

POSTANOWIENIE

z dnia 26 kwietnia 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego, w dniu 24 kwietnia 2016 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 kwietnia 2016 roku przez **Gastro Serwis Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. M. Kopernika w Łodzi**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Vendi Servis Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi**, **CATERMED Spółkę Akcyjną w Krakowie** **ASPEN RES Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie**, **IZAN+ Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

postanawia:

- 1. odrzuca odwołanie**
- 2. kosztami postępowania obciąża Gastro Serwis Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Gastro Serwis Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164), na niniejsze postanowienie, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. M. Kopernika w Łodzi – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na kompleksową usługę żywienia pacjentów i personelu WSS im. M. Kopernika w Łodzi.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 18 kwietnia wykonawca Gastro Serwis Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec następujących czynności dokonanych przez zamawiającego w dniu 8 kwietnia 2016 r.:

1. Wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty konsorcjum firm: Vendi Serwis Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, „IZAN+” Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, CATERMED S.A. z siedzibą w Łodzi, ASPEN RES Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie,
2. Unieważnienia przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 4 pzp wobec przeznaczenia przez Zamawiającego na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia kwoty 14.600.000, 00 zł brutto, podczas gdy cena najkorzystniejszej oferty wyniosła 15.882.097,33 zł oraz braku możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust.1 i 2 pzp poprzez ocenę oferty konsorcjum firm: Vendi Serwis Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, „IZAN+” Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, CATERMED S.A. z siedzibą w Krakowie, ASPEN RES Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, w sposób sprzeczny z kryteriami oceny ofert przyjętymi przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - dalej jako: SIWZ, polegający na przyznaniu tej ofercie 1 punktu w kryterium doświadczenie w żywieniu zbiorowym pacjentów za usługę realizowaną na rzecz Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie, pomimo nie spełnienia przez tę usługę warunków określonych w SIWZ rozdział VIII pkt 3, od których uzależniono możliwość przyjęcia danej usługi do oceny.
2. art. 7 pzp, gdyż przyznanie Konsorcjum firm punktu w kryterium doświadczenie w żywieniu zbiorowym pacjentów za usługę realizowaną na rzecz Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie, pomimo nie spełnienia przez tę usługę warunków określonych w SIWZ rozdz. VIII

pkt 3, w wyniku czego doszło do bezpodstawnego zawyżenia oceny oferty Konsorcjum firm, co stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty konsorcjum firm Vendi Serwis Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, „IZAN+” Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, CATERMED S.A. z siedzibą w Krakowie, ASPEN RES Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie.
2. Unieważnienia dokonanego przez Zamawiającego unieważnienia przedmiotowego postępowania ze względu na to, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia, zaś Zamawiający nie mógł zwiększyć tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty.
3. Ponownego badania i oceny ofert z tym, że Konsorcjum firm nie może być przyznany żaden punkt w kryterium doświadczenie w żywieniu zbiorowym pacjentów za usługę realizowaną na rzecz Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie, ze względu na nie spełnienie przez tę usługę warunków określonych w SIWZ rozdz. VIII pkt 3.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że zamawiający w postępowaniu nr 235/ZP/I o udzielenie zamówienia publicznego o wartości przekraczającej 207.000,00 euro na kompleksową usługę żywienia pacjentów i personelu WSS im. M. Kopernika w Łodzi, przewidział ocenę ofert na podstawie dwóch kryteriów: ceny o randze 80% oraz doświadczenia w kompleksowym żywieniu pacjentów o randze 20%.

Zamawiający po zmianie SIWZ w rozdziale VIII pkt 3 ustalił ostateczną postać oceny ofert w zakresie kryterium doświadczenia w kompleksowym żywieniu pacjentów. Brzmi ono w sposób następujący: „3. Sposób obliczenia wartości punktowej w kryterium doświadczenie w żywieniu zbiorowym

pacjentów:

W kryterium doświadczenie Wykonawcy, stosowany będzie następujący sposób obliczenia: Oferty otrzymają punkty zgodnie ze wzorem:

$$D=DB\backslash Dn*A$$

Gdzie: D-liczba punktów otrzymanych w danym kryterium,

DB-ocena punktowa badanej oferty,

Dn- najwyższa ocena punktowa oferty spośród nieodrzuconych ofert A-waga kryterium 20%

Maksymalna liczba punktów, jaką może otrzymać oferta za to kryterium - 20

Wykonawca otrzyma 1 punkt za każdą wykonaną usługę żywienia pacjentów o podobnym charakterze co przedmiot niniejszego zamówienia świadczoną w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, w obiekcie ochrony zdrowia o wartości brutto minimum 7 000 000,00 zł spełniająca wymagania określone poniżej i udokumentuje, że usługa ta została wykonana należycie.

> Świadczona w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, w obiekcie ochrony zdrowia. Przez obiekt ochrony zdrowia Zamawiający rozumie przedsiębiorstwo podmiotu leczniczego, w którym podmiot ten wykonuje działalność leczniczą w rodzaju świadczenia szpitalne.

> Przez usługę żywienia pacjentów o podobnym charakterze co przedmiot niniejszego zamówienia Zamawiający rozumie: posiłki przygotowywane i dystrybuowane w formie cateringu, rozumiane przez Zamawiającego jako posiłki wyprodukowane w kuchni zewnętrznej, znajdującej się poza siedzibą Zamawiającego (np. szpitala).

W kuchni zewnętrznej posiłki są wcześniej przygotowane, zapakowane i gotowe dowożone specjalistycznymi środkami transportu do obiektu zamawiającego, a następnie dystrybuowane do jego oddziałów szpitalnych bezpośrednio do łóżka pacjenta.

> Średnia dzienna ilość wydawanych posiłków całodziennych - minimum 650 sztuk.

> Przez jedną usługę Zamawiający rozumie jeden/ą kontrakt/umowę wykonywany w sposób ciągły przez co najmniej 36 miesięcy. W przypadku wykonywanej usługi zarówno wielkość kontraktu (kwota) jak i czas trwania dotyczą części już zrealizowanej na dzień składania ofert.

Wykonawca winien także udokumentować, że usługa ta została wykonana należycie.

Wykaz usług o którym mowa powyżej Wykonawca zobowiązany jest sporządzić na samodzielnie lub według wzoru druku stanowiącego załącznik nr 6 do SWIZ, oraz załączyć do niego dowody potwierdzające, że usługi wyszczególnione w wykazie zostały wykonane należycie lub są wykonywane należycie.

Usługi wykazane w ww. wykazie będą brane pod uwagę wyłącznie do oceny oferty w kryterium „Doświadczenie Wykonawcy”. Wykaz ten nie należy do dokumentów o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, tym samym nie podlega przepisom art. 26 ust. 3 ustawy.

Ponieważ usługi wyszczególnione w ww. wykazie nie są wykazywane w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie podlegają przepisom art. 26 ust. 2b ustawy. Tym samym usługi wykazane w tym wykazie muszą stanowić doświadczenie własne Wykonawcy składającego ofertę tj. muszą być wykonane lub wykonywane samodzielnie przez Wykonawcę."

Odwołujący podniósł, że Konsorcjum firm Vendí Serwis Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, „IZAN+” Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, CATERMED S.A. z siedzibą w Krakowie, ASPEN RES Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie w wykazie usług żywienia w kryterium oceny doświadczenia wykonawcy - załącznik nr 6 do SIWZ wskazało na realizację trzech usług żywienia pacjentów: na rzecz Centralnego Szpitala Klinicznego Ministerstwa Spraw Wewnętrznych w Warszawie, na rzecz Uniwersyteckiego Centrum Klinicznego w Gdańsku oraz na rzecz Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie. Pierwsza z tych usług nie mogła być, zgodnie z SIWZ, wzięta do oceny doświadczenia Wykonawcy, gdyż została wymieniona w załączniku nr 5 do SIWZ w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Konsorcjum firm otrzymało w związku z tym dwa punkty w ramach tego kryterium za usługi świadczone na rzecz Uniwersyteckiego Centrum Klinicznego w Gdańsku oraz na rzecz Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie. Zamawiający przyjął zatem, że te usługi spełniają warunki o których mowa w SIWZ rodz. VIII pkt 3. W wyniku tej oceny ofert, oferta Konsorcjum firm została uznana jako oferta najkorzystniejsza.

W ocenie odwołującego zamawiający dokonując oceny oferty Konsorcjum firm dokonał tej oceny w sposób sprzeczny z kryteriami określonymi w SIWZ rozdz. VIII pkt 3. Usługa świadczona przez jednego z konsorcjantów, a mianowicie ASPEN RES Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, nie spełniała wymagań polegającego na wydawaniu średniej dziennej ilości posiłków całodziennych minimum 650 sztuk z dystrybucją do łóżka pacjenta. Co prawda firma ta przedstawiła poświadczenie wydane dnia 28.09.2015r. przez Szpital Uniwersytecki w Krakowie, z którego wynika, że średnia dzienna liczba żywionych pacjentów wyniosła około 900. Jednakże usługa świadczona przez tego wykonawcę dotyczyła dwóch kategorii diet: diety z dystrybucją i diety bez dystrybucji. Zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ dotyczącego postępowania na zamówienie Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie nr DZP-BR-271-105/2012, liczba diet z dystrybucją miała wynosić około 560 obiadów dziennie, natomiast liczba diet bez dystrybucji miała wynosić około 310 obiadów dziennie. Te same liczby diet z dystrybucją i bez dystrybucji zostały wpisane do oferty ASPEN RES Sp. z o.o. z dnia 28.08.2012 r. oraz do załącznika nr 1 do umowy pomiędzy Szpitalem Uniwersyteckim w Krakowie a ASPEN RES Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie z dnia 12 września 2012r. dotyczącej wykonania przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący stwierdził, że ponieważ usługa świadczona przez konsorcjanta ASPEN RES Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie na rzecz Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie nie spełnia wymagania ilości wydawanych posiłków całodziennych z dystrybucją w minimalnej wysokości 650 sztuk, nie powinna być brana pod uwagę w kryterium oceny doświadczenia Wykonawcy. W tej sytuacji doszło do bezpodstawnego zawyżenia oceny oferty Konsorcjum firm i sprzecznego z SIWZ oraz z przepisami prawa wyboru tej oferty jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący stwierdził, że ponieważ oferta Konsorcjum firm przekroczyła o kwotę 1.282.097,32 zł kwotę jaką przeznaczył Zamawiający na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia, Zamawiający dokonał unieważnienia przedmiotowego postępowania. W sytuacji gdyby ocena ofert dokonana została prawidłowo, zaś Konsorcjum firm otrzymało wyłącznie 1 punkt w kryterium doświadczenie w żywieniu zbiorowym pacjentów za usługę zrealizowaną na rzecz Uniwersyteckiego Centrum Klinicznego w Gdańsku, ofertą najkorzystniejszą zostałaby wybrana oferta Odwołującego, gdyż on zdobyłby największą liczbę punktów. Ponieważ Odwołujący zaproponował za realizację przedmiotowego zamówienia kwotę 14.596.749,72 zł, czyli niższą od kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia, postępowanie w przedmiocie tego zamówienia mogłoby zostać zakończone poprzez wybór oferty najkorzystniejszej spełniającej wymagania określone przez Zamawiającego oraz mieszczącej się w kwocie przeznaczonej przez Zamawiającego na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 i 5 ustawy P.z.p.

W dniu 15 lutego 2016 roku zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty odwołującego. Zamawiający nie uwzględnił przy ocenie oferty złożonej przez przystępującego przy ocenie oferty w kryterium „doświadczenie wykonawcy” usługi świadczonej na rzecz Szpitala Uniwersyteckiego w Krakowie. Zamawiający uznał, że usługa ta nie jest usługą o podobnym charakterze, ponieważ posiłki nie były przygotowywane w kuchni zewnętrznej. Na tę czynność przystępujący złożył odwołanie. Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 11 marca 2016 roku wydanym w sprawie KIO 263.16 nakazała zamawiającemu dokonanie ponownego badania oferty przystępującego w kryterium „doświadczenie wykonawcy”. W dniu 8 kwietnia 2016 roku zamawiający dokonał ponownej oceny ofert i wybrał, jako najkorzystniejszą, ofertę przystępującego. Na czynność tę odwołujący wniósł przedmiotowe odwołanie.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy P.z.p., Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Z uwagi na fakt, że przedmiotowe odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby, odwołanie podlega odrzuceniu.

Niezależnie od powyższego odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p., tj. z uwagi na jego wniesienie po upływie terminu wyznaczonego w ustawie. Okoliczność, którą podniósł odwołujący w odwołaniu, winna była zostać zakwestionowana w terminie liczonym od dnia 15 lutego 2016 roku, tj. od dnia przesłania przez zamawiającego informacji o pierwszej czynności zamawiającego w kwestii wyboru najkorzystniejszej oferty. Izba podziela stanowisko wyrażone w postanowieniu KIO z dnia 26 stycznia 2010 roku KIO/UZP 191/10, iż dopuszczenie możliwości skutecznego podnoszenia kolejnych nowych zarzutów wobec ofert konkurencyjnych, opartych na faktach, które mogły być przy zachowaniu należytej staranności stwierdzone wcześniej, nie tylko stałoby w sprzeczności z art. 7 ustawy P.z.p., ale też prowadziłoby do znacznej przewlekłości procedury.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego.

Przewodniczący: