

**WYROK
z dnia 5 lutego 2015 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 lutego 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 stycznia 2015 r. przez wykonawcę ASPEN Res Sp. z o.o., ul. Bularnia 5, 31-222 Kraków w postępowaniu prowadzonym przez Szpital Miejski Specjalistyczny im. Gabriela Narutowicza w Krakowie, ul. Prądnicka 35-37 Kraków

przy udziale wykonawcy Catermed S.A., ul. Siemaszki 15a, 31-201 Kraków zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę ASPEN Res Sp. z o.o., ul. Bularnia 5, 31-222 Kraków i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ASPEN Res Sp. z o.o., ul. Bularnia 5, 31-222 Kraków tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy ASPEN Res Sp. z o.o., ul. Bularnia 5, 31-222 Kraków na rzecz Szpitala Miejskiego Specjalistycznego im. Gabriela Narutowicza w Krakowie, ul. Prądnicka 35-37 Kraków kwotę 810 zł 00 gr (słownie: osiemset dziesięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie i rozprawę przed KIO.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Szpital Miejski Specjalistyczny: im. Gabriela Narutowicza w Krakowie, ul. Prądnicka 35 -37, 31-202 Kraków wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki pn. „Świadczenie kompleksowych usług codziennego, całodobowego żywienia pacjentów Szpitala”, znak sprawy: ZP/60/2014.

W dniu 15 stycznia 2015 r. nastąpiło przesłanie ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości ex ante nr 2015/S 013-020032 do publikacji w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej, która nastąpiła w dniu 21 stycznia 2015 r..

Nie zgadzając się z wyborem powyższego trybu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego z wolnej ręki Odwołujący: Aspen Res sp. z o.o., ul Bularnia 5, 31-222 Kraków wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Zamawiającemu zarzucił naruszenie:

1. art. 67 ust. 1 pkt l) lit. a) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z póź. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp poprzez jego zastosowanie w sytuacji, gdy nie zostały spełnione przesłanki wskazane w przepisie,
2. art. 39 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie sytuacji, gdy istniały wszelkie przesłanki do zastosowania trybu przetargu nieograniczonego,
3. art. 31a ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, kiedy przeprowadzenie dialogu technicznego było realnym narzędziem do zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu,
4. art. 7 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe zarzuty wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonania unieważnienia wyboru trybu z wolnej ręki w przedmiotowym postępowaniu, a w konsekwencji unieważnienia decyzji o udzieleniu zamówienia dotychczasowemu wykonawcy tj. Catermed S.A.

Na wstępie odwołania podniósł, iż Zamawiający zdawał sobie sprawę z faktu uchylecia art. 5 ust. 1a ustawy Pzp, na którym przede wszystkim oparł poprzednie postępowanie dotyczące żywienia swoich pacjentów (Nr 424/ZP/2011), co wynika z treści

ogłoszenia.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że Zamawiający pominął okoliczność, iż stosowanie niekonkurencyjnych trybów udzielenia zamówienia - ma charakter wyjątkowy i musi być wykorzystywane z ostrożnością.

Zauważył przy tym, że od zawarcia umowy dotyczącej powołanego zamówienia upłynęło ponad 3 lata, a Zamawiający miał czas i środki na rozeznanie rynku i na przygotowanie postępowania w trybie konkurencyjnym, odpowiednio formułując zapisy Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ.

Zdaniem Odwołującego celem odpowiedniego przygotowania SIWZ Zamawiający mógł przeprowadzić dialog techniczny, a zamiast tego, dokonał on skopiowania uzasadnienia dla zastosowania trybu z wolnej ręki, z uzasadnienia przygotowanego w 2011r.

Wątpliwości Odwołującego wzbudziło uzasadnienie do wyboru trybu, gdzie stwierdzono, że „Komisja Przetargowa wspólnie z Z-cą Dyrektora ds Administracyjno-Technicznych przeanalizowała możliwość zastosowania trybu konkurencyjnego w postępowaniu”, bowiem – w ocenie Odwołującego - Komisja ta nie podjęła żadnych realnych działań mających na celu rzetelne uzasadnienie zastosowanego trybu.

Subiektywne przekonanie Zamawiającego, że tylko jeden wskazany przez niego wykonawca daje gwarancję wykonania tego konkretnego zamówienia ze względu na szczególne zaufanie, doświadczenie, efektywność czy możliwości organizacyjne – według Odwołującego - nie jest okolicznością uzasadniającą zastosowanie trybu z wolnej ręki.

Dalej wywodził, że przy zastosowaniu trybu z wolnej ręki nie mogą istnieć żadne wątpliwości, co do tego, że na rynku, funkcjonuje wyłącznie jeden podmiot który może wykonać określone zamówienie.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający zdawał sobie sprawę, iż aktualny Wykonawca usługi tj. Catermend SA nie jest jedynym podmiotem mogącym ją wykonać, jeżeli byłoby było inaczej Zamawiający ogłosiłby przetarg nieograniczony, oczekując złożenia w postępowaniu jednej oferty, a jednocześnie nie narażając się na zarzut nieuprawnionego stosowania trybów niekonkurencyjnych.

W ocenie Odwołującego Zamawiający ograniczył dostęp do zamówienia innym wykonawcom i naruszył zasady uczciwej konkurencji, a stosując tryb zamówienia z wolnej

ręki nie wskazał żadnych okoliczności przeczących tezie, iż faworyzuje obecnego wykonawcę usługi.

Odwołujący uważał, że Zamawiający obowiązany był wykazać, że nie występuje sytuacja preferowania obecnego wykonawcy, czego nie uczynił, a uzupełnienie w tym zakresie należało uznać za niedopuszczalne na tym etapie postępowania.

Dodatkowo zwrócił uwagę, że art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp nie jest związany z opłacalnością wybranego rozwiązania, lecz dotyczy jedynie przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze.

W ocenie Odwołującego przyczyny techniczne podawane w treści uzasadnienia dla zastosowania trybu z wolnej ręki przez Zamawiającego nie mają obiektywnego charakteru.

Odnosząc się kolejno do przyczyn technicznych, które Zamawiający uznał za obiektywne, podniósł, co następuje:

1. Błędna argumentacja Zamawiającego w zakresie ilości pacjentów / różnorodności diet.

Zdaniem Odwołującego okoliczności podawane przez Zamawiającego, jako szczególne (max. 350 pacjentów, 20 diet) w rzeczywistości nie odbiegają od normy dla szpitali specjalistycznych w Krakowie zarówno, jeżeli chodzi o ilość pacjentów, jak i różnorodność stosowanych diet.

Dla przykładu podał następujące szpitale, w których Odwołujący świadczy lub świadczył kompleksowe usługi żywienia pacjentów:

- Szpital Specjalistyczny im. Ludwika Rydygiera w Krakowie: średnia ilość żywionych pacjentów: 530, ilość diet: 15.
- Krakowski Szpital Specjalistyczny im. Jana Pawła II w Krakowie; średnia ilość żywionych pacjentów: ponad 500, ilość diet: 21

Wyjaśnił, że powołane wyżej usługi były realizowane należycie, a wskazane dane ukazują, iż warunki wymagane przez Zamawiającego nie odbiegają od wymagań innych zamawiających tak dalece, że byłyby niemożliwe do zrealizowania przez innych wykonawców niż obecny (Gatermed S.A.).

Powołał się także na przykład usług świadczonych Catermed S.A.:

- Szpital Specjalistyczny im. Stefana Żeromskiego SP ZOZ w Krakowie: średnia ilość żywionych pacjentów: 370, ilość diet 19.

Odnosząc się do częstych zmian rodzaju, składu czy konsystencji diet wymaganych przez Zamawiającego – zdaniem Odwołującego - wystarczającym byłoby określenie odpowiedniego warunku w SIWZ, w takim przypadku Zamawiający zastrzegają możliwość zmiany ilości posiłków z uwzględnieniem diet - nawet do dwóch godzin przed wskazaną godziną dostawy.

2. Błędna argumentacja Zamawiającego w zakresie sposobu świadczenia usługi.

Zarzucił Zamawiającemu, że ten bezpodstawnie twierdzi, iż jedynie obecny wykonawca (Catermed S.A.) posiadający kuchnię połączoną ze Szpitalem, jest w stanie zapewnić należyłą realizację usługi.

Dla poparcia własnego stanowiska wskazał na okoliczność, że usługi powołane w pkt 1 powyżej, a świadczone przez Odwołującego były realizowane należycie z kuchni zewnętrznej, zlokalizowanej poza siedzibami zamawiających.

Oświadczył przy tym, że kuchnia Odwołującego jest oddalona od siedzib zamawiających o następujące odległości (najszybsze trasy):

- Szpital Specjalistyczny im. Ludwika Rydygiera W Krakowie: 7,6 km (17 minut),
- Krakowski Szpital Specjalistyczny im. Jana Pawła II w Krakowie: 5, 8 km (15 minut).

Stwierdził, że pomimo braku bezpośredniego połączenia kuchni Odwołującego z siedzibami powołanych zamawiających, usługi były realizowana w sposób należyty.

Dla porównania wyjaśnił, że odległość kuchni Odwołującego od Zamawiającego wynosi: 4,7 km (13 minut).

Według Odwołującego powyższe okoliczności potwierdzają, możliwość realizacji usługi w oparciu o kuchnię inną niż połączona bezpośrednio z siedzibą Zamawiającego, a także okoliczność, iż istnienia innego wykonawcy niż dotychczasowy, który posiada realną możliwość należytego zrealizowania zamówienia, co z kolei ukazuje brak dołożenia przez Zamawiającego minimalnej nawet staranności wymaganej podczas przygotowywania procedury udzielenia zamówienia publicznego.

3. Błędna argumentacja Zamawiającego w zakresie warunków technicznych panujących w siedzibie Zamawiającego, rzekomo uniemożliwiających realizację usługi żywienia przez innego wykonawcę niż dotychczasowy (Catermed S.A.).

Przyznał, że uzasadniająco zastosowany w przedmiotowym postępowaniu tryb zamówienia z wolnej ręki, Zamawiający wskazał na szereg okoliczności o charakterze technicznym, dotyczących charakterystyki jego siedziby, które wobec znanych powszechnie faktów należy uznać za nieprawdziwe.

Zarzucił, że nie jest prawdą jakoby Zamawiający - zlecając dostarczanie posiłków z zewnątrz - musiałby dysponować ogromnym zapleczem dla firmy świadczącej usługę, bowiem posiada on kuchenki oddziałowe, a więc pomieszczenia, w których wózki bemarowe mogą stać zarówno przed jak i po dystrybucji danego posiłku, co jest aktualną praktyką.

Zdaniem Odwołującego nawet brak kuchenek oddziałowych nie wyklucza, takiej formy realizacji usługi, która nie powodowałaby konieczności zapewnienia przez Zamawiającego dodatkowych pomieszczeń.

Wskazując powyższe Odwołujący wnosil o zobowiązanie Zamawiającego do przedstawienia Izbie na rozprawie dotychczasowego sposobu dostarczania posiłków na oddziały.

Przeciwnie do twierdzeń Zamawiającego, żadne inne pomieszczenia jak np. zaplecze socjalne dla pracowników wykonawcy, nie są potrzebne do należytego świadczenia usługi, w taki sposób, który nie utrudniałby bieżącego funkcjonowania Szpitala.

Wskazał, że należyty i efektywny sposób świadczenia usługi zależałby wyłącznie od dobrej woli Zamawiającego, która w tym konkretnym przypadku przejawiałaby się w szczegółowym opisanu podczas dialogu technicznego warunków technicznych panujących w siedzibie Zamawiającego, jednak dialogu takiego nie przeprowadzono.

Kolejnym argumentem Zamawiającego, który – według Odwołującego - nie odpowiada prawdzie, jest sposób szeroko pojętego transportu szpitalnego przy użyciu wind, gdzie kluczem do zrozumienia sposobu funkcjonowania owego transportu jest konieczność stwierdzenia, iż Zamawiający w uzasadnieniu do zastosowanego trybu pominął fakt, iż tunel będący własnością Zamawiającego a łączący Szpital z kuchnią obecnego wykonawcy (Catermed S.A.) nie kończy się na kuchni Catermed S.A.

Wyjaśnił, że tunel - po rozgałęzieniu - docelowo biegnie do Domu Pielęgniarek Miejskiego Szpitala Specjalistycznego im. G. Narutowicza (dalej: hotel), gdzie znajduje się magazyn szpitalny, a wylot tunelu w hotelu (tuż przed magazynem) znajduje się na poziomie gruntu, a dojazd do niego nie stwarza żadnych trudności i nie ma także potrzeby budowy rampy.

Zdaniem Odwołującego sama lokalizacja magazynu szpitalnego świadczy o tym, iż Zamawiający regularnie korzysta z tej części tunelu, o której nie wspomniał uzasadniając tryb udzielenia zamówienia.

Zaznaczył przy tym, że skoro Zamawiający twierdzi, iż jedyna winda towarowa dostępna z zewnątrz przy Szpitalu, służy do transportu tzw. „brudnego” oraz transportu zwłok, tunelem do hotelu muszą być transportowane, co najmniej dostawy leków, materiały papiernicze i biurowe, aparatura medyczna z magazynu, sprzęt sterylny oraz czysta pościel na oddziały, bowiem jak słusznie zauważa sam Zamawiający, przy Szpitalu brak jest jakiegokolwiek innego miejsca na parkowanie samochodów dostawczych (poza karawanami).

Mając na uwadze powyższą okoliczność można wskazać następujące, przykładowe sposoby rozwiązania problemów transportowych na potrzeby realizacji usługi żywienia pacjentów, czego nie podjął się Zamawiający:

- a) - Zmiana sposobu realizowania transportów „brudnych” i transportu zwłok.

Mając na uwadze fakt, iż Zamawiający dysponuje, co najmniej trzema windami towarowymi, do transportu tzw. „brudnego” i transportu zwłok, Odwołujący stwierdził, że mógłby wykorzystać jedną z wind prowadzących do podziemi Szpitala.

Następnie transport na zewnątrz odbywałby się przy użyciu tunelu prowadzącego do hotelu. Wylot tunelu jest zlokalizowany przed magazynem szpitalnym, nie zaś bezpośrednio w nim.

Takie rozwiązanie – według Odwołującego - otworzyłoby drogę do korzystania z windy zlokalizowanej bezpośrednio przy Szpitalu - a dostępnej z zewnątrz z podjazdem - do transportu tzw. czystego, a więc leków, materiałów papierniczych i biurowych, aparatury medycznej, sprzętu sterylnego, czystej pościeli/bielizny oraz posiłków.

b) - Zmiana sposobu korzystania z windy towarowej dotychczas używanej do realizowania transportów „brudnych” i transportu zwłok.

Wyjaśnił, że nomenklaturze epidemiologicznej dotyczącej transportu wewnątrzszpitalnego od lat stosuje się pojęcia „dróg czystych i brudnych”, obowiązujący aktualnie kanon projektowania nowych obiektów szpitalnych na pierwszym miejscu stawia drogi transportu materiału brudnego i czystego, które powinny być krótkie i niezależne.

Przyznał, iż obecny układ architektoniczny Szpital Zamawiającego pochodzi z końca lat pięćdziesiątych ubiegłego wieku, a wobec tego przeprowadzenie dróg czystych i brudnych w taki sposób, aby się nie krzyżowały graniczy z niemożliwością.

Wskazał, że rozwiązaniem stosowanym w szpitalach takich jak Zamawiającego jest opracowanie szczegółowego planu transportu ze szczególnym uwzględnieniem miejsc krzyżowania się dróg czystych i brudnych.

Wyjaśnił, że dla miejsc krzyżowania się ww. dróg, szpitalny zespół ds. zakażeń - niejednokrotnie z udziałem wykonawcy zewnętrznego - opracowuje procedurę mycia i dezynfekcji przeprowadzanych po każdym transporcie „brudnym”.

Według Odwołującego, gdyby Zamawiający nie zdecydował się na formę transportu zaproponowaną w punkcie 1 powyżej, a miał wolę korzystania z usług innego niż dotychczasowy wykonawca usług żywienia, miejscem krzyżowania się dróg czystej i brudnej niewątpliwie byłaby winda towarowa, dotychczas - wg twierdzeń Zamawiającego - używana jedynie, jako droga do transportu brudnego (w tym zwłok).

Zgodnie z wiedzą wykonawcy, którego siostrzana spółka z grupy kapitałowej (Aspen sp. z o.o.) świadczy usługi utrzymania czystości, realizacja pełnej procedury mycia i dezynfekcji windy transportowej zajmuje ok. 15 min.

W ocenie Odwołującego koszty dodatkowych czynności mogłyby obciążać proporcjonalnie Zamawiającego i Wykonawcę, bowiem takie rozwiązanie umożliwiłoby Zamawiającemu wykorzystywanie windy w celach innych niż transport posiłków.

c) Zachowanie dotychczasowej formy dystrybucji posiłków z użyciem całej długości tunelu.

Ostatecznie rezygnacja z dwóch wskazanych wyżej rozwiązań pozostawiałaby

Zamawiającemu możliwość realizowania transportu posiłków w dotychczasowy sposób jednak z wykorzystaniem całej długości tunelu.

Wózki bemarowe byłyby transportowane z miejsca wyładunku tj. od Hotelu, tunelem do wind towarowych zlokalizowanych w podziemiu Szpitala.

Wydłużenie drogi transportu posiłków w stosunku do dotychczasowej nie wpływałoby na poziom świadczonej usługi, za czym przemawiają przede wszystkim argumenty wskazane w pkt 2 powyżej (Błędna argumentacja Zamawiającego w zakresie sposobu świadczenia usługi).

Poza tym, zdaniem Odwołującego - wskazane rozwiązania nie są jedynymi możliwymi do realizacji jednak ich, celem jest ukazanie, iż istnieją warunki techniczne umożliwiające realizację usługi żywienia pacjentów w inny sposób niż dotychczas bez konieczności jakichkolwiek nakładów znacznie obciążających Zamawiającego, a także, że istnieją inni - niż dotychczasowy - wykonawcy posiadający realną możliwość realizowania usługi.

Pismem z dnia 30 stycznia 2015r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Catermed S.A.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść dokumentacji postępowania przetargowego, w tym treści ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości ex ante, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 4 lutego 2015r. wraz z załącznikami, pisma procesowego Przystępującego z dnia 4 lutego 2015r., wraz z załącznikami, w tym z dokumentacją fotograficzną, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7, art.31a, art.39, art.67 ust.1 pkt.1 lit.a ustawy Pzp.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do udzielenia zamówienia publicznego przy zastosowaniu trybu postępowania z wolnej ręki.

Analizując zebrany w sprawie materiał dowodowy Izba doszła do przekonania, że Zamawiający wykazał zarówno w uzasadnieniu do ogłoszenia, jak i na rozprawie istnienie przesłanek z art.67 ust.1 pkt.1 lit.a ustawy Pzp, uznając, że przedmiotowa usługa może być świadczona tylko przez jednego Wykonawcę dysponującego kuchnią na terenie szpitala z przyczyn technicznych o charakterze obiektywnym.

Izba badając, przedłożone przez Zamawiającego mapy, wysłuchując stanowisk stron i Przystępującego stwierdziła, że infrastruktura obiektowa Zamawiającego nie jest dostosowana do przemieszczania się posiłków cateringowych poczynając od miejsca parkingowego, a kończąc na innych przyczynach technicznie uniemożliwiających wykonanie zamówienia.

Izba ustaliła, że w wyżej wskazanym ogłoszeniu z dnia 20 stycznia 2015r. Zamawiający, jako powód wyboru trybu z wolnej ręki podał:

1. Ilość pacjentów żywionych w ciągu dnia w naszym szpitalu waha się od 250 do około 350(w tym wcześniaków i niemowląt od 0 do 1 roku życia od 0 do 8). Pacjentami szpitala są osoby z dużą rozpiętością wiekową(od noworodków i wcześniaków, poprzez dzieci i młodzież, aż po osoby dorosłe i w podeszłym wieku) ze specyficznymi stanami fizjologicznymi(kobiety w ciąży i matki karmiące). Z uwagi na różnorodność schorzeń leczonych w szpitalu oraz specyfikę przeprowadzanych zabiegów chirurgicznych w żywieniu pacjentów stosowane jest 20 różnych diet, w tym również różnego rodzaju diet miksowanych. Często zachodzi potrzeba nagłej zmiany rodzaju, składu czy konsystencji diety w zależności od aktualnego stanu chorobowego pacjenta. W takiej sytuacji w przypadku kuchni zlokalizowanej w sąsiedztwie szpitala, realizacja takiej zmiany jest możliwa zaraz po jej zleceniu, co jest bardzo istotne, szczególnie w przypadku chorych wyniszczonych czy po zabiegach chirurgicznych, dla których spożycie posiłku odpowiadającego ich aktualnym potrzebom i odpowiednio szybko, ma znaczący wpływ na proces leczenia oraz gojenia się ran pooperacyjnych.

2. Dotychczasowa umowa(nr 424/ZP/2011 z dnia 21.12.2011) została zawarta w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie obowiązującego w dacie zawarcia przedmiotowej umowy art.5 ust.1 lit. a pkt. 1 i ust. 67 ust.1 pkt.1 lit. a ustawy Pzp.

3. W związku ze zmianami po nowelizacji z dnia 29.08.2014r. ustawy Pzp, która

ograniczyła możliwość wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki na powyższą usługę, poprzez uchylenie art. 5 ust.1 lit. a do wskazanych w art.67 ust.1 pkt. 1 przypadków, Komisja Przetargowa wspólnie z Z-cą Dyrektora ds. Administracyjno-Technicznych przeanalizowała możliwość zastosowania trybu konkurencyjnego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na wyżej wymienioną usługę, biorąc pod uwagę obowiązujące w higienie żywienia przepisy krajowe i unijne, a w szczególności:

- Rozporządzenie 852/2004 i 853/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady – ustawę z dnia 25.08.2006r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia,

- Zestaw Standardów Akredytacyjnych oraz wynikający z nich obowiązek wprowadzenia, stosowania i przestrzegania zasad systemów zapewnienia jakości GHP/GMP i HACCP.

4. Analiza: ze względu na to, że szpital nie posiada własnej kuchni, w przypadku dostarczania posiłków z zewnątrz, musiałby dysponować ogromnym zapleczem dla firmy świadczącej usługę. Natomiast:

a) szpital nie posiada pomieszczeń, które mógłby wydzielić z przeznaczeniem na:

- pomieszczenie na sferę do przyjęcia dostarczanych z zewnątrz posiłków oraz ich ekspedycji na oddziały do pacjenta, ze stanowiskami do podgrzewania wózków dystrybucyjnych w celu zapewnienia prawidłowej temperatury dostarczanych do 13 oddziałów posiłków,

- pomieszczenia do gromadzenia brudnych wózków po zakończeniu dystrybucji wykonawcy(tj. szatnia, pokój socjalny, węzeł sanitarny) zgodnie z przepisami BHP i wymogami GHP,

- pomieszczenia na składowanie odpadów pokonsumpcyjnych do czasu ich odbioru przez Wykonawcę.

b) Szpital (budynek szpitala jest 5-piętrowy) dysponuje tylko jedną windą towarową, dostępną z zewnątrz, która nie może być przeznaczona na transport żywności, ponieważ jest wykorzystywana do transportu brudnego oraz transportu zwłok, więc nie jest możliwe przeznaczenie jej do transportu żywności;

c) Szpital nie dysponuje wejściem do budynku, z miejscem parkingowym dla samochodów dostawczych, odpowiednim do przeznaczenia go na dostawę termo portów z posiłkami:

- szpital nie ma możliwości technicznych do transportu żywności wózkiem przez bramę wejściową od strony ul. Pielęgniarek przy klatce schodowej A. Brama obejmuje jedynie wejście dla pieszych, bez podjazdu dla wózków. W tym miejscu brak jest również możliwości zatrzymywania się samochodu z dostawą żywności od strony klatki schodowej A – znak drogowy „zakaz zatrzymywania się”. Szpital nie jest zarządzającym tym terenem,

- do bramy wejściowej szpitala od strony klatki schodowej B nie ma dojazdu – droga

wewnętrzna zarezerwowana jest tylko dla potrzeb karettek Szpitalnego Oddziału Ratunkowego

d) Szpital nie ma możliwości wydzielenia miejsca przed budynkiem głównym szpitala na parkowanie samochodów dostawczych z żywnością oraz odbierających brudne naczynia transportowe i odpady pokonsumpcyjne kilka razy dziennie.

5. Zamawiający mając na uwadze okoliczności wymienione w powyższej analizie, uznał, że z przyczyn technicznych o charakterze obiektywnym, w obecnych warunkach przedmiotowe zamówienie może być zrealizowane jedynie przez dotychczasowego Wykonawcę, z uwagi na lokalizację jego pomieszczeń produkcyjnych i ciąg komunikacyjny ze szpitalem. Z tych przyczyn podjął decyzję, aby przedmiotowe zamówienie zostało udzielone w trybie z wolnej ręki na podstawie art.67 ust.1 lit.a ustawy Pzp zapraszając do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki, dotychczasowego wykonawcę Catermed S.A. z siedzibą w Krakowie. Dotychczasowy wykonawca dysponuje kuchnią zlokalizowaną w obiekcie przy ul. Siemaszki 15a, 31-201 Kraków, która jest bezpośrednio połączona z tunelem komunikacyjnym z budynkiem szpitala. Posiłki dostarczane są wózkami bemarowymi bezpośrednio z tej kuchni na trzynaście oddziałów, dwoma windami towarowymi dostępnymi wyłącznie z piwnicy budynku szpitala głównego połączonej z powołanym wyżej tunelem komunikacyjnym. Wykonawca w swoich pomieszczeniach posiada centralną zmywalnię wózków i naczyń transportowych oraz pomieszczenie przeznaczone na składowanie odpadów pokonsumpcyjnych. Posiada również zaplecze socjalne dla pracowników oraz szatnie, z których pracownicy dystrybucji korzystają, poza czasem świadczenia usługi na terenie szpitala.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że przedmiotowe zamówienia miało być realizowane zgodnie ze wzorem umowy o świadczenie usług żywienia, gdzie zgodnie z § 4 ust.1 wykonawca świadczyć będzie usługę żywienia przy wykorzystaniu pomieszczeń będących własnością Zamawiającego, wynajmowanych przez Wykonawcę na zasadach określonych w odrębnej umowie oraz zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa w tym zakresie, a także pomieszczeń użyczonych przez Zamawiającego na czas realizacji usługi w zakresie i na zasadach określonych w części V niniejszej umowy(kuchenki oddziałowe i stołówka pracownicza).

Poza tym Izba ustaliła, że w myśl § 11 ust.2 wzoru umowy wykonawca we własnym zakresie i na własny koszt zapewni pracownikom świadczącym usługę na terenie szpitala szatnię oraz inne pomieszczenia socjalne zgodnie z obowiązującymi przepisami przy wykorzystywaniu pomieszczeń będących własnością Zamawiającego, wynajmowanych przez Wykonawcę na zasadach określonych w odrębnej umowie, o których mowa w § 4

ust.1.

Wzór umowy do zamówienia z wolnej ręki w § 13 ust.4 przewiduje, że do dystrybucji posiłków wykonawca stosować będzie cichobieżne wózki beamarowi, wyposażone w zamknięte przestrzenie załadunkowe, 3 lub 4 – komorowe, z górną i dolną półką zabezpieczoną przed zsuwaniem się przewożonych pojemników, gwarantujące utrzymanie odpowiedniej temperatury, jakości zdrowotnej, walorów smakowych i estetycznych serwowanych posiłków oraz pojemniki typu GN z pokrywami zaopatrzonymi w uszczelki, zabezpieczające potrawy przed utratą ciepła, zanieczyszczeniem i rozlaniem.

Izba ustaliła, że w chwili obecnej Zamawiający i Przystępujący są związani umową najmu nr 191/2005 z dnia 3.10.2005r. na czas nieoznaczony z prawem wypowiedzenia umowy z zachowaniem sześciomiesięcznego okresu wypowiedzenia, z klauzulą zwrotu nakładów, których wysokość uzależniona jest od okresu obowiązywania umowy.

Opierając się na powyższym uzasadnieniu Zamawiającego zawartym w ogłoszeniu i biorąc pod uwagę, że dysponentem kuchni jest Przystępujący Izba uznała, że przesłanki, o których mowa w art. 67 ust.1 pkt.1 lit.a ustawy Pzp są spełnione.

Izba przy tym przyznaje, że bez znaczenia, dla oceny przesłanki z art. 67 ust.1 pkt.1 lit.a ustawy Pzp była argumentacja Zamawiającego w zakresie ilości pacjentów/ różnorodności diet, a także odnosząca się do odległości od miejsca sporządzenia posiłków do miejsca ich serwowania.

Natomiast kluczowe znaczenia dla oceny powyższych przesłanek do zastosowania trybu z wolnej ręki – zdaniem Izby - miała kwestia oceny sposobu świadczenia usługi, a także warunków technicznych panujących w siedzibie Zamawiającego na terenie jego obiektów.

Odwołujący w tej materii wyjaśnił „w pierwszym przypadku, zdaniem odwołującego, istnieje możliwość zaparkowania pojazdu na ul. Prądnickiej, znajduje się tam wysepka dla pojazdów, a także w ocenie odwołującego istnieje możliwość uzyskania miejsca postojowego dla pojazdów, które świadczą na rzecz szpitala w porozumieniu z zarządcą drogi. Catering, który byłby tam wyładowany, następnie byłby przemieszczony do wejścia do poradni specjalistycznych i na SOR. Następnie korytarzem przy poradniach specjalistycznych byłby przemieszczany do windy z korytarzem łączącym północ z południem szpitala przez całą długość szpitala (wzdłuż budynku szpitala). Zdaniem odwołującego istniałaby możliwość skorzystania z jednej z czterech wind, które znajdują się w środkowej części tego korytarza.”.

Natomiast Zamawiający w nawiązaniu do stanowiska Odwołującego wyjaśnił, że „możliwości zaparkowania pojazdu przy ul. Prądnickiej są znacznie ograniczone z tego powodu, że w większości przypadków znajdujące się niedaleko budynku głównego miejsca parkingowe są z reguły zajęte, natomiast znajdujące się tuż pod budynkiem szpitala 8 miejsc parkingowych jest przeznaczonych jedynie dla uprawnionych osób niepełnosprawnych. Dodatkowo zauważa, że na odcinku pomiędzy ul. Prądnicką, a wjazdem do budynku głównego został postawiony zakaz zatrzymywania się w celu uniemożliwienia parkowania pojazdów wlotu wjazdu. Zwraca również uwagę, że w łączniku pomiędzy budynkiem, w którym znajduje się oddział SOR i przychodnie specjalistyczne, a budynkiem głównym szpitala w łączniku znajduje się pochylnia, która w sposób istotny ogranicza możliwość przemieszczania się.”.

Wobec powyższego stanowiska Zamawiającego Odwołujący oświadczył, że stosując system tacowy nie ma możliwości przelania się posiłku, nawet biorąc pod uwagę przechylenie terenu. Również są inne sposoby zabezpieczenia posiłków przez rozlaniem się czy wypadnięciem. Dodatkowo zwraca uwagę, że jest techniczna możliwość zagospodarowania tego fragmentu przejścia poprzez umieszczenie tam podnośnika umożliwiającego transport.”.

W odpowiedzi na powyższe Zamawiający wyjaśnił, że „Zamawiający ma wątpliwości, co do technicznej możliwości montażu podnośnika. Zamawiający podnosi, że w jego ocenie system tacowy nie jest optymalny. Powodem tego jest okoliczność, że tace są znacznych rozmiarów. W momencie serwowania posiłku zajmują one dużo miejsca w pokoju pacjenta, co koliduje z lokalizacją rzeczy tego pacjenta.”.

W ocenie Izby powyższy wariant dostarczenia posiłków nie jest możliwy do spełnienia z tego powodu, że Odwołujący nie ma w chwili obecnej pewnej możliwości zaparkowania pojazdu przy ul. Prądnickiej z przyczyn związanych z organizacją ruchu i zajęciem miejsc postojowych przez osoby trzecie, a także okolicznością braku możliwości blokowania miejsc dla osób niepełnosprawnych.

Nadto powyższe wyjaśnienia stron w sposób jednoznaczny wskazują, że na drodze proponowanej przez Odwołującego znajduje się pochylnia, która do transportu posiłków wymagałaby przebudowy i montażu podnośnika, a oferowany system tacowy ograniczający możliwość wylania i wypadnięcia posiłku nie jest dla Zamawiającego optymalny z racji faktu, że tace są takich rozmiarów, że mogą utrudniać funkcjonowanie pacjentów, którzy na stolikach mają rzeczy własne.

Jako drugi z wariantów Odwołujący wskazał na „możliwość przemieszczenia cateringu odbywałaby się od ul. Pielęgniarek, wjazd nastąpiłby na dziedziniec szpitala i stąd doszłoby do przetransportowania posiłków do budynku głównego drogą czystą. Wejście do szpitala w tamtym miejscu nastąpiłoby wejściem ewakuacyjnym i z korytarza miałby dostęp do części czystej.”.

Według zapatrywania Izby taka opcja nie może być uznana za dopuszczalną, bowiem ingeruje w system ewakuacyjny szpitala, co wiąże się ze stworzeniem sytuacji zagrożenia dla zdrowia i życia pacjentów oraz personelu szpitala, a także osób trzecich znajdujących się na jego terenie w razie wystąpienia sytuacji nadzwyczajnej.

Trzeci z przedstawionych przez Odwołującego wariantów, że „droga prowadziłaby przez dom pielęgniarek, parkowanie nastąpiłoby przy Domu Pielęgniarek, dojazd do tego miejsca – przez ul. Pielęgniarek, a następnie catering byłby przetransportowany korytarzami Domu Pielęgniarek do podziemnego tunelu, który prowadzi do pralni, a następnie do budynku głównego.”- w ocenie Izby - nie znajduje uzasadnienia z przyczyn związanych z ochroną przeciwgrzybową serwowanych posiłków.

W powyższym zakresie Izba oparła się na ocenie mikologicznej z dnia 25 lutego 2014r. przedstawionej przez Zamawiającego, z której wynika, że „oceniany tunel komunikacyjny należy uznać za zagrzybiony, ponieważ występujące w dużych ilościach w tynkach ścian spory grzybów pleśniowych, jak również stwierdzenie rodzajów grzybów potencjalnie patogennych, mogą stanowić zagrożenie epidemiologiczne dla ludzi.”.

Jeżeli zaś chodzi o transport jedyną windą towarową z wyjściem na zewnątrz budynku, Izba uznała, że winda ta racji dużego obciążenia transportowego(odpady medyczne, komunalne, bielizny brudnej, przewóz zwłok, remonty, itp.), a także konieczności każdorazowej dezynfekcji trwającej około 15-30 minut w sposób znaczący ogranicza możliwość dostarczenia tą drogą posiłków.

Mając na uwadze powyższy stan rzeczy, z którego wynika, że obiekty Zamawiającego nie są przystosowane do transportu posiłków zewnętrznych, a dostęp do budynku szpitala z obiektu kuchni na jego terenie odbywa się częścią wyremontowanego tunelu transportowego, Izba uznała, że tylko wykonawca mogący przetransportować w taki sposób posiłki może wykonać świadczenie z przyczyn technicznych o charakterze obiektywnym.

Przy czym przyczyną techniczną uzasadniającą zastosowanie trybu z wolnej ręki będą opisane wyżej warunki techniczne infrastruktury szpitala i przyległych do niego dróg, ograniczające dostęp do miejsca świadczenia.

Nadto Izba uznała, że warunki te mają charakter obiektywny i nie są zależne od Zamawiającego, który prowadzi szpital w budynku z ubiegłego wieku, a z racji ograniczonych środków finansowych nakłady inwestycyjne na dostosowanie infrastruktury obiektowej szpitala dokonuje on sukcesywnie w wieloletniej perspektywie czasowej.

Ostatecznie Izba nie uznała również nieopartej żadnymi dowodami tezy Odwołującego o konieczności przeprowadzenia dialogu technicznego.

Z powyższych względów Izba uznała dokonany przez Zamawiającego wybór trybu udzielenia zamówienia publicznego wynikający z przepisu art. 67 ust.1 pkt.1 lit.a ustawy Pzp za trafny.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:.....