Sygn. akt KIO 1045/21

WYROK

z dnia 7 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Anna Osiecka

Protokolant:Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **2 czerwca 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu6 kwietnia 2021 r. przez wykonawcę **Catermed Spółka Akcyjna z siedzibą w Łodzi** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Pionkach im. Lecha i Marii Kaczyńskich - Pary Prezydenckiej**

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża **Catermed Spółka Akcyjna z siedzibą w Łodzi** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy)** uiszczoną przez **Catermed Spółka Akcyjna z siedzibą w Łodzi**tytułem wpisu od odwołania.

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 2019 r. poz. 2019 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:……

Sygn. akt KIO 1045/21

U z a s a d n i e n i e

Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Pionkach im. Lecha i Marii Kaczyńskich - Pary Prezydenckiej, dalej „Zamawiający", prowadzi w trybie podstawowym z możliwością negocjacji postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Całodzienne żywienie pacjentów hospitalizowanych w Samodzielnym Publiczny Zespole Zakładów Opieki Zdrowotnej w Pionkach im. Lecha i Marii Kaczyńskich - Pary Prezydenckiej*Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), dalej „ustawa Pzp". Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 1 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 1 kwietnia 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00026523.

W dniu 6 kwietnia 2021 r. wykonawca Catermed Spółka Akcyjna z siedzibą w Łodzi, dalej „Odwołujący", wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie: art. 246 ust. 2 w zw. z art. 266 w zw. z art. 359 pkt 2 ustawy Pzp poprzez określenie kryterium ceny jako jedynego kryterium oceny ofert, do czego Zamawiający nie był uprawniony wobec nieokreślenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagań jakościowych odnoszących się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia oraz art. 433 pkt 4 ustawy Pzp przez określenie w projektowanych postanowieniach umowy, że wykonawca może odstąpić od umowy w przypadku spadku zamawianych posiłków do 10 osób, w sytuacji gdy Zamawiający, skoro przewiduje możliwość ograniczenia zakresu zamówienia, winien określić minimalną wartość lub wielkość świadczeń stron.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu zmianę postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji warunków zamówienia przez modyfikację kryteriów oceny ofert w następujący sposób: cena (C) - 60%, posiadanie certyfikatu ISO 22000 na kuchnię, w której będą przygotowywane posiłki (P) - 20%, posiadanie licencji gotowego posiłku (L) - 20%, a także zmianę §6 wzoru umowy na następującą treść: *Zamawiający zastrzega, iż w przypadku zmniejszenia ilości posiłków określonej w specyfikacji: a) poniżej 20% do poziomu 30% w skali miesiąca, wykonawca ma prawo naliczyć 20% wzrost cen wskazach w formularzu ofertowym, b) poniżej 30% do poziomu 40% w skali miesiąca, wykonawca ma prawo naliczyć 35% wzrost cen wskazach w formularzu ofertowym, c) powyżej 40% wykonawca ma prawo naliczyć 90% wzrost cen wskazach w formularzu ofertowym.*

Odwołujący podnosił, iż Zamawiający przewidział jako jedyne kryterium oceny ofert cenę. Zamawiający uznał, bowiem, że opisał wszystkie wymogi odnoszące się do głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia. Brak jednak w Specyfikacji Warunków Zamówienia takich wymogów, a opis przedmiotu zamówienia jest ogólnikowy. Zastosowanie, zatem ceny jako jedynego kryterium oceny ofert nastąpiło niezgodnie z art. 246 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Odwołujący wskazywał dalej, że jeżeli Zamawiający przewiduje zmniejszenie liczby zamawianych posiłków winien zastosować mechanizm, o którym mowa w art. art. 433 pkt 4 ustawy Pzp, a nie przewidzieć odstąpienie od umowy jedynie w sytuacji gdy liczba zamawianych posiłków spadnie o 90%.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie nie przystąpił żaden wykonawca.

Zamawiający pismem z dnia 29 kwietnia 2021 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na oddalenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania,

w szczególności: z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia i jej modyfikacji. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 2 czerwca 2021 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności.

Dalej, Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Następnie, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że niezasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 246 ust. 2 w zw. z art. 266 w zw. z art. 359 pkt 2 ustawy Pzp przez określenie kryterium ceny jako jedynego kryterium oceny ofert, do czego, zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie był uprawniony wobec nieokreślenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagań jakościowych odnoszących się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia.

Zgodnie z art. 246 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający publiczni, o których mowa w art. 4 pkt 1 i 2, oraz ich związki mogą zastosować kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert albo jako kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia wymagania jakościowe odnoszące się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia.

Stosownie do art. 266 ustawy Pzp do przygotowania i prowadzenia przez zamawiających publicznych postępowania o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne stosuje się przepisy działu II, z wyjątkiem przepisów art. 83, art. 86, art. 87 ust. 3, art. 88-90, art. 97 ust. 2, art. 124, art. 125 ust. 2 i 6, art. 126, art. 127 ust. 1, art. 129, art. 130, art. 132-188, art. 220, art. 227 ust. 1, art. 257, art. 264 i art. 265, chyba że przepisy niniejszego działu stanowią inaczej.

Zgodnie z art. 359 pkt ustawy Pzp przy udzielaniu zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi stosuje się przepisy ustawy właściwe dla zamówień klasycznych o wartości mniejszej niż progi unijne - jeżeli wartość zamówienia wyrażona w złotych jest mniejsza niż równowartość kwoty 750 000 euro, nie mniejsza jednak niż równowartość kwoty 130 000 złotych.

Izba stwierdziła, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zdecydował się na zastosowanie kryterium „cena 100 %" i jednocześnie w specyfikacji warunków zamówienia uwzględnił wymagania jakościowe odnoszące się do przedmiotu zamówienia, istotne dla organizacji usługi stanowiącej przedmiot zamówienia. Odwołujący wywodził zaś, że postanowienia SWZ są niepełne w zakresie standardów jakościowych odnoszących się do wszystkich głównych cech przedmiotu zamówienia oraz wskazywał, że celowe byłoby zastosowanie pozacenowych kryteriów oceny ofert.

Niewątpliwie Zamawiający może ukształtować tak kryteria oceny ofert, aby premiować preferowane przez siebie rozwiązania, o ile jest to uzasadnione jego zobiektywizowanymi potrzebami, a nie chęcią preferowania określonego wykonawcy. Wydaje się, że zastosowane kryterium „cena 100 %" jest kryterium obiektywnym i nie zaburzającym zasad uczciwej konkurencji w niniejszym postępowaniu. Dostrzeżenia wymaga, iż Zamawiający wyodrębnił istotne elementy przedmiotu zamówienia.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, określenie wymagań jakościowych nie musi dotyczyć każdego, nawet najmniejszego składnika żywieniowego, będącego elementem posiłku. Ważne jest, aby określono pewne ramy jakościowe, w których poruszać mają się wykonawcy. Takie ramy, zdaniem składu orzekającego Izby, określają dokumenty załączone do specyfikacji warunków zamówienia, gdzie Zamawiający określił wymagania dla kilku diet. Wskazano liczbę porcji w odniesieniu do produktów mlecznych, ich podaż (wyłącznie półtłuste lub chude w odniesieniu do diety lekkostrawnej), proporcje spożycia warzyw do owoców, w szczególności, że warzywa winny być głównie w postaci surowej: surówki, sałatki, dodatek do śniadania i kolacji lub w postaci gotowanych warzyw do obiadu, liczbę porcji owoców dziennie (*owoc można zastąpić sokiem owocowym – 1 porcja odpowiada 1 szklance soku, uwaga: porcja kompotu nie stanowi porcji owocu).* W przypadku diety lekkostrawnej wymieniono szereg produktów przeciwwskazanych, takich jak: ostre przyprawy, chrzan, kasza gryczana, bułka grahamka, tłuste produkty mięsne, w tym kiełbasy, pasztety, parówki, mortadela, baleron, flaki wołowe, tłuste produkty mleczne, warzywa kapustne, ogórek, rzodkiewka, szczypiorek, kukurydza, cebula, warzywa konserwowe, majonez, musztarda, tłuste sosy, owoce suszone.

Zamawiający określił także średnią liczbę pacjentów, sposób dystrybucji posiłków przez system termosowy, godziny ich dostarczania, udział procentowy poszczególnych posiłków w cenie pełnego wyżywienia dziennego, obowiązek przygotowania posiłków w pomieszczeniach gastronomicznych i przewożenia środkiem transportu spełniającym wymagania higieniczno-sanitarne, obowiązek przestrzegania norm żywieniowych, obowiązek zatrudnienia dietetyka celem zapewnienia właściwej wartości kalorycznej i odżywczej posiłków, a także obowiązek wdrożenia i stosowania zasad systemu HACCP. Równocześnie zgodnie z §1 ust. 1 i 2 wzoru umowy dostarczone posiłki powinny uwzględniać aktualne zalecenia Instytutu Żywności i Żywienia, w szczególności co do struktury rzeczowej, kaloryczności, jakości, urozmaicenia, spełniać obowiązujące w tym zakresie wszelkie normy żywieniowe, w tym ze szczególnym uwzględnieniem norm żywieniowych dla pacjentów szpitali. Wykonawca będzie przedkładał Zamawiającemu do jego akceptacji jadłospis na każde kolejne 14 dni, ze wskazaniem precyzyjnych nazw potraw i środków spożywczych, w tym informacji dot. obróbki technologicznej, informacji o rodzajach produktów spożywczych, z których posiłki będą przygotowywane, ich gramatury i kaloryczności oraz informacji o alergenach.

Taki podział uznać należy za logiczny i sensowny, w sposób prawidłowy oddający złożoność przedmiotu zamówienia i zwracający uwagę na najistotniejsze jego elementy. Określenie wymagań jakościowych głównych elementów przedmiotu zamówienia pokazać ma ramy, w których co do jakości przedmiotu zamówienia będą poruszali

się wykonawcy realizujący umowę. W ocenie Izby na wystarczającym poziomie określone zostały cechy jakościowe jakie ma spełniać usługa będąca przedmiotem zamówienia. Okoliczność, że inne podmioty publiczne prowadzą postępowanie o podobnym charakterze i stosują kryteria pozacenowe pozostaje bez związku z rozpoznawanym zarzutem w obliczu określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagań jakościowych odnoszących się do głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 433 pkt 4 ustawy Pzp przez określenie w projektowanych postanowieniach umowy, że wykonawca może odstąpić od umowy w przypadku spadku zamawianych posiłków do 10 osób, w sytuacji gdy Zamawiający, skoro przewiduje możliwość ograniczenia zakresu zamówienia, winien określić minimalną wartość lub wielkość świadczeń stron.

Zgodnie z art. 433 pkt 4 ustawy Pzp projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

Izba ustaliła, że zgodnie z §2 ust. 11 wzoru umowy ustala się minimalną wartość świadczeń objętych niniejszą umową zamawianych przez zamawiającego w okresie jej obowiązywania w wysokości 70% wartości całkowitej określonej w treści formularza ofertowego wykonawcy. Stosownie do §6 wzoru umowy wykonawca może odstąpić od umowy jeżeli liczba posiłków zamawianych przez Zamawiającego w ciągu kolejnych dwóch miesięcy będzie mniejsza niż dla 10 osób, za uprzednim miesięcznym powiadomieniem zamawiającego o zamiarze odstąpienia od umowy. Wykonawca w przypadku określonym powyżej może odstąpić od umowy w terminie 2 miesięcy od upływu drugiego miesiąca z kolei, w którym liczba posiłków zamawianych przez Zamawiającego będzie mniejsza niż dla 10 osób. Z tytułu odstąpienia, o którym mowa powyżej, wykonawcy nie przysługują roszczenia odszkodowawcze.

Z dokumentacji postępowania wynika zatem, że Zamawiający określił minimalną wartość świadczenia w przypadku ograniczenia zamówienia na poziomie 70% wartości całkowitej określonej w ofercie. Nie można więc uznać powyższego postanowienia za niedozwolone w świetle art. 433 pkt 4 ustawy Pzp. Ponadto przywoływany przez Odwołującego §6 wzoru umowy skierowany jest do wykonawców (zawiera zasady odstąpienia wykonawcy od umowy), zatem ciężko mówić o naruszeniu art. 433 pkt 4 ustawy Pzp przez Zamawiającego.

Izba zauważa również, że istotnym elementem przy odwołaniach na treść specyfikacji warunków zamówienia mającym wpływ na sformułowanie treści sentencji orzeczenia, jest przepis art. 554 ust.6 Pzp, zgodnie z którym Izba nie może nakazać zawarcia umowy lub wprowadzenia do umowy postanowienia o określonej treści.

W konsekwencji Izba uznała, że nie doszło do naruszenia przepisów wskazanych przez Odwołującego w odwołaniu, a podlegających rozpoznaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania
(Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Jednocześnie Izba nie uwzględniła sformułowanego podczas rozprawy przez Zamawiającego wniosku o zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego. Zgodnie z § 5 pkt 2 ww. rozporządzenia Izba o uzasadnionych kosztach stron postępowania odwoławczego orzeka wyłącznie na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy. Pełnomocnik Zamawiającego nie przedłożył natomiast żadnego rachunku, czy też spisu kosztów. Tym samym Izba nie uwzględniła wnioskowanych przez Zamawiającego kosztów zastępstwa procesowego.

Przewodniczący: ……