Sygn. akt KIO 641/22

WYROK

z dnia 21 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Magdalena Grabarczyk
Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 marca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 marca 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: CATERMED sp. z o.o. w Łodzi, JOL-MARK sp. z o.o. w Gliwicach, Naprzód Marketing sp. z o.o. w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Wyszkowie

przy udziale wykonawcy K. A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe FALCON K. A. w Wołominie

zgłaszającego swoje przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: CATERMED sp. z o.o. w Łodzi, JOL-MARK sp. z o.o. w Gliwicach, Naprzód Marketing sp. z o.o. w Łodzi i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: CATERMED sp. z o.o. w Łodzi, JOL-MARK sp. z o.o. w Gliwicach, Naprzód Marketing sp. z o.o. w Łodzi tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: CATERMED sp. z o.o. w Łodzi, JOL-MARK sp. z o.o. w Gliwicach, Naprzód Marketing sp. z o.o. w Łodzi na rzecz Samodzielnego Publicznego Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej w Wyszkowie kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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.

Przewodnicząca: .....

Uzasadnienie

Zamawiający - Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Wyszkowie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej jako: „ustawa" lub „Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na całodobowe świadczenie usług w zakresie żywienia pacjentów w okresie 36 miesięcy w SPZZOZ w Wyszkowie wraz z dzierżawą pomieszczeń kuchennych i pomocniczych oraz wyposażeniem. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 14 stycznia 2022 r. pod numerem 2022/S 010019590. Wartość zamówienia przekracza progi unijne.

7 marca 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: CATERMED sp. z o.o. w Łodzi, JOL-MARK sp. z o.o. w Gliwicach, Naprzód Marketing sp. z o.o. w Łodzi wnieśli odwołanie. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty K. A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe FALCON K. A. w Wołominie w sytuacji, gdy wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej, tj. posiadania zaświadczenia niezależnego akredytowanego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi opartymi na odpowiednich normach europejskich oraz potwierdzenie wdrożenia procedur HACCP na wszystkich etapach produkcji, ponieważ certyfikat potwierdzający wdrożenie procedur HACCP:

a) został wydany przez jednostkę nieakredytowaną w zakresie HACCP;

b) nie obejmuje dietetyki.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. odrzucenie tej oferty;

3. ponowienie powtórzenia czynności wyboru ofert;

4. przeprowadzenie dowodu z:

- Schedule of Accreditation no 021 issued 04 May 2021 wraz z tłumaczeniem na język polski - w celu wykazania faktu wydania certyfikatu potwierdzającego wdrożenie zasad systemu HACCP przez podmiot nieakredytowany w tym zakresie;

- zrzutu ekranu ze strony [data dostępu: 07.03.2022] - w celu wykazania informowania przez DAS Certifiaction o przynależności do Holdingu SN Registrars (Holdings) oraz braku akredytacji w zakresie potwierdzania wdrożenia zasad systemu HACCP.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że wykładnia treści postanowienia rozdziału XIII pkt 1.2 lit. d) ppkt 8 Specyfikacji Warunków Zamówienia, dalej jako: „SWZ", aby miał on sens i pozwalał na realizację celu instytucji warunków udziału w postępowaniu, prowadzi do wniosku, że zamawiający wymagał złożenia zaświadczenia niezależnego akredytowanego podmiotu na potwierdzenie wdrożenia zasad systemu HACCP. Konieczne było zatem przedłożenie kopii zaświadczenia wystawionego przez podmiot akredytowany w rozumieniu ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności oraz art. 2 pkt 13 rozporządzenia Parlamentu Europejskiej i Rady (WE) nr 765/2008 z dnia 9 lipca 2008 r. ustanawiającego wymagania w zakresie akredytacji i uchylającego rozporządzenie (EWG) nr 339/93.

Odwołujący podniósł, że K. A. w celu wykazania spełnienia warunku udziału w

postępowaniu złożył certyfikat zatwierdzenia systemu zarządzania HACCP w zakresie produkcji posiłków w zakładzie żywienia zbiorowego oraz ich transportu i dystrybucji. Certyfikatem należy się posługiwać razem z certyfikatem w wersji angielskiej, który został wystawiony przez DAS Certification Ltd z siedzibą w Wielkiej Brytanii.

Powołał, że na polskiej stronie DAS Certifiacation znajduje się następująca informacja:

„W 2014 roku DAS Certification Ltd. wraz z siostrzaną spółką QEC Certification Ltd., została członkiem Holdingu SN Registrars Ltd. Partnerstwo pomiędzy trzema jednostkami certyfikującymi oznacza, że możemy zaoferować szerszy zakres certyfikacji w bardzo konkurencyjnych cenach, przy jednoczesnym zachowaniu wysokiego poziomu obsługi i profesjonalizmu. Można nas znaleźć po numerem akredytacji UKAS 8327. Nasi dotychczasowi Klienci otrzymali w ten sposób 100% pewność, że jednostka działa globalnie i pozyskuje nowe akredytacje na najbardziej prestiżowe systemy zarządzania."

Natomiast z akredytacji (Schedule of Accreditation) wydanej przez Służbę Akredytacyjną Zjednoczonego Królestwa (United Kingdom Accreditation Service) z dnia 4 maja 2021 roku wydanej pod numerem 8327 na rzecz: SN Registrars (Holdings) Limited wynika, że SN Registrars (Holdings) Limited jest akredytowany do prowadzenia certyfikacji następujących Standardów Systemów Zarządzania i związanych z nimi Systemów Sektorowych:

1. ISO 9001:2015;
2. ISO 14001:2015;
3. ISO 22301:2012;
4. ISO/IEC 27001:2013;
5. BS OHSAS 18001:2007 i ISO 45001:2018.

Z powołanych informacji odwołujący wywiódł, że SN Registrars (Holdings) Limited, ani żaden z podmiotów tworzących ten holding, nie są akredytowane do prowadzenia certyfikacji w zakresie HACCP (ang. Hazard Analysis and Critical Control Points), ani w zakresie ISO 22000, która to norma opiera się na systemie HACCP. Ze strony internetowej wystawcy certyfikatu złożonego przez K. A. wynika, że DAS Certification Ltd. oferuje certyfikację nieakredytowaną według wymagań HACCP oraz Systemów Zarządzania Bezpieczeństwem Żywności wg ISO 22000.

Podniósł ponadto, że ani SN Registrars (Holdings) Limited, ani Das Certification Ltd nie są akredytowane przez krajową jednostkę akredytującą, tj. Polskie Centrum Akredytacyjne.

Zdaniem odwołującego, skoro zamawiający wymagał wystawienia certyfikatu przez podmiot akredytowany, to oznacza - rozumując racjonalnie - że wystawca ma być akredytowany w zakresie, w jakim dokonuje certyfikacji, a nie w jakimkolwiek zakresie. Nie sposób uznać, że zamawiający dopuścił możliwość potwierdzenia wdrożenia zasad systemu HACCP przez jakikolwiek, dowolny podmiot.

Odwołujący podkreślił, że w warunku udziału w postępowaniu „nie chodziło zatem o dysponowanie jakimkolwiek certyfikatem, ale certyfikatem wystawionym przez podmiot udzielający certyfikacji akredytowanej w zakresie HACCP lub ISO 22000, bowiem tylko taki podmiot można uznać za obiektywny i wiarygodny".

Ponadto zaznaczył, że zamawiający wymagał przedstawienia certyfikatu potwierdzającego wdrożenie procedur opartych na zasadach systemu HACCP na wszystkich etapach produkcji. Zgodnie z wymogiem zamawiającego wykonawca powinien wybrać do przeprowadzenia certyfikacji firmę, która posiada pełną akredytację w zakresie potwierdzania standardu systemu zarządzania bezpieczeństwem żywności w całym łańcuchu żywnościowym.

Odwołujący zarzucił również, że zgodnie z odpowiedzią na pytania nr 8 wykonawca był zobowiązany do złożenia zaświadczenia potwierdzającego wdrożenie procedur HACCP na wszystkich etapach produkcji, tj. w zakresie: produkcji, dystrybucji, dietetyki oraz cateringu. Certyfikat K. A. nie uwzględnia dietetyki i nie potwierdza wdrożenia zasad systemu HACCP na wszystkich etapach wymaganych przez zamawiającego.

K. A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe FALCON K. A. w Wołominie zgłosił przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania

stronom kopii przystąpienia. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i rozpoznała je na rozprawie, podczas której strony i uczestnik podtrzymali dotychczasowe stanowisko.

Zamawiający i przystępujący swoje stanowiska zawarli również odpowiednio w odpowiedzi na odwołanie oraz w piśmie procesowym.

Izba ustaliła, co następuje:

W Sekcji III pkt 1.3 ppkt ogłoszenia o zamówieniu oraz w Rozdziale XIII pkt 1.2 lit. d) ppkt SWZ zamawiający ustalił, że o obowiązkiem wykonawcy, który ubiega się o udzielenie zamówienia, jest wykazanie, że posiada zaświadczenie niezależnego akredytowanego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi opartymi na odpowiednich normach europejskich oraz potwierdzenie wdrożenia procedur HACCAP na wszystkich etapach produkcji. Potwierdzeniem spełnienia warunku udziału będzie złożona kopia zaświadczenia.

W rozdziale XV pkt 7 ppkt 4) SWZ zamawiający ustalił, że wykonawca zobowiązany jest złożyć kopię „zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań Wykonawcy z normami jakościowymi opartymi na odpowiednich normach europejskich oraz potwierdzenie wdrożenia procedur HACCAP na wszystkich etapach produkcji, zgodnie z zapisami SWZ Rozdział XIII ust. 1 i 2 lit. d pkt 7".

21 stycznia 2022 r. zamawiający odpowiedział na pytanie o treść SWZ w brzmieniu: „Prosimy Zamawiającego o potwierdzenie, że na spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej Zamawiający wymaga, aby Wykonawca posiadał zaświadczenie niezależnego akredytowanego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań Wykonawcy z normami jakościowymi opartymi na odpowiednich normach europejskich oraz potwierdzenie wdrożenia procedur HACCAP w zakresie żywienia szpitalnego na wszystkich etapach produkcji, czyli w zakresie produkcji, dystrybucji, dietetyki oraz cateringu." Zamawiający udzielił odpowiedzi, że potwierdza.

Przystępujący w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu złożył certyfikat zatwierdzenia systemu zarządzania HACCP w zakresie produkcji posiłków w zakładzie żywienia zbiorowego oraz ich transportu i dystrybucji. Certyfikat w języku polskim został wystawiony 21 maja 2019 r. przez SN Registrars (Holdings) Limited DAS Certification Ltd z siedzibą w Wielkiej Brytanii.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 Pzp. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy stoją na przeszkodzie uznania

oferty odwołującego za najkorzystniejszą i uzyskania przez niego zamówienia.

Stosownie do art. 555 Pzp Izba rozpoznała odwołanie w granicach podniesionych w nim zarzutów. Granice te wyznaczają okoliczności faktyczne i prawne powołane w uzasadnieniu odwołania.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przesądzające znaczenie dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania ma treść postanowienia Rozdziału XIII pkt 1.2 lit. d) ppkt SWZ. Wbrew twierdzeniom odwołującego zamawiający nie wymagał złożenia zaświadczenia niezależnego akredytowanego podmiotu na potwierdzenie wdrożenia zasad systemu HACCP. Wymaganiem zamawiającego wynikającego z tego postanowienia SWZ jest:

1. wdrożenie procedur HACCAP na wszystkich etapach produkcji;

2. potwierdzenie tego przez złożenie zaświadczenia niezależnego akredytowanego

podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi opartymi na odpowiednich normach europejskich.

Izba uwzględniła, że odpowiedź na pytanie nr 8 nie zmieniła treści SWZ. Nie wnosił o to autor pytania. Zamawiający nie dokonał również zmiany SWZ z własnej inicjatywy. Po udzieleniu tej odpowiedzi oczekiwanie zamawiającego, co do treści zaświadczenia pozostało niezmienione w stosunku do postanowień SWZ - ma ono obejmować wszystkie etapy produkcji, a obowiązkiem wykonawcy jest złożenie stosownego certyfikatu.

Przypomnieć należy, że procedura udzielenia zamówienia publicznego na charakter sformalizowany, a obowiązkiem zamawiającego jest przestrzeganie podstawowych zasad prowadzenia postępowania wskazanych w art. 16 ust. 1 Pzp na każdym etapie postępowania. Zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji oraz przejrzystości nakazują do interpretacji treści dokumentów zamówienia stosować zasady wykładni literalnej. Ten rodzaj wykładni daje bowiem gwarancje poszanowania przywołanych zasad.

Izba zważyła, że odwołujący całkowicie pomija brzmienie warunku udziału w postępowaniu i zarzuty odwołania buduje wyłącznie na własnej interpretacji powołując się na wykładnię celowościową i niesprecyzowany przez siebie cel ustalenia warunków udziału w postępowaniu. Oczekiwanie, że zamawiający wymagał złożenia zaświadczenia niezależnego podmiotu akredytowanego w zakresie potwierdzania wdrożenia zasad systemu HACCP, nie wytrzymuje porównania z treścią SWZ. Odwołujący nie wskazał, dlaczego liberalne brzmienie warunku nie byłoby wystarczające dla realizacji umowy w sprawie tego zamówienia publicznego z należytą starannością z poszanowaniem wszystkich wymagań zamawiającego, a certyfikat złożony przez przystępującego nie był adekwatny do wymagania zamawiającego.

Oczekiwanie odwołującego umieszczenia dietetyki jako etapu produkcji w treści zaświadczenia również nie znajduje żadnych podstaw. Takiego wymagania nie sformułował zamawiający w SWZ. Izba uznała ponadto, że uznaniu dietetyki za etap przygotowania posiłku dla pacjenta szpitala sprzeciwiają się zasady logiki i doświadczenia życiowego. Posiłki dla osób na diecie oraz pacjentów nie wymagających diety są przygotowywane z uwzględnieniem takich samych etapów. Muszą być zaplanowane, wytworzone i dostarczone do danej placówki, a następnie do odpowiedniego pacjenta. Posiłki dietetyczne różnią się od „niedietetycznych" składem, ewentualnie konsystencją i w przypadku niektórych diet eliminacyjnych (przykładowo diety bezglutenowej) warunkami przygotowania. Kwestie te nie stanowią odrębnego etapu przygotowania. W treści pytania nr 8 zostały wymienione: produkcja, dystrybucja, dietetyka oraz catering. Potwierdzając te wymagania zamawiający ponowił wymaganie wdrożenia procedury HACCP na wszystkich etapach produkcji, w tym również wszystkich odniesieniu do posiłków dietetycznych.

Powyższe jest wystarczające do oddalenia zarzutów odwołania w całości.

Przystępujący wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu, gdyż złożył dokument wymagany przez zamawiającego. Certyfikat wystawiony przystępującemu 21 maja 2019 r. przez SN Registrars (Holdings) Limited DAS Certification Ltd z siedzibą w Wielkiej Brytanii obejmuje produkcję, dystrybucję i catering. Wystawca certyfikatu jest niezależnym akredytowanym podmiotem zajmującym się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi opartymi na odpowiednich normach europejskich, co wynika już z wywodów uzasadnienia odwołania.

Dowody powołane przez odwołującego w uzasadnieniu odwołania dotyczą okoliczności niespornej, a ponadto - w świetle ocen wyżej przedstawionej argumentacji - są pozbawione

znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania. Izba uwzględniła w tej mierze również stanowisko przystępującego zawarte w piśmie procesowym potwierdzające brak faktycznego uzasadnienia dla oczekiwania odwołującego, aby wystawcą zaświadczenia był podmiot udzielający certyfikacji akredytowanej w zakresie HACCP. W szczególności stosownie do stanowiska Polskiego Centrum Akredytacji, obszar certyfikacji nie obejmuje bezpośrednio sfery objętej HACCP, zatem nie jest możliwe otrzymanie akredytacji na obszar działalności, jaką jest certyfikacja według wymagań HACCP.

Dowody złożone przez odwołującego w postaci ogłoszenia oaz informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty w poprzednim postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, a także treści normy PN-EN ISO 22000 Izba uznała za pozbawione doniosłości prawnej. Natomiast stanowisko Polskiego Rejestru Statków S.A. potwierdza wyłącznie, że certyfikat może obejmować dietetykę jako pewien proces. Nie podważa on natomiast poglądu, że certyfikat dotyczący „wszystkich etapów produkcji" nie obejmuje przygotowania (produkcji)

posiłków dietetycznych.

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 odwołujący. Koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego z ograniczeniem do kwoty 3.600 zł Izba zasądziła na podstawie oraz § 8 ust. 2 pkt 1 oraz § 5 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: .....