

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 20.12. 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 20 grudnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 grudnia 2024 r. przez Odwołującego: **CATERMED Sp. z o.o. z/s w Łodzi** (ul. Traktorowa 126/201, 91204 Łódź) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Śląskie Centrum Chorób Serca w Zabrze** (ul. Marii Curie Skłodowskiej 9, 41800 Zabrze)

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze;
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego: **CATERMED Sp. z o.o. z/s w Łodzi** (ul. Traktorowa 126/201, 91204 Łódź) kwotę **13.500 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącą 90 % kwoty wpisu uiszczanego przez Odwołującego od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Sygn. akt: KIO 4528/24

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 grudnia 2024 r. przez wykonawcę: CATERMED Sp. z o.o. z/s w Łodzi (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez Zamawiającego: Śląskie Centrum Chorób Serca w Zabrze. Przedmiotem zamówienia publicznego są: "Usługi przygotowywania i dostarczania posiłków dla pacjentów szpitala". Nr referencyjny: 6/EZP-US/24. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 20/11/2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 706679-2024.

Wykonawca Catermed podał: (...)

I. Wnoszę odwołanie na niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia tj.:

1. określenie sposobu oceny pozacenowych kryteriów oceny ofert,
2. projektowane postanowienia umowy

II. Zamawiającemu zarzucam naruszenie następujących przepisów:

1. art. 240 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 241 ust. 1 Pzp w zw. z art. 242 ust. 1 Pzp w zw. art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez określenie w Rozdziale XVII SWZ "KRYTERIA OCENY OFERT" sposobu oceny kryterium „koncepcja wykonania usług 30%” który to sposób oceny na podstawie m. in. subiektywnych ocen poszczególnych członków komisji przetargowej, a nie na podstawie konkretnych parametrów, wartości, itp., powoduje, że kryterium to jest niejednoznaczne, niezrozumiałe oraz pozostawia zamawiającemu nieograniczoną swobodę wyboru najkorzystniejszej oferty i nie wiadomo w oparciu o jakie cechy Wykonawcy mogą otrzymać punktację w ramach tego kryterium, co prowadzi do tego, że nie jest możliwe właściwe porównanie ofert a kryterium to jest nieweryfikowalne.

2. art. 240 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 241 ust. 1 Pzp w zw. z art. 242 ust. 1 Pzp w zw. art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez określenie w Rozdziale XVII SWZ "KRYTERIA OCENY OFERT" sposobu oceny kryterium „Odległość kuchni Wykonawcy od siedziby Zamawiającego” – 5 % który to sposób oceny w ramach tego kryterium jest niejasny, prowadzi do tego, że nie jest możliwe właściwe porównanie ofert a kryterium to jest całkowicie nieweryfikowalne ponadto świadczy o subiektywnym charakterze tego kryterium i nieograniczonej swobodzie wyboru oferty.

3. art. 433 pkt 4 Pzp w zw. z art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp przez brak określenia w załączniku nr 3 do SWZ - wzorze umowy na świadczenie usług, wskazania minimalnej wartości lub wielkości zmniejszenia świadczenia Wykonawcy jakiego może dokonać Zamawiający.

III. Wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

1. w zakresie zarzutu nr 1: wykreślenie dotychczasowego sposobu oceny w ramach kryterium „koncepcja wykonania usługi - 30%” oraz wprowadzenie do dokumentów postępowania weryfikowalnego sposobu oceny ofert w kryterium

„koncepcja wykonania usługi - 30%” proponujemy wprowadzenie następującego sposobu oceny w tym kryterium:

„Ad 2) Kryterium - Koncepcja wykonania usługi – 30%, w tym:

Podkryterium –Jakość oferowanego jadłospisu – 20%

Ocena kryterium jakości oferowanego jadłospisu nastąpi na podstawie dołączonego do oferty dekadowego jadłospisu dla diety podstawowej z podaniem gramatury produktów/potrav wchodzących w skład posiłków.

Parametry podlegające ocenie:

1) Różne techniki obróbki kulinarnej, tj. przedstawienie:

- jednej techniki – 0 pkt

- dwóch technik - 2 pkt.

-trzech technik i więcej - 4 pkt.

2) Występowanie potraw smażonych

-3 razy w dekadzie - 0 pkt

- 2 razy w dekadzie - 2 pkt

- 1 raz w dekadzie - 4 pkt.

3) Występowanie ryb i/lub przetworów rybnych

- 1 raz w dekadzie - 0 pkt

- 2 razy w dekadzie - 2 pkt

- 3 razy w dekadzie i więcej - 4 pkt.

4) Powtarzalność zup obiadowych

-2 razy w dekadzie lub więcej – 0 pkt

-1 raz w dekadzie – 2 pkt

-niepowtarzalność zup obiadowych w dekadzie – 4 pkt

5) Powtarzalność dodatku warzywnego do II dania obiadowego

-2 razy w dekadzie lub więcej – 0 pkt

-1 raz w dekadzie – 2 pkt

-niepowtarzalność dodatku warzywnego do II dania obiadowego w dekadzie – 4 pkt
Przyznane punkty w podkryterium, zostaną zsumowane i pomnożone przez wagę kryterium 20%

Punkty będą wyliczone w następujący sposób:

ONC n

ONC = x 100 pkt. x 20 %

ONC max gdzie: ONC – punkty uzyskane za dane kryterium przez Wykonawcę, ONC max – najkorzystniejszy jadłospis,

ONC n – oferowany jadłospis przez danego Wykonawcę

Jednostka miary tego kryterium – danie

Punktacja przyznawana ofertom w poszczególnych kryteriach oceny ofert będzie liczona z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.”

2. w zakresie zarzutu nr 2: wprowadzenie do dokumentów postępowania weryfikowalnego sposobu oceny ofert w kryterium „Odległość kuchni Wykonawcy od siedziby Zamawiającego” – 5 % proponujemy wprowadzenie do kryterium następującego sposobu oceny w tym kryterium:

„Kryterium 'Odległość kuchni Wykonawcy od siedziby Zamawiającego' oceniane będzie według poniższego schematu:

•0–20 km: 5 punktów

•20–50 km: 3 punkty

•50–100 km: 1 punkt

•powyżej 100 km: 0 punktów.

Odległość obliczana będzie za pomocą narzędzia 'Google Maps' jako najkrótsza droga utwardzona dla pojazdu osobowego. W przypadku niezłożenia wraz z ofertą dokumentu potwierdzającego trasę – wydruk google maps, Wykonawca otrzyma 0 punktów w tym kryterium.”

3.w zakresie zarzutu nr 3 wprowadzanie minimalnego progu wykonania zamówienia – określenia maksymalnej wartości o jaką może zmniejszyć Zamawiający świadczenie Wykonawcy proponujemy nakazanie zmiany ust. 4 § 1 załącznika nr 3 do SWZ – wzoru umowy poprzez dodanie zdania drugiego o następującej treści: „Zamawiający zobowiązuje się, że wykorzysta co najmniej 90% maksymalnej wartości brutto realizowanej usług określonej w zdaniu pierwszym.”

(...)

V.Oświadczam, że Odwołujący posiada interes faktyczny i prawny we wniesieniu odwołania, bowiem nie upłynął jeszcze termin złożenia ofert, Odwołujący ma możliwość złożenia oferty i uzyskania zamówienia, wobec czego jest zainteresowany tym, aby postępowanie zostało przeprowadzone zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 17/12/24) wniósł o oddalenie odwołania w całości. W

uzasadnieniu stanowiska podał: (...) Zamawiający w związku z złożonym odwołaniem i zawartymi w nim zarzutami dokonał modyfikacji SWZ jednakże nie w całości zgodnie z wnioskami Odwołującego. Zamawiający ustosunkowuje się kolejno do zarzutów podniesionych w odwołaniu:

I. art. 240 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej zwanej Pzp) w zw. z art. 241 ust. 1 Pzp w zw. z art. 242 ust. 1 Pzp w zw. art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez określenie w Rozdziale XVII SWZ "KRYTERIA OCENY OFERT" sposób oceny kryterium „koncepcja wykonania usługi

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że będzie dokonywał subiektywnej oceny ofert zamiast na podstawie konkretnych parametrów oraz, że Zamawiający będzie miał nieograniczoną swobodę wyboru ofert. Zamawiający wskazuje, że od lat boryka się problemami związanymi zabezpieczeniem dla pacjentów szpitala posiłków wysokiej jakości, które z jednej strony będą zawierały odpowiednie dla stanu zdrowia składniki, a z drugiej będą smaczne. Samo kryterium cenowe nie spełnia tego celu dlatego Zamawiający zdecydował się na wprowadzenie kryteriów jakościowych. Ponadto Zamawiający nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego jakoby ustawa Pzp pozwalała na stosowanie kryteriów jakościowych jedynie jeśli są one opisane obiektywnie na podstawie konkretnych parametrów, wartości itp. Przykładowo:

1) Zgodnie z opracowanym przez Urząd Zamówień Publicznych poradnikiem „Pozacenowe kryteria ofert – Poradnik z katalogiem dobrych praktyk ver. 2.0” : „(...) Przede wszystkim należy stwierdzić, że stosowanie kryteriów niewymiernych jest możliwe i legalne. Opis kryteriów powinien komunikować wykonawcom preferencje zamawiającego i być na tyle jednoznaczny, aby umożliwić wykonawcy maksymalne dostosowanie oferty do tych preferencji. Wykonawca nie może zgadywać, na czym i jak bardzo zamawiającemu zależy. Z drugiej strony zamawiający ma prawo oczekiwać, że wykonawca wykaże, że będzie umiał należycie zrealizować zamówienie. To wykonawca ubiega się o pracę u zamawiającego, nie odwrotnie. (...) Chodzi o to, że nie wystarczy poinformować wykonawców o stosowanych kryteriach (podkryteriach i subkryteriach) oraz o maksymalnej liczbie punktów, jakie oferty mogą otrzymać w ramach każdego z nich. Należy również poinformować wykonawców, za jaki poziom jakościowy oferty, jaki zakres informacji, jak dobry sposób realizacji oferta otrzyma określone liczby punktów. Przykład: 5 punktów (= max.) dla „dobry/spełnia/kompletny/optimalny itp.” 3 punkty dla „dostateczny/częściowo spełnia/zdatny/przeciętny itp.” 1 punkt (= min.) dla „niedostateczny/nie spełnia/wybrakowany/niezdatny itp.”;

2) Z „Komentarza aktualizowanego do ustawy Pzp A.G. i.in.”: (...) Wymóg jednoznaczności nie może jednakże być rozumiany jako obowiązek posługiwania się wyłącznie oceną zmatematyzowaną. Nawet użycie terminów nieostrych nie musi oznaczać wadliwości opisu, o ile są to terminy dające się jednoznacznie odczytać, a także zrozumiałe do profesjonalistów. (...) Należy przy tym zauważyć, iż ustawodawca nie wprowadził zakazu formułowania kryteriów oceny ofert, które na etapie składania ofert nie są obiektywnie weryfikowalne, a przyznanie punktów może odbywać się wyłącznie na podstawie deklaracji zawartych w ofercie (np. termin wykonania czy gwarancji). (...) W jednej z informacji pokontrolnych Prezes UZP zauważył, iż „stosowanie kryteriów niewymiernych, jakim jest kryterium efektu wizualnego, jest możliwe i legalne. Niemniej, opis kryteriów powinien komunikować Wykonawcom preferencje Zamawiającego i być na tyle jednoznaczny, aby umożliwić Wykonawcy maksymalne dostosowanie oferty do tych preferencji.(...)”;

3) Z „Komentarza do Prawa zamówień Publicznych J.E., P.W.”: (...) „Zasada powyższa znajduje swoje odpowiednie zastosowanie także w przypadku zastosowania przez zamawiającego kryteriów subiektywnych takich jak np. estetyka, czy walory smakowe. Mimo, że ocena dokonywana przez poszczególnych członków komisji przetargowej z natury rzeczy będzie miała charakter subiektywny, opis kryterium powinien określać co będzie oceniane i na co będzie zwracana uwaga przy dokonywaniu oceny w ramach takiego kryterium. (...)”;

4) Zgodnie z wyrokiem KIO z 26.01.2018 r. (KIO 45/18): „(...) „Zamawiający powinien dążyć do precyzyjności i jednoznaczności opisu stosowanych kryteriów oceny ofert celem zapewnienia obiektywizmu i zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także zagwarantowania wyboru oferty, która będzie ofertą rzeczywiście najkorzystniejszą w postępowaniu. Wobec tego, w przypadku kryteriów jakościowych, ocennych, w których naturę wpisana jest możliwość różnej wykładni stopnia wypełnienia kryterium, Zamawiający powinien dołożyć należytej staranności, aby zasady oceny zostały opisane w sposób minimalizujący na miarę możliwości wszelkie niejednoznaczności w opisie, a także subiektywizm i uznaniowość oceny”;

5) Z motywu 92 dyrektywy 2014/24/UE): „Zamawiający powinni wybierać takie kryteria oceny ofert, które umożliwią im otrzymanie wysokiej jakości robót budowlanych, dostaw i usług, optymalnie odpowiadających ich potrzebom. Kryteria służą uzyskaniu usługi o najlepszej jakości, a nie dyskryminacji.(...)”

Oczywistym jest, że przynajmniej częściowo ocena jakości posiłków ma charakter subiektywny i nie ma w tym przypadku możliwości sparametryzowania. Jednak jakość posiłków jest tak ważnym dla Zamawiającego elementem, że postanowił podjąć próbę opisu takiego kryterium w możliwie najbardziej obiektywny sposób. Przy czym Zamawiający zdając sobie sprawę z trudności opisu takiego kryterium podchodzi krytycznie do efektów swojej pracy i wobec wniesienia przez Odwołującego odwołania postanowił uwzględnić zawarte w nim uwagi i dokonać zmiany opisu i oceny tego kryterium starając się jeszcze bardziej je dookreślić. Zamawiający nie może natomiast wprost i konkretnie napisać

Wykonawcy co i jak ten ma robić, by usługą była najwyższej jakości – po pierwsze to Wykonawca ma w tym zakresie doświadczenie i wiedzę, a po drugie wówczas wszyscy Wykonawcy złożyliby takie same koncepcje, a zatem kryterium to byłoby bezwartościowe dla oceny oferty. Wykonawca posiadający doświadczenie i świadczący dobrej jakości usługi cateringu dla pacjentów z pewnością będzie potrafił odczytać, jakie rozwiązania należy przedstawić, żeby zapewnić jak najwyższą jakość usług. Jednocześnie Zamawiający na tyle dokładnie opisał podkryteria, by Wykonawcy mogli w stanie zweryfikować ocenę komisji przetargowej każdej z ofert i w razie nieprawidłowej oceny ją zakwestionować. Zamawiający ma prawo sprawdzić czy firma oferująca swoje usługi w zakresie wyżywienia pacjentów szpitala ma przyjęte i wypracowane metody, żeby zawarte w SWZ wymagania zostały spełnione na jak najlepszym poziomie. Na bazie wieloletnich doświadczeń Zamawiający opracował punktację oceny wskazanych w podkryteriach rozwiązań, jakie mają być opisane w koncepcji wykonania usługi. Zawarte tam informacje pozwolą ocenić Zamawiającemu czy i jak Wykonawca jest przygotowany do wykonania usługi. Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że nie mógł uznać odwołania w części dotyczącej zaproponowanej przez Odwołującego oceny koncepcji gdyż w praktyce jest ono kryterium pozornym tj. nie pozwalającym na faktyczne wskazanie oferty najkorzystniejszej pod względem jakości gdyż każdy wykonawca (nawet z niewielkim doświadczeniem) przy tak szczegółowo opisanym jak ma wyglądać jadłospis przedstawi w ofercie taki, który pozwoli mu uzyskać maksymalną ilość punktów. Tymczasem obecne, zmodyfikowane kryterium koncepcji pozwoli w dużej mierze ocenić potencjał Wykonawcy w zapewnieniu jakości wykonywanej usługi.

II. art. 240 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 241 ust. 1 Pzp w zw. z art. 242 ust. 1 Pzp w zw. art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez określenie w Rozdziale XVII SWZ "KRYTERIA OCENY OFERT" sposobu oceny kryterium „Odległość kuchni Wykonaw od siedziby Zamawiającego” – 5 %.

Zamawiający przychylił się do wniosku Odwołującego i zastosował podaną propozycję oceny kryterium w zmodyfikowanym SWZ.

III. art. 433 pkt 4 Pzp. w zw. z art. 455 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp przez brak określenia w załączniku nr 3 do SWZ - wzorze umowy na świadczenie usług, wskazania minimalnej wartości lub wielkości zmniejszenia świadczenia Wykonawcy jakiego może dokonać Zamawiający. Odwołanie w tym zakresie jest już nieaktualne albowiem Zamawiający dokonał modyfikacji projektu umowy wskazując w par. 1 ust. 5 projektu umowy, że minimalna wartość brutto umowy jaką wykorzystywał Zamawiający to 80% maksymalnej wartości brutto za przedmiot umowy. Zamawiający nie może zagwarantować większej wartości gdyż z natury przedmiotu zamówienia wynika, że jej zakres zależny jest od faktycznej liczby pacjentów a ta jest zmienna. Zamawiający dokonał oceny wartości zamówienia, w tym ilości potrzebnych posiłków z najwyższą możliwą starannością, ale z całą pewnością biorąc pod uwagę specyfikę tej usługi ostateczna ilość będzie inna stąd konieczność marginesu na zmiany.

Do postępowania odwoławczego przystąpienia, w tym po stronie zamawiającego nie zostały zgłoszone. Zamawiający w piśmie z dnia 9/12/24 podał w punkcie 4): „Kopia odwołania została zamieszczona na Platformie Zakupowej przed otwarciem ofert w dniu 03.12.2024 r. o godzinie 12:58, link do platformy: (...)

Odwołujący w piśmie procesowym z dnia 19 grudnia 2024 r. podał (...) *na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 roku (tj. Dz.U. z 2019 roku, poz. 2019 z późn. zm.), wycofuję odwołanie wniesione dnia 2 grudnia 2024 r. Wnoszę o zwrot opłaty od odwołania w przepisanej wysokości na rachunek bankowy Odwołującego o numerze (...)*

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie podlega umorzeniu na podstawie art. 520 ust.1 ustawy Pzp w związku z oświadczeniem złożonym przez wnoszącego odwołanie wykonawcę o cofnięciu odwołania

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp: „*Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy*”.

W niniejszej sprawie ma zastosowanie wskazany przepis, albowiem Odwołujący w piśmie z dnia 19 grudnia 2024 r. - przed wyznaczonym terminem posiedzenia i rozprawy na dzień 20 grudnia 2024 r. - jednoznacznie oświadczył, że cofa odwołanie wniesione w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Izba dodatkowo zauważa, że w myśl art. 520 ust. 2 Pzp: „*2.Cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby*”. Odwołujący – jak podkreśla się w orzecznictwie i doktrynie Prawa zamówień publicznych - jest dysponentem wniesionego przez siebie odwołania, co przejawia się również w uprawnieniu do jego wycofania. Krajowa Izba Odwoławcza nie bada i nie ocenia przyczyn cofnięcia odwołania. Bada wyłącznie formalną skuteczność złożenia oświadczenia o jego cofnięciu. Skuteczne cofnięcie odwołania jest wiążące dla Krajowej Izby Odwoławczej. Ponadto cofnięcie odwołania nie wymaga zgody pozostałych stron i uczestników postępowania.

Tym samym Izba na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp w związku z art. 520 ust.1 powołanej ustawy postanowiła o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 ustawy Pzp oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r.,

poz. 2437) i uwzględniając wskazane przepisy, nakazała zwrócić na rzecz Odwołującego 90% kwoty wpisu uiszczonego od odwołania w wysokości 15.000 zł.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.

.....