie danie: Kasze i dania mączne (jaglana, gryczana - palona i niepalona, jęczmienna, bulgur, kuskus, ziemniaki gotowane, ryż (pełnoziarnisty, basmati, parboiled, tzw. biały), makaron (pełnoziarnisty, z mąki durum), naleśniki, pierogi z owocami/ruskie. Mąki - do wyboru: pszenna pełnoziarnista, orkiszowa, żytnia, pszenna i żytnia razowa, graham, gryczana, ziemniaczana, z tapioki, jaglana, owsiana, ryżowa, pszenna. Posiłki z warzyw: np. leczko, gulasz warzywny z dodatkiem nasion roślin strączkowych, kotlet z fasoli/ciecierzycy/soczewicy, papryka faszerowana. Należy podać skład dań bezmięsnych. Dania bezmięsne to również dania mączne wg poniższych wskazań. Jadłospis winien zawierać: pierogi ruskie, pierogi z owocami, naleśniki z nadzieniem - każde co najmniej 1x na dwie dekady. Do dań mącznych zalecany dodatek mąki pełnoziarnistej. Do omaszczenia dań mącznych stosować wyłącznie masło o min. 82% zawartości tłuszczu. Nie dopuszcza się omaszczania olejem rafinowanym, skwarkami, smażoną cebulą. Mięsa/ryby (pieczone w piekarniku/piecu konwekcyjno-parowym lub duszone: drób, wołowina, cielęcina, wieprzowina) /ryby morskie. Preferuje się ryby pieczone w piekarniku/piecu konwekcyjno-parowym, duszone na parze (np. łosoś, halibut, makrela atlantycka, odmiany dorszowatych, morszczuk, sola). Niedopuszczalne jest stosowanie pangii, tilapii, ryby maślanej. Sosy wyłącznie na bazie wywarów mięsnych i warzywnych. Niedopuszczalne jest stosowanie sosów instant w proszku lub koncentratów. Surówki oraz warzywa w kawałkach (słupki, cząstki), warzywa gotowane, pieczone lub surowe, ogórki kiszzone, kapusta kiszona, owoce, surówki owocowo-warzywne. Codziennie podawać dodatek warzywny do obiadu w postaci warzyw surówki lub cząstek, warzyw na ciepło. Zamiennie - do dań słodkich - podawać owoc lub surówkę na słodko. Stosowane do ich przygotowania owoce i warzywa powinny uwzględniać zmieniającą się w ramach pór roku - dostępność w handlu. Należy wyszczególnić z czego robiony jest dressing (jogurt lub olej nierafinowany z pierwszego tłoczenia do wyboru: rzepakowy/lniany/oliwa z oliwek/sok z cytryny, musztarda i inne). Nie dopuszcza się stosowania olejów rafinowanych do dressingu oraz gotowych sosów w proszku. Sosy i dressingi nie stanowią składników sałatki i surówki w rozumieniu ilości użytych do ich przygotowania składników. Do surówek zalecany jest przynajmniej min. raz w dekadzie dodatek (podawany razem lub obok) - do wyboru: pestki słonecznika, dyni, sezamu, kielki, migdały (nasiona i pestki uprzednio prażone). Warzywa należy gotować krótko na parze lub blanszować lub piec w piecu konwekcyjno- parowym (wszystkie techniki przygotowania będą wykorzystane w ciągu 2 dekad). Do przygotowania warzyw nie należy używać soli.

4)Podwieczorek Z naturalnych, nieprzetworzonych surowców. Zabrania się serwowania gotowych ciastek, słodczy. Koktajle mleczno - owocowe z naturalnych owoców na bazie jogurtu greckiego lub maślanki, jogurty (naturalne lub z dodatkiem owoców przygotowane przez Wykonawcę, wsad owocowy przynajmniej 6,5 % owoców), soki wyciskane, jabłka pieczone w cieście, wypieki z dodatkiem pełnoziarnistej mąki, gofry, kasze z mussem owocowym, ryż z jabłkami, sałatki owocowe, musy z owoców, budynie naturalne, kisiele naturalne z owoców, racuchy, twarożki z owocami, wafle ryżowe (z błonnikiem) i wielozbożowe z wyłączeniem pieczywa Wasa, z dodatkami (np. serkiem naturalnym, owocami), chrupki gryczane lub jaglane, kanapki z serem białym lub żółtym, warzywami, pastami warzywnymi, dżemem, miodem, jajkiem, szynką, twarożkiem).

5)Napoje: Kompoty: do przygotowania kompotu należy używać owoców - dopuszcza się stosowanie owoców świeżych i/lub mrożonych. Niedopuszczalne jest gotowanie kompotów na bazie suszu, koncentratów, kwasu cytrynowego, rabarbaru. Napoje: woda mineralna nisko- i średnio zmineralizowana, woda z cytryną, woda ze świeżą miętą, soki owocowe i owocowo-warzywne, soki warzywne, napary owocowe (bez sztucznych aromatów i barwników).

6)Owoce: Serwowane z uwzględnieniem sezonowości. Owoce sezonowe: truskawki, maliny, porzeczki, czereśnie, wiśnie, nektaryny, brzoskwinie, jagody, gruszki, śliwki, jabłka. Owoce cytrusowe i inne owoce importowane max 2 x tydzień. Dzielenie owoców na porcje, usuwanie gniazd na-siennych, filetowanie owoców cytrusowych - ułatwia ich spożycie i zachęca do sięgania po dokładki." [podkreślenia własne]

Izba ustaliła, że zgodnie z SWZ jadłospisy przygotowane miały być zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 11 do SWZ wskazującym, że:

DZIEŃ 1	Opis dania	Skład: składniki na jedną porcję
I Śniadanie		
Owoce/ Warzywa		

Sok owocowo-warzywny		
Zupa	W opisie należy podać rodzaj wywaru na jakim gotowana jest zupa	
II Danie	W opisie należy podać metodę obróbki cieplnej W przypadku dań jarskich w wytrawnych wskazać i miennie dodatek w postaci nasion roślin strączkowych	
Surówka		
Napój		
Podwieczorek		

Przystępujący w ofercie zobowiązał się do wykonania zamówienia publicznego w zakresie objętym SWZ i przedłożył jadłospisy opracowane z wykorzystaniem powyższego wzoru. W kolumnie 2 wskazywał opis dania z podaniem gramatury tych składników, które wyszczególnione zostały w SWZ punkt VI Jadłospisy, 1 Zasady ogólne pkt. 7). W kolumnie trzeciej wskazywał składniki posiłku z wyszczególnieniem procentowym dookreślającym dany użyty składnik w stosunku, do którego SWZ doprecyzowywał rodzaj składnika poprzez odwołanie się do procentowego udziału składnika wiodącego (np. masło 82% tłuszczu).

Odwołujący mając na uwadze treść SWZ oraz jadłospisy Przystępującego zakwestionował:

Powołując się na Menu przykładowe – rodzajowe niedopuszczalne wskazanie w ofercie Przystępującego niewskazanych w SWZ:

DODATKÓW - W zakresie śniadania (wg SWZ: „Każde śniadanie winno składać się z kanapek oraz zupy mlecznej na bazie kaszy (manna lub jaglana) płatków (żytnie, jęczmienne, owsiane, z mlekiem lub bez)”), podczas gdy oferta Przystępującego przewiduje:

- Dzień 1 - dekada jesień zima: płatki ryżowe
- Dzień 2 - dekada jesień zima: makaron literki
- Dzień 4 - dekada jesień zima: komosa ryżowa
- Dzień 7 - dekada jesień zima: zacierka
- Dzień 9 - dekada jesień zima: otręby pszenne i żytnie
- Dzień 10 - dekada jesień zima: kasza kuskus
- Dzień 1 - dekada wiosna lato: zacierka
- Dzień 2 - dekada wiosna lato: płatki jaglane
- Dzień 3 - dekada wiosna lato: drobny makaron
- Dzień 5 - dekada wiosna lato: płatki ryżowe
- Dzień 8 - dekada wiosna lato: lane kluski
- Dzień 10 - dekada wiosna lato: ryż

PAST - W zakresie śniadania(wg SWZ: kanapki „z: pastami warzywnymi, mięsno - warzywnymi lub z udziałem ryby, pastami na bazie nasion strączkowych”), podczas gdy oferta Przystępującego przewiduje:

- Dzień 4, 8 - dekada jesień zima oraz dzień 9 dekada wiosna lato: pasta jajeczna

DOODATKÓW - w zakresie dressingów (wg SWZ: „Należy wyszczególnić z czego robiony jest dressing (jogurt lub olej nierafinowany z pierwszego tłoczenia do wyboru: rzepakowy/lniany/oliwa z oliwek/sok z cytryny, musztarda i inne). Nie dopuszcza się stosowania olejów rafinowanych do dressingu oraz gotowych sosów w proszku. Sosy i dressingi nie stanowią składników sałatki i surówki w rozumieniu ilości użytych do ich przygotowania składników.”), podczas gdy oferta Przystępującego przewiduje :

- Dzień 1 dekada jesień zima : marchewka z groszkiem i kukurydzą oprószone, wykorzystano masło do dressingu

DODATKÓW w zakresie podwieczorku(wg SWZ: „Podwieczorek z naturalnych, nieprzetworzonych surowców. Zabrania się serwowania gotowych ciastek, słodczy. Koktajle mleczno - owocowe z naturalnych owoców na bazie jogurtu greckiego lub maślanki, jogurty (naturalne lub z dodatkiem owoców przygotowane przez Wykonawcę, wsad owocowy przynajmniej 6,5 % owoców), soki wyciskane, jabłka pieczone w cieście, wypieki z dodatkiem pełnoziarnistej mąki, gofry, kasze z mussem owocowym, ryż z jabłkami, sałatki owocowe, musy z owoców, budynie naturalne, kisiele naturalne z owoców, racuchy, twarożki z owocami, wafle ryżowe (z błonnikiem) i wielozbożowe z wyłączeniem pieczywa Wasa, z dodatkami (np. serkiem naturalnym, owocami), chrupki gryczane lub jaglane, kanapki z serem białym lub żółtym, warzywami, pastami warzywnymi, dżemem, miodem, jajkiem, szynką, twarożkiem”), podczas gdy oferta Przystępującego przewiduje,:

- Dzień 6 - dekada wiosna lato: serek kokosowy z jagodami

- Dzień 8 - dekada wiosna lato: galaretka truskawkowa z jagodami
- Dzień 9 - dekada wiosna lato: śliwki pieczone pod domową kruszonką orzechową
- Dzień 10 - dekada wiosna lato: kefir ze świeżymi jagodami i malinami z otrębami pszennymi
- Dzień 8 - dekada jesień zima: gruszka pieczona pod miodową kruszonką z płatków owsianych

Odwołujący wskazywał dodatkowo przywołując brzmienie punktu V Szczegółowe zalecenia co do jakości użytych surowców podpunkt 6 zakazującego stosowania w procesie żywienia konserwy jakiegokolwiek typu wykorzystanie przez Przystępującego zabronionych konserw wobec zadeklarowania tyńczyka w sosie własnym:

- Dzień 5,10 - dekada jesień zima oraz dzień 9 dekada wiosna lato: tuńczyk w sosie własnym

Tutaj Izba dodatkowo ustaliła, dając wiarę wyjaśnieniom Przystępującego zbieżnym z treścią oferty, że deklarowanym daniem jest świeża ryba poddana uprzedniej obróbce parowej bezpośrednio przez Przystępującego a nie z konserwy.

Wskazywał także, że w ofercie Przystępującego występują także dania na podwieczorek jak Koktajle mleczno - owocowe z naturalnych owoców na bazie jogurtu greckiego lub maślanki, jogurty (naturalne lub z dodatkiem owoców przygotowane przez Wykonawcę, w stosunku , do których SWZ określał sad owocowy przynajmniej 6.5 % owoców), podczas gdy w jadłospisach Przystępującego nie jest zaznaczone ile tego wsadu owocowego zostało wykorzystane:

- Dzień 1 - dekada wiosna lato: koktajl truskawkowy na maślanec
- Dzień 3 - dekada wiosna lato: jogurt naturalny z malinami posypany płatkami migdałów
- Dzień 1 - dekada jesień zima: koktajl bananowy na jogurcie”

Podkreślał również, że zgodnie z tabelą zawartą w Załączniku 11 SWZ opis kolumna trzecia należy podać składniki posiłków na 1 porcję a w ofercie Przystępującego składniki zostały wyłącznie wylistowane, ale nie w przeliczeniu na 1 porcję, co uniemożliwia rozliczenie wsadu danego posiłku i nie da się potwierdzić spełnienia wymagań SWZ odnośnie gramatur poszczególnych elementów posiłku i np. w pierwszym daniu obiadowym z dekady wiosna/lato (w jadłospisach Przystępującego wskazano: „Ryż pełnoziarnisty curry z ciecierzycą pieczarkami i pomidorami. Składniki: ryż pełnoziarnisty ciecierzycą, pieczarki, pomidory malinowe, cebula, bazylią, szczypta soli, curry” , co powoduje, że nie da się wywnioskować, ile danego składnika zostało wykorzystane, podczas gdyż w SWZ (Załącznik nr 1 pkt VI ust. 7) dokładnie opisano ile dany składnik powinien w daniu stanowić.

Izba ustaliła, że załącznik nr 8 do SWZ zawiera inne od wskazanych w Załączniku nr 1 do SWZ produkty jako zalecane do stosowania. SWZ wymienia produkty zakazane, nie tworząc zamkniętej listy produktów zalecanych do przygotowania posiłków. Jadłospisy Przystępującego opracowany został zgodnie z zaleceniami dietetycznymi i przepisami oraz normami prawnymi przywołanymi SWZ, na co wskazuje opinia eksperta powołanego przez Zamawiającego.

Izba stwierdza, co następuje

Zgodnie z art. 16 w zw. z art. 17 ust. 2 w zw. z art. 239 ust. 1 oraz art. 226 ust. 1 pkt. 5 Ustawy : Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; przejrzysty; proporcjonalny. Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Dalej Izba stwierdza, że niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób nieodpowiadający wymaganiom zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji oraz innych warunków zamówienia, co nie zostało wykazane w postępowaniu odwoławczym. Dla zastosowania podstawy odrzucenia oferty z ust. 1 pkt 5 konieczne jest uchwycenie, na czym konkretnie polega niezgodność pomiędzy ofertą wykonawcy a warunkami zamówienia, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i jednoznacznie ustalonymi warunkami zamówienia (patrz: Gawrońska-Baran Andrzeła i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany Opublikowano: LEX/el. 2023).

Mając na uwadze treść SWZ, oferty Przystępującego, ustaleń oraz przywołanych powyżej norm prawnych Izba stwierdza, że oferta - jadłospisy, w zakresie objętym zarzutami opracowane zostały w sposób zgodny z SWZ, tj zawierają wymagane SWZ informacje oraz zgodnie z wymaganiami SWZ wskazują składniki, których stosowania Zamawiający nie wykluczał.

Odwołujący nie wykazał, by SWZ konkretyzował obowiązki wykonawcy w zakresie formułowania treści jadłospisów, których naruszenie zarzuca ofercie Przystępującego a w konsekwencji upatruje zaniechania Zamawiającego odrzucenia oferty w oparciu o 226 ust 1 pkt. 5 Pzp

W ocenie Izby literalne brzmienie zapisów SWZ nie pozwala na stwierdzenie istnienia obowiązku wskazywania gramatury poszczególnych składników ani nie zakazuje stosowania składników nie wymienionych jako zakazane w SWZ – Załącznik nr 1. Ponadto gramatury mieszczące się w widełkach podanych w Załączniku nr 1, rozdział VI Jadłospisy, 1. Zasady ogólne pkt 7) zostały wskazane w kolumnie 2 załącznika do oferty Przystępującego. Wykładania językowa i

celowościowa nie wskazuje na zakaz ujmowania w jadłospisach produktów, które nie zostały wymienione w SWZ w przykładowym menu opisanym SWZ Załącznik nr 1– tutaj Izba przyjęła, że mają one charakter przykładowy, za czym przemawia także wskazywanie przez Zamawiającego w sposób jednoznaczny produktów zakazanych, zawarcie w załączniku nr 8 do SWZ (do którego zapisów wykonawcy mogą odwoływać się zgodnie z wolą Zamawiającego) produktami innymi niż podawane przez Zamawiającego w przykładowym jadłospisie, charakter jadłospisu zamieszczonego w SWZ z dookreśleniem, że stanowi on „Menu przykładowe- rodzajowe” a także założenie zapewnienia zróżnicowanych posiłków.

Izba wskazuje dodatkowo, że w jej ocenie SWZ rozdział VI Jadłospisy 1 Zasady ogólne pkt 7) wskazujący minimalne gramatury składników poszczególnych posiłków obiadowych odnosi się do sposobu realizacji zamówienia i ich wskazanie w ofercie w załączniku nr 11 nie jest obligatoryjne jako nie wynikające wprost z treści SWZ, podobnie jak wskazanie gramatury wszystkich składników stosowanych w danym posiłku a wymienionych w kolumnie trzeciej tabeli załącznika nr 11, która obowiązkowi takiego nie nałożyła.

Powyższe, w świetle treści warunku zamówienia, wskazuje w ocenie Izby na niemożność odrzucenia oferty Przystępującego. Izba stoi na stanowisku, że niejednoznaczność zapisów SWZ nie może powodować negatywnych skutków dla wykonawców a wątpliwości powinny być, co do zasady, rozstrzygane na ich korzyść. W świetle zaś art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”, zaś „Odwołanie zawiera: (...) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności”. W niniejszej sprawie, odwołanie nie zawierało uzasadnienia faktycznego, które pozwoliłoby na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania Zamawiającego czy zdarzenia, wypełniającego przepisy prawa, których naruszenie zarzucił Odwołujący. Zgodnie z art. 554 ust. 1 Ustawy „Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców”, co nie zostało wykazane odwołaniem. Jednocześnie poczynione w sprawie ustalenia przeczą założeniom opisanym w odwołaniu.

Mając na uwadze powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553, art. 554 ust. 1 pkt. 1) Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 575 i art. 574 z uwzględnieniem art. 523 ust. 3 Ustawy oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 5 Rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący