

WYROK
z dnia 12 lipca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lipca 2018 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 czerwca 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

Vendi Servis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Traktorowa 26, 91-204 Łódź, Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe „Postęp” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Portowa 16G, 44-100 Gliwice

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Wojewódzki Specjalistyczny Szpital Dziecięcy im. prof. dra Stanisława Popowskiego w Olsztynie, ul. Żołnierska 18a, 10-561 Olsztyn

przy udziale wykonawcy **ASPEN-Res Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Bularnia 5, 31-222 Kraków** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Vendi Servis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** oraz **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe „Postęp” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Vendi Servis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „Postęp” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Vendi Servis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „Postęp” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością na rzecz Wojewódzkiego Specjalistycznego Szpitala Dziecięcego im. prof. dra Stanisława Popowskiego w Olsztynie kwotę 2 100 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Olsztynie.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

Zamawiający – Wojewódzki Specjalistyczny Szpital Dziecięcy im. prof. dra Stanisława Popowskiego w Olsztynie prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „kompleksowe, całodzienne, całodobowe żywienie pacjentów hospitalizowanych w Wojewódzkim Specjalistycznym Szpitalu Dziecięcym w Olsztynie wraz z dzierżawą lokalu użytkowego” w trybie art. 138o ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.), ogłoszone w Biuletynie Informacji Publicznej Zamawiającego 14 maja 2018 r. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Vendi Servis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe „Postęp” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 138o ust. 1, 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wobec:

a) odrzucenia oferty Odwołujących w sytuacji, gdy specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie przewiduje odrzucenia oferty wykonawcy niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

b) braku wskazania, na jakiej podstawie oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, w szczególności poprzez brak wskazania, z którym postanowieniem specyfikacji istotnych warunków zamówienia bądź którym przepisem powszechnie obowiązującego prawa jest niezgodna,

c) braku wezwania Odwołującego do wyjaśnień co do zgodności jego oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, ustawą Prawo zamówień publicznych i odrębnymi przepisami prawa w sytuacji, gdy z uzasadnienia odrzucenia oferty wynika, że wyjaśnienia te były niezbędne i gdyby zostały dopuszczone, Zamawiający mógłby zaniechać odrzucenia oferty, podczas gdy specyfikacja istotnych warunków zamówienia w rozdziale V pkt A.1.1. wskazywała, że wykluczenie wykonawcy może nastąpić tylko po uprzednim zastosowaniu przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych,

2. art. 138o ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez rażące nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, utrudnianie dostępu

do rynku, rażąco nierówne traktowanie wykonawców i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Aspen-Res Sp. z o.o., podczas gdy wykonawca ten w ofercie wskazał na brak konieczności korzystania z kuchni zewnętrznej w okresie przejściowym, podobnie jak Odwołujący, jednakże jego oferta została przez Zamawiającego wybrana jako najkorzystniejsza, podczas gdy oferta Odwołującego została odrzucona,

3. w ewentualności, jeżeli do dnia rozpoznania odwołania i wydania rozstrzygnięcia Zamawiający zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego – naruszenie art. 183 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego przed upływem terminu do rozpoznania niniejszego odwołania i wydania rozstrzygnięcia w jego przedmiocie.

Odwołujący żądał nakazania Zamawiającemu:

1. unieważnienia dokonania czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
2. unieważnienia dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. powtórzenia dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
4. w przypadku zawarcia umowy przez Zamawiającego z wybranym wykonawcą – unieważnienia tej umowy.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, że Zamawiający wskazał w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że warunkiem udziału w postępowaniu jest wykazanie, że wykonawca dysponuje odpowiednio wyposażoną kuchnią wraz z zapleczem, zlokalizowaną na terenie administracyjnym m. Olsztyn lub w odległości max do 20 km do miejsca docelowej dostawy posiłków do Zamawiającego; wymagane było podanie lokalizacji kuchni – nazwa zakładu, miejscowość i adres oraz tytuł i okres dysponowania obiektem (własny, wynajmowany itp.) – w formie oświadczenia wykonawcy, który stanowił element formularza ofertowego, będącą zakładem żywienia zbiorowego typu zamkniętego, zatwierdzonym przez Państwowego Inspektora Sanitarnego, w której będą przygotowywane posiłki w ramach realizacji przedmiotu zamówienia w okresie przejściowym, której okres dyspozycji jest równy lub dłuższy niż co najmniej 3 m-ce. Kuchnia z zapleczem musiała być zakładem zatwierdzonym przez właściwego Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego i musiała być wpisana do rejestru prowadzonego przez tego Inspektora zgodnie z przepisami ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 136, poz. 914 z późn. zm.).

Z powyższego wynika, że opisany warunek udziału w postępowaniu dotyczy sytuacji, w której z oferty wykonawcy wynikać będzie, że w wykonaniu przedmiotowego zamówienia wykonawca korzystać będzie z kuchni zewnętrznej w okresie przejściowym – między początkiem wykonania usługi a przejściem kuchni wewnętrznej Zamawiającego.

Jednocześnie Zamawiający skonstruował jako jedno z kryteriów oceny ofert kryterium „deklarowanego terminu skrócenia okresu przejściowego”. W ten sposób wykonawcy, którzy zadeklarują skrócenie okresu, kiedy posiłki będą dowożone z kuchni zewnętrznej, otrzymają wyższą liczbę punktów.

W związku z powyższym Odwołujący zadeklarował w ofercie, że nie skorzysta z okresu przejściowego (tj. że okres przejściowy zostanie skrócony o 90 dni), gdyż już od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego będzie realizować przedmiotowe zamówienie w kuchni wewnętrznej Zamawiającego. Nie ma zatem potrzeby, aby Odwołujący dysponował kuchnią zewnętrzną.

Pismem z 5 czerwca 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do przedstawienia dokumentów: 1) aktualnej decyzji Państwowego Inspektora Sanitarnego zatwierdzającej zakład żywienia zbiorowego typu zamkniętego od surowca do wyrobu gotowego w Kuchni Mlecznej, tj. kuchni Zamawiającego, 2) aktualnych dokumentów z ostatniej kontroli Inspekcji Sanitarno-Epidemiologicznej miejsca wytwarzania serwowanych posiłków. Zamawiający uzasadnił swe wezwanie okolicznością, iż Odwołujący w ofercie wskazał, że główny zakład produkcyjny, w którym będzie wytwarzał posiłki i mieszanki mleczne dostarczane do Zamawiającego, znajduje się u Zamawiającego, nie wskazując jednocześnie żadnej kuchni zewnętrznej.

Pismem z 7 czerwca 2018 r. Odwołujący udzielili wyjaśnień – według niego złożenie przedmiotowych dokumentów nie było zasadne. Przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego (dysponowanie kuchnią zewnętrzną) dotyczy bowiem jedynie wypadku, w którym wykonawca zamierza zachować co najmniej 1-dniowy okres przejściowy, w którym po udzieleniu zamówienia wytwarzał będzie posiłki w dysponowanej przez niego kuchni zewnętrznej. Zamawiający poprzez sformułowanie kryteriów oceny ofert dopuścił jednak możliwość, aby wykonawca zadeklarował skrócenie 90-dniowego okresu przejściowego, przy czym nie wykluczył takiej możliwości, aby wykonawca zadeklarował skrócenie tego okresu do 0 dni (brak okresu przejściowego). Takiej treści ofertę złożył także wybrany wykonawca, tj. Aspen-Res Sp. z o.o. Skoro wykonawcy nie przewidzieli okresu przejściowego, nie muszą legitymować się wykazaniem innej kuchni niż kuchnia Zamawiającego, co do której będzie podpisana umowa dzierżawy z wybranym wykonawcą. Wykazanie się dysponowaniem odpowiednio wyposażoną kuchnią w okresie przejściowym oraz żądanie dokumentów wskazanych w piśmie z 5 czerwca 2018 r. nie jest uprawnione, bowiem wezwanie to mogłoby zostać wystosowane jedynie w przypadku przewidzenia przez wykonawcę okresu przejściowego.

W analogiczny sposób treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia zrozumiał Aspen-Res Sp. z o.o., który również zadeklarował skrócenie okresu przejściowego o 90 dni, co jest jednoznaczne z brakiem okresu przejściowego, i wykazał jedynie kuchnię Zamawiającego.

Jednocześnie wykonawca ten wraz z ofertą nie złożył dokumentów wskazanych w rozdziale V część B pkt 1.3.2 ppkt 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ponadto Zamawiający jest w posiadaniu zarówno aktualnych dokumentów z ostatnich kontroli Inspekcji Sanitarno-Epidemiologicznej miejsca wytwarzania serwowanych posiłków, jak i aktualnej decyzji Państwowego Inspektora Sanitarnego zatwierdzającej zakład żywienia zbiorowego typu zamkniętego od surowca do wyrobu gotowego w tym Kuchni Mlecznej, bowiem miejsce to jest jego własną kuchnią, w której aktualnie wytwarzane są posiłki. Jednocześnie Odwołujący wraz z pismem z 7 czerwca 2018 r. załączył zaświadczenie z Państwowej Inspekcji Sanitarnej, które potwierdzało, że kuchnia Zamawiającego posiada aktualną decyzję Państwowego Inspektora Sanitarnego zatwierdzającą zakład żywienia zbiorowego typu zamkniętego, od surowca do wyrobu gotowego w Kuchni Mlecznej. Z zaświadczenia wynika również przebieg aktualnej kontroli.

Nie akceptując argumentacji Odwołującego Zamawiający zawiadomił go o odrzuceniu oferty i dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Aspen-Res Sp. z o.o. Zamawiający wskazał, że nierealne jest zrealizowanie przez Odwołującego deklaracji, iż przejmie kuchnię Zamawiającego o godzinie 00:00 i tego samego dnia rozpocznie prawidłowe wykonywanie przedmiotowego zamówienia. Nierealne jest rozpoczęcie wykonywania przedmiotowego zamówienia po odebraniu obiektu wieczorem dnia poprzedniego ze względu na niezbędny okres protokolarnego odbioru, montażu niezbędnego oprzyrządowania i uzyskanie decyzji zezwalającej na prowadzenie w obiekcie zakładu żywienia zbiorowego, zwłaszcza wobec okoliczności, że aktualna decyzja zezwalająca na prowadzenie takiego zakładu u Zamawiającego jest niezbywalna. Wobec tego, a także wobec okoliczności, że warunek posiadania kuchni zewnętrznej jest niezależny od okresu przejściowego, ofertę należało odrzucić.

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego.

Zamawiający bowiem nie przewidział w specyfikacji istotnych warunków zamówienia odrzucenia oferty niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie jest zatem możliwe odrzucenie oferty Odwołującego, nawet gdyby nie była ona zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający, działający w oparciu o art. 138o ustawy Prawo zamówień publicznych, sam przewiduje reguły prowadzenia postępowania i instytucje, które chce stosować wobec wykonawców i jest tymi regułami związany. Nie jest zatem możliwe stosowanie do wykonawców instytucji nie przewidzianych przez Zamawiającego.

Zamawiający, odrzucając ofertę Odwołującego, nie wskazał konkretnego postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z którym oferta ta jest niezgodna i nie mógł tego zrobić, albowiem oferta odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający opiera się jedynie na błędnych domniemaniach, argumentując, że prawidłowe wykonanie usługi wobec braku okresu przejściowego jest nierealne.

Odwołujący ma techniczną możliwość rozpoczęcia wykonania zamówienia bez korzystania z okresu przejściowego, od początku w kuchni Zamawiającego. Odwołujący mają doświadczenie w szybkim przejmowaniu i uruchamianiu obiektów służących do wykonania zamówień na usługę żywienia zbiorowego, m.in. w ramach wykonania zamówienia w Szpitalu Specjalistycznym św. Łukasza w Końskich, SPZOZ w Świdnicy i w Wojskowym Instytucie Medycznym w Warszawie. Wbrew zarzutom Zamawiającego decyzja zatwierdzająca zakład żywienia zbiorowego jest aktualna, co sprawia, że możliwe jest natychmiastowe przejście kuchni szpitalnej i natychmiastowe rozpoczęcie wykonywania w niej przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający udzielił zamówienia z naruszeniem zasad określonych w art. 138o ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. zasady przejrzystości i obiektywizmu. Zasady te zostały przejęte z dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 roku w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2014/18 /WE i ich wykładania powinna być dokonana w świetle prawa unijnego. Zasada przejrzystości oznaczać będzie zatem m.in. obowiązek zamawiającego prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zrozumiałość i akceptację reguł postępowania dla obywateli. Obiektywizm winien być rozumiany zgodnie z językowym znaczeniem tego pojęcia, a więc jako działanie zgodne z przyjętymi przez niego zasadami niezależnie od własnych opinii, uczuć i interesów.

Zasady opisane w art. 138o ustawy Prawo zamówień publicznych wymagają, aby zamawiający stosował się do reguł postępowania, które sam przewidział (*a contrario* nie stosował do wykonawców instytucji, których nie przewidział w specyfikacji istotnych warunków zamówienia). Zaś zamawiający, który odrzuca ofertę jako niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, powinien wskazać, z którymi postanowieniami oferta ta jest niezgodna. Zgodnie z przepisem art. 138o ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający udziela zamówienia w sposób przejrzysty, obiektywny i niedyskryminujący. Zamawiający dopuścił się rażącego naruszenia tego przepisu.

Obaj wykonawcy, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu, tj. Aspen-Res Sp. z o.o. i Odwołujący, zadeklarowali, że okres przejściowy wynosić będzie 0 dni. Odrzuceniu uległa jedynie oferta Odwołującego. Zamawiający wskazał bowiem, że Aspen-Res Sp. z o.o. jako aktualny wykonawca analogicznego zamówienia już jest w posiadaniu kuchni Zamawiającego, zamontował na niej odpowiednie oprzyrządowanie i prowadzi już w niej produkcję i dystrybucję posiłków, na skutek czego w stosunku do tego wykonawcy Zamawiający nie miał potrzeby odrzucenia jego oferty, choć w uzasadnieniu pisma z 11 czerwca 2018 r. wskazał, że Aspen-Res Sp. z o.o. postąpił w taki sam sposób, co Odwołujący i wykazał skrócenie okresu przejściowego o 90 dni. Zamawiający nie wezwał

wykonawcy Aspen-Res Sp. z o.o. ani do złożenia dokumentów potwierdzających warunek udziału w postępowaniu, ani do złożenia wyjaśnień, pomimo że oferta Odwołującego i Aspen-Res Sp. z o.o. są analogiczne co do skrócenia okresu przejściowego. Jest to jaskrawe naruszenie zasady uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 138o ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawcy zostali bowiem w tej samej sytuacji potraktowani w różny sposób.

Także sposób sformułowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia w świetle pisma z 11 czerwca 2018 r. daje podstawę do podejrzenia, że Zamawiający faworyzuje tego wykonawcę w postępowaniu. Z jednej bowiem strony Zamawiający wskazał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że wymagane jest posiadanie kuchni zewnętrznej (warunek udziału w postępowaniu), z drugiej zaś dopuścił możliwość rezygnacji z okresu przejściowego, gdyż w ramach kryterium oceny ofert „skrócenie okresu przejściowego” możliwe jest zadeklarowanie wartości 0 dni (konkretnie od 0 do 90 dni). Jeżeli zaś Zamawiający wykluczał taką możliwość, aby wykonawca inny niż ten, który aktualnie zajmuje kuchnię wewnętrzną Zamawiającego, mógł realnie zachować 0-dniowy okres przejściowy, to takie postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowią zaprzeczenie zasady uczciwej konkurencji. Z argumentacji Zamawiającego wynika bowiem, że jedynie Aspen-Res Sp. z o.o. jako wykonawca aktualnie zajmujący jego obiekt jest w stanie zrealizować zamówienie bez okresu przejściowego. Skoro zatem tylko Aspen-Res Sp. z o.o. może zaoferować maksymalne skrócenie okresu przejściowego, daje to temu wykonawcy niczym nieuzasadnioną przewagę nad konkurentami.

Dokonanie wyboru oferty Aspen-Res Sp. z o.o. stanowi zatem nieuprawnioną preferencję aktualnego wykonawcy, zarówno poprzez niewłaściwe sformułowanie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak i postępowanie ze złożonymi ofertami. Takie działanie stanowi jaskrawe naruszenie zasady niedyskryminacji, która zabrania ustalania i stosowania jakichkolwiek reguł preferencji.

Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej zamówienia publiczne muszą być otwarte na krąg wykonawców nie pochodzących z państwa członkowskiego, z którego pochodzi zamawiający (tak np. wyrok z 28 stycznia 2010 r., sprawa C-456/08). Należy to interpretować także jako brak możliwości zablokowania dostępu do zamówienia także dla wykonawców pochodzących z tego samego państwa członkowskiego co zamawiający, ale spoza jego siedziby lub bliskiego jej obszaru bądź aktualnego wykonawcy.

Na wypadek, gdyby do dnia wydania rozstrzygnięcia Zamawiający zawarł z wybranym wykonawcą umowę w sprawie zamówienia publicznego w przedmiotowym postępowaniu, Odwołujący podniósł zarzut naruszenia art. 183 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Okoliczność ta stanowi pogwałcenie obowiązującej w art. 183 ustawy Prawo zamówień

publicznych tzw. klauzuli *standstill*, a także postanowień dyrektywy odwoławczej, tj. dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych. W konsekwencji umowa zawarta z takim wykonawcą podlegać będzie unieważnieniu na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z faktem, iż Zamawiający 15 czerwca 2018 r. zawarł umowę o udzielenie zamówienia publicznego z wykonawcą Aspen-Res Sp. z o.o., Odwołujący zmodyfikował swoje żądania i, powołując się na art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. b w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wniósł o uwzględnienie odwołania, unieważnienie umowy w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożenie na Zamawiającego kary finansowej.

II Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko dotyczące odrzucenia oferty Odwołującego, wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów postępowania.

W zawiadomieniu o odrzuceniu oferty z 11 czerwca 2018 r. Zamawiający wskazał, że Odwołujący złożył ofertę, w treści której oświadczył, że skraca okres przejściowy, w którym wykonywać będzie prace i czynności w celu dostosowania i wyposażenia dzierżawionych pomieszczeń kuchni o maksymalną ilość 90 dni. Oświadczył również, że głównym zakładem produkcyjnym, w którym wytwarzane będą posiłki i mieszanki mleczne dostarczane do Zamawiającego, jest kuchnia w Wojewódzkim Specjalistycznym Szpitalu Dziecięcym w Olsztynie, której podstawę dysponowania stanowić będzie przyszła umowa dzierżawy z Zamawiającym. Oznacza to, że od 1 lipca 2018 r. od godziny 00:00 dzierżawione od Zamawiającego pomieszczenia użytkowe, w których ma być zlokalizowana kuchnia z zapleczem, ma być zakładem wykonawcy zatwierdzonym przez właściwego Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego (PPIS) i będzie wpisana do rejestru właściwego zgodnie z przepisami ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia, a wykonawca będzie legitymizował się aktualnym, wystawionym na niego, zaświadczeniem, decyzją PPIS zatwierdzającą zakład żywienia zbiorowego typu zamkniętego od surowca do wyrobu gotowego w tym Kuchni Mlecznej w Wojewódzkim Specjalistycznym Szpitalu Dziecięcym w Olsztynie.

Takie oświadczenia Odwołującego, wobec wiedzy Zamawiającego i obowiązujących przepisów prawa, nie mogą stanowić podstawy do udzielenia mu przedmiotowego zamówienia wyłącznie w oparciu o ich treść, ponieważ są nierealne do spełnienia przez i stanowią formę obejścia warunku określonego przez Zamawiającego w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, który dotyczył wykazania, że wykonawca dysponuje

odpowiednio wyposażoną kuchnią wraz z zapleczem zlokalizowaną na terenie administracyjnym m. Olsztyn lub w odległości max 20 km do miejsca docelowej dostawy posiłków do Zamawiającego. Wyjaśnienia z 7 czerwca 2018 r., które złożył wykonawca zamiast żądanych dokumentów, nie wnoszą nic nowego do sprawy w obronie argumentów wykonawcy podnoszonych w rzeczonym piśmie i załączonym zaświadczeniu wydanym przez PPIS w Olsztynie, a dodatkowo utwierdziły Zamawiającego w słuszności podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy. Zamawiający udzieli zamówienia i zawrze umowę na usługi żywienia z tym wykonawcą, który spełnia warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta zostanie oceniona jako najkorzystniejsza. Umowa dzierżawy jest zawierana dopiero po zawarciu umowy na przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu. Tak więc twierdzenie przez Odwołującego w wyjaśnieniach i oświadczenie, że spełnia on warunki udziału w prowadzonym postępowaniu, a Zamawiający nie ma prawa w toku badania oferty żądać ww. dokumentów wobec faktu, że wykonawca zadeklarował skrócenie okresu przejściowego z 90 do 0 dni jest wywieraniem presji na Zamawiającego argumentami bez pokrycia po to, aby otrzymać zamówienie bagatelizując przy tym obowiązujące zasady bezpieczeństwa w zakresie żywienia zbiorowego.

Zamawiający nie może udzielić zamówienia na świadczenie usług stanowiących przedmiot postępowania wykonawcy, który już na etapie oceny i badania ofert nie gwarantuje należytego jej wykonania od dnia 1 lipca 2018 r.

Zamawiający, badając ofertę, sprawdził m.in. jej treść pod względem zgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, prawdziwością podanych w niej przez wykonawcę informacji, a także poddając analizie wykazanie spełniania warunków w oparciu o załączone dokumenty i oświadczenia. W wyniku tych czynności Zamawiający stwierdził, że:

1. wytwarzanie na bazie dzierżawionych od Zamawiającego pomieszczeń od 1 lipca 2018 r. godz. 00:00 nie jest realne z uwagi chociażby na czas niezbędny na protokolarnie przekazanie i przyjęcie od Zamawiającego pomieszczeń, montaż urządzeń wchodzących w skład linii technologicznych niezbędnych do produkcji żywności,
2. zatwierdzenie od 1 lipca 2018 r. godz. 00:00 przez właściwego Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego kuchni i wydanie zaświadczenia wykonawcy z uwagi na przypadającą w tym dniu niedzielę proceduralnie nie jest możliwe,
3. decyzja (imienna na podmiot prowadzący działalność w zakresie świadczenia usług żywienia) wydawana jest na wykonawcę,
4. dotychczasowy wykonawca przedmiotowego zamówienia zdemontuje 100% wyposażenia wraz z licznikami wody i energii elektrycznej, ponieważ stanowią one jego własność. Jednocześnie z chwilą opuszczenia pomieszczeń podlegających dzierżawie, tj. 30 czerwca 2018 r. w godzinach wieczornych obecny dzierżawca obligatoryjnie dokona zgłoszenia do

PPIS o zakończeniu swojej działalności w zakresie wytwarzania posiłków w tym obiekcie od 1 lipca 2018 r.

Wobec powyższego powstaje pytanie, gdzie i jak Odwołujący od 1 lipca 2018 r. (śniadanie na godz. 8:00, mieszanki mleczne od 6:00, przechowywanie mleka matki od 00:00) wytworzy posiłki dla pacjentów, skoro nie będzie miał prawa wytwarzać tych posiłków na bazie dzierżawionych od Zamawiającego pomieszczeń bez wymaganej, aktualnej decyzji PPIS, a wytworzenie ich poza tym obiektem i dostarczenie do Zamawiającego w formie redystrybucji, w sytuacji deklaracji skrócenia „okresu przejściowego” o 90 dni, jest niedopuszczalne i zabronione.

Podczas rozprawy Zamawiający podkreślił, że nie daje wiary Odwołującemu, że przejęcie kuchni jest możliwe w ciągu kilku godzin. Zwrócił uwagę, że mogą zajść okoliczności nie wynikające z winy Odwołującego albo takie, na które nie ma on wpływu, Zamawiający zaś musi zapewnić wyżywienie pacjentów od godziny 6 rano następnego dnia. Nieprzewidziane rzeczy dzieją się najczęściej przy instalacjach sprzętu, zatem Zamawiający wziął to pod uwagę. Odwołujący nie przedłożył dowodów, że jest w stanie przejąć kuchnię. Nawet jeśli udało się to w innych miejscach, to każdy szpital jest inny, a Zamawiający nie może ryzykować przerwy w żywieniu. Ze specyfikacji przedstawionej przez Przystępującego wynika, że w Świdnicy kuchnia była przekazywana wraz z wyposażeniem. Wykonawca mógł wkalkulować sobie kary umowne za opóźnienia, ale dla Zamawiającego to dezorganizacja szpitala.

Zgoda Sanepidu musi być, ponieważ w przeciwnym razie Zamawiający nie przyjmie takich posiłków. Pośpiech w przejęciu kuchni łatwo może spowodować błąd dotyczący jakości i ilości posiłków, dlatego Zamawiający przewidział okres przejściowy, aby wykonawca był w stanie spokojnie przejąć kuchnię. Wykonawca, przejmując kuchnię, przejmowałby „gołe ściany” – bez wentylacji, licznika prądu, gazu, kotła, zatem nie byłby w stanie przygotować posiłków od 1 lipca rano.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wskazał konkretnego przepisu o odrzuceniu, ponieważ nie stosuje ustawy. Podkreślił, że warunek musi być spełniony przed zawarciem umowy, a nie dopiero, gdy taka umowa zostanie zawarta. Wyjaśnienia oferty nie były konieczne, jeśli wystarczyła wiedza Zamawiającego.

III Stanowisko Przystępującego

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca ASPEN-Res spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

Przystępujący podkreślił konieczność bezkolizyjnego przekazania usługi. Stwierdził, że w wielu przypadkach zdarza się takie przejęcie usługi, jak wskazał Odwołujący, jednak w tym przypadku ze względów faktycznych i prawnych jest to niemożliwe. W niniejszym przypadku

wykonawca przejmujący usługę otrzymuje „gołe ściany” w kuchni, ponieważ przedmiotem dzierżawy jest sam lokal, natomiast linia produkcyjna jest własnością Przystępującego i ma zostać zdemontowana po zakończeniu dzierżawy. Przystępujący ma zamiar zabrać wszystkie urządzenia, które wykorzysta na innych kontraktach – musi zatem zdemontować je tak, by zachowały swoją sprawność i mogły być używane w innym miejscu. Według Przystępującego zajęłoby to 1-3 dni intensywnej pracy. Między innymi jest to 5 kotłów po 250 litrów każdy, zmywarka ma długość 10 metrów. Demontaż komory chłodniczej wymaga wyburzenia ściany, co wskazuje na to, że realizacji usługi nie można rozpocząć w kilka godzin. Musiałoby też nastąpić zdjęcie i założenie podliczników wody, prądu i gazu, które stanowią własność Przystępującego. Istotne jest też założenie wentylacji – włącznie ze sprowadzeniem agregatów. Zdaniem Przystępującego również instalacja nowych urządzeń będzie trwała dłużej niż kilka godzin.

Również pod względem prawnym procedura jest bardziej skomplikowana, niż wskazuje Odwołujący – jest regulowana rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego 882/2004 oraz ustawą o bezpieczeństwie żywności i żywienia (art. 64). Zgodnie z przepisami tych aktów wykonawca ma na 14 dni przed uruchomieniem zakładu powiadomić Sanepid, który musi przeprowadzić wizytę kontrolną. Zdaniem Przystępującego Odwołujący musi uzyskać nową decyzję o zatwierdzeniu zakładu, nie wystarczy zmiana dotychczasowej decyzji, czyli ma zastosowanie przepis art. 64 ust. 1, a nie art. 64 ust. 1a ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia ze względu na to, że zakład to nie tylko samo pomieszczenie, ale przede wszystkim linia produkcyjna, którą zatwierdza Sanepid. W momencie usunięcia przez Przystępującego urządzeń dotychczasowy zakład przestaje istnieć; Przystępujący dokona też jego wyrejestrowania. Odwołujący będzie musiał przedstawić Sanepidowi własny projekt linii technologicznej, a zatwierdzenie zakładu przez Sanepid następuje na podstawie konkretnej linii technologicznej, do czego potrzebna jest wyżej wymieniona wizyta inspektora sanitarnego. Sanepid musiałby ustalić stan faktyczny, do czego wymagana byłaby wizyta inspektora, który stwierdziłby w takim przypadku, że ma do czynienia z nowym zakładem. Przy zbiegu wniosków wykreśliłby zakład zgodnie z art. 65 ust. 3 pkt 1 ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia. Decyzja o zmianie decyzji następuje przy przekazaniu funkcjonującej kuchni. Art. 65 ust. 3 ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia nie przesądza, jaką decyzję podjąłby Sanepid.

Przystępujący nie wie, na jakich zasadach następowało przekazywanie usługi w decyzjach przedstawionych przez Odwołującego, ale według Przystępującego nie na takich zasadach, jak w niniejszym postępowaniu.

Zdaniem Przystępującego Odwołujący przedstawił nieprawdziwe informacje o terminie uruchomienia produkcji w kuchni, więc już z tego powodu Zamawiający miał prawo go odrzucić. Ewentualne błędy Zamawiającego nie miały wpływu na wynik postępowania.

IV Ustalenia Izby

Izba stwierdziła, że Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania oraz nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdziła również, że stan faktyczny sprawy (w szczególności przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz treść oferty Odwołującego i Przystępującego) nie jest sporny pomiędzy Stronami.

Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie art. 138o ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis ten stanowi: „1. Jeżeli wartość zamówienia na usługi społeczne jest mniejsza niż kwoty określone w [art. 138g ust. 1](#), zamawiający może udzielić zamówienia stosując przepisy ust. 2-4.

2. Zamawiający udziela zamówienia w sposób przejrzysty, obiektywny i niedyskryminujący.
3. Zamawiający zamieszcza na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, a jeżeli nie ma strony podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, na stronie internetowej, ogłoszenie o zamówieniu, które zawiera informacje niezbędne z uwagi na okoliczności jego udzielenia, w szczególności:
 - 1) termin składania ofert uwzględniający czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty;
 - 2) opis przedmiotu zamówienia oraz określenie wielkości lub zakresu zamówienia;
 - 3) kryteria oceny ofert.
4. Niezwłocznie po udzieleniu zamówienia zamawiający zamieszcza na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, a jeżeli nie ma strony podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej na stronie internetowej, informację o udzieleniu zamówienia, podając nazwę albo imię i nazwisko podmiotu, z którym zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego. W razie nieudzielenia zamówienia zamawiający niezwłocznie zamieszcza na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej, a jeżeli nie ma strony podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej na stronie internetowej, informację o nieudzieleniu zamówienia.”

Zamawiający nie ma więc obowiązku stosowania procedury udzielania zamówień opisanej w ustawie Prawo zamówień publicznych, lecz określa własne reguły, przy udzielaniu zamówienia musi jednak działać w sposób przejrzysty, obiektywny i niedyskryminujący.

Ogłaszając przedmiotowe postępowanie Zamawiający przygotował specyfikację istotnych warunków zamówienia.

Wskazał w niej m.in., że przedmiotem zamówienia jest usługa wytwarzania i dostawy posiłków całodobowych, codziennych dla pacjentów Szpitala wraz z ich dystrybucją oraz czynności z tym związane (odbiór brudnych naczyń, utylizacja odpadów itd.). Posiłki mają być wytwarzane na bazie dzierżawionych od Zamawiającego pomieszczeń, w których wykonawca utworzy kuchnię przyszpitalną i które wyposaży w niezbędne urządzenia kuchenne (rozdział III pkt 1 ppkt 1.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

Zamawiający przewidział, że usługa świadczona będzie w dwóch etapach: etap „okres przejściowy” do 90 dni od daty zawarcia umowy przeznaczony na urządzenie i wyposażenie przyszłej kuchni oraz etap „po upływie okresu przejściowego”, w którym wykonawca miał przygotowywać posiłki już w kuchni zlokalizowanej w Szpitalu (rozdział III pkt 1 ppkt 1.3 ustawy Prawo zamówień publicznych).

W punkcie „Wymagania stawiane wykonawcy” (rozdział III pkt 4 ppkt 4.6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia) Zamawiający zaznaczył, że wykonawca może świadczyć usługi odpowiadające wymogom i normom, wyłącznie na podstawie stosownych zezwoleń, które są wymagane zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. W tym zakresie Strony oraz Przystępujący podczas rozprawy powoływali się na ustawę z 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia oraz rozporządzenie (WE) Nr 882/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie kontroli urzędowych przeprowadzanych w celu sprawdzenia zgodności z prawem paszowym i żywnościowym oraz regułami dotyczącymi zdrowia zwierząt i dobrostanu zwierząt.

Usługa wytworzenia i dostawy posiłków miała być świadczona w okresie 24 miesięcy od daty zawarcia umowy, czas rozpoczęcia świadczenia usługi 1 lipca 2018 r., do 30 czerwca 2020 r. Czas dzierżawy pomieszczeń od 1 lipca 2018 r. do 30 czerwca 2020 r. – 24 miesiące od daty zawarcia umowy w sprawie dzierżawy.

Zgodnie z rozdziałem V specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków” o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1b ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wykonawca zobowiązany był wykazać brak podstaw do wykluczenia, szczególnie w oparciu o przesłanki określone w art. 24 ust. 1 pkt 12-23 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zaniechanie tego obowiązku będzie stanowiło podstawę wykluczenia wykonawcy z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający może wykluczyć wykonawcę na każdym etapie postępowania. Wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16–20 ustawy Prawo zamówień

publicznych mógł przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności.

Zamawiający ustanowił również warunki udziału w postępowaniu, m.in. w zakresie potencjału technicznego.

Zgodnie z punktem 1.3.2 lit. a) rozdziału V specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagane było wykazanie, że wykonawca dysponuje odpowiednio wyposażoną kuchnią wraz z zapleczem, zlokalizowaną na terenie administracyjnym m. Olsztyn lub w odległości max. do 20 km do miejsca docelowej dostawy posiłków do Zamawiającego; wymagane było podanie lokalizacji kuchni – nazwa zakładu, miejscowość i adres oraz tytuł i okres dysponowania obiektem (własny, wynajmowany itp.) – w formie oświadczenia wykonawcy, który stanowi element formularza ofertowego, będącą zakładem żywienia zbiorowego typu zamkniętego zatwierdzonym przez Państwowego Inspektora Sanitarnego, w której będą przygotowywane posiłki w ramach realizacji przedmiotu zamówienia w okresie przejściowym, której okres dyspozycji jest równy lub dłuższy niż co najmniej 3 m-ce. Kuchnia z zapleczem, musiała być zakładem zatwierdzonym przez właściwego Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego i musiała być wpisana do rejestru prowadzonego przez tego Inspektora zgodnie z przepisami ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia. Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą:

- aktualnej decyzji Państwowego Inspektora Sanitarnego zatwierdzającej zakład żywienia zbiorowego typu zamkniętego, od surowca do wyrobu gotowego w tym Kuchni Mlecznej,
- aktualnej decyzji Państwowego Inspektora Sanitarnego potwierdzającej dysponowaniem przez wykonawcę (w okresie przejściowym) co najmniej dwoma środkami transportu samochodowego, którymi przewożone będą posiłki i mieszanki mleczne dla pacjentów WSSD (cateringowe), dokument był wymagany w przypadku, gdy wytworzone posiłki dla pacjentów – w tym mieszanki mleczne, wykonawca będzie dowoził, transportował pojazdami samochodowymi do siedziby Zamawiającego),
- aktualnych dokumentów z ostatniej kontroli Inspekcji Sanitarno-Epidemiologicznej miejsca wytwarzania serwowanych posiłków.

Kryteriami oceny ofert były:

1. cena – 50% (50 pkt),
2. minimum dwa zestawy do wyboru dania obiadowego w żywieniu pacjentów – 10% (10 pkt)
3. jakość usługi – 10% (10 pkt), w tym posiadanie aktualnego certyfikatu ISO 22000, potwierdzającego, że wykonawca stosuje system zarządzania bezpieczeństwem żywności w produkcji posiłków – 5 pkt oraz posiadany system jakości HACCP potwierdzający, że produkty/potrawy są i będą bezpieczne pod względem zdrowotnym – 5 pkt, brak certyfikatu ISO 22000 – 0 pkt, brak wprowadzonego systemu jakości HACCP – 0 pkt,

4. deklarowany termin skrócenia „okresu przejściowego” – 30% (30 pkt); okres, którym wykonawca wykonywać będzie prace i czynności w celu dostosowania i wyposażenia dzierżawionych pomieszczeń kuchni, który nie może przekroczyć 90 dni od daty 1 lipca 2018 r., gdzie najwyżej punktowany był najkrótszy spośród złożonych ofert, zadeklarowany przez wykonawcę termin (90 dni = 0 pkt; 30 pkt/90 dni = 0,33 pkt. Jeśli wykonawca zadeklaruje skrócenie „okresu przejściowego” np. z 90 do 60 dni, to oferta otrzyma w tym kryterium 9,99 pkt).

Obaj wykonawcy, którzy złożyli oferty, tj. Odwołujący i Przystępujący, nie wskazali w ofertach żadnej kuchni zewnętrznej, lecz zadeklarowali dysponowanie kuchnią zlokalizowaną w szpitalu Zamawiającego, którą miał on im wydzierżawić na czas realizacji zamówienia. Jednocześnie obaj wykonawcy skrócili tzw. „okres przejściowy” oceniany w ramach kryteriów oceny ofert do 0 dni.

Zamawiający zaakceptował taką deklarację Przystępującego, nie uznał jednak za wiarygodne twierdzenia Odwołującego, że nie potrzebuje on żadnego okresu przejściowego i odrzucił jego ofertę.

15 czerwca 2018 r. Zamawiający zawarł umowę z Przystępującym.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 138o ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także art. 3 ust. 1 i 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez rażące nadużycie pozycji dominującej Zamawiającego w postępowaniu, utrudnianie Odwołującemu dostępu do rynku, rażąco nierówne traktowanie wykonawców będących w tej samej sytuacji, a także odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie przewidywała takiego odrzucenia, a sam Zamawiający nie wskazał istniejącej w specyfikacji lub przepisach podstawy takiego odrzucenia oraz zaniechał wyjaśnić co do zgodności oferty Odwołującego ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 i 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym.

Z przywołanych przez Odwołującego przepisów art. 138o ustawy Prawo zamówień publicznych, w świetle postawionych zarzutów, naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych mogłoby dotyczyć jedynie ust. 2, zgodnie z którym „zamawiający udziela zamówienia w sposób przejrzysty, obiektywny i niedyskryminujący”, ponieważ pozostałe przywołane ustępy tego artykułu nie odnoszą się wprost do zaistniałej sytuacji.

Zgodnie z art. 138o ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający musi udzielić zamówienia publicznego na usługi o charakterze społecznym w sposób przejrzysty, obiektywny i niedyskryminujący.

W ocenie Izby Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie naruszył tych zasad.

W przeciwieństwie do tego, co wskazywał Odwołujący, sytuacja obu wykonawców tylko w sposób pozorny była jednakowa. Pomimo że obaj wykonawcy w ofertach wskazali te same okoliczności, tj. że będą korzystać z kuchni zlokalizowanej w szpitalu Zamawiającego, tylko oświadczenie Przystępującego można było ocenić jako realne. W tym zakresie Izba podziela ocenę Zamawiającego.

Pomiędzy wykonawcami istnieje bowiem zasadnicza różnica wynikająca ze stanu faktycznego, tj. zarówno w momencie składania ofert, jak i przed planowanym dniem rozpoczęcia zamawianej usługi, Przystępujący był podmiotem dzierżawiącym kuchnię Zamawiającego i przygotowującym w niej posiłki. Oznacza to, że Przystępujący nie musiałby dokonywać żadnych przygotowań ani czynności związanych z przejęciem kuchni, a przygotowywanie przez niego posiłków już od 1 lipca 2018 r., godziny 6:00 rano następowałoby płynnie po posiłku wieczornym 30 czerwca 2018 r.

Tymczasem przy przejęciu kuchni przez Odwołującego, Przystępujący wprawdzie musiałby usunąć swoje sprzęty kuchenne i naczynia, Odwołujący zaś musiałby zainstalować własne. Cała zaś czynność musiałaby zostać dokonana pomiędzy godziną ok. 22:00 dnia 30 czerwca, tj. po wydaniu wieczornego posiłku oraz uprzątnięciu po nim, a godziną ok. 4:00 dnia 1 lipca, tj. kiedy należy przystąpić do przygotowywania porannego posiłku.

W ocenie Izby, podobnie jak w ocenie Zamawiającego, jest to niemożliwe, a co najmniej bardzo wątpliwe, z przyczyn chociażby czysto technicznych, niezależnie od starań Odwołującego. Izba przy tym nie neguje obiektywnej zdolności Odwołującego do prowadzenia tego typu żywienia czy jakości świadczonych przez niego usług, a nawet chęci podjęcia próby takiego przejęcia kuchni, natomiast uważa, że przejęcie przez niego przedmiotowej kuchni nie będzie mogło nastąpić w sposób przez niego wskazywany.

Przed wszystkim mają rację Zamawiający i Przystępujący, że przedmiotowa kuchnia szpitalna, którą udostępni Zamawiający, to jedynie pomieszczenia kuchenne, bez koniecznych sprzętów i urządzeń, które musiałby zapewnić i zainstalować Odwołujący.

Po drugie pomieszczenia te do godziny 24:00 dnia 30 czerwca 2018 r. miały być w posiadaniu Przystępującego, który te pomieszczenia dzierżawił na czas wykonywania dotychczasowej usługi. Co więcej, ze względu na charakter świadczonej usługi Przystępujący nie mógłby wcześniej opuścić kuchni czy też usunąć swoich sprzętów, ponieważ zobowiązany był prowadzić żywienie z kuchni szpitalnej do wieczornego posiłku 30 czerwca – w odpowiednich warunkach higienicznych, którym przeprowadzka w sposób oczywisty nie służy (podobnie jak przygotowywanie posiłków przez odwołującego w kuchni, do której dopiero by były wprowadzane sprzęty kuchenne, instalowane urządzenia wentylacyjne itd.).

Również z § 9 ust. 6 i 7 zawartej pomiędzy Zamawiającym a Przystępującym umowy dzierżawy z 22 czerwca 2009 r. wynika, że Przystępujący ma opuścić lokal „niezwłocznie”: „6. Po zakończeniu realizacji niniejszej umowy Dzierżawca zobowiązany jest do niezwłocznego – po otrzymaniu zwrotu niezamortyzowanych nakładów – przekazania przedmiotu dzierżawy Wydierżawiającemu. 7. Przekazanie przedmiotu dzierżawy nastąpi w formie protokołu zdawczo-odbiorczego podpisanego przez obie strony.” Jednak termin „niezwłocznie”, co jest ustalone w doktrynie i orzecznictwie, nie oznacza „natychmiast”, lecz „bez zbędnej zwłoki”. Jak wskazano, Przystępujący nie byłby uprawniony do opuszczenia lokalu przed wydaniem wieczornego posiłku w dniu 30 czerwca. Nadmiernym wymaganiem, w ocenie Izby, byłoby zaś żądanie od niego wyprowadzki w nocy z soboty na niedzielę zamiast w godzinach dziennych w dzień roboczy. Przystępujący wskazał też, że czas konieczny do demontażu i wyprowadzki sprzętu i urządzeń kuchennych określa na ok. 3 dni.

Okoliczności tych nie można uznać za działanie Przystępującego czy Zamawiającego obstrukcyjne lub w złej wierze.

Osobną kwestią pozostaje kwestia prawna, tj. dopuszczenia kuchni przez Sanepid.

Strony i Przystępujący powoływały się na regulacje art. 64 i 65 ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia.

Zgodnie z przepisami tego aktu:

Art. 61: Państwowy powiatowy inspektor sanitarny lub państwowy graniczny inspektor sanitarny są organami właściwymi w sprawach rejestracji oraz zatwierdzania, warunkowego zatwierdzania, przedłużania warunkowego zatwierdzenia, zawieszania oraz cofania zatwierdzenia zakładów, które:

- 1) produkują lub wprowadzają do obrotu żywność pochodzenia niezwierzęcego,
- 2) wprowadzają do obrotu produkty pochodzenia zwierzęcego, nieobjętych urzędową kontrolą organów Inspekcji Weterynaryjnej,

3) produkują lub wprowadzają do obrotu żywność zawierającą jednocześnie środki spożywcze pochodzenia niezwierzęcego i produkty pochodzenia zwierzęcego, o której mowa w [art. 1 ust. 2](#) rozporządzenia [nr 853/2004](#), z wyłączeniem zakładów prowadzących rolniczy handel detaliczny, z zastrzeżeniem [art. 73 ust. 6](#),

4) działają na rynku materiałów i wyrobów przeznaczonych do kontaktu z żywnością, w tym zakładów prowadzonych przez podmioty zajmujące się recyklingiem
- w trybie i na zasadach określonych w rozporządzeniu [nr 852/2004](#) i rozporządzeniu [nr 882/2004](#).

Art. 63: 1. Zakłady, o których mowa w [art. 61](#), mogą rozpocząć działalność po zatwierdzeniu lub warunkowym zatwierdzeniu, a w przypadkach określonych w ust. 2, po uzyskaniu wpisu do rejestru zakładów.

1a. Zatwierdzanie jest dokonywane na podstawie wniosku podmiotu działającego na rynku spożywczym prowadzącego zakład.

2. Zatwierdzenie nie jest wymagane w odniesieniu do:

- 1) działalności w zakresie dostaw bezpośrednich;
- 2) urzędów dystrybucyjnych do sprzedaży żywności;
- 3) obiektów lub urzędów ruchomych lub tymczasowych, uprzednio dopuszczonych do prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie produkcji lub obrotu żywnością w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej;
- 4) gospodarstw agroturystycznych;
- 5) podmiotów prowadzących działalność w zakresie produkcji win gronowych uzyskanych z winogron pochodzących z upraw własnych w ilości mniejszej niż 1000 hl w ciągu roku kalendarzowego zgodnie z zasadami określonymi w przepisach o wyrobie i rozlewie wyrobów winiarskich, obrocie tymi wyrobami i organizacji rynku wina;
- 6) aptek, punktów aptecznych i hurtowni farmaceutycznych określonych przepisami prawa farmaceutycznego;
- 7) sklepów zielarskich;
- 8) przedsiębiorców prowadzących sprzedaż detaliczną innych niż środki spożywcze produktów oraz wprowadzających do obrotu środki spożywcze opakowane, trwałe mikrobiologicznie;
- 9) producentów gazów technicznych na potrzeby podmiotów działających na rynku spożywczym;
- 10) zakładów prowadzących działalność gospodarczą w zakresie pośrednictwa w sprzedaży żywności „na odległość” (sprzedaży wysyłkowej), w tym sprzedaży przez Internet;
- 11) zakładów działających na rynku materiałów i wyrobów przeznaczonych do kontaktu z żywnością, w tym zakładów prowadzonych przez podmioty zajmujące się recyklingiem;
- 12) podmiotów działających na rynku spożywczym prowadzących produkcję pierwotną;

13) podmiotów prowadzących rolniczy handel detaliczny żywnością pochodzenia niezwierzęcego.

3. W przypadkach, o których mowa w ust. 2, podmiot działający na rynku spożywczym lub na rynku materiałów i wyrobów przeznaczonych do kontaktu z żywnością jest obowiązany złożyć wniosek o wpis do rejestru zakładów. (...)

Art. 64: 1. Podmioty działające na rynku spożywczym lub na rynku materiałów i wyrobów przeznaczonych do kontaktu z żywnością składają wniosek o wpis do rejestru zakładów albo o zatwierdzenie zakładu i o wpis do rejestru zakładów, w terminie co najmniej 14 dni przed dniem rozpoczęcia planowanej działalności, w formie pisemnej, według wzorów określonych odpowiednio na podstawie [art. 67 ust. 3 pkt 2 i 3](#).

1a. W przypadku zmiany danych podmiot działający na rynku spożywczym lub na rynku materiałów i wyrobów przeznaczonych do kontaktu z żywnością składa wniosek o dokonanie zmian w rejestrze zakładów, w formie pisemnej, według wzoru określonego na podstawie [art. 67 ust. 3 pkt 4](#), w terminie 30 dni od dnia powstania zmiany.

2. Wniosek zawiera:

1) imię, nazwisko i numer PESEL, miejsce zamieszkania i adres albo nazwę, siedzibę i adres wnioskodawcy, numer identyfikacyjny REGON, jeżeli taki numer posiada, oraz numer identyfikacji podatkowej (NIP);

1a) numer w rejestrze przedsiębiorców w Krajowym Rejestrze Sądowym, o ile wnioskodawca taki numer posiada (...)

Art. 65: 1. Wpis do rejestru zakładów następuje na podstawie:

1) wniosku podmiotu działającego na rynku spożywczym lub na rynku materiałów i wyrobów przeznaczonych do kontaktu z żywnością w przypadkach określonych w [art. 63 ust. 2](#);

2) decyzji o zatwierdzeniu lub warunkowym zatwierdzeniu zakładów, jeżeli są spełnione wymagania określone w [art. 31 ust. 2 lit. b-d](#) rozporządzenia [nr 882/2004](#).

2. Podmiot działający na rynku spożywczym jest obowiązany do aktualizowania wykazu urządzeń, o którym mowa w [art. 64 ust. 3 pkt 4](#), przynajmniej dwa razy w roku oraz na żądanie właściwego państwowego powiatowego inspektora sanitarnego.

3. Wykreślenie z rejestru zakładów następuje na podstawie:

1) wniosku podmiotu działającego na rynku spożywczym lub na rynku materiałów i wyrobów przeznaczonych do kontaktu z żywnością;

2) decyzji właściwego państwowego powiatowego inspektora sanitarnego, o której mowa w [art. 66 ust. 1 pkt 1](#);

3) decyzji właściwego państwowego powiatowego inspektora sanitarnego lub państwowego granicznego inspektora sanitarnego, jeżeli zakład zaprzestał działalności w zakresie produkcji lub obrotu żywnością lub materiałami i wyrobami przeznaczonymi do kontaktu

z żywnością, a podmiot działający na rynku spożywczym lub na rynku materiałów i wyrobów przeznaczonych do kontaktu z żywnością nie złożył wniosku, o którym mowa w pkt 1; 4) braku aktualizacji, o której mowa w ust. 2.

Pomiędzy Stronami i Przystępującym sporne było, jaki rodzaj decyzji musiałby uzyskać Odwołujący. W ocenie Izby, niezależnie jednak od tego, czy konieczna byłaby nowa decyzja, czy też zmiana dotychczasowej, jest mało prawdopodobne, by nastąpiło to przed wydaniem porannego posiłku 1 lipca. Należy zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 7 Kodeksu postępowania administracyjnego w toku postępowania organy administracji publicznej stoją na straży praworządności, z urzędu lub na wniosek stron podejmują wszelkie czynności niezbędne do dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego oraz do załatwienia sprawy, mając na względzie interes społeczny i słuszny interes obywateli. Tym samym organ (państwowy powiatowy inspektor sanitarny) posiada kompetencję do przeprowadzenia postępowania dowodowego, a nawet w przypadku pozytywnego dla wnioskodawcy rozstrzygnięcia sprawy, wymaga ona czasu. Wątpliwe jest więc również to, by Odwołujący taką decyzję uzyskał przed godziną 6:00 dnia 1 lipca.

Z drugiej strony zrozumiała jest sytuacja, w której Zamawiający przed przyjęciem posiłków żądałby kontroli Sanepidu, gdyż, w ocenie Izby – nawet jeśli nie wynikałoby to z przepisów prawa – wynika to wprost z należytej staranności przy prowadzeniu szpitala.

Tym samym Izba w zachowaniu Zamawiającego nie stwierdziła rażącego nadużycia pozycji dominującej w postępowaniu, utrudniania Odwołującemu dostępu do rynku, czy rażącego nierównego traktowania wykonawców będących w tej samej sytuacji. Postępowanie Zamawiającego wynika wprost z okoliczności sprawy, tj. faktu, że to Przystępujący, a nie Odwołujący był w dotychczasowym posiadaniu kuchni szpitalnej, co jest okolicznością od zamawiającego niezależną.

Ewentualne zastrzeżenia co do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czy też ustanowionych kryteriów oceny ofert należało złożyć na etapie ogłoszenia postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Co do kwestii odrzucenia oferty Odwołującego – Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wskazał podstaw do odrzucenia ofert. Jednocześnie oczywiste jest, że nie może zaakceptować oferty niespełniającej wymagań, czy też nierealnej.

Jak wynika z dotychczasowego doświadczenia orzeczniczego, w każdym też postępowaniu mogą zdarzyć się sytuacje, które nie zostały wprost przewidziane w przepisach lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a które w tym przypadku należy ocenić pod kątem zasad

wskazanych w art. 138o ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli przejrzystości, uczciwej konkurencji (niedyskryminacji), proporcjonalności itd.

W doktrynie prawa cywilnego terminem „odrzućcie oferty” określa się każdorazowe jej nieprzyjęcie przez oblata, niezależnie od przyczyn tego nieprzyjęcia. Tym samym pojęcie „odrzućcie oferty” zastosowane przez Zamawiającego można rozpatrywać przez pryzmat prawa cywilnego. Nieprzyjęcie, czyli odrzućcie oferty uznanej za nierealną, jest nie tylko akceptowalne, ale wręcz konieczne z punktu widzenia przejrzystości, obiektywności i równego traktowania wykonawców.

Poza tym, niezależnie od odrzućcie oferty, na gruncie przywołanych powyżej postanowień rozdziału V specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający powinien był wykluczyć Odwołującego ze względu na niespełnienie przez niego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania kuchni na okres przejściowy. Odwołujący bowiem nie wykazał posiadania wymaganej kuchni na okres przejściowy, a jednocześnie nie wykazał, że posiadanie tej kuchni jest zbędne. Tym samym brak jest wpływu na wynik postępowania.

Izba uznała, że Zamawiający naruszył art. 183 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego po wniesieniu odwołania, a przed wydaniem wyroku Izby. Zgodnie z tym przepisem w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.

Jednak w zakresie żądania dotyczącego zawartej przez Zamawiającego umowy z Przystępującym Izba stwierdziła, że, zgodnie z art. 192 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych:

2. Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

3. Uwzględniając odwołanie, Izba może:

1) jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta – nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego; albo

2) jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta oraz zachodzi jedna z przesłanek, o których mowa w [art. 146 ust. 1](#):

a) unieważnić umowę; albo

b) unieważnić umowę w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożyć karę finansową w uzasadnionych przypadkach, w szczególności gdy nie jest możliwy zwrot świadczeń spełnionych na podstawie umowy podlegającej unieważnieniu; albo

c) nałożyć karę finansową albo orzec o skróceniu okresu obowiązywania umowy w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa; albo

3) jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie – stwierdzić naruszenie przepisów ustawy.

Ze względu na stwierdzenie przez Izbę, że Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, orzeczenie takie nie jest ani formalnie możliwe, ani celowe.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972) w związku z § 1 pkt 5 Rozporządzenie Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 22 grudnia 2017 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ([Dz.U. z 2017 r. poz. 2479](#)).

Zgodnie z § 1 pkt 5 rozporządzenia w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, wydanego na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, ogłoszenia dotyczące zamówień publicznych przekazuje się Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, jeżeli wartość zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty: a) 750 000 euro – w przypadku zamówień innych niż zamówienia sektorowe lub zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, b) 1 000 000 euro – w przypadku zamówień sektorowych.

Z kolei, zgodnie z § 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania, wysokość wpisu od odwołania wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy lub usługi, którego wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie [art. 11 ust. 8](#) ustawy Prawo zamówień publicznych, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszeń o zamówieniach na dostawy lub usługi, wynosi 7500 zł. Pozostałe przepisy ww. rozporządzenia odnoszące się do zamówień na usługi, tj. § 1 ust. 1 pkt 2 i ust. 1a, odnoszą się jedynie sytuacji, w której wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone

w przepisach wydanych na podstawie [art. 11 ust. 8](#) ustawy, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszeń o zamówieniach.

Przewodniczący: