Sygn. akt: KIO 1716/22

WYROK

z dnia 25 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lipca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 czerwca 2022 r. przez Odwołującego CATERMED Sp. z o.o. (ul. Traktorowa 126/201, 91-204 Łódź) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Regionalny Szpital w Kołobrzegu (ul. Łopuskiego 31-33, 78-100 Kołobrzeg)

przy udziale Wykonawcy Fudeko S.A. (ul. Spokojna 4, 81-549 Gdynia) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. 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. (ul. Traktorowa 126/201, 91-204 Łódź) tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - 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.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1716/22

UZASADNIENIE

Zamawiający Regionalny Szpital w Kołobrzegu prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usług żywienia pacjentów szpitala i inne usługi żywieniowe dla potrzeb Regionalnego Szpitala w Kołobrzegu". Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się 15 czerwca 2022 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2022/S 114-321644.

Odwołujący - CATERMED sp. z o.o. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 240 ust. 1-2 P.z.p. w zw. z art. 242 ust. 1 P.z.p. w zw. z art. 359 pkt 1 P.z.p. poprzez określenie kryterium oceny ofert o wadze 20% w postaci: a) Jakości - waga 20% - w sytuacji gdy nie zostało opisane w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, w jaki sposób zostanie oceniona oferta wykonawcy, tj. nie zostało wskazane, za jakie rozwiązania zostanie przydzielona określona liczba punktów, tym samym Zamawiający ma dowolność w dokonaniu oceny ofert, a nadto Zamawiający nie określił żadnych sposobów weryfikacji oświadczeń wykonawców, a więc tak określone kryterium stanowi obietnicę, co prowadzi do tego, że nie jest możliwe porównanie ofert; b) Przewidywanego średniego dziennego kosztu surowców („wsad do kotła) - waga 20% - w sytuacji gdy kryterium to nie odnosi się do jakości usługi, a więc nie może być uznane za kryterium jakościowe, a nadto Zamawiający nie określił żadnych sposobów weryfikacji oświadczeń wykonawców, a więc tak określone kryterium stanowi obietnicę, co prowadzi do tego, że nie jest możliwe porównanie ofert, a co więcej kryterium to nie zapewnia równego traktowania wykonawców, bowiem preferuje wykonawców nabywających produkty przetworzone (droższe) w stosunku do wykonawców, którzy nabywają produkty nieprzetworzone (tańsze), którzy ponoszą większe koszty pracy swoich pracowników;

- art. 439 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 i 4 P.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1 P.z.p. w zw. z art. 8 ust. 1 P.z.p. w zw. z art. 353^1 K.c. w zw. z art. 359 pkt 1 P.z.p. poprzez określenie zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, w sposób świadczący o nadużyciu przez Zamawiającego dominującej pozycji organizatora przetargu przez narzucenie wykonawcom skrajnie niekorzystnych warunków umowy oraz w sposób sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem instytucji waloryzacji wartości zamówienia, bowiem sposób zmiany wynagrodzenia oraz zaniżona maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją usług świadczą o tym, że ryzyko zmiany cen nie zostało podzielone pomiędzy zamawiającego i wykonawcę;

- art. 436 pkt 4 lit. b) P.z.p. w zw. z art. 99 ust. 1 P.z.p. w zw. z art. 359 pkt 1 P.z.p. poprzez

zastrzeżenie w projekcie umowy, że cena za świadczenie usługi określona w umowie uwzględnia stawki minimalnego wynagrodzenia na 2023 rok oraz że pierwsza zmiana umowy wynikająca ze zmiany umowy wynikająca ze zmiany stawki wynagrodzenia może nastąpić w 2024 r., w sytuacji gdy stawki minimalnego wynagrodzenia na 2023 rok nie zostały jeszcze ustalone i ogłoszone przez Radę Ministrów, a w dokumentacji przetargowej nie została wskazana stawka, którą wykonawca miałby uwzględnić przy kalkulacji ceny ofertowej;

- art. 353^1 Kodeksu cywilnego (dalej „K.c.") w zw. z art. 484 § 2 K.c. w zw. z art. 5 K.c. w zw. z art. 8 ust. 1 P.z.p. w zw. z art. 99 ust. 1 P.z.p. w zw. art. 431 P.z.p. poprzez wykorzystanie pozycji dominującej organizatora przetargu i uprzywilejowanie pozycji Zamawiającego wobec Wykonawcy, polegające na zastrzeżeniu niejasnych i niezrozumiałych postanowień dotyczących uprawnienia Zamawiającego do odstąpienia od umowy oraz zastrzeżenia z tego tytułu rażąco wygórowanych kar umownych;

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. odnośnie zarzutu nr 1 - np. zmiany:

a. ogłoszenia o zamówieniu - w zakresie pkt II.2.5 poprzez usunięcie kryterium jakości - Nazwa: Jakość oraz usunięcie kryterium jakości - Nazwa: Przewidywany średni dzienny koszt surowców;

b. Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie rozdziału XVIII poprzez usunięcie kryterium jakości - Nazwa: Jakość oraz usunięcie kryterium jakości - Nazwa: Przewidywany średni dzienny koszt surowców;

c. zastąpienie w obu ww. dokumentach usuniętych kryteriów np. następującymi kryteriami: „(A) Kryterium: Jakość całodziennego zestawu żywieniowego - waga 20 Liczba punktów w kryterium „Jakość całodziennego zestawu żywieniowego" będzie przyznawana w ten sposób: Za sporządzony przez wykonawcę jadłospis 10-dniowy dla diety podstawowej (wraz z gramaturą potraw oraz zawartością tłuszczu, węglowodanów, białka, błonnika oraz wartością energetyczną) potwierdzony zaświadczeniem wydanym nie wcześniej niż w 2021 roku przez akredytowane laboratorium żywnościowe. - 20 punktów;

Brak jadłospisu wraz z zaświadczeniem - 0 punktów

(B) Krytrium: „Certyfikat ISO 14001 (certyfikat w zakresie zarządzania środowiskowego dla żywienia zbiorowego wystawiony przez jednostkę akredytowaną o - waga: 20
„5. Potwierdzenie posiadania certyfikatu ISO 14001 poprzez dołączenie niniejszego dokumentu do oferty - 20 punktów Brak certyfikatu ISO 14001 w ofercie - 0 pkt”

d. wykreślenie z rozdziału XIII SWZ pkt 3 ppkt 5 i 6 i zastąpienie ich treścią:

„5. Certyfikat ISO 14001 (certyfikat w zakresie zarządzania środowiskowego dla żywienia zbiorowego wystawiony przez jednostkę akredytowaną
6. Jadłospis 10-dniowy dla diety podstawowej okres letni wraz z zaświadczeniem dotyczącym danej diety wydanym nie wcześniej niż w 2021 roku przez akredytowane laboratorium żywnościowe.

odnośnie zarzutu nr 2 - zmiany treści załącznika nr 8 do ZWZ poprzez nadanie § 14 ust. 9 i ust. 12 np. brzmienia:

„9. Zmiana wynagrodzenia, o której mowa w ust. 8 może zostać dokonana z uwzględnieniem poniżej wskazanych zasad:

1) zmiana wynagrodzenia zostanie dokonana w sytuacji zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Zmiana cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia będzie ustalana w oparciu o wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ustalany na podstawie komunikatów Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego za dany miesiąc (miesiąc dokonywania zmiany) w stosunku do analogicznego miesiąca roku poprzedniego;

2) poziom zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, uprawniający Strony do wystąpienia z wnioskiem o zmianę wynagrodzenia - zmiana może nastąpić, jeżeli w danym miesiącu wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych:

a) wyniesie co najmniej 5% w stosunku do analogicznego miesiąca roku

poprzedniego - wtedy wzrost wynagrodzenia;

b) wyniesie mniej niż (-5%) w stosunku do analogicznego miesiąca roku poprzedniego - wtedy obniżenie wynagrodzenia;

3) początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia: 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy; każda kolejna zmiana wynagrodzenia Wykonawcy, o której mowa w niniejszym ustępie, może następować w przypadku spełnienia warunku, o którym mowa w pkt 2;

4) sposób ustalenia zmiany wynagrodzenia: punktem odniesienia dla ustalenia zmiany, o której mowa w ust. 9 pkt 2), będzie wysokość wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych, o którym mowa w pkt 1;

5) sposób określenia wpływu zmiany cen materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia:

a) zmianie, o której mowa w pkt 1, ulegnie wynagrodzenie należne Wynagrodzenie do wypłaty, zgodnie z umową, od pierwszego dnia po upływie odpowiednio: dnia, w którym upłynęło 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy, a następnie, każdego kolejnego miesiąca (dzień zmiany);

b) zmiana wynagrodzenia zostanie dokonana poprzez przemnożenie wynagrodzenia należnego Wykonawcy do wypłaty zgodnie z lit. a) powyżej przez ustalony wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych;

6) maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia, o których mowa w niniejszym ustępie: wynosi do 50 °% wynagrodzenia wskazanego umowie;

7) w sytuacji, gdy niniejsza umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia będzie dzień otwarcia ofert; pkt 5 lit. b) stosuje się odpowiednio;

8) w przypadku likwidacji wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych, o którym mowa w niniejszym ustępie lub zmiany podmiotu, który urzędowo go ustala, mechanizm, o którym mowa w ust. 9 stosuje się odpowiednio do wskaźnika i podmiotu, który zgodnie z odpowiednimi przepisami prawa zastąpi dotychczasowy wskaźnik lub podmiot.

Po upływie każdego pół roku obowiązywania Umowy, strony mogą przystąpić do negocjacji w sprawie zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy w związku ze wzrostem cen koszyka produktów spożywczych podawanych przez GUS, ale tylko składową osobodnia dotyczącą tzw. wsadu do kotła (% wykazany w ofercie Wykonawcy). Zmiana umowy w tym

zakresie wymaga zawarcia aneksu uzgodnionego przez obie strony.

odnośnie zarzutu nr 3 - zmiany treści załącznika nr 8 do SWZ poprzez wykreślenie postanowienia § 14 ust. 13.

odnośnie zarzutu nr 4 - zmiany treści załącznika nr 8 do SWZ w zakresie postanowień § 11 i

12, np. poprzez:

a. wykreślenie dotychczasowej treści § 11 ust. 1 lit. b) i zastąpienie jej treścią:

„w przypadku odstąpienia od umowy z winy Wykonawcy Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 10% ogólnej wartości brutto zamówienia, od którego realizacji odstąpiono.";

b. wykreślenie dotychczasowej treści § 11 ust. 1 lit. r);

c. wykreślenie dotychczasowej treści § 12 ust. 3 pkt 1-4, pkt 7;

Zamawiający wniósł pismo, w którym wskazał na zmiany SWZ. Izba orzekając miała na uwadze wskazane przez Zamawiającego zmiany.

Odwołujący przed otwarciem posiedzenia i rozprawy złożył pismo, w którym oświadczył, że cofa odwołanie w zakresie zarzutów nr 2-4. Zarzuty te nie podlegały zatem rozpoznaniu na

rozprawie.

Do rozpoznania na rozprawie został skierowany zarzut opisany w odwołaniu pod numerem

1.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 240 ust. 1-2 w związku z art. 242 ust. 1 w związku z art. 359 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez określenie kryterium oceny ofert o wadze 20% w postaci: a) Jakości - waga 20% - w sytuacji, gdy nie

zostało opisane w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, w jaki sposób zostanie oceniona oferta wykonawcy, tj. nie zostało wskazane, za jakie rozwiązania zostanie przydzielona określona liczba punktów, tym samym Zamawiający ma dowolność w dokonaniu oceny ofert, a nadto Zamawiający nie określił żadnych sposobów weryfikacji oświadczeń wykonawców, a więc tak określone kryterium stanowi obietnicę, co prowadzi do tego, że nie jest możliwe porównanie ofert.

Powyższy zarzut jest niezasadny.

Zamawiający określił, że w ramach jednego z kryteriów oceny ofert będzie poddawał ocenie

przygotowane przez wykonawców jadłospisy. Wskazał, jakie elementy są przez niego oczekiwane i które będą premiowane. W ocenie Izby, Zamawiający w sposób szczegółowy dokonał opisu swoich oczekiwań oraz sposobu, w jaki będzie oceniał złożone przez wykonawców jadłospisy.

Natomiast zdaniem Odwołującego kryterium to stanowi obietnicę. Taki zarzut jest bezzasadny. Należy wskazać, że oferta co do zasady stanowi pewnego rodzaju obietnicę, deklarację tego, co Wykonawca oferuje. Oferta składana jest w określonym momencie, usługa natomiast zostanie wykonana w przyszłości. Naturalnym założeniem w postępowaniu przetargowym jest uczciwość wykonawców i że to, co zostało zaoferowane, zostanie również wykonane. Odwołujący zaproponował wprowadzenie (jako sposób potwierdzenia jakości) certyfikatów, które zostały przyznane przez odpowiednie jednostki certyfikujące. Proponowane przez Odwołującego testy i zaświadczenia jednostek certyfikujących mogą stanowić potwierdzenie tego, że wykonawca poddaje się kontroli, audytowi. Jednakże, jak wskazał Zamawiający, brak jest w niniejszym postępowaniu konieczności ograniczania konkurencji, zawężania kręgu podmiotów tylko do takich, które posiadają certyfikat. Przede wszystkim jednak taki certyfikat również może zostać uznany za obietnicę prawidłowej realizacji usługi, bowiem dotyczy przeszłości, ewentualnie teraźniejszości, i nie jest bezwzględnym gwarantem co do sposobu zrealizowania usługi (w przyszłości).

Jak wskazano powyżej, Izba orzekając miała na uwadze wskazane przez Zamawiającego zmiany treści SWZ. Zamawiający przedstawił w tabelach informacje, jakie elementy są istotne w ramach usługi i te elementy będą przez niego premiowane poprzez przyznanie punktów. Wskazał np. na zastosowanie w jadłospisach produktów sezonowych, czy zastosowanie dwóch lub więcej technik obróbki kulinarnej. Zastosowanie m. in. tych elementów będzie przez Zamawiającego premiowane poprzez przyznanie po jednym punkcie. W ocenie Izby tak określone kryterium nie jest niejasne. Dalej, Zamawiający oczekiwał od Wykonawców przedstawienia określonych schematów organizacyjnych - których złożenie będzie premiowane poprzez przyznanie punktów. Dotyczy to np. opisu przepływu informacji pomiędzy personelem, czy koordynacji realizacji usługi przez kierownika. Powyższe opisy Zamawiającego są czytelne i nie jest zasadne stanowisko Odwołującego o ich niejasności.

Odwołujący wskazał, że nie ma dostatecznej wiedzy w zakresie szczegółowości powyżej wskazanych elementów. Należy jednak zauważyć, że to właśnie od wykonawców Zamawiający oczekuje przedstawienia schematów w zaznaczonych obszarach (przedstawienia sposobu funkcjonowania). Zamawiający słusznie zauważył, że oczekuje inwencji wykonawców i nie sposób, aby Zamawiający wskazywał wykonawcom punkt po punkcie, co powinni napisać. Załączenie schematów będzie przez Zamawiającego premiowane - stosownie do opisu tabeli. Brak jest zatem niejasności, którą zarzucał Zamawiającemu Odwołujący.

Sama okoliczność, że w określonej pozycji: np. „wymagana ilość pracowników (minimum 30)" Zamawiający zdecydował się przyznać punkt, podczas gdy jednocześnie minimalny wymóg 30 pracowników wynika z treści SWZ, w tym przypadku nie stanowi jeszcze o naruszeniu wskazanych w treści zarzutu przepisów ustawy. W treści załączników do SWZ znajduje się szereg tabel zawierających poszczególne elementy, których spełnienie lub nie spełnienie będzie decydowało o przyznaniu punktów, a zatem o pozycji oferty w rankingu.

W Rozdziale XVIII pkt 4 SWZ Zamawiający opisał kryterium Jakości w następujący sposób: „Zasady oceny ofert w kryterium Przewidywany średni dzienny koszt surowców („wsad do kotła") (W) - waga 20%:

Minimum 40% wsadu do kotła. Zaoferowanie niższego wsadu do kotła - oferta zostanie odrzucona, jako niezgodna z warunkami zamówienia.

Najwięcej punktów otrzyma najwyższy zaoferowany wsad do kotła."

Zamawiający oświadczył, że dokona zmiany SWZ w ten sposób, że: w § 2 ust. 3 wzoru umowy wprowadzony zostanie zapis: „3) Deklarowany wsad do kotła wynosi ...%. Do rozliczenia wsadu do kotła Zamawiający wymaga od Wykonawcy przedstawienia danych z dokumentacji żywieniowej prowadzonej przez dietetyka na podstawie programu żywieniowego w systemie elektronicznym".

W § 11 ust. 1 wzoru umowy Zamawiający zobowiązał się do dodania następującego zapisu: „s) w przypadku niespełnienia wymogu zadeklarowanego wsadu do kotła wskazanego w ofercie, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę w wysokości 500 zł za każdy taki

stwierdzony przypadek”.

Zdaniem Odwołującego, kryterium to nie jest kryterium jakościowym, bowiem nie odnosi się do jakości, w tym do parametrów technicznych, właściwości estetycznych i funkcjonalnych, takich jak dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników. Odwołujący wskazał także, że nie ma żadnego wpływu na jakość świadczonej usługi (sporządzonych posiłków) fakt, że jeden wykonawca kupuje produkty rolno-spożywcze drożej od innego wykonawcy. Cena produktów rolno-spożywczych nie musi i faktycznie często nie wiąże się z ich jakością. Ponadto tak określone kryterium preferuje wykonawców nabywających gotowe (przetworzone) produkty zamiast produktów nieprzetworzonych. Fakt nabycia ziemniaków obranych (droższych) od ziemniaków nie obranych (które zostaną obrane przez pracowników wykonawcy) nie ma żadnego odniesienia do jakości przyrządzonych posiłków. Zatem takie kryterium nie powinno być dopuszczone, jako nieodnoszące się do jakości usługi.

W trakcie rozprawy Zamawiający wyjaśnił, że wartość wsadu do kotła stanowi kryterium jakości, gdyż wyższa wartość przeznaczona na zakup produktów wpływa na jakość posiłków.

Izba uznała te wyjaśnienia za wiarygodne. Wyższa wartość, która zostaje uznana za tzw. „wsad do kotła” przekłada się na ilość produktów i ich jakość, a w konsekwencji na jakość usługi, tzn. odpowiednich walorów posiłków, a więc odnosi się do potrzeby pacjentów szpitala (użytkowników).

Nie jest uzasadnione stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym: „Zamawiający nie określił żadnych sposobów weryfikacji oświadczeń wykonawców, a więc tak określone kryterium stanowi obietnicę, co prowadzi do tego, że nie jest możliwe porównanie ofert.” Powyżej zostały zacytowane zmiany SWZ, na które wskazał Zamawiający, które przewidują weryfikację Zamawiającego. Jak wskazano powyżej, nie jest możliwe zweryfikowanie świadczenia usług na etapie składania ofert. Usługa bowiem dopiero zostanie wykonana. Na etapie składania ofert Wykonawcy dokonują pewnego zobowiązania, dotyczy to również deklarowanej wartości tzw. „wsadu do kotła.”

Nie jest także uzasadnione stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym: „kryterium to nie zapewnia równego traktowania wykonawców, bowiem preferuje wykonawców nabywających produkty droższe w stosunku do wykonawców, którzy nabywają produkty tańsze, którzy ponoszą większe koszty pracy swoich pracowników.” Wbrew twierdzeniu Odwołującego, nie jest tak, że jeden wykonawca ma możliwość dokonania zakupu wszystkich produktów taniej lub wszystkich tylko drożej od innych. Zatem żaden z wykonawców nie jest preferowany. Ponadto produkty droższe mogą być produktami lepszej jakości. Ważne jest także to, że z punktu widzenia Zamawiającego istotna jest jakość posiłku - jego wartość pod względem ilości, jakości produktów i nie jest tutaj premiowany wyższy koszt pracy pracowników (jak tego oczekuje Odwołujący), ale właśnie jakość wymaganego świadczenia.

Tym samym nie można uznać, aby Zamawiający naruszył art. 240 ust. 1 - 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym Zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, w sposób umożliwiający weryfikację i porównanie poziomu wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach. Zamawiający nie naruszył także art. 242 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jak trafnie zauważył Zamawiający, zarzut naruszenia art. 359 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jest całkowicie chybiony, ponieważ postępowanie nie jest prowadzone w trybie zamówienia na usługi społeczne lub inne szczególne usługi, a jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na usługi powyżej progów unijnych.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: