

**WYROK**  
**z dnia 3 września 2021 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Rams**

**Protokolant: Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 września 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lipca 2021 r. przez wykonawcę **CATERMED sp. z o.o., z siedzibą w Łodzi,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital Zespolony im. L. Perzyny w Kaliszu,**

**orzeka:**

2. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia: (i) art. 112 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 116 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej oraz (ii) art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w odniesieniu do postanowień zawartych w Załączniku nr 8.
3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
4. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **CATERMED sp. z o.o., z siedzibą w Łodzi** i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **CATERMED sp. z o.o., z siedzibą w Łodzi** tytułem wpisu od odwołania;
  - 3.2. zasądza od odwołującego **CATERMED sp. z o.o., z siedzibą w Łodzi** na rzecz zamawiającego **Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. L. Perzyny w Kaliszu** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów poniesionych przez pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 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 2227/21

**UZASADNIENIE**

W dniu 26 lipca 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy CATERMED sp. z o.o., z siedzibą w Łodzi (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając zamawiającemu Wojewódzkiemu Szpitalowi Zespolonemu im. L. Perzyny w Kaliszu (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie:

- 1) art. 241 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 246 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie jako kryterium jakościowego terminu płatności o wadze 40% podczas gdy kryterium to nie jest związane z przedmiotem zamówienia i dotyczy właściwości wykonawcy, co jest niedopuszczalne;
- 2) art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w postaci wykonania usług odpowiadających swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia o wartości usług łącznie minimum 1.500.000,00 PLN brutto, w tym co najmniej jednej usługi o wartości nie niższej niż 500.000,00 PLN brutto, tj. w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i nieumożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, bowiem z uwagi na liczbę dziennie żywionych pacjentów, usługa ta ma wartość wielokrotnie większą;
- 3) art. 99 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wskazanie niewyczerpującego i niejednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wykonywania usługi żywienia na bazie kuchni Zamawiającego, wobec braku wskazania wykazu sprzętu, o który kuchnia winna być wyposażona, planu pomieszczeń, zakresu prac koniecznych do przeprowadzenia, w związku z wyposażeniem; braku szczegółowego wymogu odnośnie przeprowadzenia rozruchu i próbnej produkcji posiłków, określenia zbyt krótkiego terminu na rozruch kuchni; oraz niejasność w postanowieniach załącznika nr 8 do SWZ dotyczącego wyposażenia kuchni Zamawiającego w wymagany sprzęt, co przy uwzględnieniu wymagań i okoliczności może mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany:

1. Rozdział F ust. 1. Specyfikacji Warunków Zamówienia (zwanej dalej „**SWZ**”) poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„Kryteria oceny ofert: Cena – 60% Posiadanie licencji gotowego posiłku (L) - 40%

Ocena jakości dotyczyć będzie posiadania przez Wykonawcę: zaświadczenia wydanego od roku 2019 wzwyż przez akredytowane laboratorium żywnościowe o uzyskaniu licencji gotowego posiłku, potwierdzającego jakość gotowego wyrobu przygotowanego w ramach danej diety szpitalnej (1 dieta = 1 zaświadczenie). Punkty zostaną przyznane według posiadanej liczby zaświadczeń wg. zasady: 10 zaświadczeń dotyczących różnych diet - 40 pkt  
5 zaświadczeń dotyczących różnych diet - 10 pkt, mniej niż 5 zaświadczeń - 0 pkt. Ocena na podstawie dołączonych do oferty zaświadczeń wydanych przez akredytowane laboratorium żywnościowe.”

2. modyfikację zapisów Rozdziału C pkt 4.4 SWZ dotyczących warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w następujący sposób: „Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli: wykonawca wykaże,

że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonawca wykonał lub wykonuje co najmniej jedną usługę odpowiadającą swoim rodzajem usługom stanowiącą przedmiot zamówienia (świadczenie w zakresie całodziennego żywienia zbiorowego w systemie tacomym prowadzonego w miejscach zbiorowego żywienia typu zamkniętego w jednostkach służby zdrowia (szpitale, domy pomocy społecznej itp.)) o liczbie wydanych całodziennych posiłków minimum 300 dziennie oraz wartości usługi minimum 1 500 000,00 PLN brutto w skali roku. W przypadku usług wykonywanych, będących w trakcie realizacji - zamawiający uzna warunek za spełniony, jeśli wartość usługi zrealizowanej na dzień składania ofert opiewa na kwotę określoną powyżej”

3. uzupełnienie zapisów SWZ o:

- a) wskazanie wykazu sprzętu, o który kuchnia winna być doposażona;
- b) wskazanie planu pomieszczeń, które mają zostać doposażone;
- c) wskazanie zakresu prac koniecznych do przeprowadzenia, w związku z doposażeniem;
- d) wskazanie wymaganej technologii wykorzystywanej w kuchni;
- e) wskazanie przez Zamawiającego szczegółowego wymogu odnośnie rozruchu kuchni;
- f) wydłużenie terminu na rozruch kuchni do jednego miesiąca;
- g) doprecyzowanie załącznika 8 do SWZ dotyczącego wykazu sprzętu kuchni w sposób określający, czy jest to sprzęt w który ma zostać doposażona kuchnia czy spis sprzętu obecnie znajdującego się na terenie kuchni Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z Planu postępowań o udzielenie zamówień na rok 2021 wersja 7, opublikowanego przez Zamawiającego w Biuletynie Informacji Publicznej – w celu wykazania faktu, że szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia wynosi ponad 8 mln złotych.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów, Odwołujący wskazał, że w dniu 14 lipca 2021 roku Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi społeczne o wartości zamówienia przekraczającej progi unijne pn. „Usługa na przygotowanie posiłków dla pacjentów WSZ im. L. Perzyny w Kaliszu, z lokalizacją przy ul. Poznańskiej 79 i ul. Toruńskiej 7, z produktów własnych, na bazie kuchni Zamawiającego”.

W zakresie Zarzut 1, Odwołujący wskazał:

Zamawiający wskazał w Rozdziale F ust. 1 SWZ, jako kryterium oceny ofert cenę brutto - waga 60 % oraz termin płatności (zawarty w granicach min. 30 dni - max. 60 dni) - waga 40%.

W myśl art. 240 ust. 2 ustawy Pzp kryteria oceny ofert i ich opis powinny umożliwiać Zamawiającemu weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach. Za pomocą kryteriów oceny ofert zamawiający komunikuje wykonawcom swoje preferencje. Kryteria jakościowe powinny w szczególności być kryteriami odnoszącymi się m.in. do aspektów społecznych, środowiskowych, innowacyjnych (art. 242 ust. 2 ustawy Pzp).

W ocenie Odwołującego, z treści art. 241 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia. Związek kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia istnieje wówczas, gdy kryteria te dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, będących przedmiotem zamówienia w dowolnych aspektach oraz w odniesieniu do dowolnych etapów ich cyklu życia, w tym do elementów składających się na proces produkcji, dostarczenia lub wprowadzenia na rynek, nawet jeżeli elementy te nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia. Natomiast zgodnie z art. 241 ust. 3 ustawy Pzp kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

Odwołujący wskazał, że w doktrynie wskazuje się, że od reguły (dotyczącej właściwości wykonawcy) ustawa nie przewiduje wyjątku także w przypadku zamówień na usługi społeczne, a także dla zamówień o wartości niższej niż progi unijne. Cechy wykonawcy oceniane są w toku badania warunków udziału w postępowaniu i mają charakter niestopniowalny (przekroczenie wymaganego progu wystarcza do udziału w postępowaniu) lub kryteriach selekcji – stopniowalnej ocenie podmiotowej wykonawców stosowanej w trybach dwustopniowych. Wylczenie, jakie przykładowe właściwości wykonawcy nie mogą stanowić kryterium, ma charakter wyłącznie edukacyjny, gdyż żadne właściwości wykonawcy kryterium być nie mogą. (tak w: Dzierżanowski Włodzimierz i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz: LEX).

W ocenie Odwołującego wskazane przez Zamawiającego kryterium terminu płatności nie jest związane z przedmiotem zamówienia, gdyż nie dotyczy bezpośrednio usług świadczonych przez potencjalnego wykonawcę, a tym bardziej odnosi się do właściwości wykonawcy - wiarygodności finansowej. Tym samym Zamawiający nie był uprawniony – stosownie do art. 241 ust. 1 i 3 ustawy Pzp – do określenia kryterium oceny ofert w postaci terminu płatności.

W ocenie Odwołującego jakością usługi nie jest termin płatności. Odwołujący wskazał, że uchylone Prawo zamówień publicznych z 2004 r. nie posługiwało się pojęciem kryteriów jakościowych i mówiło jedynie o kryterium ceny lub kosztu i innych kryteriach odnoszących się do przedmiotu zamówienia. Należy uznać, że do grupy tych kryteriów zaliczone mogą zostać wyłącznie te, które w jakikolwiek sposób będą odnosiły się do jakości przedmiotu zamówienia. Jak wskazano w uzasadnieniu projektu nowej ustawy pzp, powinno to prowadzić do eliminacji stosowania kryterium terminu zapłaty (tak w: Gawrońska-Baran Andrzej i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz: LEX, Dzierżanowski Włodzimierz i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz: LEX, Uzasadnienie rządowego projektu ustawy z dnia 12 lipca 2019 roku - druk nr 3624 - s. 64-65).

W ocenie Odwołującego, ocena jakości odnosi się bezpośrednio do parametrów technicznych i funkcjonalnych oferowanych rozwiązań. Ocena jest więc związana z istotą oferowanego rozwiązania. Ocenie może więc podlegać zarówno spełnienie większego zakresu wymaganych parametrów technicznych jako kryterium odnoszące się do aspektów funkcjonalnych, jak i mierzalne parametry techniczne, takie jak np. czas ładowania baterii, czy też kwestie o charakterze estetycznym. (tak w: Gawrońska-Baran Andrzej i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz: LEX, Dzierżanowski Włodzimierz i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz: LEX). Kryterium wskazane przez Zamawiającego niewątpliwie nie stanowi kryterium jakości oferty odnoszącej się do parametrów technicznych i funkcjonalnych oferowanych przez wykonawcę rozwiązań, czym naruszył art. 242 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 246 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego należywym kryterium jakościowym jest licencja gotowego posiłku, która jest potwierdzeniem jakości całodziennego zestawu żywieniowego. W ramach danej diety szpitalnej (w próbie z całego zestawu żywieniowego) stwierdza się zgodność badanych parametrów z wartościami deklarowanymi w przygotowanym jadłospisie. Wartości odżywcze i energetyczne badane są zgodnie z określonymi normami, metodami oraz rozporządzeniami m.in. wartość energetyczna zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1169/2011 z dnia 25 października 2011 roku, węglowodany zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i

Rady (UE) nr 1169/2011 z dnia 25 października

2011 roku, białka zgodnie z PB-116 wyd. III z dn. 11.08.2020, tłuszcze zgodnie z normą PN-A82100:1985. Na podstawie badanych parametrów akredytowane laboratorium stwierdza, czy dana firma przeszła pomyślnie proces weryfikacji jakości posiłków, czyli czy badany zestaw żywieniowy potwierdza, że został przygotowany zgodnie z deklarowaną recepturą i wartościami odżywczymi i energetycznymi.

W zakresie zarzut 2, Odwołujący wskazał:

Zamawiający w Rozdziale C pkt 4.4. SWZ określił warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, które, w ocenie Odwołującego, narażają go się na ryzyko wyboru wykonawcy niezdolnego do wykonania zamówienia publicznego, który nie posiada odpowiedniego doświadczenia do jego wykonania lub w stosunku do którego, ze względu na sytuację podmiotową zachodzi prawdopodobieństwo niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia. Odwołujący zaznaczył, iż za niski próg wymagań powoduje, iż przyszły wykonawca nie potwierdza doświadczenia w posiadaniu wiedzy i umiejętności w zakresie przygotowania całodziennego żywienia dla pacjentów jednostek służby zdrowia w zakresie przygotowywania pełnego wyżywienia, różnorodnych diet specjalistycznych, a przede wszystkim nie ma doświadczenia w przygotowaniu, dostawie, dystrybucji do pacjentów z zachowaniem reżimów sanitarnych i epidemiologicznych, w tym do uruchomienia nowej linii technologicznej, a także że realizował zamówienia o tak wysokiej wartości zamówienia.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 112 ust. 1 i 2 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający określa warunki udziału w sposób proporcjonalny do przedmiot zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Z powyższego wynika, że Zamawiający, poprzez dokonanie opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej – winien uwzględnić przedmiot udzielanego przez siebie zamówienia, w tym jego szczególny charakter (por. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 06.06.2013, KIO 1064/12; z dnia 22.02.2013, KIO 286/13; z dnia 24.01.2013, KIO 78/13). Zamawiający wymaga wykazania, że Wykonawca wykonał usługi o łącznej wartości na co najmniej 1.500.000,00 złotych, w tym jednej usługi o wartości co najmniej 500.000,00 złotych. Tymczasem, z uwagi na liczbę codziennie żywionych pacjentów (500), przedmiotowa usługa ma wartość wielokrotnie wyższą. Z Planu postępowań o udzielenie zamówień publicznych na rok 2021 wynika, że szacunkowa wartość zamówienia na usługi dostarczania posiłków wynosi 8 mln złotych. Dowód: Plan postępowań o udzielenie zamówień publicznych na rok 2021 wersja 7.

W ocenie Odwołującego wymóg wykazania wykonania jednej usługi o wartości co najmniej 500.000,00 złotych jest wymogiem nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia. Wykazanie, że Wykonawca wykonał usługę o wartości 500.000,00 złotych nie potwierdza doświadczenia w wykonywaniu usług o wartości ponad 8 mln złotych. Jest różnica pomiędzy żywieniem 30 pacjentów, a żywieniem 500 pacjentów. Zamawiający jest pod względem łóżek jednym z największych szpitali w Polsce. Wykonawca realizujący usługę odpowiadającą swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia, ale o 16-krotnie mniejszej wartości, z pewnością nie posiada doświadczenia w wykonywaniu usługi dla największych szpitali w Polsce. Wykonanie usługi dla Zamawiającego wymaga większej zdolności technicznej, kadrowej i organizacyjnej niż wykonanie usługi dla np. Domu Pomocy Społecznej, w którym liczba żywionych osób wynosi 30. Ponadto usługa żywienia dla pacjentów szpitala ma odbywać się w systemie tacowym, który znacząco różni się od systemu barmowego. Wymaga on innej organizacji pracy oraz zapewnienia odpowiedniego specjalistycznego sprzętu. W sytuacji, gdy Zamawiający nie korzystał wcześniej z tego systemu, w celu zapewnienia prawidłowego i należytego wykonania usługi, logicznym w opinii Odwołującego jest, aby w celu do odpowiedniej realizacji tego sposobu wydawania posiłków, Zamawiający wymagał, aby wykonawcy posiadali odpowiednie doświadczenie w tym zakresie.

Dlatego, w ocenie Odwołującego, określony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej w postaci wykonania usług odpowiadających swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia, jest nieproporcjonalny, tj. nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, bowiem nie umożliwia dokonania oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

W zakresie zarzut nr 3, Odwołujący wskazał:

Zamawiający w Rozdziale B ust. 6 pkt 3 SWZ wskazał, iż Wykonawca jest zobowiązany do doposażenia Kuchni Szpitalnej w sprzęt niezbędny do wykonania usługi będącej przedmiotem zamówienia. Jednocześnie podkreślił, iż załącznik nr 8 do SWZ określa wykaz sprzętu i urządzeń Kuchni Szpitalnej.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający naruszył art. 99 ust. 1 ustawy Pzp odnoszący się do wymagań dotyczących opisu przedmiotu zamówienia. Zgodnie z treścią z art. 99. ust 1 ustawy Pzp 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. Poprzestanie przez Zamawiającego na tym, iż Kuchnia Szpitalna wymaga doposażenia i załączenie przez niego wykazu wyposażenia sprzętu niewątpliwie narusza wyżej wskazaną normę. Zamawiający, wiedząc że kuchnia wymaga doposażenia, winien wskazać zakres wymaganego doposażenia, plan pomieszczeń, które mają zostać doposażone, zakres wymaganych prac w związku z doposażeniem, wymagania co do technologii wykorzystywanej w kuchni, a nadto określić szczegółowe wymogi odnośnie przeprowadzenia rozruchu i próbnej produkcji posiłków.

Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, iż załącznik nr 8 do SWZ jest niejasny i budzi wątpliwości co do tego, czy opisuje on obecne wyposażenie kuchni, czy zakres wymaganego doposażenia kuchni. Dodatkowo zgodnie z Rozdziałem B ust. 6 pkt 4 SWZ Zamawiający zastrzegł, że wymagane jest od dnia zawarcia umowy przeprowadzenie rozruchu i próbnych produkcji posiłków celem potwierdzenia prawidłowego ciągu technologicznego. Zastrzeżono, iż czas niezbędny do przeprowadzenia rozruchu kuchni nie może być dłuższy niż 2 tygodnie od dnia realizacji umowy. W przypadku określenia czasu niezbędnego do przeprowadzenia rozruchu Kuchni Szpitalnej w Formularzu Ofertowym (załącznik nr 2 do SWZ) na czas dłuższy, jak zastrzegł Zamawiający powyżej, Zamawiający przyjmie, że czas niezbędny do przeprowadzenia rozruchu kuchni Szpitalnej to 2 tygodnie. W przypadku wydłużenia się czasu rozruchu kuchni w czasie obowiązywania umowy, Wykonawca może zwrócić się na piśmie do Zamawiającego o wydłużenie tego czasu, podając uzasadnienie oraz czas niezbędny do przeprowadzenia prawidłowego rozruchu. Wydłużenie czasu rozruchu kuchni wymaga zgody Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego, z wyżej wskazanych wymagań dotyczących próbnego rozruchu, a także opisu przedmiotu zamówienia nie wynika, w jakim stanie jest kuchnia Zamawiającego, w której miały być przeprowadzany rozruch, a co więcej termin (2 tygodnie od dnia realizacji umowy) do przeprowadzenia rozruchu próbnego wskazany przez Zamawiającego, jest zbyt krótki.

Odwołujący wskazał, że w doktrynie utrwalone jest stanowisko, że „opis przedmiotu zamówienia winien obejmować wszelkie aspekty i czynności, jakich wykonania oczekuje zamawiający od przyszłego wykonawcy, w taki sposób, aby umożliwić mu rzetelne oszacowanie kosztów wykonania tego zamówienia, a co za tym idzie złożenie prawidłowej,

obejmującej wykonanie całego wymaganego zakresu oferty (tak w: Gawrońska-Baran Andrzej i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz: LEX). Wskazać należy, że „precyzyjność opisu przedmiotu zamówienia ma kluczowe znaczenie dla prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ gwarantuje zarówno porównywalność ofert, jak i możliwość stosunkowo łatwej weryfikacji zgodności złożonych ofert ze specyfikacją. Wieloznaczność opisu czy braki w nim mogą powodować wadliwość ukształtowania cen ofert wykonawców, przez ich nieuzasadnione zawyżenie lub zaniżenie” (por. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z 6.06.2018 r., KIO 980/18, KIO 983/18, LEX nr 2528926; wyrok KIO z 13.12.2019 r., KIO 2416/19, LEX nr 2770734). Skoro Zamawiający wymaga doposażenia kuchni, to winien zakres tego doposażenia określić w sposób umożliwiający uwzględnienie w ofercie wszystkich związanych z tym kosztów. Opis przedmiotu zamówienia winien zatem zostać uzupełniony o:

1. wykaz sprzętu, o który kuchnia winna być doposażona – z uwagi na istnienie obowiązku doposażenia kuchni, nie jest prawidłowe pozostawienie wykonawcom swobody w określeniu zakresu tego doposażenia;
2. plan pomieszczeń, które mają zostać doposażone – bez planu pomieszczeń, nie jest możliwe określenie zakresu wymagane doposażenia;
3. zakres prac koniecznych do przeprowadzenia, w związku z doposażeniem – wykonawcy powinni zostać poinformowani, jakie prace należy wykonać w związku z doposażeniem po to, aby oszacować zarówno koszt jak i czas trwania tych prac;
4. wskazanie wymaganej technologii wykorzystywanej w kuchni – bez wskazania, jaka technologia jest wykorzystywana w kuchni nie jest możliwe oszacowanie wszystkich kosztów doposażenia;
5. wskazanie przez Zamawiającego szczegółowego wymogu odnośnie rozruchu kuchni – Zamawiający winien wskazać szczegółowe wymagania dotyczące rozruchu kuchni po to, aby oferty były porównywalne;
6. wydłużenie terminu na rozruch kuchni do jednego miesiąca – zbyt krótki czas na rozruch kuchni wraz z nieokreśleniem sposobu rozruchu powoduje, że wykonawcy mogą przewidzieć różne, nieadekwatne sposoby rozruchu kuchni, a ich oferty będą nieporównywalne;
7. doprecyzowanie załącznika 8 do SWZ dotyczącego wykazu sprzętu kuchni w sposób określający, czy jest to sprzęt w który ma zostać doposażona kuchnia czy spis sprzętu obecnie znajdującego się na terenie kuchni Zamawiającego.

#### ***Izba ustaliła co następuje:***

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Usługa na przygotowanie posiłków dla pacjentów Wojewódzkiego Szpitala Zespołonego im. Ludwika Perzyny w Kaliszu, z lokalizacją przy ul. Poznańskiej 79 i ul. Toruńskiej 7, z produktów własnych, na bazie kuchni Zamawiającego” (dalej „**Postępowanie**”).

W zakresie podlegającym rozpoznaniu, Izba ustaliła, że Zamawiający w Rozdziale F „Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty i sposób jej oceny”, w pkt 1, wprowadził następujące kryteria oceny ofert: (i) Kryterium cena brutto – ocenie będzie podlegać cena brutto oferty – waga 60%; (ii) Kryterium II – termin płatności – ocenie będzie podlegać termin płatności (zawarty w graniach min. 30 dni – max. 60 dni) – waga 40%.

#### ***Izba zważyła co następuje:***

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 112 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 116 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej oraz (ii) art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w odniesieniu do postanowień zawartych w Załączniku nr 8. Odwołujący złożył oświadczenie pisemne oraz ustane do protokołu na posiedzeniu z udziałem stron o cofnięciu ww. zarzutów.

Izba uznała, że w analizowanym stanie faktycznym zarzut naruszenia art. 241 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 246 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie jako kryterium jakościowego terminu płatności o wadze 40% za zarzut niezasadny. W konsekwencji, odwołane podlegało oddaleniu.

Na wstępie należy wskazać, że zgodnie z art. 241 ustawy Pzp, kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia. Związek kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia istnieje wówczas, gdy kryteria te dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, będących przedmiotem zamówienia w dowolnych aspektach oraz w odniesieniu do dowolnych etapów ich cyklu życia, w tym do elementów składających się na proces produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli elementy te nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia. Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Ustawodawca w art. 241 ust. 2 ustawy Pzp wskazał, że związek kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia istnieje wówczas, gdy kryteria te dotyczą usług/dostaw będących przedmiotem zamówienia w dowolnych aspektach, nawet jeżeli elementy te nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia.

Ponadto, zgodnie z art. 242 ust. 1 ustawy Pzp najkorzystniejsza oferta może zostać wybrana na podstawie: 1) kryteriów jakościowych oraz ceny lub kosztu; 2) ceny lub kosztu. W ust. 2 ustawodawca wskazał przykładowe kryteria jakościowe. Katalog ten ma charakter otwarty i przykładowy.

Mając na uwadze powyższe regulacje, Izba wskazuje, że w świetle art. 241 ust. 1 i 2 ustawy Pzp ustawodawca bardzo szeroko określił związek jaki musi wystąpić pomiędzy przedmiotem zamówienia, a kryteriami oceny ofert. Związek ten może dotyczyć bowiem dowolnych aspektów przedmiotu zamówienia, również tych które nie stanowią jego istotnych cech. Kluczowe zatem w analizowanym stanie faktycznym było ustalenie w pierwszej kolejności czy termin płatności wprowadzony jako kryterium oceny ofert może być uznany za element składający się na przedmiot zamówienia. Zdaniem Izby, termin płatności stanowi jeden z elementów sposobu dokonania płatności, a zatem jest bezpośrednio związany z wykonywaną usługą, a tym samym stanowi element przedmiotu zamówienia. Izba podkreśla, że do zakresu pojęcia „przedmiot zamówienia” zaliczyć również należy warunki na jakich to zamówienie będzie realizowane. Takimi warunkami realizacji zamówienia są z pewnością warunki płatności. Przyjęcie wąskiego rozumienia przedmiotu zamówienia, jak chciałby Odwołujący, poprzez ograniczenie go wyłącznie do istoty świadczenia głównego wykonawcy, jest zdaniem Izby, nieuprawnione. Już sposób sformułowania przez ustawodawcę art. 241 ust. 2 ustawy Pzp wskazuje na szerokie rozumienie pojęcia „przedmiot zamówienia”. Taki związek bowiem występuje w odniesieniu do dowolnych aspektów przedmiotu zamówienia, nawet jeśli nie stanowią one istotnej cechy przedmiotu zamówienia. Nie sposób zatem uznać, że warunki realizacji zamówienia, w tym warunki płatności, nie stanowią cechy przedmiotu zamówienia, chociażby o charakterze nieistotnym z punktu widzenia świadczenia głównego wykonawcy.

Izba wskazuje również na uchwałę SN z dnia 18 września 2002 r. o sygn. akt: III CZP 52/02 (dalej „**Uchwała**”) dotyczącą możliwości stosowania terminu płatności jako kryterium oceny ofert. Choć zapadła ona na gruncie poprzednio

obowiązującej ustawy Pzp, to jednak argumentacja SN co do charakteru terminu płatności jako elementu składającego się na przedmiot zamówienia pozostaje, w ocenie Izby, aktualna. W przedmiotowej Uchwale SN wskazał m.in., że termin płatności, podobnie jak kryterium ceny, które przeważnie stanowią czynnik najistotniejszy, prowadzić może pośrednio do "dyskryminacji" mniejszych firm, bardzo bowiem często korzyści płynące z efektu skali pozwalają na zmniejszenie marży zysku i obniżenie ceny. Taka sytuacja jest, jednak, zdaniem SN, dopuszczalna. SN zwrócił uwagę, że również kryterium terminu wykonania zamówienia może się okazać dyskryminujące dla podmiotów, które nie mają dużych zapasów albo dużych mocy produkcyjnych, a więc przeważnie podmiotów mniejszych. Tego rodzaju pośrednie oddziaływania "dyskryminacyjne" poszczególnych kryteriów, zdaniem SN, nie mogą mieć zatem znaczenia dyskwalifikującego. Zdaniem Izby kryterium oceny ofert o charakterze przedmiotowym niejednokrotnie pośrednio związane będzie z właściwościami indywidualnymi wykonawcy. Należy bowiem wskazać, że kryterium to odnosi się do dowolnego aspektu przedmiotu zamówienia, a więc m.in. do sposobu jego wykonania, technologii, terminu, proponowanych indywidualnych rozwiązań przez wykonawców. Możliwość konkurowania wykonawców w takich kryteriach przedmiotowych będzie uwarunkowana w zasadniczej mierze indywidualnymi właściwościami finansowymi wykonawców. Duże podmioty gospodarcze, o ugruntowanej pozycji na rynku co do zasady mają większe możliwości finansowe w zakresie chociażby zatrudniania specjalistów, dzięki którym mogą mieć możliwość oferowania korzystniejszych rozwiązań dla podmiotów publicznych. Jest to naturalne zjawisko w gospodarce wolnorynkowej. Każdy podmiot buduje swoją pozycję na rynku, ta zaś umożliwia w większym lub mniejszym stopniu konkurowanie w kryteriach oceny ofert.

Tym samym, zdaniem Izby, brak jest przesłanek, a tym bardziej przepisu ustawy Pzp, na podstawie którego można stwierdzić, iż termin płatności nie jest związany z przedmiotem zamówienia. Jak Izba wskazał powyżej, warunki płatności należy zaliczyć do warunków realizacji zamówienia, które składają się na przedmiot zamówienia. Brak jest również podstaw do stwierdzenia, iż kryterium do dotyczy właściwości wykonawcy. Uchwała SN jednoznacznie wskazała, że nie ma podstaw do przyjęcia takiego wniosku, zaś pośrednio dyskryminacyjny charakter takiego kryterium nie może decydować o jego dopuszczalności.

Przechodząc do drugiego z elementów związanych z postawionym przez Odwołującego zarzutem tj. zarzutem, że termin płatności nie stanowi kryterium jakościowego, do którego odwołuje się ustawodawca w art. 242 ust. 2 ustawy Pzp, Izba wskazuje po pierwsze, że katalog kryteriów jakościowych wskazanych w art. 242 ust. 2 ustawy Pzp jest katalogiem otwartym. Podane tam kryteria jakościowe mają charakter przykładowy. Tym samym, uznać należy, że ustawodawca pozostawiał zamawiającym swobodę doboru kryteriów jakościowych, z tym że, kryteria te, mając na uwadze art. 241 ust. 1 i 2 ustawy Pzp muszą być związane z przedmiotem zamówienia. Po drugie Izba wskazuje, że kryteria oceny ofert, również te zaliczane do grupy tzw. kryteriów jakościowych służą i mają na celu wybór oferty najkorzystniejszej z punktu widzenia istniejących potrzeb zamawiającego.

Zdaniem Izby nie ma żadnych przesłanek prawnych do zawężenia kryterium jakościowego wyłącznie do jego związku ze świadczeniem głównym wykonawcy, jak chciałby Odwołujący. Z uwagi na otwarty katalog kryterium jakościowego wskazanego w art. 242 ust. 2 ustawy Pzp, warunków płatności mogą być uznane za takie kryterium, mając na uwadze uwarunkowania zamawiającego w konkretnym postępowaniu przetargowym. Jak wskazał SN w Uchwale, *kryterium terminu płatności może mieć duże znaczenie jako wyznacznik atrakcyjności oferty, przede wszystkim wówczas, gdy - jak to często w polskich warunkach bywa, zwłaszcza w zakresie służby zdrowia - zamawiający mają problemy z płynnością finansową. Nawet jednak w zwykłych okolicznościach kapitalne znaczenie dla zamawiającego może mieć np. możliwość rozłożenia zapłaty ceny na raty. To prawda, że możliwe jest umieszczenie określonego terminu płatności w ramach specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednakże taka możliwość dotyczy także innych kryteriów oceny oferty (np. terminu wykonania)*. Tym samym, zdaniem Izby, kryteria jakościowe mogą odnosić się do szeroko rozumianych korzystnych dla zamawiającego rozwiązań dotyczących przedmiotu zamówienia. Przy czym Izba zaznacza, że kluczowe w tym zakresie mają indywidualne uwarunkowania zamawiającego, w konkretnym postępowaniu przetargowym. Skoro zatem termin płatności stanowi element składający się na przedmiot zamówienia, zaś jak wskazał Zamawiający, terminy płatności ma dla niego kluczowe znaczenie z uwagi na to, że jest publicznym podmiotem leczniczym, co skutkuje tym, iż procedura uzyskania środków na niniejsze zamówienie ulega znacznemu wydłużeniu, przyjęte kryterium terminu płatności uznać należy za kryterium spełniające wymagania określone w art. 242 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 241 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Jakość postrzegana jako spełnienie uzasadnionych potrzeb Zamawiającego dotyczących sposobu płatności, w konkretnych uwarunkowaniach w jakich funkcjonuje wypełnia wskazane ww. przepisach wymagania. Izba podkreśla, że skoro ustawodawca dopuszcza w ramach kryteriów jakościowych kryterium warunków dostawy takich jak termin, sposób, czas dostawy czy okres realizacji, brak jest uzasadnienia dla wyłączenia kryterium terminu płatności. Wszystkie te warunki pośrednio związane są z możliwościami finansowymi poszczególnych wykonawców, a jak wynika z uchwały SN taki pośredni dyskryminacyjny charakter kryteriów nie może decydować o ich dopuszczalności. Mogą one być uznane, w odniesieniu do konkretnych zamawiających i ich indywidualnych uwarunkowań, za kryteria jakościowe rozumiane jako spełnienie wymagań/oczekiwań zamawiającego dotyczących dowolnego aspektu przedmiotu zamówienia.

Po trzecie Izba wskazuje, że odrębną kwestią jest procentowy podział poszczególnych kryteriów oceny ofert przyjęty przez Zamawiającego. W tym zakresie, zdaniem Izby, Odwołujący nie objął zakresem zarzutu przypisania przez Zamawiającego kryterium terminu płatności wagi 40%. Nie wnioskował również o zmniejszenie tak przyjętego procentowego udziału kwestionowanego kryterium w przyjętych kryteriach oceny ofert. Izba związane jest treścią zarzutu i nie może orzekać o zarzutach nie zawartych w odwołaniu. Izba wskazuje na marginesie, że w Uchwale SN dopuścił możliwość stosowania kryterium terminu płatności, zaznaczając jednocześnie, iż w praktyce konieczne jest ustalenie właściwych proporcji w zakresie wagi poszczególnych kryteriów. Takie proporcje nie mogą to być ustalone dowolnie i nie mogą prowadzić do sytuacji, w których oferta obiektywnie zdecydowanie korzystniejsza na skutek sztucznych manipulacji kryteriami w ramach specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ustępuje ofercie z istotnie odroczonym terminem płatności. Tego rodzaju postępowanie byłoby równoznaczne z naruszeniem ustawy Pzp. Okoliczności te winny być zawsze przedmiotem rozważań ze strony Zamawiającego w procesie ustalania kryteriów oceny ofert.

Po czwarte należy wskazać, że ustalając kryteria oceny ofert, Zamawiający związany jest zasadą równego traktowania wykonawców. Słusznie zatem, w kontekście powyższej zasady wskazał pełnomocnik Odwołującego, iż w swojej argumentacji Odwołujący nie wykazał dyskryminacyjnego charakteru kwestionowanego kryterium oceny ofert. Nie wykazał również w jaki sposób kryterium to prowadzi do wyeliminowania Odwołującego czy określonej grupy podmiotów z postępowania. Należy uznać, że kryterium ma charakter dyskryminacyjny wówczas, gdy prowadzi do wyłączenia określonej kategorii potencjalnych wykonawców bez uzasadnionej przyczyny. Kształtowanie zatem poszczególnych kryteriów oceny ofert nie jest działaniem dowolnym - musi mieć swoje uzasadnienie w istniejących potrzebach zamawiającego, które, w ocenie Izby, w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wykazał.

Z tych względów, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 ).

**Przewodniczący:** .....