

WYROK

z dnia 8 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Cegłowski Piotr

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 października 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 września 2019 r. przez wykonawcę: CATERMED S.A., ul. Traktorowa 126/201, 91-204 Łódź w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Regionalny Szpital w Kołobrzegu, ul. Łopuskiego 31-33, 78-100 Kołobrzeg,

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie zmiany treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie postanowienia zawartego w rozdz. XII rozdział XII. 1.2)1) SIWZ: „1) Jadłospis dekadowy (10 przykładowych jadłospisów z recepturami dla diety normalnej - okres letni) - (dołączyć do oferty) - maksymalnie 5 punktów; - Ocena wg zasad prawidłowego planowania i obowiązujących wytycznych w zakresie Żywienia wg wytycznych Instytutu Żywności i Żywienia; - Ocena wg wymogów umowy; - Ocena teoretyczna.”, poprzez opisanie kryterium jakościowego oceny ofert (w tym poszczególnych subkryteriów) oraz sposobu oceny w ramach tego kryterium (w tym poszczególnych subkryteriów) w sposób jednoznaczny i zrozumiały, mierzalny i umożliwiający sprawdzenie informacji przedstawionych przez wykonawców, tj. z zachowaniem zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji oraz przejrzystości postępowania,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Regionalny Szpital w Kołobrzegu, ul. Łopuskiego 31-33, 78-100 Kołobrzeg, i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: CATERMED S.A., ul. Traktorowa 126/201, 91-204 Łódź tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od zamawiającego: Regionalny Szpital w Kołobrzegu, ul. Łopuskiego 31-33, 78-100 Kołobrzeg na rzecz wykonawcy: CATERMED S.A., ul. Traktorowa 126/201, 91-204 Łódź stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Koszalinie.

Uzasadnienie

Zamawiający, Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Regionalny Szpital w Kołobrzegu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie: „Świadczenie usług żywienia pacjentów szpitala i inne usługi żywieniowe dla potrzeb Regionalnego Szpitala w Kołobrzegu”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 września 2019 roku pod numerem 431071 -2019-PL.

Wykonawca CATERMED S.A. z siedzibą w Łodzi wniósł odwołanie wobec czynności określenia w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przez Zamawiającego kryterium oceny ofert - kryterium jakości - z naruszeniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej „Pzp”. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 138k w zw. z art. 138r ust. 3 Pzp, w zw. z art. 138g Pzp i 138h Pzp, poprzez określenie w SIWZ kryterium jakości oraz sposobu przyznawania punktów za dany stopień jego spełnienia w sposób ogólnikowy, nieprecyzyjny, niejednoznaczny i pozwalający na dokonanie oceny ofert w sposób subiektywny, a przez to nieweryfikowalny, uniemożliwiający zachowanie w postępowaniu zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji oraz przejrzystości.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SIWZ w zakresie rozdziału XII pkt 1.2.1 SIWZ, poprzez zastąpienie treści:

„1) Jadłospis dekadowy (10 przykładowych jadłospisów z recepturami dla diety normalnej - okres letni) - (dołączyć do oferty) - maksymalnie 5 punktów  
- Ocena wg zasad prawidłowego planowania i obowiązujących wytycznych w zakresie Żywienia wg wytycznych Instytutu Żywności i Żywienia.

- Ocena wg wymogów umowy.

- Ocena teoretyczna.”

treścią następującą:

„1) Jadłospis dekadowy (10 przykładowych jadłospisów z recepturami dla diety normalnej - okres letni) - (dołączyć do oferty) - maksymalnie 5 punktów  
Zakres oceny jadłospisów będzie zgodny z poniższą tabelą:

Zakres oferty	s oceny poszczególnych jadłospisów przedstawionych w	Zakres punktacji
1	Kaloryczność	0-1
	Średnia kaloryczność z dekady > 2200 < 2400 kcal	1
	Średnia kaloryczność z dekady > 2400 < 2600 kcal	0,5
	Średnia kaloryczność z dekady < 2200 lub > 2600 kcal	0
2	Zróżnicowanie potraw	0-1
	11 dania obiadowe nie powtarzają się w jadłospisie w ciągu dekady	1
	11 dania obiadowe powtarzają się w ciągu dekady 1x	0,5
	11 dania obiadowe powtarzają się w ciągu dekady więcej niż 1x	0
3	Technologia - obróbka termiczna	0-1
	Uwzględnienie w jadłospisie dekadowym więcej niż 3 metod obróbki termicznej	1
	Uwzględnienie w jadłospisie dekadowym 3 metod obróbki termicznej	0,5

	Uwzględnienie w jadłospisie dekadowym mniej niż 3 metod obróbki termicznej	0	
4	Technologia - obróbka warzyw	0-1	
	Uwzględnienie w jadłospisie dekadowym więcej niż 2 metod przetwarzania dodatków warzywnych		
	Uwzględnienie w jadłospisie dekadowym 2 metod przetwarzania dodatków warzywnych	0,5	
	Uwzględnienie w jadłospisie dekadowym mniej niż 2 metod przetwarzania dodatków warzywnych	0	
5	Dobór produktów - sezonowość	0-1	
	1/1/ jadłospisie dekadowym uwzględniono więcej niż 3 w warzywa sezonowe	1	
	1/1/ jadłospisie dekadowym uwzględniono 3 warzywa w sezonowe	0,5	
	1/1/ jadłospisie dekadowym uwzględniono mniej niż 3 w warzywa sezonowe	0	

Odwołujący wyjaśnił, że prowadzi działalność w zakresie świadczenia usług żywienia oraz usług żywieniowych i zamierza złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu, a dokonanie przez Zamawiającego czynności z naruszeniem ustawy Pzp uniemożliwia Odwołującemu złożenie ważnej oferty.

Zarzut naruszenia art. 138k w zw. z art. 138r ust. 3 Pzp, w zw. z art. 138g Pzp i 138h Pzp

W rozdziale XII SIWZ „Wybór oferty najkorzystniejszej” Zamawiający opisał kryteria oceny ofert w postępowaniu, w tym - kryterium jakości o wadze 20%, w ramach którego Zamawiający ma dokonać oceny oferty na podstawie opracowanej przez wykonawcę Koncepcji świadczenia usługi, która winna zawierać co najmniej:

1. jadłospis dekadowy (10 przykładowych jadłospisów z recepturami dla diety normalnej - okres letni),
  2. strukturę organizacyjną oraz zakres odpowiedzialności poszczególnych osób.
- Oceniając jadłospis dekadowy, Zamawiający zamierza zastosować następujące podkryteria:

- Ocena wg zasad prawidłowego planowania i obowiązujących wytycznych w zakresie żywienia wg wytycznych Instytutu Żywności i Żywienia.
- Ocena wg wymogów umowy
- Ocena teoretyczna.

Zdaniem Odwołującego, sposób opisania kwestionowanego kryterium oceny ofert w zakresie oceny jadłospisu dekadowego został dokonany z naruszeniem Pzp. Zamawiający opisał (w istocie wymienił) poszczególne podkryteria w sposób ogólnikowy, a przez to nieprecyzyjny. Przede wszystkim zakres znaczeniowy użytych pojęć jest bardzo szeroki i trudno jednoznacznie stwierdzić, jakie zasady prawidłowego planowania i które wytyczne Instytutu Żywności i Żywienia miał na myśli Zamawiający.

Brak jest także możliwości stwierdzenia, w ramach których postanowień umowy nastąpi ocena oferty, skoro wzór umowy jedynie w sposób marginalny odnosi się do sposobu wykonania usługi (np. § 1 ust. 2: odesłanie do SIWZ), a ponadto zawiera jedynie takie postanowienia, które winny zostać spełnione przez wykonawcę w maksymalnym stopniu (np. § 1 ust. 6: konieczność spełnienia wymogów sanitarnych), zatem nie ma żadnych podstaw do przyznawania punktów w ramach tego parametru (może być to jedynie oceniane jako niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia - nie można bowiem wykonywać tych obowiązków jedynie w „jakimś stopniu”).

Dalece nieprecyzyjne i niejasne jest także sformułowanie „ocena teoretyczna”. Zamawiający w żaden sposób nie wyjaśnił zakresu znaczeniowego tego podkryterium, nie dokonał jego opisu, nie wiadomo co rozumie pod ww. pojęciem, a zatem nie dał informacji wykonawcom, w jaki sposób mogą otrzymać punkty (maksymalną liczbę punktów) w tym kryterium oraz uniemożliwia dokonanie weryfikacji poprawności przyznania punktów. Nie sposób stwierdzić np. czym różni się to podkryterium od podkryterium „oceny według zasad prawidłowego planowania i obowiązujących wytycznych”. Zakresy znaczeniowe tych pojęć mogą się bowiem pokrywać.

Niejasne jest też, jaki stopień spełnienia wskazanych w SIWZ parametrów jadłospisu miałby powodować przyznanie 5 pkt lub mniej niż 5 pkt, a także - spośród tych 5 pkt - ile pkt można uzyskać w ramach każdego z trzech parametrów. Wykonawcy nie mają podstawowej informacji - co będzie oceniać Zamawiający i za co będzie przyznawał maksymalną liczbę punktów. Wobec działania wykonawców w niepewności i dezinformacji - oferty składane w postępowaniu nie będą porównywalne oraz naruszona jest zasada równego traktowania. Ocena ofert będzie w takiej sytuacji subiektywna i niemożliwa do weryfikacji pod względem poprawności, co powoduje brak przejrzystości postępowania.

W efekcie istnieje duże ryzyko, że przy pozostawieniu w SIWZ tych postanowień, w postępowaniu zostaną złożone oferty o nieporównywalnej treści, a Zamawiający przeprowadzi ich ocenę w sposób subiektywny, niedający się obiektywnie zweryfikować. Z orzecznictwa KIO wynika, że nieprecyzyjność opisu kryteriów oceny ofert także powoduje niezgodność z zasadami równego traktowania i konkurencji. Odwołujący zauważył, że nieprzypadkowo przepis art. 138r ust. 3 Pzp wyłącza możliwość ustanowienia ceny jedynym kryterium oceny ofert w przypadku zamówień na usługi społeczne, z którymi mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie. Kryteria pozacenowe mają duże znaczenie ze względu na to, że ich końcowym odbiorcą jest określona społeczność, co wymaga precyzyjnego określenia kryteriów pozacenowych, w tym jakości.

Pismem z dnia 3 października 2019 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający podniósł, że przywołane przez Odwołującego w ramach zarzutów przepisy dotyczą zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi. Katalog tych usług, których dotyczą przepisy rozdziału 6, określony został w art. 138 h Pzp i jest to katalog zamknięty. Przepis ten zawiera odesłanie do Załącznika XIV do dyrektywy 2014/24/UE oraz załącznika XVII do dyrektywy 2014/25/UE, które określają szczegółowy wykaz usług społecznych. Wśród nich są m.in. usługi hotelowe i restauracyjne o następujących kodach CPV: 5510000-1 do 5541000-7; 55521000-8 do 55521200-0 155521000-8 usługi w zakresie dostarczania posiłków do prywatnych gospodarstw domowych, 55521100-9 usługi rozwożenia posiłków, 55521200-0 usługi dowożenia posiłków 55520000-1 usługi dostarczania posiłków, 55522000-5 usługi dostarczania posiłków do przedsiębiorstw transportowych, 55523000-2 usługi zaprowiantowania innych przedsiębiorstw lub instytucji, 55524000-9 usługi dostarczania posiłków do szkół, 55510000-8 usługi bufetowe, 55511000-5 usługi bufetowe oraz usługi kawiarniane dla ograniczonej grupy klientów, 55512000-2 usługi prowadzenia bufetów, 55523100-3 usługi w zakresie posiłków szkolnych.

Natomiast przedmiotem tego zamówienia są przede wszystkim posiłki szpitalne o kodzie CPV 15.89.42.20-9 (w SIWZ oraz ogłoszeniu o zamówieniu wskazano jako główny kod CPV dot. przedmiotowego zamówienia), które nie znajdują się w katalogu usług społecznych określonym wskazanymi wyżej przepisami.

Przedmiotowe postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy Pzp dotyczących przetargu nieograniczonego (art. 39 Pzp i następne), ponieważ główny przedmiot zamówienia o kodzie CPV 15.89.42.20-9 nie jest wymieniony w katalogu usług społecznych. Skoro zatem powołane przez Odwołującego artykuły ustawy Pzp w przedmiotowym postępowaniu nie mają zastosowania, to nie mogły zostać przez Zamawiającego naruszone.

Ponadto Zamawiający podniósł, że zarzut jakoby Zamawiający określił w SIWZ kryterium oceny ofert: kryterium jakości w sposób ogólnikowy, nieprecyzyjny, niejednoznaczny uniemożliwiający zachowanie zasad równego traktowania i konkurencji oraz przejrzystości w postępowaniu jest bezzasadny.

Przedmiotem zamówienia są usługi żywienia pacjentów szpitala i inne usługi żywieniowe. Usługi żywienia są powszechnie dostępne, posiadają ustalone standardy jakościowe, a także muszą być wykonywane zgodnie z obowiązującymi przepisami, normami i wytycznymi, które Zamawiający określił w opisie przedmiotu zamówienia.

Zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert:

1. Cena 60 %

2. Jakość 20%
3. Przewidywany średni dzienny koszt surowców („wsad do kotła”) 20%.

W kryterium 1 i 3 obliczenie punktów będzie następowało wg wzorów określonych w SIWZ, natomiast w kryterium jakości Zamawiający szczegółowo określił, że za ocenę jadłospisów wykonawca może otrzymać maksymalnie 5 punktów, natomiast za strukturę organizacyjną oraz zakres odpowiedzialności poszczególnych osób — maksymalnie 15 punktów. Razem w kryterium jakość można otrzymać 20 pkt.

Nie jest prawdą fakt podnoszony przez Odwołującego, że Zamawiający dokonał opisu poszczególnych podkryteriów w kryterium jakości w sposób ogólnikowy i nieprecyzyjny. Zgodnie z zapisami SIWZ Zamawiający dokona oceny jadłospisów na podstawie:

1. Ocena wg zasad prawidłowego planowania i obowiązujących wytycznych w zakresie żywienia wg wytycznych Instytutu Żywności i Żywienia.

Zamawiający wyjaśnił, że w Rozdziale XV Opis przedmiotu zamówienia zawarto pkt I Przepisy obowiązujące w trakcie świadczenia usług, wskazując, iż zalecane modelowe racje pokarmowe, ich wartość kaloryczną i zawartość składników odżywczych określa wykaz norm żywienia dla ludności Polski, tabele dziennych racji pokarmowych dla zakładów opieki zdrowotnej, opracowane przez Instytut Żywności i Żywienia w Warszawie (określone w „Podstawach naukowych żywienia w szpitalach” 2001 r., „Normach żywienia człowieka.

Podstawach prewencji otyłości i chorób niezakaźnych” 2008 r., „Normach żywienia dla populacji Polski” 2017, „Zasadach prawidłowego żywienia chorych w szpitalach”. IZZ 2011r, „Zaleceniach zdrowego żywienia w schorzeniach układu krążenia, układu oddechowego, narządu ruchu, psychosomatycznych i onkologicznych” IZZ 2012) i według tych kryteriów winny być komponowane jadłospisy i według tych wytycznych będą oceniane, co nie powinno budzić wątpliwości w sytuacji uwzględnienia wszystkich zapisów SIWZ.

Nadto, Zamawiający określił w SIWZ zasady prawidłowego planowania i obowiązujących w tym zakresie wytycznych w załączniku nr I II Wymagania stawiane Wykonawcy: „6. Żywienie pacjentów odbywać się będzie w oparciu o obowiązujące w szpitalu diety, przygotowane zgodnie z aktualnymi wytycznymi i zasadami żywienia, wykazem norm dziennych modelowych racji pokarmowych dla zakładów służby zdrowia opracowanych przez Instytut Żywności i Żywienia. Takie określenie jednoznacznie wskazuje, że w tym zakresie ocena jadłospisów wykonana zostanie na podstawie wytycznych i zasad Instytutu Żywności i Żywienia wymienionych w SIWZ. Zamawiający określił, że przedłożone w ofercie jadłospisy powinny być zgodne z zasadami prawidłowego planowania i komponowania posiłków, uwzględniając wytyczne zawarte w przepisach i wytycznych określonych w SIWZ. Następnie w ppkt II /Wymagania stawiane Wykonawcy/ określone zostały szczegółowo niektóre wymagane produkty i minimalne wymagania gramowe dla wyżywienia pacjentów szpitala, obowiązujące w planowanych jadłospisach co do wszystkich posiłków, które są wyznacznikiem dla sposobu przygotowania jadłospisów i stanowią kryteria według których będą one podlegały ocenie. Nie ma zatem mowy o dokonaniu przez Zamawiającego oceny w tym zakresie w sposób subiektywny. Przepisy i wytyczne w tym zakresie są znane wykonawcom świadczącym podobne usługi, a ponadto Zamawiający szczegółowo je opisał w opisie przedmiotu zamówienia.

2. Ocena wg wymogów umowy.

Zamawiający określił szczegółowo w umowie oraz załączniku nr 1 do umowy, który stanowiąc będzie integralną część umowy i który stanowi opis przedmiotu zamówienia, wymagania dotyczące komponowania jadłospisów. Z podanego w SIWZ opisu jednoznacznie wynika, że ocenione zostaną jadłospisy pod kątem spełniania wymagań określonych w umowie w tym zakresie. Wskazać tutaj należy na treść załącznika nr 1 do umowy pkt I Przepisy obowiązujące w trakcie świadczenia usług, pkt II Wymagania stawiane Wykonawcy, wymagania co do jadłospisów — ppkt III.16.

Nie jest prawdą, że brak jest możliwości stwierdzenia, w ramach których postanowień umowy nastąpi ocena oferty, ponieważ jak wynika to dosłownie z zapisu SIWZ ocena jadłospisów będzie odbywała się wg określonych w umowie wytycznych dotyczących planowania i sporządzania jadłospisów, szczegółowego opisu diet niezbędnych do prawidłowego sporządzenia przykładowych jadłospisów, które będą podlegały ocenie.

Odwołujący w swoich zarzutach odnosi się stricte do paragrafów umowy, zapominając, że do umowy są załączniki, które szczegółowo określają poszczególne kwestie niezbędne do prawidłowego przygotowania oferty.

3. Ocena teoretyczna.

Jak sama nazwa „teoretyczna” wskazuje, ocena ta dokonana zostanie na podstawie teorii w zakresie planowania i sporządzania jadłospisów, tj. obowiązujących przepisów, zasad, norm i wytycznych. Wszystkie wymogi dot. stosowanych przepisów, norm i wytycznych w tym zakresie, a także opis, w jaki sposób wykonawcy powinni planować jadłospisy, w oparciu o jaką teorię, Zamawiający zawarł w SIWZ w załączniku nr 1 - I Przepisy obowiązujące w trakcie świadczenia usług. Co więcej, Zamawiający wskazał wprost w opisie przedmiotu zamówienia jakimi wytycznymi, zaleceniami i normami ma się kierować wykonawca przy planowaniu i sporządzaniu jadłospisów.

Zdaniem Zamawiającego, nie ma podstaw też zarzut, że oferty złożone w postępowaniu będą miały nieporównywalną treść, ponieważ kryteria opisane przez Zamawiającego są dla wykonawców jednakowe i szczegółowo wymienione. Na podstawie opisów zawartych w SIWZ, wszyscy wykonawcy mają tę samą szczegółową wiedzę, jak mają być sporządzone oferty, wg jakich przepisów, norm i wytycznych oraz jakie wymagania mają być spełnione. Każdy wykonawca posiadający fachową wiedzę w zakresie przedmiotu zamówienia, jakim jest świadczenie usług żywienia pacjentów szpitala, zna precyzyjnie wymagania Zamawiającego w tym zakresie.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia m.in. art. 138k dot. zasad równego traktowania i konkurencji, przejrzystości, proporcjonalności, Zamawiający wyjaśnił, że opisał przedmiot zamówienia, warunki udziału w postępowaniu oraz kryteria oceny ofert w sposób obiektywny, szczegółowy i nieutrudniający uczciwej konkurencji.

W ocenie Zamawiającego, nie zostały przedstawione przez Odwołującego żadne obiektywne dowody, które potwierdziłyby zasadność stawianych tez oraz wywodzonych z nich wniosków. Za nieudowodnioną i nieuprawnioną należy uznać tezę, że zapisy SIWZ w zakresie oceny jakości uniemożliwiają Odwołującemu złożenie ważnej oferty. Wykonawcy, którzy będą ubiegać się o zamówienie, jako specjaliści w danej dziedzinie, powinni znać przepisy, normy i wytyczne, które Zamawiający szczegółowo określił w SIWZ.

Żądanie Odwołującego w zakresie narzucenia przez niego własnej oceny jadłospisów nie może być spełnione, ponieważ to zamawiający jako gospodarz postępowania określa zapisy SIWZ z uwzględnieniem swoich potrzeb, co też Zamawiający uczynił w przypadku tego postępowania, nie naruszając przy tym podstawowych zasad uczciwej konkurencji ani równego traktowania wykonawców. Wykonawca nie ma prawa narzucać Zamawiającemu, w jaki sposób ma on ocenić oferty i za jakie wymagania przyznawać punkty. Takie postępowanie naruszałoby elementarne zasady Pzp, stawiając w uprzywilejowanej pozycji takiego wykonawcę.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, przedmiotem zamówienia jest „świadczenie kompleksowej usługi żywienia pacjentów szpitala i inne usługi żywieniowe.” sklasyfikowane przez Zamawiającego według następujących kodów Wspólnego Słownika Zamówień:

15.89.42.20-9 — posiłki szpitalne,

55.32.10.00-6 — usługi przygotowywania posiłków,

55.32.20.00-3 — usługi gotowania posiłków,

55.30.00.00-3 - usługi restauracyjne i dotyczące podawania posiłków.

Jako dodatkowe kody CPV Zamawiający wskazał: 55321000, 55322000, 55300000. Postępowanie prowadzone jest w procedurze otwartej, przyspieszonej.

W rozdziale XV Zamawiający dokonał szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia,

w tym „przepisy obowiązujące w trakcie świadczenia usług”, „wymagania stawiane wykonawcy”, „system świadczenia usługi”, którego treść została powtórzona w załączniku nr 1 do umowy.

W § 1 ust. 2 wzoru umowy zawarte zostało m.in. postanowienie:

„Wykonywanie usług żywieniowych polegać będzie na przygotowaniu posiłków i wydawaniu ich w sposób opisany w załączniku nr 1 do umowy (opis przedmiotu zamówienia), według przedmiotu zamówienia przez uprawnioną do tego osobę ze strony Zamawiającego — według wzoru zamówienia (załącznik nr 2 do umowy). Druk nomenklatury— załącznik nr 2A.”

W ust. 6 wskazano, że „Usługi żywieniowe świadczone przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego realizowane będą zgodnie z przyjętymi w służbie zdrowia normami i wytycznymi z uwzględnieniem diet oraz przy zachowaniu obowiązujących norm sanitarnych i jakościowych, zgodnie ze złożoną ofertą i z SIWZ.”

W § 8 ust. 2 Zamawiający wskazał, że „Wykonawca ponosi odpowiedzialność za wykonane usługi zgodnie z obowiązującymi przepisami w tym zakresie oraz zapłaci

ewentualne kary za nieprzestrzeganie przepisów sanitarno-epidemiologicznych, BHP, ppoż. i innych nakładanych przez uprawnione organy.”

Wśród dokumentów wymaganych od wykonawców wraz z ofertą Zamawiający wymaga przedłożenia przez wykonawców m.in.:

pkt 7 SIWZ „Jadłospis dekadowy (10 przykładowych jadłospisów dla diety normalnej- okres letni). Jeżeli przedstawione jadłospisy nie będą spełniały wymogów określonych w opisie przedmiotu zamówienia lub/i norm i przepisów obowiązujących w tym zakresie, Zamawiający odrzuci ofertę jako niezgodną z treścią SIWZ. Jadłospisy należy złożyć wraz z ofertą.”

pkt 8 SIWZ „Koncepcję świadczenia usługi w Regionalnym Szpitalu w Kołobrzegu wg opisu w kryterium oceny ofert — Jakość.”

Zamawiający określił w przedmiotowym postępowaniu następujące kryteria oceny

ofert:

- Cena 60 %
- Jakość 20%
- Przewidywany średni dzienny koszt surowców („wsad do kotła”) 20%.

W kryterium „jakość” Zamawiający określił, że za ocenę jadłospisów wykonawca może otrzymać maksymalnie 5 punktów oraz za strukturę organizacyjną oraz zakres odpowiedzialności poszczególnych osób — maksymalnie 15 punktów. Razem w kryterium „jakość” można otrzymać 20 pkt.

W rozdziale XII pkt 1.2.1 SIWZ Zamawiający wskazał, że „...dokona oceny oferty w tym kryterium na podstawie opracowanej przez Wykonawcę Koncepcji Świadczenia usługi, która winna zawierać co najmniej:

1) Jadłospis dekadowy (10 przykładowych jadłospisów z recepturami dla diety normalnej - okres letni) — (dołączyć do oferty) - maksymalnie 5 punktów

- Ocena wg zasad prawidłowego planowania i obowiązujących wytycznych w zakresie żywienia wg wytycznych Instytutu Żywności i Żywienia.
- Ocena wg wymogów umowy.
- Ocena teoretyczna.”

Biorąc pod uwagę dany w niniejszej sprawie stan faktyczny, Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący podniósł w odwołaniu zarzut naruszenia art. 138k w zw. z art. 138r ust. 3 Pzp, w zw. z art. 138g Pzp i 138h Pzp, poprzez określenie w SIWZ kryterium jakości oraz sposobu przyznawania punktów za dany stopień jego spełnienia - w sposób ogólnikowy,

nieprecyzyjny, niejednoznaczny i pozwalający na dokonanie oceny ofert w sposób subiektywny, a przez to nieweryfikowalny, uniemożliwiający zachowanie w postępowaniu zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji oraz przejrzystości.

Zgodnie z art. 138k Pzp, zamawiający określa sposób przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia na usługi społeczne z uwzględnieniem obowiązkowych elementów postępowania określonych w niniejszym rozdziale oraz zasad równego traktowania i konkurencji, przejrzystości, proporcjonalności, a także przepisów art. 17 i art. 18. Przepis art. 93 stosuje się odpowiednio.

Przepis powyższy, zgodnie z dyspozycją art. 138g ust. 1 Pzp ma zastosowanie do zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi, zwane w ustawie „zamówieniami na usługi społeczne” (rozdział 6 ustawy Pzp), jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza wyrażoną

w złotych równowartość kwoty:

1) 750 000 euro - w przypadku zamówień innych niż zamówienia sektorowe lub zamówienia w dziedzinach obronności

i bezpieczeństwa;

2) 1 000 000 euro - w przypadku zamówień sektorowych.”

które stosownie do art. 138h Pzp mają za przedmiot usługi wymienione w załączniku XIV do dyrektywy 2014/24/UE oraz załączniku XVII do dyrektywy 2014/25/UE. Zgodnie z treścią motywu 114 dyrektywy klasycznej są to „niektóre kategorie usług, a mianowicie tzw. usługi na rzecz osób, takie jak niektóre usługi społeczne, zdrowotne i edukacyjne, ze względu na swój charakter nadal mają ograniczony wymiar transgraniczny. Usługi te świadczone są w określonym kontekście, mocno zróżnicowanym w zależności od państwa członkowskiego z uwagi na różne tradycje kulturowe”. Zakres usług, o których mowa w rozdziale 6 ustawy Pzp, został zdefiniowany w art. 138h Pzp, poprzez odesłanie do załącznika XIV do dyrektywy klasycznej oraz załącznika XVII do dyrektywy sektorowej. W obu załącznikach, w kolumnie „opis” wymienia się określone kategorie usług, jednak ten katalog nie ma charakteru kompletnego bez uwzględnienia konkretnych kodów CPV, które są mu przypisane. Dopiero zidentyfikowanie kodu CPV danej usługi w enumeratywnie wyszczególnionych kodach pozwala na stwierdzenie, że dana usługa ma charakter społeczny lub jest inną szczególną usługą, do której mają zastosowanie przepisy z rozdziału 6 Pzp. Katalog usług społecznych i innych szczególnych usług ma charakter zamknięty.

Ponieważ w przedmiotowym postępowaniu przedmiot zamówienia nie obejmuje usług zawartych w wykazie kodów z załącznika XIV do dyrektywy klasycznej - nie budzi wątpliwości fakt, że Zamawiający nie zakwalifikował usług objętych przedmiotem zamówienia jako usług społecznych, do których miałyby zastosowanie przepisy rozdziału 6 ustawy Pzp, zatem przepis art. 138k Pzp oraz dalsze przepisy z tego rozdziału nie mogą mieć w niniejszym postępowaniu zastosowania.

Pomimo, że przepis art. 138k Pzp został błędnie wskazany przez Odwołującego, Izba rozpoznała niniejsze odwołanie, biorąc pod uwagę zakres merytoryczny zarzutu, jednoznacznie wskazujący na naruszenie przy opisie kryterium „jakość” zasad równego traktowania i konkurencji, przejrzystości, proporcjonalności, jako podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz to, że reżim określony dla usług społecznych zarówno w dyrektywie klasycznej, jak i w ustawie Pzp, jest „reżimem łagodniejszym” od reżimu właściwego dla „usług zwykłych”, który musi uwzględniać minimalne, obligatoryjne wymogi ustawy Pzp, wskazane w art. 138k Pzp. Z powyższych względów, w ocenie Izby, błędne wskazanie przez Odwołującego tego artykułu (i pozostałych) w ramach zarzutu przedstawionego w odwołaniu nie może stanowić podstawy do oddalenia odwołania tylko z powodu błędnej kwalifikacji stanu faktycznego oraz w konsekwencji stwierdzenia, że zasady równego traktowania i konkurencji, przejrzystości, proporcjonalności w przedmiotowym postępowaniu nie zostały naruszone, ponieważ zasady te obowiązują w sposób bezpośredni zarówno w postępowaniu prowadzonym na usługi społeczne, jak i w postępowaniu prowadzonym w trybach uregulowanych w ustawie Pzp. Wskazany błędnie przez Odwołującego art. 138k Pzp, odnosi się bezpośrednio do zasad równego traktowania i konkurencji, przejrzystości oraz proporcjonalności wprost zaczerpniętych z treści art. 7 ust. 1 Pzp. Zarzut naruszenia art. 138k Pzp należy zatem odczytywać w kontekście szerszym - jako naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, tym bardziej w przypadku, gdy Zamawiający prowadzi dane postępowanie w procedurze otwartej, w trybie przetargu nieograniczonego z uwzględnieniem podstawowych rygorów ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że w przedmiotowym postępowaniu zostały naruszone zasady określone w art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez opisanie w rozdziale XII pkt 1.2.1 SIWZ kryterium jakości

w zakresie oceny jadłospisu dekadowego oraz sposobu przyznawania punktów za dany stopień jego spełnienia w sposób nieprecyzyjny, niejednoznaczny i pozwalający na dokonanie oceny ofert w sposób subiektywny, a przez to nieweryfikowalny, uniemożliwiający zachowanie w postępowaniu zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji oraz przejrzystości.

W zakresie oceny jadłospisu dekadowego Zamawiający określił trzy subkryteria, w ramach których może być przyznane od 0 do 5 pkt, nie określając w jakimkolwiek stopniu sposobu dokonania oceny we wskazanym zakresie punktacji. Zamawiający nie wskazał możliwości do uzyskania punktacji w ramach poszczególnych subkryteriów, nie wskazał również czy w ramach jednego subkryterium można uzyskać maksymalną ilość 5 punktów, jeżeli nie uzyska się np. żadnego punktu w pozostałych dwóch subkryteriach. Podział ten jest o tyle istotny, że biorąc pod uwagę wyjaśnienia Zamawiającego, zakres oceny w poszczególnych subkryteriach może się w pewnym stopniu pokrywać, bowiem wszystkie subkryteria de facto odnoszą się do tych samych zasad i wytycznych prawidłowego żywienia opisanych przez Zamawiającego w Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia jak i w załączniku nr 1 do umowy. Brak szczegółowego opisu sposobu oceny w ramach poszczególnych subkryteriów całkowicie uniemożliwia obiektywną, a tym samym prawidłową ocenę ofert. Brak tego opisu uniemożliwia także wykonawcom przygotowanie ofert w sposób najbardziej optymalny, biorąc pod uwagę dane kryterium w kontekście całego sposobu oceny ofert oraz co istotne - dokonanie weryfikacji prawidłowości oceny przeprowadzonej przez Zamawiającego, co zdaniem Izby wprost narusza zasadę uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania.

Wskazane przez Zamawiającego w SIWZ trzy „rodzaje” oceny (subkryteria) zostały sformułowane w sposób bardzo ogólny, a tym samym nieprecyzyjny. Zamawiający, wbrew twierdzeniom zawartym w odpowiedzi na odwołanie, nie odwołuje się w nich do treści jakichkolwiek dokumentów zawartych w SIWZ, w szczególności np. do opisu przedmiotu zamówienia lub załącznika nr 1 do umowy. Zamawiający w ogóle nie wyjaśnił w SIWZ na czym ma polegać ocena, w jakim stopniu i w jakim zakresie oraz jakich wymagań będzie skutkowało uzyskaniem maksymalnej liczby punktów itd. Istotne wątpliwości budzi także tzw. „ocena teoretyczna”, gdyż Zamawiający nie wyjaśnił nawet w najmniejszym stopniu w SIWZ - o jaką teorię ta ocena będzie się opierała.

Należy podkreślić, że potencjalni wykonawcy z pewnością posiadają znaczną wiedzę na temat regulacji prawnych, jak i obowiązujących zasad i wytycznych prawidłowego planowania i przygotowywania posiłków m.in. na podstawie opracowań Instytutu Żywności i Żywienia, umożliwiających realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, jednak to na Zamawiającym spoczywa obowiązek dokonania oceny ofert na podstawie jasno i jednoznacznie określonych kryteriów oceny, tj. w sposób przejrzysty, możliwy do weryfikacji przez wykonawców oraz w pełni obiektywny i respektujący uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców.

Ponadto, należy zwrócić uwagę na fakt, że wymagania zawarte przez Zamawiającego w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia (rozdział XV SIWZ) oraz w załączniku nr 1 do umowy, zgodnie z SIWZ, stanowią podstawę do oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ. Są to de facto wymagania minimalne, które muszą być spełnione w całości, aby stwierdzić, że dana oferta nie podlega odrzuceniu, jako nieodpowiadająca wymaganiom Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zatem, te same obligatoryjne wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia nie mogą być jednocześnie oceniane w ramach kryterium oceny ofert, promując korzystniejszą ofertę. Oferta zgodna z SIWZ to taka, która spełnia wszystkie wymagania, a nie tylko niektóre lub tylko w pewnym stopniu (częściowo). Jedynie zatem wymagania przewyższające wymagania minimalne co do przedmiotu zamówienia mogą stanowić kryterium oceny ofert, które będzie dodatkowo punktowało oferty jakościowo korzystniejsze. Należy zauważyć przy tym, że jak wynika z treści SIWZ, szczegółowy opis przedmiotu zamówienia jest tożsamy z treścią załącznika nr 1 do umowy, co dodatkowo zaciera granice oceny w ramach poszczególnych subkryteriów, w szczególności pierwszego i drugiego.

Sposób oceny określony przez Zamawiającego jako „ocena teoretyczna” jest na tyle nieprecyzyjny, że w rzeczywistości - nieokreślony. Zamawiający w żaden sposób nie wyjaśnił znaczenia tego podkryterium w ramach proponowanej oceny ofert ani co będzie podstawą oceny, ani w jaki sposób ocena zostanie dokonana.

Z drugiej strony, konsekwencją nieprecyzyjnego opisanego ww. subkryteriów jest brak możliwości dokonania weryfikacji poprawności przyznania punktów, co jest sprzeczne z zasadą zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu oraz jego przejrzystości.

Należy się zgodzić z Zamawiającym, że określił on w SIWZ zasady prawidłowego planowania i obowiązujących w tym zakresie wytycznych, jednak nie dokonał rozróżnienia, które wymagania muszą być spełnione, aby ofertę uznać za zgodną z SIWZ, a które będą traktowane jako wymagania przewyższające je i tym samym będą dodatkowo punktowane w ramach kryterium jakości.

Stwierdzenie przez Zamawiającego, że ocena teoretyczna zostanie dokonana na podstawie teorii w zakresie planowania i sporządzania jadłospisów, tj. obowiązujących przepisów, zasad, norm i wytycznych nie jest wystarczająco jednoznaczne w kontekście sposobu oceny ofert. Na marginesie tylko Izba wskazuje, że nawet to powyższe wyjaśnienie nie zostało zawarte w SIWZ ale w odpowiedzi na odwołanie.

Reasumując powyższe, Izba stwierdziła konieczność doprecyzowania przez Zamawiającego opisu omawianego kryterium jakości, w szczególności w zakresie sposobu oceny, który powinien dawać wykonawcy wiedzę o tym, ile jego oferta może uzyskać punktów w kryterium jakości (w poszczególnych subkryteriach) - w zakresie oceny jadłospisów.

Izba nie nakazała przy tym Zamawiającemu zastosowania sposobu oceny zaproponowanego przez Odwołującego, uznając, że Zamawiający powinien dokonać analizy własnych potrzeb, a ocena zaproponowana przez Odwołującego jest jedynie przykładowa i możliwa do wykorzystania przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 oraz §5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).