

WYROK

z dnia 10 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lipca 2022 r. przez wykonawcę **CATERMED Spółka z o.o. z siedzibą w Łodzi, ul. Traktorowa 126 lok. 201, 91-204 Łódź** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Szpital Joannitas w Pszczynie samorządowa spółka z o.o. z siedzibą w Pszczynie, ul. dr. W. Antesa 11, 43-200 Pszczyna**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **CATERMED Spółka z o.o. z siedzibą w Łodzi, ul. Traktorowa 126 lok. 201, 91-204 Łódź** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **CATERMED Spółka z o.o. z siedzibą w Łodzi, ul. Traktorowa 126 lok. 201, 91-204 Łódź** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **CATERMED Spółka z o.o. z siedzibą w Łodzi, ul. Traktorowa 126 lok. 201, 91-204 Łódź** na rzecz zamawiającego **Szpital Joannitas w Pszczynie samorządowa spółka z o.o. z siedzibą w Pszczynie, ul. dr. W. Antesa 11, 43-200 Pszczyna** kwotę **4 567 zł 21 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset sześćdziesiąt siedem złotych dwadzieścia jeden groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów noclegu i dojazdu na rozprawę oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Szpital Joannitas w Pszczynie samorządowa spółka z o.o. z siedzibą w Pszczynie, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2019 r., poz.2019 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Usługę żywienia pacjentów Szpitala Joannitas w Pszczynie”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12 lipca 2022 r, pod pozycją nr 2022/S 132-376861.

W dniu 22 lipca 2022 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca CATERMED Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie na niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj.:

1. treści opisu przedmiotu zamówienia,
2. treści formularza oferty, stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ,

zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 359 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zawarcie w opisie przedmiotu zamówienia postanowienia określającego, że kuchnia wykonawcy powinna znajdować się w odległości nie większej niż 15 km od siedziby Zamawiającego, mierzonej najkrótszą drogą przy użyciu aplikacji Google Maps (odległość drogowa, środek komunikacji - samochód), co narusza zasadę zapewnienia przez Zamawiającego zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz narusza uczciwą konkurencję poprzez premiowanie wykonawców lokalnych posiadających kuchnię w bliskiej odległości od siedziby Zamawiającego i jednoczesną dyskryminację pozostałych wykonawców

Jednocześnie Odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodu z dokumentów, tj. wydruków zrzutu ekranu z Google Maps ze wskazaną odległością oraz czasem trasy od siedziby Zamawiającego do Bielsko-Białej, Tych, Katowic oraz Czechowic-Dziedzic (4 sztuki) celem wykazania, że w dystansie 15 km od siedziby Zamawiającego brak jest dużych ośrodków miejskich, zaś w nieznacznie większej odległości znajdują się miasta liczące ponad 100 tys. mieszkańców, z których transport posiłków odbywa się w czasie porównywalnym, co z miejscowości znajdujących się w promieniu 15 km od siedziby Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu w zakresie podniesionego zarzutu:

- a. modyfikację Rozdziału IV ust. 9 Opisu Przedmiotu Zamówienia, zwanego dalej „OPZ” - załącznika nr 1 do projektowanych postanowień umowy poprzez zmianę z:

„Kuchnia powinna znajdować się w odległości nie większej niż 15 km od siedziby Zamawiającego, mierzonej najkrótszą drogą przy użyciu aplikacji Google Maps (odległość drogowa, środek komunikacji - samochód).”

na:

„Kuchnia powinna znajdować się w odległości nie większej niż 50 km od siedziby Zamawiającego, mierzonej najkrótszą drogą przy użyciu aplikacji Google Maps (odległość drogowa, środek komunikacji - samochód).”

- b. modyfikację treści załącznika nr 1 do SWZ - formularza oferty z:

„UWAGA !!! Kuchnia powinna znajdować się w odległości nie większej niż 15 km od siedziby Zamawiającego, mierzonej najkrótszą drogą przy użyciu aplikacji Google Maps (odległość drogowa, środek komunikacji - samochód).”

na:

„UWAGA !!! Kuchnia powinna znajdować się w odległości nie większej niż 50 km od siedziby Zamawiającego, mierzonej najkrótszą drogą przy użyciu aplikacji Google Maps (odległość drogowa, środek komunikacji - samochód).”

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł m.in., że kwestionowane postanowienia OPZ oraz formularza oferty naruszają zasadę zapewnienia przez Zamawiającego zachowania uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców poprzez premiowanie (preferowanie) wykonawców lokalnych posiadających kuchnię w bliskiej odległości od siedziby Zamawiającego i jednoczesną dyskryminację pozostałych wykonawców.

Nadto podniósł, że Pszczyna leży na trasie drogi krajowej nr 1 w pobliżu dużych ośrodków miejskich takich jak Bielsko-Biała (odległość: 23 km; Czas trasy: 27 min), Tychy (odległość: 21,3 km; Czas trasy 21 min) oraz Katowice (odległość: 40,5 km; czas trasy: 37 min), z których każde z nich leży poza zakresem odległości kuchni wskazanym w OPZ i formularzu oferty, pomimo, iż czas przejazdu z ewentualnej kuchni w tych miastach niewątpliwie mieści się w warunkach określonych w SWZ dot. świadczenia usług żywienia a także pozwoli na należyte wykonywanie usług. Wobec tego należy uznać, że brak jest należytego uzasadnienia zastosowania przez Zamawiającego cezurę odległości kuchni wykonawcy od siedziby Zamawiającego. Widać tutaj intencję Zamawiającego uprzywilejowania wykonawców lokalnych, a ewentualne zabezpieczenie należytego wykonywania usług ma jedynie charakter pozorny bez wskazania żadnego dokładniejszego uzasadnienia takich ograniczeń.

Dla porównania jedynym znacznym miastem, które mieści się w ramach widełek wskazanych przez Zamawiającego są Czechowice-Dziedzice (odległość: 10 km, czas trasy 13 min).

Tym samym w pełni zasadne jest podwyższenie zastrzeżonej odległości, gdyż jak wynika z przykładów przytoczonych powyżej różnica między odległością i a przede wszystkim czasem dojazdu z Czechowic-Dziedzic (miasto mieszczące się w limicie odległości) a miastem najdalej oddalonym z ww. wskazanych - Katowicami jest bagatelna i nie ma jakiegokolwiek wpływu na następcze wykonywanie usług przez Wykonawcę zamówienia.

Pominięcie kryterium czasu przejazdu jest najbardziej kuriozalne w komentowanym postanowieniu, choć wskazano w nim, że chodzi o trasę mierzoną przy przejeździe samochodem - a jak widać, w tym wypadku odległość od siedziby Zamawiającego nie ma takiego znaczenia, jak czas przejazdu. Przecież to czas przejazdu, a nie odległość, jest kluczowa dla zachowania jakości posiłków - przede wszystkim ich właściwej temperatury od przygotowania do przywozu. Odległość nie ma dla jakości żadnego znaczenia.

Jak trafnie stwierdził Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, instytucje zamawiające muszą traktować wykonawców na równych zasadach i bez dyskryminacji oraz działać w sposób przejrzysty i proporcjonalny, a po drugie, zamówień nie można przeprowadzać w sposób mający na celu ich wyłączenie z zakresu stosowania tej dyrektywy lub sztuczne zawężenie konkurencji, przy czym konkurencję uznaje się za sztucznie ograniczoną, jeżeli zamówienie organizuje się z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców (orzeczenie z dnia 28 maja 2020 r. w sprawie C-796/18 Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung).

W konsekwencji, ograniczenie konkurencji przez Zamawiającego powinno być obiektywnie uzasadnione. W warunkach tego konkretnego postępowania brak takiego uzasadnienia, skoro Zamawiający de facto wykluczył z możliwości udziału w postępowaniu wykonawców posiadających zakład gastronomiczny na terenie znacznie większych ośrodków miejskich kosztem zawężenia możliwości udziału w postępowaniu do wykonawców posiadających taki zakład w mieście siedziby Zamawiającego bądź w jego najbliższej okolicy, co wskazuje na potencjalnie bardzo niewielki krąg wykonawców mogących wziąć udział w postępowaniu. Według danych z Wikipedii, liczba mieszkańców powiatu pszczyńskiego oraz miasta Czechowice-Dziedzice wynosi odpowiednio 111 682 powiat pszczyński i 35 631 Czechowice-Dziedzice, podczas gdy Bielsko- Biała liczy 169 756 mieszkańców, Tychy - 118 785, a Katowice - 289 162. Z każdej z tych miejscowości można zaś dowieźć posiłki do siedziby Zamawiającego w maksymalnie 37 minut, jednakże wykonawca zainteresowany postępowaniem będzie musiał posiadać zakład w sąsiedztwie Zamawiającego, bądź go nabyć lub założyć w odległości 15 km, co przy nieznaczącej wielkości miast w sąsiedztwie Zamawiającego będzie z pewnością ogromnym problemem dla potencjalnych oferentów i w sposób oczywisty premiuje zatem wykonawców lokalnych.

W dniu 25 lipca 2022 r. Zamawiający, za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej, w miejscu publikacji ogłoszenia o zamówieniu wraz z dokumentami zamówienia, na Platformie Zakupowej Zamawiającego, przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu informację o wniesieniu odwołania wraz z kopią odwołania oraz informacją o możliwości zgłoszenia przystąpienia wykonawców do postępowania odwoławczego.

Do postępowania nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

W dniu 5 sierpnia 2022 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

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

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust 1 ustawy Pzp.

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

Izba uwzględniła także stanowiska oraz oświadczenia Stron wyrażone w pismach, w tym dowody zawnioskowane przez Odwołującego w załączeniu do odwołania, tj. wydruki zrzutu ekranu z Google Maps ze wskazaną odległością oraz czasem trasy od siedziby Zamawiającego do Bielsko Białej, Tych, Katowic oraz Czechowic Dziedzic (4 szt.) oraz dowody zawnioskowane przez Zamawiającego i załączone do odpowiedzi na odwołanie, tj.:

1. dokumentację Dietetyka szpitalnego dot. stwierdzonych naruszeń w realizacji umowy – dwa dokumenty,
2. korespondencję w sprawie naruszeń postanowień umowy,
3. noty księgowo dotyczące nałożonych kar umownych.

Izba dopuściła także zawnioskowane i złożone w trakcie rozprawy przez Odwołującego dowody, tj.:

1. Informację z przeprowadzonych wstępnych konsultacji rynkowych z dnia 12 lipca 2022 r.,
2. wydruki zrzutu ekranu z Google Maps ze wskazaną odległością oraz czasem trasy od siedziby Zamawiającego do siedziby potencjalnych wykonawców (3 szt.),
3. aneks nr 2 do umowy nr 04/11/2020 wn1/1 z dnia 22.02.2021 r.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w Załączniku nr 2 do SWZ (projekt umowy), załączniku nr 1 do umowy - Opis Przedmiotu Zamówienia w punkcie 9 zamieścił postanowienie:

„Wykonawca na cały okres obowiązywania umowy musi dysponować kuchnią, w której będzie produkować posiłki dla Zamawiającego. Kuchnia nie powinna znajdować się w odległości większej niż 15 km od siedziby Zamawiającego.”

Nadto w Załączniku nr 1 do SWZ „Formularz oferty” podał:

„UWAGA!!! Kuchnia powinna znajdować się w odległości nie większej niż 15 km od siedziby Zamawiającego, mierzonej najkrótszą drogą przy użyciu aplikacji Google Maps (odległość drogowa, środek komunikacji – samochód).”.

Odwołujący zakwestionował treść wskazanych wyżej postanowień SWZ.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp stanowi:

1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. (...)
4. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi

dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych wyznaczają sposób dokonywania opisu przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego. Wskazują przy tym, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Jednak pomimo konieczności zachowania uczciwej konkurencji Zamawiający ma prawo tak opisać przedmiot zamówienia aby uwzględnione zostały jego rzeczywiste potrzeby. To Zamawiający jest bowiem gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia. To Zamawiający wie jaki cel chce osiągnąć i charakteryzuje go, przygotowując opis przedmiotu zamówienia. Celem tak przygotowanego opisu przedmiotu zamówienia jest umożliwienie zaspokojenia potrzeb Zamawiającego w warunkach konkurencji, nie zaś umożliwienie wzięcia udziału w postępowaniu wszystkim wykonawcom działającym w danej branży. „Nie ma bowiem podstaw do wykładania zasady zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności, jako konieczności akceptacji przez zamawiającego każdego świadczenia – w tym przedmiotu najtańszego, o niskiej jakości, czy o minimalnych parametrach, a nawet niezgodnego z uzasadnionymi potrzebami jednostki zamawiającej – wyłącznie dlatego, że zamówienie mógłby realizować szerszy krąg wykonawców.”. (wyrok KIO z dnia 3 października 2019 r., sygn. akt KIO 1829/19)

W tym stanie faktycznym przedmiotem sporu jest postanowienie opisu przedmiotu zamówienia z treści którego wynika, że kuchnia wykonawcy powinna znajdować się w odległości nie większej niż 15 km od siedziby Zamawiającego, mierzonej najkrótszą drogą przy użyciu aplikacji Google Maps (odległość drogowa, środek komunikacji – samochód). Taki opis przedmiotu zamówienia – jak podniósł Zamawiający – wynika z tego, iż właśnie w odległości kuchni od siedziby Zamawiającego upatruje on ujawnione wadliwości i nierzetelności przy realizacji aktualnego zamówienia. Odległość a jednocześnie konieczność dostarczenia posiłków w określonym przedziale czasowym skutkowało i nadal skutkuje dostawą „złej jakości produktów (porozlewany zupy, sosy, etc.), (...) dostarczania posiłków o niewłaściwej temperaturze, dostarczania potraw nienadających się do spożycia przez pacjentów (szkoło w jedzeniu i porozbijane naczynia najprawdopodobniej ze względu na pośpiech w trakcie transportu) oraz brak możliwości wymiany produktów na produkt „odpowiedni”, ze względu na odległość i trudności w szybkim przemieszczaniu się na drodze”. W tej sytuacji Zamawiający zdecydował o skróceniu odległości lokalizacji kuchni, co miało poprawić nie tylko jakość dostarczanych posiłków, ale i zmniejszyć ich koszt. Nie sposób nie zgodzić się z Zamawiającym co do konieczności zapewniania wymaganej jakości posiłków dostarczanych dla pacjentów szpitala a więc realizacji zamówienia w sposób prawidłowy i należyty. Przedmiotem zamówienia jest bowiem usługa żywienia pacjentów szpitala. Nie może więc dochodzić do sytuacji dostarczania dla tej szczególnej grupy

odbiorców (ludzi dotkniętych różnymi schorzeniami, na różnym etapie leczenia i rekonwalescencji) posiłków odbiegających od podstawowych standardów żywienia (np. wskazywany przez Zamawiającego brak zachowania odpowiedniej temperatury posiłków, wymieszanie posiłków, porozlewanie produktów w pojemniku, porzucanie tacek z jedzeniem powodujące wymieszanie produktów a nawet dostarczanie potłuczonych naczyń). Odległość od kuchni do siedziby Zamawiającego a co za tym idzie konieczność dowozu posiłków w określonym czasie i wymaganej jakości niewątpliwie ma wpływ, jak wynika z doświadczenia Zamawiającego, na realizację tego rodzaju zamówienia. W takim przypadku przy większej odległości kuchni od siedziby Zamawiającego w sytuacji zakwestionowania jakości dostarczanego posiłku iluzorycznym czyni jego wymianę a taka konieczność zachodziła i w trakcie realizacji zamówienia może zachodzić. Pacjent nie może przecież pozostać bez posiłku. Nie może też otrzymać posiłku nie odpowiadającego podstawowym standardom i jakości.

A ponadto – jak wykazał Zamawiający – na rynku istnieje wiele podmiotów mogących realizować tego rodzaju usługę. Przeprowadził bowiem wstępne konsultacje rynkowe, które pozwoliły mu ustalić krąg podmiotów, które potencjalnie mogłyby realizować przedmiotowe zamówienie i był wśród nich także Odwołujący. Istotnie kuchnia, którą posiada Odwołujący zlokalizowana jest w odległości większej niż wskazana w opisie przedmiotu zamówienia. Jest to jednak uwarunkowane realizacją i innych kontraktów. Nic nie stoi jednak na przeszkodzie możliwości posadowienia kuchni w bliższej odległości od szpitala Zamawiającego. Natomiast okoliczność, że na warunkach opisanych w OPZ Odwołujący nie może ubiegać się o to zamówienia nie oznacza, że nie mogą tego uczynić inni wykonawcy.

Reasumując stwierdzić należy, że oczekiwania Odwołującego dotyczące realizacji zamówienia stanowią próbę narzucenia Zamawiającemu usługi niespełniającej uzasadnionych potrzeb Zamawiającego. Usługi, która odbiega od standardów rynkowych i jest nieadekwatna do wykazanych przez Zamawiającego potrzeb i niewystarczająca dla osiągnięcia celu zamówienia publicznego. Tym samym Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący: