

Sygn. akt KIO 2458/22

WYROK

z dnia 7 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Michał Pawłowski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 października 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 września 2022 r. przez Wykonawcę CATERMED Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Regionalny Szpital w Kołobrzegu,

przy udziale Wykonawcy FUDEKO Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 2458/22 po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1) Oddała odwołanie w całości.
- 2) Kosztami postępowania odwoławczego obciąża w całości Odwołującego – Wykonawcę CATERMED Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi i:

- 2.1) Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 937 zł 77 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści siedem złotych siedemdziesiąt siedem groszy) stanowiącą wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego – Wykonawcę CATERMED Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi oraz koszty związane z dojazdem pełnomocnika na rozprawę poniesione przez Zamawiającego – Regionalny Szpital w Kołobrzegu,
- 2.2) Zasądza od Odwołującego – Wykonawcy CATERMED Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi na rzecz Zamawiającego – Regionalnego Szpitala w Kołobrzegu kwotę 4 537 zł 77 gr (słownie: cztery tysiące pięćset trzydzieści siedem złotych siedemdziesiąt siedem groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i jego dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze 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

Regionalny Szpital w Kołobrzegu, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.), zwanej dalej jako „ustawa PZP”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *„świadczenie usług żywienia pacjentów szpitala i inne usługi żywieniowe dla potrzeb Regionalnego Szpitala w Kołobrzegu”*.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 września 2022 r. pod numerem 2022/S 174-491728.

W dniu 19 września 2022 r. Wykonawca CATERMED Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie na niezgodną z przepisami ustawy PZP czynność Zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj. określenie kryteriów jakości oceny ofert.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 240 ust. 1-2 ustawy PZP w zw. z art. 242 ust. 1 ustawy PZP poprzez określenie jakościowych kryteriów oceny ofert o łącznej wadze 40% w postaci:

1) Jakości – waga 20% – w sytuacji gdy:

a) Zamawiający nie określił żadnych sposobów weryfikacji oświadczeń wykonawców dotyczących wszystkich podkryteriów, a więc tak określone kryterium stanowi obietnicę, co prowadzi do tego, że nie jest możliwe porównanie ofert,

b) punkty będą przyznawane za spełnienie wymagań minimalnych, za których niespełnienie

oferta jest odrzucana – tym samym kryterium nie spełnienia wymagań kryterium jakościowego, ponieważ każda oferta spełniająca wymagania minimalne otrzyma punkty,

- c) nie zostało opisane w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, w jaki sposób zostanie oceniona oferta wykonawcy w przypadku zawarcia elementów dodatkowych, wykraczających poza minimalne wymagania, tj. nie zostało wskazane, za jakie rozwiązania zostanie przydzielona określona liczba punktów, tym samym Zamawiający ma dowolność w dokonaniu oceny ofert.

2) Przewidywanego średniego dziennego kosztu surowców (tzw. „Wsad do kotła”) – waga 20% – w sytuacji gdy:

- a) kryterium to nie odnosi się do jakości usługi, a więc nie może być uznane za kryterium jakościowe,
- b) Zamawiający nie określił żadnych sposobów weryfikacji oświadczeń wykonawców, a więc tak określone kryterium stanowi obietnicę, co prowadzi do tego, że nie jest możliwe porównanie ofert,
- c) kryterium to nie zapewnia równego traktowania wykonawców, bowiem preferuje wykonawców nabywających produkty przetworzone (droższe) w stosunku do wykonawców, którzy nabywają produkty nieprzetworzone (tańsze), którzy ponoszą większe koszty pracy swoich pracowników.

W konsekwencji postawionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie swojego odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmianę:

1) w zakresie zarzutu nr 1 – Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ”) w zakresie:

- a) rozdziału XIV SWZ pkt 3 ppkt 6 np. poprzez nadanie mu brzmienia: *„Za sporządzony przez wykonawcę jadłospis 10-dniowy dla diety podstawowej (wraz z gramaturą potraw oraz zawartością tłuszczu, węglowodanów, białka oraz wartością energetyczną) potwierdzony zaświadczeniem wydanym nie wcześniej niż w 2022 roku przez akredytowane laboratorium żywnościowe, potwierdzające, że całodzienny zestaw żywieniowy dla danej diety został przygotowany zgodnie z deklarowaną recepturą*

i wartościami odżywczymi i energetycznymi w posiłkach”,

- b) rozdziału XIV SWZ pkt 3 ppkt 7 np. poprzez jego wykreślenie,
- c) rozdziału XIX SWZ poprzez np. usunięcie kryteriów Jakość (J) i zastąpienie go kryterium: „*Jakość całodziennego zestawu żywieniowego (J)*” - waga 20 Liczba punktów w kryterium „*Jakość całodziennego zestawu żywieniowego*” będzie przyznawana w ten sposób:
- *Za sporządzony przez wykonawcę jadłospis 10-dniowy dla diety podstawowej (wraz z gramaturą potraw oraz zawartością tłuszczu, węglowodanów, białka oraz wartością energetyczną) potwierdzony zaświadczeniem wydanym nie wcześniej niż w 2022 roku przez akredytowane laboratorium żywnościowe, potwierdzające, że całodzienny zestaw żywieniowy dla danej diety został przygotowany zgodnie z deklarowaną recepturą i wartościami odżywczymi i energetycznymi w posiłkach – 20 punktów,*
 - *Brak jadłospisu wraz z zaświadczeniem – 0 punktów”,*
- d) ewentualnie poprzez określenie szczegółowych rozwiązań innych niż wymagania minimalne określone w dokumentach zamówienia, za które Zamawiający będzie przyznawał punkty oraz poprzez określenie obowiązku wykonawcy przedłożenia dokumentów (np. oświadczeń zamawiających) w celu potwierdzenia, że wykazane przez wykonawcę rozwiązania są stosowane przez wykonawcę u innych zamawiających.

2) w zakresie zarzutu nr 2:

- a) ogłoszenia o zamówieniu w zakresie pkt II.2.5 poprzez usunięcie kryterium jakości – Nazwa: Przewidywany średni dzienny koszt surowców oraz zmianę wagi kryterium Jakość na 40 punktów,
- b) SWZ poprzez np. usunięcie z pkt 1: lit. c) „*Deklarowany dzienny koszt surowców (wsad do kotła) (W)* – waga kryterium 20%” oraz usunięcie całego pkt 4 „*Zasady oceny ofert w kryterium Deklarowany dzienny koszt surowców (wsad do kotła) (W)* – waga 20%” oraz zmianę wagi kryterium Jakość na 40 punktów,
- c) ewentualnie poprzez zastąpienie kryterium „*Deklarowanego dziennego kosztu surowców (wsad do kotła) (W)* – waga kryterium 20%” innym kryterium odnoszącym się do jakości i dającym się zweryfikować dokumentami, np. Kryterium „*Doświadczenia zawodowego 2*

magistrów dietetyki, 3 kucharzy i koordynatora/kierownika wyznaczonych do realizacji zamówienia”, które będzie weryfikowane za pomocą referencji wystawionych przez Szpitale, w których dietetycy, kucharze, koordynator/kierownik zdobyli doświadczenie. Zasady przyznawania punktów w kryterium za doświadczenie zawodowe magistra dietetyki, kucharzy, koordynatora wyznaczonych do realizacji zamówienia – 15%: • doświadczenie dietetyka – 5%; • doświadczenie kucharza – 5 % • doświadczenie koordynatora – 5%. Ocena powyższego kryterium: Doświadczenie 0-3 lata weryfikowane – 0 pkt. doświadczenie powyżej 3 lat do 5 lat włącznie weryfikowane – 2 pkt doświadczenie powyżej 5 lat weryfikowane – 5 pkt. Weryfikacja lat doświadczenia dietetyków, kucharzy, koordynatora/kierownika na podstawie np.: referencji wystawionych przez Szpital potwierdzających pracę na stanowisku dietetyka w danej jednostce służby zdrowia w konkretnych latach, kopii umów o pracę, kopie świadectwa pracy, kopie umowy cywilno-prawnej”.

W uzasadnieniu swojego odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego podkryterium „Jadłospisu dekadowego” Odwołujący podał, że zgodnie z dokumentacją zamówienia wykonawca ma przedstawić dziesięć przykładowych jadłospisów dla diety podstawowej. Ocena tych jadłospisów będzie odbywać się według dokumentu „Skala ocen jadłospisów”. Maksymalnie można uzyskać 5 punktów według załącznika nr 11 do SWZ. Zgodnie z art. 240 ust. 2 ustawy PZP kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty. Powinny one umożliwiać weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach. Zdaniem Odwołującego samo opracowanie na papierze dziesięciu jadłospisów i złożenie ich z ofertą stanowi wyłącznie deklarację wykonawcy, że w przyszłości w ten sposób będzie świadczyć usługę. Obowiązkiem Zamawiającego jest zaś takie określenie kryteriów oceny ofert, aby przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty było możliwe zweryfikowanie informacji przedstawionych przez wykonawców w ofercie, natomiast na moment oceny ofert Zamawiający nie jest w stanie sprawdzić informacji przedstawionej przez wykonawców. Odwołujący uważa, że wykonawcy mogą w jadłospisach wpisać wszystko na jak najwyższym poziomie, ale są to tylko deklaracje niemożliwe do zweryfikowania na etapie oceny ofert. Skoro zatem Zamawiający decyduje się, aby w ramach kryterium oceny ofert wykonawcy przedkładali jadłospisy, to powinien wymagać jednocześnie wykazania, że wykonawca wdraża takie jadłospisy i produkuje posiłki według nich. Według Odwołującego służyć temu mogą

zarówno potwierdzenia jakości całodziennego zestawu żywieniowego wystawiane przez odpowiednie akredytowane jednostki certyfikujące, jak i potwierdzenia prawidłowej realizacji takich jadłospisów w innych placówkach zamawiających. Ponadto Odwołujący powołał się na tezy wynikające z wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23 czerwca 2021 r. w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 35/21.

Odwołujący podniósł również, że w SWZ brak jest jednoznacznego i wyczerpującego opisu sposobu oceny ofert w kryterium Jadłospis dekadowy. W załączniku nr 11 do SWZ Zamawiający przedstawił tabelę „Skala ocen jadłospisów” służącą do przeprowadzenia oceny ofert w tym podkryterium. W tabeli zostały wskazane wytyczne dekadowego planowania jadłospisów (pięć wytycznych). Jeśli wykonawca uwzględnił wszystkie wytyczne to otrzyma 1 punkt, natomiast jeśli choć jedna wytyczna nie zostanie uwzględniona to 0 punktów. Natomiast zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia zawartym w pkt II.12 załącznika nr 9 do SWZ wykonawca zobowiązany jest do stosowania w dekadowym planowaniu wytycznych, które zostały ujęte w charakterystyce diet zawartych w załączniku nr 1A i 1B. Wytyczne musi spełnić każdy, bez wyjątku wykonawca, żeby jego oferta była zgodna z SWZ, albowiem jest to wymagane minimum. Z treści SWZ wynika, że Zamawiający przyzna punkty za spełnienie minimalnych wymogów dla zgodności oferty z SWZ, a tym samym wszystkie oferty zgodne z SWZ otrzymują 1 punkt. Zamawiający nie opisał zaś przyznawania punktów za zaoferowanie parametrów ponad wymagane minimum. Odwołujący zauważył też, że podobnie druga tabela w dokumencie „Skala ocen jadłospisów” nazwana „Ocena według wymogów umowy” wraz z tabelą dodatkową do tej pozycji (arkusz nr 2) zakłada przyznawanie punktów w następujący sposób: „wszystkie odpowiedzi pozytywne – 2 punkty, ilość odpowiedzi negatywnych od 1 do 5 – 1 punkt, ilość odpowiedzi negatywnych od 6 do 10 – 0,5 punktu, ilość odpowiedzi negatywnych powyżej 11 – 0 punktów”. Natomiast zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia zawartym w pkt II.10 załącznika nr 9 do SWZ każdy, bez wyjątku wykonawca musi spełnić minimalne wymagania ilościowe (gramatura) i produktowe. Niezachowanie minimalnych wymogów co do gramatury lub rodzaju produktów jest niezgodne z SWZ i powoduje odrzucenie oferty zgodnie z punktem XIV pkt 3.6 SWZ. Tym samym wszystkie ważne oferty otrzymują 2 punkty, natomiast Zamawiający nie opisał przyznawania punktów za zaoferowanie parametrów ponad wymagane minimum.

Podsumowując Odwołujący stwierdził, że podkryterium „Jadłospis dekadowy” nie może w tym kształcie stanowić kryterium oceny ofert, ponieważ bazuje wyłącznie na nieweryfikowalnej deklaracji wykonawcy, co już samo w sobie oznacza naruszenie zasad uczciwej konkurencji i przejrzystości oraz przepisów dotyczących kształtowania kryteriów oceny ofert, a także nie zostało opisane w sposób jednoznaczny i wyczerpujący: nie wiadomo, jak będą oceniane oferty zawierające parametry ponad wymagane minimum, nie ma żadnej gradacji punktów.

W uzasadnieniu swojego odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego podkryterium „Struktury organizacyjnej” Odwołujący podał, że zgodnie z rozdziałem XIX pkt 3.2) SWZ wykonawca ma jasno określić strukturę organizacyjną w odniesieniu do Regionalnego Szpitala w Kołobrzegu, za co może uzyskać maksymalnie 15 punktów. Zdaniem Odwołującego opracowanie na papierze „Struktury organizacyjnej” i złożenie jej z ofertą stanowi wyłącznie deklarację wykonawcy, że w przyszłości będzie świadczyć usługę z zachowaniem takiej właśnie „Struktury organizacyjnej”. W rzeczywistości wykonawcy mogą w takiej „Strukturze organizacyjnej” obiecać wszystko na jak najwyższym poziomie. Są to jednak tylko deklaracje, nieweryfikowalne w żaden sposób na etapie oceny ofert przez Zamawiającego, którego obowiązkiem jest takie określenie kryteriów oceny ofert, żeby przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty było możliwe zweryfikowanie informacji przedstawionych przez wykonawców w ofercie. Odwołujący zauważył również, że w drodze wyjątku Zamawiający wprowadził w ramach tego podkryterium obowiązek wskazania konkretnej osoby dietetyka i osoby kierownika / koordynatora. Zamawiający nie wymaga jednak wykazania konkretnych dokumentów celem zweryfikowania prawdziwości takiej deklaracji, w szczególności w zakresie wykształcenia lub doświadczenia wskazanej osoby, tylko zamierza opierać się na samym oświadczeniu wykonawcy. Podobne zastrzeżenia Odwołujący czyni do pozostałej części podkryteriów ujętych w ramach „Struktury organizacyjnej”, tj. ilości zatrudnionych pracowników, możliwości wsparcia, kwalifikacji i doświadczenia personelu, zakresu obowiązków personelu i pełnionych funkcji, kontroli jakości, przepływu informacji pomiędzy personelem oraz koordynacji realizacji usługi przez kierownika, które jego zdaniem mają wyłącznie stanowić deklarację, w żaden sposób nieweryfikowalną na etapie składania ofert, a do tego są one opisane w sposób niejasny i nieczytelny. W odniesieniu do podkryterium dotyczącego kwalifikacji i doświadczenia osób kluczowych oraz osób zastępujących (kierownika / koordynatora, dietetyka) oraz organizacji kontroli jakości Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie opisał przyznawania punktów za zaoferowanie parametrów ponad wymagane minimum. Jednocześnie w zakresie „Organizacji kontroli jakości (plan zapewnienia kontroli jakości)”

wykonawca nie zna oczekiwań Zamawiającego i nie wie, czy punkty uzyska za częstotliwość kontroli (i jaka częstotliwość jest pożądana przez Zamawiającego), czy za udział zewnętrznych audytorów lub organów (badanie próbek i wymazów), czy też za objęcie kontrolą całego łańcucha usług i dostaw na potrzeby realizacji zamówienia.

Podsumowując ten zarzut Odwołujący stwierdził, że podkryterium „Struktura organizacyjna” nie może w tym kształcie stanowić kryterium oceny ofert, ponieważ bazuje ono tylko i wyłącznie na nieweryfikowalnej deklaracji wykonawcy, co już samo w sobie oznacza naruszenie zasad uczciwej konkurencji i przejrzystości oraz przepisów dotyczących kształtowania kryteriów oceny ofert, a także Zamawiający nie opisał wyczerpująco sposobu oceny ofert w poszczególnych podkryteriach, w tym nie podał swoich oczekiwań i nie podał sposobu przyznawania punktów za parametry ponad wymagane minimum.

W uzasadnieniu swojego odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego kryterium „Wsadu do kotła” Odwołujący podał, że kryterium „Przewidywany średni dzienny koszt surowców” (czyli tzw. „Wsad do kotła”) nie stanowi kryterium kosztu z tej przyczyny, że koszt musiałby być dodatkowym, poza samą ceną obciążeniem finansowym Zamawiającego występującym na jakimś etapie cyklu życia usługi. W tym przypadku jest to zatem koszt wykonawcy, a nie Zamawiającego – dla Zamawiającego jest to tylko element ceny. Zdaniem Odwołującego „Wsad do kotła” nie może być też uznany za kryterium jakościowe, albowiem nie odnosi się do jakości usługi. Jako samodzielne kryterium nie ma on bowiem wpływu na jakość żywienia – daje on jedynie informację, ile konkretny wykonawca wydaje na zakup surowców rolno-spożywczych. Jednakże według Odwołującego wyższe lub niższe wydatki nie oznaczają od razu wyższej jakości żywienia, ponieważ wykonawca, który wydaje więcej, może równie dobrze oferować gorszą jakość żywienia, natomiast wykonawca, który wydaje mniej, lepszą jakość żywienia. W ocenie Odwołującego nie zachodzi zależność, że im wyższy koszt wsadu do kotła, to tym wyższa jakość żywienia, ponieważ każdy wykonawca zaopatruje się u innych dostawców, po innych cenach. Poza tym wykonawcy mogą kupować zarówno surowce droższe (przetworzone), które powodują skrócenie czasu pracy pracowników, jak i tańsze (nieobrobione). W ten sposób za ten sam surowiec jeden wykonawca zapłaci więcej, a drugi mniej. Chcąc wpłynąć na jakość usługi Zamawiający powinien podwyższyć minimalne wymogi w opisie przedmiotu zamówienia albo premiować punktami tych wykonawców, którzy legitymują się zaświadczeniem o jakości

całodziennego zestawu żywnościowego, certyfikatami jakościowymi ISO, itp. Odwołujący dodał, że Zamawiający nie przewidział także żadnych środków weryfikacji oświadczenia wykonawcy o wartości „Wsadu do kotła”. Według dokumentacji postępowania Zamawiający ma dokonać oceny ofert wyłącznie w oparciu o oświadczenie wykonawcy co do stanu przyszłego złożone w Formularzu oferty. Zdaniem Odwołującego istnieje ryzyko, że skoro im wyższy „wsad do kotła” gwarantuje większą liczbę przyznanych punktów, to możliwe są sytuacje, że wykonawcy będą deklarować wysokie wysokości „wsadu do kotła” tylko po to, żeby zdobyć większą ilość punktów i uzyskać zamówienie publiczne, bez zamiaru realizacji „wsadu do kotła” w tej wysokości po uzyskaniu zamówienia. Okoliczność, że Zamawiający ma możliwość nakładania kar umownych w wysokości 500 zł (za każdy stwierdzony przypadek niespełnienia zadeklarowanego „wsadu do kotła”) na nieuczciwego wykonawcę, który zadeklarował „wsad do kotła” na wysokim poziomie, lecz go nie realizuje, nie zmienia faktu, że zamówienie publiczne otrzymał ten właśnie, a nie inny wykonawca.

W podsumowaniu tego zarzutu Odwołujący stwierdził, że Zamawiający powinien weryfikować deklaracje wykonawców w momencie dokonywania oceny ich ofert, natomiast oferty zawierające niezaweryfikowane deklaracje są w istocie nieporównywalne – Zamawiający bowiem nie wie i nie może sprawdzić, czy premiuje punktami rzeczywistą informację czy deklarację bez pokrycia. To tylko wtedy zapewniona będzie przejrzystość postępowania oraz tylko wtedy można uznać, że oferty są faktycznie porównywalne.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SWZ wraz z załącznikami, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia oraz stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych z art. 528 ustawy PZP, która uniemożliwiałaby merytoryczne rozpoznanie odwołania.

Izba stwierdziła, że wypełnione zostały wskazane w art. 505 ust. 1 ustawy PZP ustawowe przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów.

Izba stwierdziła też skuteczność zgłoszenia przystąpienia wykonawcy FUDEKO Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego, albowiem zostało ono złożone w terminie i w przewidzianej przez przepisy prawa formie.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2 rozporządzenia, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła również stanowiska oraz oświadczenia Stron wyrażone w pismach oraz złożone ustnie przez Strony do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający – Regionalny Szpital w Kołobrzegu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na *„świadczenie usług żywienia pacjentów szpitala i inne usługi żywieniowe dla potrzeb Regionalnego Szpitala w Kołobrzegu”*. Numer referencyjny zamówienia to: EP/38/2022.

W rozdziale XIX SWZ Zamawiający określił kryteria, którymi będzie kierował się przy wyborze oferty oraz podał wagi tych kryteriów i sposób oceny ofert.

Zgodnie z punktem 1 rozdziału XIX SWZ przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami oceny ofert:

- a) cena (C) – waga kryterium 60 %,
- b) jakość (J) – waga kryterium 20 %,
- c) deklarowany dzienny koszt surowców (wsad do kotła) (W) – waga kryterium 20 %.

W punkcie 3 rozdziału XIX SWZ zostały określone zasady oceny ofert w kryterium Jakość (J) – waga 20%. Zamawiający dokona oceny oferty w kryterium Jakość na podstawie opracowanej przez Wykonawcę Koncepcji świadczenia usługi, która winna zawierać co najmniej:

1) Jadłospis dekadowy (10 przykładowych jadłospisów z recepturami dla diety podstawowej – okres letni) – (dołączyć do oferty) – maksymalnie 5 punktów:

- Ocena według wytycznych dotyczących dekadowego planowania (ujętych w załączniku nr 9 do SWZ – arkusz oceny jadłospisów został przedstawiony w załączniku nr 11 do SWZ)

Ocena polega na stwierdzeniu zastosowania w jadłospisach:

- sezonowości /okres letni/ produktów i potraw
- różnych technik obróbki kulinarnej
- występowania potraw smażonych
- występowanie ryb i/lub przetworów rybnych (głównie z ryb morskich)
- występowanie nasion roślin strączkowych i/lub ich przetworów
- wszystkie zasady uwzględnione – 1 punkt
- brak uwzględnienia co najmniej jednej z zasad – 0 punktów

- Ocena według wymaganych produktów i minimalnych wartości ilościowych (szczegółowe warunki określone w załączniku nr 9 do SWZ – arkusz oceny jadłospisów został przedstawiony w załączniku nr 11 do SWZ)

- wszystkie odpowiedzi pozytywne – (tak) – 2 punkty
- odpowiedzi negatywne – (nie) – od 1 do 5 – 1 punkt

- odpowiedzi negatywne – (nie) – od 6 do 10 – 0,5 punktu
- ilość odpowiedzi negatywnych powyżej 11 – 0 punktów

- Ocena teoretyczna

analiza ilościowa – średnie wartości energetyczne i odżywcze (białko, tłuszcze, węglowodany) – szczegółowe warunki określone w załączniku nr 1A do opisu przedmiotu zamówienia – arkusz oceny jadłospisów został przedstawiony w załączniku nr 11 do SWZ – maksymalnie 2 punkty:

- wartość energetyczna w granicach normy – 0,5 punktu,
- wartość białka w granicach normy – 0,5 punktu,
- wartość tłuszczu w granicach normy – 0,5 punktu,
- wartość węglowodanów w granicach normy – 0,5 punktu,
- jedna lub więcej w/w wartości poniżej lub powyżej norm – 0 punktów.

2) Strukturę organizacyjną oraz zakres odpowiedzialności poszczególnych osób (dołączyć do oferty) – maksymalnie 15 punktów

Należy jasno określić strukturę organizacyjną w odniesieniu do Regionalnego Szpitala w Kołobrzegu, zawierającą co najmniej:

- 1) podać ilość zatrudnionych pracowników, zakres ich odpowiedzialności, a także odpowiednie możliwości wsparcia. Minimalna liczba zatrudnionych pracowników wynosi 30 pełnych etatów,
- 2) Oferta musi zawierać informacje o kwalifikacjach i doświadczeniu poszczególnych osób biorących udział w wykonywaniu zamówienia, z określeniem zakresu ich obowiązków i pełnionych funkcji, z dokładnym rozpisaniem godzinowym i funkcyjnym,
- 3) Należy podać imię i nazwisko dietetyka oraz kierownika/koordynatora (jeżeli jest znane na etapie składania oferty) wraz z podaniem informacji na temat wykształcenia, doświadczenia itp. Wskazane w ofercie osoby muszą być obecne w obiekcie kuchni Regionalnego Szpitala w Kołobrzegu i współpracować osobiście z dietetykiem szpitala minimum od poniedziałku do piątku w godz. 07:00 - 15:00. Po godzinie 15:00 oraz w dni

wolne i w święta Wykonawca zapewni co najmniej kontakt telefoniczny z jedną ze wskazanych osób,

4) Opis zastępstw kluczowego personelu w przypadku nieobecności (urlop, zwolnienie). Osoby zastępujące kluczowy personel muszą być obecne od poniedziałku do piątku w godz. 07:00 - 15:00 na terenie kuchni Regionalnego Szpitala w Kołobrzegu i współpracować osobiście z dietetykiem szpitala. Po godzinie 15:00 oraz w dni wolne i w święta Wykonawca zapewni co najmniej kontakt telefoniczny z jedną ze wskazanych osób,

5) Procedura kontroli jakości – plan zapewnienia i kontroli jakości.

Ocena będzie następująca (Załącznik nr 10 do SWZ):

- schemat struktury organizacyjnej w odniesieniu do Regionalnego Szpitala w Kołobrzegu. Wykonawca otrzyma 2 punkty za dołączenie do oferty schematu struktury organizacyjnej w odniesieniu do Regionalnego Szpitala w Kołobrzegu 2 pkt, za brak schematu 0 pkt,
- organizacja personelu (ilość pracowników, czytelność podziału pełnionych funkcji, zakresu obowiązków i odpowiedzialności członków personelu oraz jego adekwatność w stosunku do usługi będącej przedmiotem zamówienia, przepływ informacji pomiędzy personelem, koordynacja realizacji usługi przez kierownika). Wykonawca otrzyma po 2 pkt za spełnienie każdego wymogu określonego w Organizacji personelu – 0 pkt za niespełnienie wymogu,
- kwalifikacje i doświadczenie osób kluczowych oraz osób zastępujących (kierownika / koordynatora, dietetyka, organizacja kontroli jakości - plan zapewnienia i kontroli jakości). Za spełnienie każdego z 3 kryteriów wykonawca otrzyma po 1 pkt (maks. 3 pkt), za niespełnienie kryterium 0 pkt.

Punkty w strukturze organizacyjnej będą przyznawane za spełnienie danego kryterium. Za niespełnienie danego kryterium (czyli nie podanie informacji w danym zakresie) wykonawca otrzyma 0 pkt. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia szczegółowo określił wymagania niezbędne do opracowania struktury organizacyjnej, w tym kwalifikacje i doświadczenie personelu, organizację personelu, kontrole jakości itp.

W punkcie 4 rozdziału XIX SWZ zostały określone zasady oceny ofert w kryterium Deklarowany dzienny koszt surowców (wsad do kotła) (W) – waga 20%.

Minimum 40% wsadu do kotła.

Najwięcej punktów otrzyma najwyższy zaoferowany wsad do kotła. Obliczenie punktów będzie następowało jako iloraz wsadu do kotła oferty badanej i najwyższego zaoferowanego wsadu do kotła pomnożony przez 20%.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Izba rozpoznała merytorycznie złożone przez Odwołującego – wykonawcę CATERMED Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi odwołanie, w którym wykonawca ten zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 240 ust. 1 i ust. 2 ustawy PZP w zw. z art. 242 ust. 1 ustawy PZP, oraz stwierdziła, że odwołanie to podlega oddaleniu w całości.

Zgodnie z regulacją wynikającą z art. 559 ust. 2 ustawy PZP uzasadnienie orzeczenia Izby zawiera wskazanie podstawy prawnej orzeczenia z przytoczeniem przepisów prawa.

Art. 240 ust. 1 ustawy PZP stanowi, że Zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały. Kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach (art. 240 ust. 2 ustawy PZP).

Art. 242 ust. 1 ustawy PZP stanowi zaś, że najkorzystniejsza oferta może zostać wybrana na podstawie:

- 1) kryteriów jakościowych oraz ceny lub kosztu,
- 2) ceny lub kosztu.

Rozpoznając niniejszą sprawę Izba uznała, że Zamawiający nie naruszył żadnego z podanych przez Odwołującego przepisów ustawy PZP.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego kryterium jakości i skategoryzowanych w ramach tego kryterium podkryteriów „Jadłospisu dekadowego” i „Struktury organizacyjnej” stwierdzić należy, że Zamawiający bardzo wyraźnie i bardzo skrupulatnie wyartykułował swoje oczekiwania – w SWZ zostało precyzyjnie i szczegółowo określone, jakie elementy są przez Zamawiającego pożądane i dodatkowo przez niego punktowane w ramach jakościowych kryteriów oceny ofert. Izba uznała, że Zamawiający drobiazgowo opisał swoje oczekiwania oraz dokładnie i zrozumiale określił sposób, w jaki będzie oceniał złożone przez wykonawców oferty w zakresie podkryteriów „Jadłospisu dekadowego” i „Struktury organizacyjnej” – zapisy SWZ nie budzą w tym aspekcie żadnych wątpliwości i nie można zarzucać Zamawiającemu dowolności w dokonywaniu oceny ofert. Nie można oczekiwać od Zamawiającego, że jeszcze bardziej uszczegółowi podkryteria oceny ofert

Zamawiający określił też, za jakie dodatkowe składniki oferty będzie premiował wykonawców. Tytułem przykładu w ramach „oceny według wymaganych produktów i minimalnych wartości ilościowych” wykonawcy mogą uzyskać od 0 do 2 punktów w zależności od liczby poprawnie udzielonych odpowiedzi. Nie ma podstaw do wywodzenia z tego, że każda oferta spełniająca minimalne wymagania otrzyma punkty. Podobnie nie ma podstaw do twierdzenia, że złożone oferty to jedynie deklaracje bez pokrycia i że nie będą one w żaden sposób weryfikowane przez Zamawiającego. W istocie rzeczy każda oferta jest zobowiązaniem wykonawcy na przyszłość, że zrealizuje on zamówienie w określony sposób, która wynika z treści oferty oraz jest zgodny z warunkami zamówienia i czyni zadość podstawowym zasadom wykonywania zobowiązań wzajemnych. Jeśli wybrany wykonawca uchybi swojemu zobowiązaniu, to wówczas poniesienie odpowiedzialność kontraktową (np. narazi się na konieczność zapłaty kary umownej lub umowa zostanie mu wypowiedziana), natomiast w skrajnych sytuacjach w grę mogą wchodzić również inne rodzaje odpowiedzialności prawnej. Odwołujący formułując oczekiwanie, że Zamawiający powinien żądać od wykonawców wykazania np. certyfikatów lub zaświadczeń potwierdzających prawidłową realizację jadłospisów u innych zamawiających w innych postępowaniach de facto usiłuje przeforsować własną, korzystną dla siebie wizję prowadzenia postępowania o udzielenia zamówienia publicznego, pomijając jednocześnie że to właśnie Zamawiający jest gospodarzem

takiego postępowania, to Zamawiający zna dobrze swoje uzasadnione potrzeby i ma swobodę ustalenia zasad udziału w takim postępowaniu oraz określenia kryteriów i sposobu oceny ofert, w granicach obowiązujących przepisów prawa.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego kryterium „Przewidywanego średniego dziennego kosztu surowców” (tzw. „Wsadu do kotła”) o wadze 20% to wbrew twierdzeniom Odwołującego jest to jak najbardziej kryterium o charakterze jakościowym, odnoszące się do jakości usługi, albowiem wyższe środki przeznaczone na zakup produktów spożywczych niewątpliwie wpływają na jakość posiłków serwowanych osobom przebywającym w szpitalu. Co do zasady wyższa kwota wydana na produkty spożywcze składające się na tzw. „wsad do kotła” przekłada się też na jakość tych produktów oraz ich ilość, a tym samym na jakość całej usługi gastronomicznej. Pozwala to na przygotowanie odpowiednio zbilansowanych posiłków o większych walorach dietetycznych i smakowych. W konsekwencji tak dobrana dieta powinna sprzyjać pacjentom w realizacji podstawowego celu pobytu w szpitalu, jakim jest powrót do zdrowia, oraz gwarantować chorym minimalny poziom zadowolenia wynikający z konsumpcji codziennych posiłków.

Nieuzasadnione są obawy Odwołującego odnoszące się do ewentualnych manipulacji ze strony wykonawców, którzy jego zdaniem mogą sztucznie zawyżać wartość wsadu do kotła tylko po to, aby uzyskać zwiększoną ilość punktów w ramach kryteriów oceny ofert, a tym samym aby pozyskać zamówienie publiczne bez zamiaru realizacji wsadu do kotła w deklarowanej w swojej ofercie wysokości. Po pierwsze, choć nie można odmówić przedsiębiorcom funkcjonującym na polskim rynku kreatywności i pomysłowości, to nie można z góry zakładać, że będą oni działali nieuczciwie. Takie prewencyjne podejście nie znajduje uzasadnienia na gruncie art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców (Dz. U. z 2018 r., poz. 646, ze zm.). Po drugie Zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dysponują narzędziami prawnymi, aby reagować w takich sytuacjach. Sztuczne manipulowanie składnikami oferty, w tym cenami lub kosztami cząstkowymi, w celu uzyskania zawyżonej liczby punktów w ramach kryteriów oceny ofert może być poczytane za czyn sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami, a tym samym uznane za czyn nieuczciwej konkurencji. Zamawiający nie dość, że ma możliwość wezwania do wyjaśnień wykonawcę stosującego takie podejrzane praktyki, to na dodatek może odrzucić ofertę takiego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP w razie potwierdzenia się przypuszczeń o takich nielegalnych praktykach. Nie może też być

mowy o preferowaniu wykonawców, którzy nabywają po prostu droższe (przetworzone) artykuły spożywcze, względem wykonawców nabywających produkty spożywcze nieprzetworzone, czyli z założenia tańsze. Ciężko jest racjonalnie zakładać, żeby jakikolwiek wykonawca był w stanie skomponować tzw. „wsad do kotła” tylko z najdroższych lub najtańszych produktów dostępnych na rynku. Jest powszechnie wiadome, że w warunkach gospodarki rynkowej na ceny produktów nabywanych do kontrahentów wpływają rozmaite czynniki. To właśnie wykonawcy posiadający dostęp do najtańszych źródeł zaopatrzenia mogą konkurować towarem i ceną i w taki sposób skomponować swój „wsad do kotła”, aby był bardziej bogaty i różnorodny i w ten sposób mogą być bardziej konkurencyjni względem wykonawców, którzy własny „wsad do kotła” tworzą na bazie droższych artykułów spożywczych. Nie ma tu więc mowy o jakimkolwiek nierównym traktowaniu wykonawców czy faworyzowaniu jednych względem pozostałych.

Nie zasługuje też na uwzględnienie argumentacja Odwołującego wskazująca na to, że oferty wykonawców w zakresie deklarowanej wartości wsadu do kotła są jedynie obietnicami, które do niczego nie zobowiązują, natomiast w zakresie składanych przez wykonawców oświadczeń ich oferty nie będą podlegały żadnej weryfikacji ze strony Zamawiającego. Zasadniczo każda oferta stanowi pewną deklarację wykonawcy – jego zobowiązanie do wykonania zamówienia w sposób przewidziany w ofercie i jednocześnie w sposób zgodny z warunkami zamówienia. Jeśli Zamawiający powziął wątpliwości, czy konkretny wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie zgodnie z wymogami SWZ i na warunkach zadeklarowanych we własnej ofercie, to przed wyborem oferty najkorzystniejszej powinien wezwać takiego wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty lub zaoferowanej ceny. Jak już była o tym powyżej, w polskim prawie gospodarczym nie ma podstaw do przewidywania z góry i zakładania, że przedsiębiorca funkcjonujący na rynku jest nieuczciwy i że działa w złej wierze. Tym bardziej nie sposób to stwierdzić już na samym początku postępowania, tj. na etapie opublikowania przez Zamawiającego ogłoszenia o zamówieniu i postanowień SWZ. Jako pewnym remedium na tak wadliwe jego zdaniem sformułowanie zapisów SWZ Odwołujący zaproponował posłużenie się zaświadczeniami lub certyfikatami jakościowymi albo podwyższenie minimalnych wymogów w opisie przedmiotu zamówienia. Zdaniem Izby posiadanie przez wykonawcę dokumentów wystawianych przez jednostki certyfikujące również nie jest żadną gwarancją późniejszego rzetelnego i prawidłowego wykonania kontaktu publicznego, ponieważ certyfikaty potwierdzają pewien stan rzeczy istniejący w przeszłości. Z kolei dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w kontekście minimalnych wymagań leży w wyłącznej gestii Zamawiającego i wynika z jego

uzasadnionych potrzeb. W tej sprawie zarzuty odwołania nie odnosiły się w ogóle do naruszenia przepisów ustawy PZP dotyczących opisu przedmiotu zamówienia. Zakwestionowane zostały jedynie zapisy dotyczące określenia jakościowych kryteriów oceny ofert.

Mając powyższe na względzie zarzuty dotyczące naruszenia art. 240 ust. 1 i 2 ustawy PZP w zw. z art. 242 ust. 1 ustawy PZP okazało się nieuzasadnione.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 i art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Zamawiający reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika złożył na rozprawie spis kosztów, w którym wniósł o zasądzenie na swoją rzecz od Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, które obejmowały wynagrodzenie pełnomocnika oraz koszty podróży do Warszawy na rozprawę przed Izba (tam i z powrotem) wyliczone w oparciu o regulację Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 25 marca 2002 r. w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy. Izba stwierdziła, że Zamawiający celem obrony swoich praw na posiedzeniu i rozprawie przed Izba niewątpliwie poniósł celowe wydatki, które zostały wymienione w przedłożonym spisie kosztów. Pełnomocnik Zamawiającego oświadczył przy tym, jakim środkiem transportu odbył podróż na trasie Kołobrzeg – Warszawa, wskazując markę i numer rejestracyjny samochodu osobowego, a także pojemność skokową silnika tego pojazdu. Brak też było podstaw do zakwestionowania prawdziwości oświadczenia pełnomocnika Zamawiającego. Izba kierując poglądami prawnymi wyrażonymi przez Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 29 czerwca 2016 r. w sprawie o sygn. akt III CZP 26/16 uznała zatem, że Zamawiającemu przysługuje od Odwołującego zwrot kosztów podróży jego pełnomocnika we wskazanej w spisie kosztów wysokości, tj. kwota 937 zł 77 gr. Ponadto Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrot kosztów poniesionych z tytułu ustanowienia pełnomocnika w wysokości 3600 zł 00 gr.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: