Sygn. akt: KIO 3296/21

WYROK

z dnia 26 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Anna Kuszel - Kowalczyk

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 listopada 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 listopada 2021 r. przez wykonawcę CATERMED sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Wojewódzki Szpital Zespolony im. Ludwika Perzyny z siedzibą w Kaliszu,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu - Wojewódzkiemu Szpitalowi

Zespolonemu im. Ludwika Perzyny z siedzibą w Kaliszu unieważnienie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 305 pkt 1 w zw. z. art. 214 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późń. zm.).

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Wojewódzki Szpital Zespolony im. Ludwika Perzyny z siedzibą w Kaliszu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawcę CATERMED Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego - Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. Ludwika Perzyny z siedzibą w Kaliszu na rzecz Odwołującego - wykonawcy CATERMED sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi kwotę 11 192 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto dziewięćdziesiąt dwa złote zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, oraz dojazdu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późń. 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 3296/21

Zamawiający - Wojewódzki Szpital Zespolony im. Ludwika Perzyny z siedzibą w

Kaliszu [dalej „Zamawiający"] prowadzi na podstawie art. 305 pkt 1 w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej ustawa Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na „Usługę na przygotowanie posiłków dla pacjentów Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. Ludwika Perzyny w Kaliszu, z lokalizacją przy ul. Poznańskiej 79 i ul. Toruńskiej 7, z produktów własnych na bazie kuchni Zamawiającego" nr ref. 54/21.

Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 3 listopada 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00255985. Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych.

W dniu 8 listopada 2021 r. wykonawca CATERMED sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi [dalej „Odwołujący"] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającym naruszenie:

1. art. 305 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 359 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, pomimo że nie została spełniona wskazana przez Zamawiającego przesłanka udzielenia zamówienia z wolnej ręki, tj. że usługa może być świadczona tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze.

Wobec ww. zarzutu Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania w trybie z wolnej ręki;

2. jeśli umowa została zawarta, to o:

a. unieważnienie umowę w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożyć karę finansową;

b. ewentualnie o orzeczenie o skróceniu okresu obowiązywania umowy zawartej w trybie z wolnej ręki.

Ponadto odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów z:

1. następujących dokumentów:

a) umowa z dnia 15 kwietnia 2021 roku nr 01/EZ/DN/21 - w celu wykazania faktu związania Odwołującego i Zamawiającego umową na realizację dostaw posiłków do dnia 31 października 2021 roku oraz posiadania przez Odwołującego zdolności do wykonania zamówienia w przedmiocie dostarczania posiłków do Zamawiającego;

b) ogłoszenie o zamówieniu z dnia 14.07.2021 r. nr 2021/S 134-356625 - w celu wykazania faktu prowadzenia przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego;

c) informacja z dnia 07.09.2021 roku - w celu wykazania faktu unieważnienia przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z powodu przekroczenia kwoty przeznaczonej oraz niewzięcia udziału w postępowaniu przez wykonawcę

P. P. RESTAURACJA POD DZWONEM;

d) zaproszenie z dnia 24 września 2021 r. - w celu wykazania faktu zaproszenia Odwołującego do wzięcia udziału we wstępnych konsultacjach

rynkowych;

e) informacja z dnia 05 października 2021 r. o zakończeniu wstępnych

konsultacji rynkowych - w celu wykazania faktu, że wykonawca P. P. RESTAURACJA POD DZWONEM nie wziął udziału we wstępnych konsultacjach rynkowych, oraz posiadania przez Odwołującego oraz innych wykonawców zdolności do wykonania zamówienia w przedmiocie dostarczania posiłków do Zamawiającego;

f) oferty pracy z Centralnej Bazy Ofert Pracy. (2 egz.) - w celu wykazania faktu, że wykonawca P. P. RESTAURACJA POD DZWONEM już w dniu 21 października prowadził rekrutację do pracy w szpitalnej kuchni przy ul. Poznańskiej 79;

g) wniosek z dnia 03.11.2021 roku o udzielenie informacji publicznej - w celu wykazania faktu wystąpienia przez Odwołującego o udostępnienie umowy zawartej w trybie z wolnej ręki;

2. zeznań stron - za Odwołującego Prezes Zarządu Ł. M. - w celu wykazania faktu odbycia spotkania w dniu 21 października 2021 roku, ustalenia warunków przedłużenia umowy z dnia 15 kwietnia 2021 roku, odmowy przedłużenia umowy z dnia 15 kwietnia 2021 roku z uwagi na niewszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zawarcia umowy przez Zamawiającego z wykonawcą P. P. RESTAURACJA POD DZWONEM o wartości wyższej niż oferowana przez Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że w dniu 3 listopada 2021 roku Zamawiający ogłosił o zamiarze zawarcia umowy w trybie z wolnej ręki na „Usługę na przygotowanie posiłków dla pacjentów Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. Ludwika Perzyny w Kaliszu, z lokalizacją przy ul. Poznańskiej 79 i ul. Toruńskiej 7, z produktów własnych na bazie kuchni Zamawiającego", o wartości zamówienia poniżej progu unijnego. Odwołujący poinformował, że działając w konsorcjum firm wraz z Jol-Mark sp. z o.o. oraz Vendi Cleaning sp. z o.o., zawarł w dniu 15 kwietnia 2021 roku z Zamawiającym umowę w zakresie dostarczania posiłków do Zamawiającego. Umowa została zawarta na okres od dnia 16 kwietnia 2021 roku do dnia 31 października 2021 roku. Dalej Odwołujący podał, że w dniu 14 lipca 2021 roku Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na analogiczną usługę, która miała być realizowana od dnia 1 listopada 2021 roku. W dniu 7 września 2021 roku Zamawiający unieważnił postępowanie, z uwagi na fakt, że wartość złożonych ofert przekraczała kwotę przeznaczoną przez Zamawiającego na realizację zamówienia. W dniu 24 września 2021 roku Zamawiający zaprosił Odwołującego do wstępnych konsultacji rynkowych. W dniu 5 października 2021 roku opublikował informację o zakończeniu wstępnych konsultacji rynkowych. Odwołujący podkreślił, że do chwili obecnej Zamawiający nie wszczął nowego postępowania. W dniu 21 października 2021 roku odbyło się spotkanie przedstawiciela konsorcjum Catermed Sp. z o.o. oraz Jol-mark Sp. z o.o. oraz Naprzód Marketing Sp. z o.o. - Pana Ł. M. (Prezesa Jol-Mark Sp. z o.o. oraz Catermed Sp. z. o.o.), na którym ustalono, że strony zawrą aneks do umowy nr 01/EZ/DN/21 z dnia 15 kwietnia 2021 roku, w celu przedłużenia tej umowy do dnia 31 grudnia 2021 roku. Zamawiający nie zgodził się na wzrost wynagrodzenia wykonawcy, dlatego ustalono, że w tym zakresie umowa się nie zmieni. Odwołujący podał, że Konsorcjum zgodziło się na zawarcie takiego aneksu pod warunkiem, że Zamawiający bezzwłocznie ogłosi nowe postępowanie o udzieleniu zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego. Również w dniu 21 października 2021 roku wykonawca P. P. RESTAURACJA POD DZWONEM zamieścił na OLX ogłoszenia o zatrudnieniu 4 kucharzy i 4 pomocy kuchennych do kuchni tego wykonawcy w Kaliszu przy ul. Poznańskiej 79 (obiekt Zamawiającego). Odwołujący wywodził, że świadczy to o prowadzeniu przez Zamawiającego zaawansowanych rozmów z firmą P. P. RESTAURACJA POD DZWONEM w celu zawarcia umowy z ominięciem procedury przetargowej i zleceniem usługi z wolnej ręki. Odwołujący zaznaczył, że firma ta nie brała udziału, ani w postępowaniu przetargowym znak sprawy 26/21 na okres 48 miesięcy, gdzie należało spełnić wszystkie formalne warunki udziału w postępowaniu oraz posiadać stosowne doświadczenie, jak również w konsultacjach rynkowych firma nie przedstawiła możliwości rozwiązania i propozycji realizacji usług żywienia dla tego Szpitala. Odwołujący podał, że od dnia 25 października 2021 roku zaczęły pojawiać się osoby z CV do pracy, które przynoszono do kantyny jeszcze obsługiwanej przez konsorcjum. Ponadto Odwołujący podał, ze w kolejnych dniach odbywały się spotkania pracowników konsorcjum z firmą zewnętrzną w celu „podkupienia" pracowników do realizacji przygotowania posiłków dla pacjentów Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. Ludwika Perzyny w Kaliszu, zaczęto także realizować usługi porządkowe na nowym obiekcie kuchni, a od dnia 03.11.2021 rozpoczęły się szkolenia z użytkowania sprzętu już na kuchni Zamawiającego zgodnie z przekazanymi informacjami od naszych pracowników biorących udział w rekrutacjach. Odwołujący podał również, że w dniu 27 października 2021 roku przesłano do konsorcjum Catermed Sp. z o.o. oraz Jol-mark Sp. z o.o. oraz Naprzód Marketing Sp. z o.o. zgodnie z prowadzonymi rozmowami Aneksy umożliwiające realizację zamówienia do dnia 31.12.2021 (data

podpisania aneksu 26.10.2021 r.). Konsorcjum ponownie potwierdziło chęć realizacji pod warunkiem zamieszczenia ogłoszenia o nowym zamówieniu publicznym. W związku odmową i nieogłoszeniem nowego postępowania konsorcjum odmówiło podpisania Aneksu do dnia 31 grudnia 2021 roku. Odwołujący oświadczył, że w dniu 29.10.2021 Zamawiający przesłał Aneks przedłużający umowę z dnia 15 kwietnia 2021 r. tylko do dnia 6 listopada 2021 r. W dniu 03.11.2021 r., tj. w dniu, w którym opublikowane zostało ogłoszenie o zamiarze udzielenia zamówienia z wolnej ręki, Odwołujący wniósł o udzielenie przez Zamawiającego informacji publicznej w postaci udostępnienia umowy z nowym wykonawcą. Do dnia odwołania Zamawiający nie wykonał wniosku. Odwołujący wskazał, że z informacji uzyskanych drogą nieformalną wynika, że Zamawiający zawarł umowę z wykonawcą P. P. RESTAURACJA POD DZWONEM opiewającą na wynagrodzenie wyższe niż wynikające z umowy z dnia 15 kwietnia 2021 roku nr 01/EZ/DN/21 oraz wyższe niż oferowane przez Odwołującego podczas spotkania w dniu 12 września 2021 roku. Odwołujący ocenił, że powyższe okoliczności ewidentnie świadczą o działaniu Zamawiającego zmierzającym do unikania stosowania przepisów ustawy Pzp. Nie jest prawdą twierdzenie Zamawiającego, że z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze tylko P. P. RESTAURACJA POD DZWONEM jest zdolny do wykonania zamówienia. Odwołujący podkreślił, że on również był gotów do wykonania zamówienia, świadczy o tym fakt, że Zamawiający oferował przedłużenie umowy z dnia 15 kwietnia 2021 roku do dnia 31 grudnia 2021 roku. Zarówno w unieważnionym postępowaniu, jak i w konsultacjach rynkowych brało udział kilku wykonawców, tym samym należy uznać, że więcej niż jeden podmiot miał zdolność do wykonania zamówienia. Odwołujący stwierdził, że dążył jednak do tego, aby Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący za niedopuszczalne uznał dążenie Zamawiającego do zawarcia umowy w trybach pozakonkurencyjnych. W okresie od dnia 7 września 2021 roku do dnia wniesienia odwołania Zamawiający nie wszczął postępowania. Również po zakończeniu wstępnych konsultacji rynkowych Zamawiający nie wszczął postępowania. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 1 Pzp. Zamawiający nie wykazał, że tylko wykonawca P. P. RESTAURACJA POD DZWONEM z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze posiadał zdolność do wykonywania zamówienia. Nie zrozumiałe jest powoływanie się przez Zamawiającego na fakt wykonywania przez wykonawcę P. P. RESTAURACJA POD DZWONEM usługi rozruchu technologicznego kuchni szpitalnej Zamawiającego i próbnych produkcji posiłków celem potwierdzenia prawidłowego ciągu technologicznego przygotowania posiłków. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nie wykazał, że tylko ten podmiot był zdolny do wykonania usługi rozruchu technologicznego kuchni szpitalnej Zamawiającego i próbnych produkcji posiłków celem potwierdzenia prawidłowego ciągu technologicznego przygotowania posiłków. W ocenie Odwołującego powierzenie usługi rozruchu kuchni szpitalnej służyło obejściu przepisów ustawy. Ponadto Odwołujący podkreślił, że art. 214 ust. 1 pkt 1 Pzp można zastosować jedynie w przypadku, gdy nie istnieje rozsądne rozwiązania alternatywne lub rozwiązania zastępcze. W przedmiotowym przypadku istnieje rozwiązanie alternatywne - usługa przygotowywania posiłków nie musi być realizowana w oparciu o kuchnię szpitalną. Odwołujący wraz z konsorcjum firm: JOL-MARK sp. z o.o. oraz Vendi Cleaning sp. z o.o. realizował usługę dostarczania posiłków w formie cateringu. Postępowanie Zamawiającego w sposób oczywisty godzi w zasadę równego traktowania wykonawców, bowiem w sposób oczywisty dążyło do wyboru wykonawcy P. P. RESTAURACJA POD DZWONEM.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 23 listopada 2021 r. wniósł o oddalenie odwołania oddalenie odwołania w całości oraz o zasądzenie na rzecz Zamawiającego od Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji według dołączonej do niniejszej odpowiedzi na odwołanie faktury.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołań.

Izba oceniła, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnili materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego w tym także dokumenty stanowiące załączniki do odpowiedzi na odwołanie, oraz dokumenty przedłożone przez Odwołującego za składanymi pismami.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron postępowania odwoławczego złożone w pismach procesowych oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 23 listopada 2021 r., w tym odpowiedzi na odwołanie z załącznikami.

Izba oddaliła wniosek Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z zeznań stron uznając, że został on powołany jedynie dla zwłoki, a jego przeprowadzenie nie jest konieczne do wydania rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie. W ocenie Izby przedmiotowy wniosek w okolicznościach zawisłego sporu, w tym w szczególności wobec dokonanej analizy uzasadnienia faktycznego i prawnego wybranego trybu zamówienia z wolnej ręki zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych pozbawiony był uzasadnienia i służyłby jedynie przedłużeniu postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 3 listopada 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00255985 [dalej Ogłoszenie], Zamawiający na podstawie art. 305 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zamierza udzielić zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Zgodnie z punktem 3.8) ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy (krótki opis przedmiotu zamówienia) przedmiot zamówienia składa się z jednego niepodzielnego zadnia na: świadczenie usługi przygotowania posiłków w zakresie żywienia dla pacjentów Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. Ludwika Perzyny w Kaliszu, z lokalizacją przy ul. Poznańskiej 79 i ul. Toruńskiej 7, z produktów własnych, na bazie kuchni Zamawiającego.

W ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy Zamawiający podał następujące uzasadnienie prawne i faktyczne wybranego trybu:

„Wykonawca robót budowlanych w dn. 31.08 br. oddał do użytkowania w pełni wyposażoną kuchnię będącą własnością Zamawiającego, na bazie której mają być wykonywane usługi żywienia. W związku z powyższym Zamawiający w lipcu br. ogłosił postępowanie pn. Usługa na przygotowanie posiłków dla pacjentów Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego im. Ludwika Perzyny w Kaliszu, z lokalizacją przy ul. Poznańskiej 79 i ul. Toruńskiej 7, z produktów własnych, na bazie kuchni Zamawiającego, które zakończyło się jego unieważnieniem z przyczyn określonych w art. 255 pkt 3 ustawy Pzp - cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Zamawiający w chwili obecnej korzysta z usług żywienia pacjentów Szpitala (ok. 480 pacjentów dziennie) wykonywanych przez Konsorcjum Firm: Catermed Sp. z o.o. , Jol-Mark Sp. z o.o., Naprzód Marketing Sp. z o.o.

Usługa ta jest wykonywana na podstawie umowy, której wartość nie została wykorzystana, a wykonawca wyraził zgodę na jej kontynuowanie po niezmiennych cenach jednostkowych za posiłki (możliwość takiej zmiany została zawarta w umowie pierwotnej). Jednak wykonawca poinformował zamawiającego w dniu 29.10 br., że usługę tę może wykonywać jedynie do

dnia 06.11. br. - choć zapewniał że gotowy jest wykonywać usługę do rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia o którym mowa wyżej, ale nie dłużej niż do dnia 31 grudnia 2021 r. Zamawiający nie może sobie pozwolić, aby leczonym pacjentom nie podano posiłków w trakcie ich hospitalizacji. Uznał więc, że zachodzi przesłanka udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, ponieważ usługi mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze.

Charakter zamówienia jest złożony i obejmuje taki zakres wykonywania usługi, że biorąc pod uwagę termin, w jakim trzeba udzielić zamówienia wyklucza to możliwość zastosowania trybu konkurencyjnego.

Złożoność świadczenia usługi polega m.in. na:

a) Uzupełnieniu rozruchu technologicznego kuchni

b) przygotowanie posiłków w Kuchni Szpitalnej i wydanie ich do dystrybucji na oddziały - do drzwi oddziałów; Liczba dziennie żywionych pacjentów wyniesie około 480 osób, w tym około 25 dzieci i młodzieży do lat 18

c) w szpitalu stosuje się 33 różne diety. Wykonawca musi przygotować 3 pełne posiłki dla dorosłych oraz dodatkowo drugie śniadanie i podwieczorek dla dzieci i młodzieży do 18 r.ż. oraz dla osób będących na diecie bogatobiałkowej i kobiet ciężarnych po 20 tygodniu ciąży, a także oprócz tych 5 posiłków - drugą kolację dla osób będących na diecie z ograniczeniem łatwo przyswajalnych węglowodanów, uwzględniając podstawowe składniki i produkty spożywcze wysokiej jakości, stosowane w żywieniu dietetycznym zgodnie ze zgłoszoną dietą, zachowując wymogi sanitarno-epidemiologiczne w zakresie higieny osobistej personelu Wykonawcy, warunków przygotowywania posiłków i ich transportu.

d) wykonawca zobowiązany jest do dostarczanie posiłków na ul. Toruńską,

e) przyjęcie naczyń wraz z resztkami pokonsumpcyjnymi i sztućców po skończonej konsumpcji,

f) przyjęcie zużytych zestawów i sztućców oraz resztek pokarmowych z Oddziału Chorób Zakaźnych oraz z innych wskazanych przez personel Zamawiającego, jeśli hospitalizowany pacjent był chory zakaźnie i ich utylizację kosztem i staraniem własnym, z zapewnieniem odpowiednich warunków sanitarnych.

Rodzaje stosowanych diet w Szpitalu:

Wykonawca jest zobowiązany przygotowywać całodzienne wyżywienie z uwzględnieniem następujących diet leczniczych i specjalnych:

1) Podstawowa

2) Bogatoresztkowa

3) Łatwostrawna

4) Bezmleczna

5) Łatwostrawna bez mleka

6) Z ograniczeniem tłuszczu/trzustkowa

7) Żołądkowa/wątrobowa

8) Papkowata/rozdrobniona

9) Papkowata bezmleczna/zmiksowana

10) Płynna

11) Płynna wzmocniona

12) Płynna wzmocniona do żywienia przez zgłębnik

13) Płynna bez mleka

14) Kleikowa

15) Cukrzyca/ubogoenergetyczna 1000-1500 kcal

16) Cukrzycowa insulinowa

17) Cukrzyca oszczędzająca

18) Bogatobiałkowa/wysokokaloryczna

19) Niskobiałkowa

20) Bezglutenowa

21) Ubogoresztkowa

22) Wegetariańska

23) Ubogopurynowa

24) Ubogopotasowa

25) Biegunkowa

26) Położnicza

27) Dzieci 1-3

28) Dzieci podstawa

29) Dzieci łatwostrawna

30) Dzieci cukrzycowa

31) Onkologiczna

32) Onkologiczna cukrzycowa

33) Specjalna

Jednocześnie zamawiający wskazuje, że jedynym wykonawcą, któremu Zamawiający może udzielić zamówienia jest RESTAURACJA POD DZWONEM P. P. z siedzibą w Krotoszynie, w chwili obecnej wykonuje usługę rozruchu technologicznego kuchni szpitalnej zamawiającego i próbnych produkcji posiłków celem potwierdzenia prawidłowego ciągu technologicznego przygotowania posiłków. Aby w pełni wdrożyć usługę produkcji posiłków na bazie kuchni szpitalnej od rana w dniu 7 listopada br. (niedziela) zasadne jest zaproszenie do negocjacji w/w wykonawcy."

Wykonawcą, z którym Zamawiający zamierzają zawrzeć umowę jest P. P. RESTAURACJA POD DZWONEM z siedzibą w Krotoszynie.

Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki poprzez zaproszenie ww. wykonawcy do negocjacji w dniu 3 listopada 2021 r. Zamawiający przeprowadził negocjacje w dniu 4 listopada 2021 r. Zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego w związku z wniesieniem odwołania do chwili obecnej nie zawarł umowy.

Izba zważyła, co następuje:

Tytułem wstępu wskazać należy, iż zgodnie z art. 129 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego i przetargu ograniczonego, a w pozostałych trybach zamawiający może udzielić zamówienia w przypadkach określonych w ustawie. Stosownie do treści art. 306 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający, po wszczęciu postępowania, może zamieścić w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy. W § 2 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2020 r. poz. 2439) określono zakres informacji zawartych w ogłoszeniach zamieszczanych w BZP dla ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy (załącznik nr 2), tj. m.in. dotyczących trybu udzielenia zamówienia (pkt 4) obejmujących uzasadnienie faktyczne i prawne wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki (ppkt 2) oraz zawarcia umowy (pkt 5) obejmujących m.in. dane wykonawcy z którym zamawiający zamierza zawrzeć umowę.

Z powyższego wynika zatem, iż na zamawiających nałożone zostały określone obowiązki informacyjne, w tym w szczególności dotyczące przedstawienia uzasadnienia faktycznego i prawnego trybu zamówienia z wolnej ręki. Powyższa czynność zamawiającego (przedstawienie uzasadnienia w BZP) ma kluczowe znacznie dla wykonawców potencjalnie zainteresowanych danym zamówieniem, którzy na podstawie zamieszczonego właśnie w Biuletynie Zamówień Publicznych uzasadnienia wybranego trybu dokonują oceny prawidłowości czynności zamawiającego, przede wszystkim z uwagi na ewentualność skorzystania ze środków ochrony prawnej. Dokonywana następczo przez Izbę ocena legalności zastosowanego trybu udzielenia zamówienia wywołanego wniesieniem odwołania również następuje w oparciu o uzasadnienie faktyczne i prawne upublicznione w Biuletynie

Zamówień Publicznych. Tym samym to po stronie zamawiającego leży zawsze wyczerpujące i wszechstronne przedstawienie okoliczności faktycznych i prawnych celem wykazania wszystkich przesłanek warunkujących udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej

ręki na podstawie ustawy Pzp, na które powołuje się Zamawiający i poddawanych ewentualnej kontroli wykonawców oraz Izby. Stroną twierdzącą, że przesłanki zawarte w tym przepisie zostały spełnione jest zamawiający, który ze swoich twierdzeń wywodzi skutki prawne w postaci udzielenia zamówienia w trybie niekonkurencyjnym. Ciężar udowodnienia, że zachodzą przesłanki uzasadniające odstępstwo od procedury konkurencyjnej spoczywa bowiem na podmiocie powołującym się na te okoliczności (vide przykładowo wyroki TSUE w sprawach C - 199/85, C-394/02, C - 385/02). Dalej należało zważyć, iż przesłanki udzielania zamówienia w trybie z wolnej ręki podlegają wykładni ścisłej, stanowią bowiem wyjątek od zasad udzielania zamówień publicznych przez wyłączenia możliwości konkurowania wykonawców. Pogląd ten jest dobrze ugruntowany w orzecznictwie dotyczącym zamówień publicznych (vide przykładowo: ETS sprawa C-57/94, C-385/02). Zasady udzielania zamówień publicznych: równego traktowania, uczciwej konkurencji oraz przejrzystości nakazują, aby w razie wątpliwości, co do spełnienia przesłanek do udzielenia zamówienia z wolnej ręki, przyjmować wykładnię bardziej restrykcyjną, nie zaś rozszerzającą.

Zdaniem Izby w okolicznościach rozpoznawanej sprawy Zamawiający nie sprostał powyższemu obowiązkowi, a poddane ocenie uzasadnienie faktyczne i prawne zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych było lakoniczne i nie potwierdzało zasadności wybranego trybu zamówienia z wolnej ręki. Tym samym ocena legalności zastosowanego przez Zamawiającego trybu udzielenia zamówienia dokonana została przez Izbę na podstawie ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy zamieszczonego w BZP w dniu 3 listopada 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00255985.

Istotą niniejszego sporu jest rozstrzygnięcie, czy w rozpoznawanym przypadku zostały wykazane przesłanki uprawniające Zamawiającego do udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 305 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp (z okoliczności wskazanych w Ogłoszeniu wywodzić należy iż Zamawiający zamierza udzielić zamówienia w oparciu o przesłankę określoną w art. 214 ust. 1 pkt 1 lit a) ustawy Pzp, dlatego tez na tej przesłance koncentrują się rozważania Izby).

Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn:

a) technicznych o obiektywnym charakterze,

b) związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów

- jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia.

Izba uznała, że w okolicznościach rozpoznawanej sprawy Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanki, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp.

Dla oceny spełnienia przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 1 lit a) ustawy Pzp konieczne jest ustalenie czy w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy obiektywnie usługę może świadczyć tylko jeden wykonawca. Zamawiający przywoływał w odpowiedzi na odwołanie orzeczenie TSUE [dawniej Trybunał Sprawiedliwości] z 10 marca 1987 r. C-199//85 Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Włoch, w którym Trybunał dając swoistą wykładnię tej przesłanki stwierdził, że do prawidłowego zastosowania trybu negocjacyjnego bez publikacji ogłoszenia z przyczyn technicznych nie jest wystarczające wykazanie, iż konkretny wykonawca jest zdolny do najbardziej efektywnej realizacji danego zamówienia. Należy bowiem wykazać, że tylko i wyłącznie dany wykonawca jest w stanie w ogóle zamówienie wykonać. Konieczne jest zatem obiektywne ustalenie przez zamawiającego, czy w danej sytuacji, w odniesieniu do danego konkretnego zamówienia, istnieją jacykolwiek inni alternatywni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie zrealizować zamówienie. Wystarczy, że na rynku działają co najmniej dwa podmioty mogące wykonać zamówienie, aby możliwość zastosowania przedmiotowego trybu z przyczyn technicznych była wyłączona. „Przyczyny techniczne" muszą nie tylko dotyczyć aspektów technicznych danych usług, robót budowlanych lub towarów, które mają być przedmiotem zamówienia publicznego, lecz także mieć taki charakter, aby w sposób obiektywny wskazywały, że wykonanie zamówienia przez innego wykonawcę jest ze względów technicznych rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione, i że ta niemożliwość ma charakter nieprzezwyciężalny. Przyczyny techniczne to względy nie tylko techniczno-technologiczne, lecz także techniczno-organizacyjne, które sprawiają, że realizacja określonego zamówienia publicznego może być powierzona tylko jednemu wykonawcy."

Zamawiający w Ogłoszeniu oraz odpowiedzi na odwołanie wiązał przyczyny techniczne z koniecznością dokonania przez wykonawcę zamówienia rozruchu technologicznego kuchni Zamawiającego. Przy czym podkreślić należy, iż w odpowiedzi na odwołanie zamawiający wskazał, iż np. Odwołujący potrzebowałby czasu na wdrożenie

swoich pracowników do wykonania rozruchu kuchni i dopiero po upływie co najmniej jednego tygodnia mógł skutecznie wykonywać tak zawartą umowę, podczas gdy na rozprawie wskazywał, że rozruch kuchni jest czynnością długotrwałą. Podczas gdy w Ogłoszeniu, Zamawiający podnosił, iż jedynym wykonawcą, któremu Zamawiający może udzielić zamówienia jest wykonawca P. P. i wynika to z faktu uprzedniego wykonywania przez tego wykonawcę usługi rozruchu technologicznego kuchni Zamawiającego (której to świadczenie zakończyło się w dniu 4 listopada 2021 r.), jest jedynym podmiotem, który może wdrożyć produkcję posiłków na bazie kuchni szpitalnej od rana w dniu 7 listopada br. Dostrzec należy, iż wobec wniesienia odwołania, argumentacja ta częściowo straciła na znaczeniu, faktem jest, iż aktualnie wykonawca ten w dalszym ciągu świadczy usługi przygotowywania posiłków na rzecz Zamawiającego lecz terminy zakładane przez Zamawiającego uległy dezaktualizacji. W ocenie Zamawiającego wyrażonej, w odpowiedzi na odwołanie świadczy to o wystąpieniu w niniejszym postępowaniu przyczyny „technologiczno - organizacyjnej" o obiektywnym charakterze.

Wobec przytoczenia ww. wyroku TSUE, niezrozumiała jest argumentacja Zamawiającego. Niewątpliwie przyczyny wskazane przez Zamawiającego w Ogłoszeniu nie pozwalają na obiektywne ustalenie, że tylko i wyłącznie wykonawca wskazany przez Zamawiającego może wykonać zamówienie. Jak twierdził Odwołujący i z czym Izba się zgadza, rozruch technologiczny kuchni nie jest dla wykonawców realizujących usługi przygotowywania posiłków z wykorzystaniem kuchni Zamawiającego okolicznością nadzwyczajną i niespotykaną w prowadzonej działalności. Każdy wykonawca rozpoczynając świadczenie tego typu usługi dla kontrahenta musi przejść przez ten proces. Jak sam Zamawiający przyznał, podczas rozprawy, prowadził uprzednio postępowanie konkurencyjne obejmujące swym zakresem m.in. rozruch kuchni i przygotowywanie posiłków. Oferty w tym postępowaniu złożyło 3 wykonawców i każdy z ich oferował przeprowadzenie rozruchu kuchni. Fakt ten również potwierdza, iż obiektywnie oceniając istnieją na rynku wykonawcy zdolni do realizacji zamówienia. A jeśli w danym miejscu i czasie na rynku istnieje dwu lub więcej wykonawców mogących świadczyć tego rodzaju usługi wybór wykonawcy powinien nastąpić w jednym z trybów konkurencyjnych przewidzianych ustawą Pzp. Dostrzec również należy, iż Zamawiający niejako sam „wykreował monopol" wykonawcy P. P. udzielając mu zamówienia na przeprowadzenie rozruchu technologicznego kuchni poza ustawą Pzp.

Jak wskazał Trybunał „przyczyny techniczne" muszą mieć taki charakter, by w sposób obiektywny wskazywały, że wykonanie zamówienia przez innego wykonawcę jest ze względów technicznych rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione, i że ta niemożliwość ma charakter nieprzezwyciężalny. Na gruncie ustawy Pzp mowa jest o rozsądnych rozwiązaniach alternatywnych lub rozwiązaniach zastępczych. Ustawodawca do art. 214 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp wprowadził także zastrzeżenie, że brak konkurencji nie może być wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia. Biorąc pod uwagę argumentację Odwołującego, którą Izba podziela, stwierdzić należy, iż Zamawiający mając na uwadze termin w jakim „trzeba udzielić zamówienia" oraz okoliczności technologiczne związane z rozpoczęciem świadczenia usług przez nowego wykonawcę w kuchni Zamawiającego mógł na pewien okres dopuścić rozwiązania alternatywne czy też zastępcze. Rozwiązaniem takim jest np. umożliwienie dostarczania przez wykonawcę gotowych posiłków przez okres dokonywania rozruchu kuchni (jak wskazał Zamawiający może to być okres 1 tygodnia) lub zamówienie tylko gotowych posiłków z dostawą do Zamawiającego tak jak odbywało się to do tej pory. Izba zwraca uwagę, iż koszty posiłków dostarczanych dotychczas przez Odwołującego od kosztów posiłków przygotowywanych w kuchni Zamawiającego zaoferowanych przez wykonawcę w toku negocjacji umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki (protokół negocjacyjny z 4 listopada 2021 r.), są zbliżone.

Zamawiający literalnie w Ogłoszeniu nie powoływał się na wystąpienie innej przesłanki umożliwiającej mu udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, jednakże w toku rozprawy wskazywał na ujawnioną w Ogłoszeniu pilną potrzebę realizacji zamówienia. Zamawiający w tym zakresie przywoływał sformułowanie "charakter zamówienia jest złożony i obejmuje taki zakres wykonywania usługi, że biorąc pod uwagę termin, w jakim trzeba udzielić zamówienia wyklucza to możliwość zastosowania trybu konkurencyjnego". Ustawa Pzp w art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przewiduje, że Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia". Jednakże w ocenie Izby, ze względu na harmonogram działań Zamawiającego zmierzający do udzielenia zamówienia w trybie konkurencyjnym (7 września 2021 r. - unieważnienie postępowania, zakończenie konsultacji rynkowych w dniu 5 października 2021 r., określenie planowanej daty wszczęcia kolejnego postępowania w trybie konkurencyjnym na początek grudnia) i wynikającą z niego pewną opieszałość zamawiającego we wszczęciu kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia w trybie konkurencyjnym, budzi wątpliwości spełnienie przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Szczególne w kontekście nieprzyczynienia się Zamawiającego do niemożliwości dochowania terminów dla innych konkurencyjnych trybów przewidzianych w ustawie Pzp.

Podnoszona przez Zamawiającego argumentacja celowościowa o znaczeniu zamawianych usług dla działalności zamawiającego i hospitalizacji pacjentów, chociaż nie umyka Izbie, nie może wpływać na treść rozstrzygnięcia, gdyż przesłanki zawarte w art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp nie odnoszą się do tego typu okoliczności.

Izba zważyła zatem, że Zamawiający zamierza udzielić zamówienia publicznego na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 1 lit a) ustawy Pzp z naruszeniem tego przepisu. Naruszenie to skutkuje nieuzasadnionym wyborem trybu niekonkurencyjnego. Udzielenie zamówienia z wolnej ręki bez spełnienia przesłanek ustawowych umożliwiających skorzystanie z tego trybu prowadzi do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych.

Naruszenie przepisów ustawy może mieć wpływ na wynik postępowania. Udzielenie zamówienia w trybie konkurencyjnym otwiera możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia innym wykonawcom niż arbitralnie wybrany przez Zamawiającego, zatem Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia. Wyeliminowanie naruszeń, których dopuścił się zamawiający, w inny sposób nie jest możliwe.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ust. 1 i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 574 Pzp uwzględniając wynikającą z art. 575 Pzp zasadę ponoszenia kosztów stosownie do odpowiedzialności za wynik postępowania. W rozpoznawanej sprawie stroną odpowiedzialną w całości za wynik postępowania był zamawiający.

Przewodnicząca: .....