

Sygn. akt: KIO 2077/17

WYROK
z dnia 17 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 października 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 października 2017 r. przez wykonawcę **Aspen-Res sp. z o.o. w Krakowie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zespół Opieki Zdrowotnej w Nidzicy**

przy udziale wykonawcy **Vendi Servis sp. z o.o. w Łodzi** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Aspen-Res sp. z o.o. w Krakowie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Aspen-Res sp. z o.o. w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Zespół Opieki Zdrowotnej w Nidzicy – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „usługa całodziennego, kompleksowego żywienia pacjentów ZOZ w Nidzicy w formie cateringowej”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 1 września 2017 r., poz. 582169-N-2017.

26 września 2017 r. zamawiający przesłał wykonawcy Aspen-Res sp. z o.o. w Krakowie, zwanemu dalej „odwołującym”, zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Vendi Servis sp. z o.o. w Łodzi, zwanego dalej „przystępującym”.

Wobec:

- 1) zaniechania czynności wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających posiadanie aktualnej koncesji na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie prowadzonej usługi żywienia zbiorowego,
 - 2) zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego,
 - 3) czynności oceny oferty przystępującego,
 - 4) czynności wyboru ww. oferty jako najkorzystniejszej
- odwołujący wniósł 2 października 2017 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego pomimo, że jej treść jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 2) art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 ustawy Pzp przez błędne dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która podlegała odrzuceniu,
- 3) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez przyznanie przystępującemu punktów w kryterium „odległość w km dowożenia gotowych posiłków od kuchni Wykonawcy do siedziby Zamawiającego” pomimo, iż kuchnia, którą wskazał przystępujący nie posiada w swojej strukturze tzw. „kuchni mlecznej” i w tym zakresie nie została zatwierdzona przez organy sanitarne,
- 4) art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania przystępującego do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia dokumentów potwierdzających okoliczności o których mowa art. 25 ust. 1 Pzp tj. dokumentu potwierdzającego posiadanie aktualnej koncesji na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie prowadzonej usługi żywienia zbiorowego, w takim zakresie jakiego wymagał zamawiający, lub do złożenia wyjaśnień,

5) art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z wskazanym powyżej naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku ze wskazanymi naruszeniami.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności przywołanych w odwołaniu,
- 3) odrzucenia oferty przystępującego w związku z zaistnieniem okoliczności, o których mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, względnie nieprzyznania punktów ofercie przystępującego w kryterium „odległość w km dowożenia gotowych posiłków od kuchni Wykonawcy do siedziby Zamawiającego”,
- 4) powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, względnie uzyskujących najwyższą ilość punktów przy dokonaniu prawidłowej oceny ofert w kryteriach.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że przystępujący nie przedstawił dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z rozdziałem X część B pkt 1 SIWZ, w celu potwierdzenia spełnienia warunku dotyczącego uprawnień do wykonania określonej działalności zamawiający żądał przedstawienia aktualnej koncesji na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie prowadzonej usługi żywienia zbiorowego. Wobec treści dokumentacji zgromadzonej w postępowaniu, zamawiający oceniając treść złożonych dokumentów słusznie uznał, iż dokumentem takim jest decyzja organu sanitarnego zatwierdzająca zakład żywienia zbiorowego typu zamkniętego. Odwołujący wskazywał, że podczas procedury zadawania pytań w dniu 11 września 2017 r. zamawiający udzielił m. in. odpowiedzi na pytanie *„Zwracamy się z uprzejmą prośbą o informację, czy mając na uwadze występowanie w dietach określonych w siwz tzw. kuchni mlecznej, Wykonawca poprawnie odczytuje Intencje Zamawiającego, iż kryterium "odległość w km dowożenia gotowych posiłków od kuchni Wykonawcy do siedziby Zamawiającego" dotyczy wszystkich diet w tym również kuchni mlecznej. Czy zatem należy podać odległość kuchni z której będą dostarczane wszystkie rodzaje diet w tym również kuchni mlecznej. Ponadto prosimy o sprostowanie zapisu określonego w części XVII opis kryteriów (...) - waga kryterium wg opisu wynosi 9096, a informacja o maksymalnej ilości punktów do uzyskania 80 pkt.”* Na tak zadane pytanie Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi, *„Tak, to kryterium dotyczy całości zamówienia, również kuchni mlecznej. Maksymalna ilość punktów do uzyskania w tym kryterium wynosi 90 pkt”*. Jak wynika również z zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia rozdział III, pkt 5, tiret 13, Zamawiający określił dietę

małego dziecka 1-3 lat. Odwołujący podniósł, że przystępujący wraz z dokumentem adekwatnym do wymogu określonego w rozdziale X, część B pkt 1 siwz tj.: decyzją nr HŻŻiPU,4025.1.15.2017, nr ident. 639/29o z dnia 22 czerwca 2017 r. wydaną przez Państwowy Powiatowy Inspektorat Sanitarny w Olsztynie złożył również oświadczenie własne z dnia 14 września 2017 r. mające potwierdzać, iż we wskazanej lokalizacji wykonawca świadczy usługi cateringowe również w zakresie kuchni mlecznej.

Odwołujący zwracał uwagę, że żaden inny podmiot niż Państwowy Powiatowy Inspektorat Sanitarny nie jest władny do potwierdzania stanu faktycznego innego niż zawartego w aktualnej decyzji. Bacząc na fakt, iż wskazana decyzja z dnia 22 czerwca 2017 r. w żadnej części nie zawiera stosownego wpisu dotyczącego możliwości świadczenia usług w zakresie kuchni mlecznej, wskazuje to jednoznacznie, iż ten wykonawca nie jest uprawniony do legitymowania się możliwością realizacji usługi w tym zakresie. Przystępujący nie potwierdził tym samym spełniania warunków udziału w postępowaniu, bowiem obejmował on swoim zakresem także przygotowanie i dostarczanie posiłków dla niemowląt i dzieci do lat 3 z kuchni mlecznej. Decyzja złożona zamawiającemu przez przystępującego nie zawiera w swojej treści informacji, iż kuchnia z której wykonawca będzie świadczył usługę posiada także kuchnię mleczną. Oświadczenie z dnia 14 września 2017 r. złożone przez tego wykonawcę nie może stanowić podstawy do uznania, iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu z uwzględnieniem wymogów zamawiającego i zaleceń dietetycznych Instytutu Żywności i Żywienia w Warszawie oraz Instytutu Matki i Dziecka (pkt II.1. SIWZ).

Odwołujący argumentował, że zamawiający na podstawie zapisów SIWZ jasno określił, iż wykonawca który podejmie się realizacji usługi / umowy bezwzględnie musi dysponować kuchnią realizującą wszystkie diety szpitalne w tym w szczególności kuchnię mleczną. Nie bez powodu wykonawcy realizujący usługi żywienia, obligatoryjnie podlegają wpisowi do rejestru zakładów podlegającej urzędowej kontroli, na tej podstawie inspekcje sanitarne dokonują kontroli i wydają decyzje uprawniające do realizacji usług w stricte określonym zakresie działalności. Przystępujący nie dysponuje możliwością realizacji usługi w zakresie kuchni mlecznej. Odwołujący zwracał uwagę, iż prowadzenie „samowoli” w zakresie realizacji usług wykraczających poza otrzymaną zgodę, w tym przypadku decyzję jest niezgodne z obowiązującymi w tym zakresie przepisami. Niezrozumiałym jest dla odwołującego również fakt, iż zamawiający znając konsekwencje realizacji usług żywieniowych w zakresie nieobjętym decyzją PRIS, godzi się na narażenie pacjentów i to pacjentów najmłodszych na ewentualne zatrucie. Należy podnieść, iż nie sam fakt posiadania decyzji, a przede wszystkim działania zgodne z zasadami określonymi stosownymi ustawami eliminuje w znacznym stopniu zagrożenie narażenia pacjentów na konsekwencje niewłaściwego sporządzania, dowożenia i dystrybucji posiłków.

Odwołujący wywiódł także, że mając na względzie drugi z zarzutów, a mianowicie nieprawidłowy sposób przyznania punktów ofercie przystępującego, w kryterium odległości, nie może się zgodzić na przyznanie jakichkolwiek punktów przy tak sformułowanych wymaganiach SIWZ. W tym przypadku, zamawiający winien zaniechać przyznawania jakichkolwiek punktów przystępującemu. Postępowanie zamawiającego zaprzecza nie tylko zapisom SIWZ, ale również odpowiedzi na zadane w postępowaniu pytanie. Zamawiający winien konsekwentnie podejmować stosowne decyzje, gdyż działanie odmienne powoduje przyjęcie oferty nie tylko niezgodnej z punktu widzenia celu jaki chciał osiągnąć, ale uderza w prawidłowość przyjętych wcześniej zasad prowadzenia postępowania przetargowego.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Vendi Servis sp. z o.o. w Łodzi. Wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ, ofertę przystępującego, wezwanie zamawiającego z 19 września 2017 r. skierowane do przystępującego w trybie art. 26 ust. 2 Pzp, odpowiedź przystępującego na ww. wezwanie wraz z załącznikami, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z 26 września 2017 r., odwołanie, zgłoszenie przystąpienia, pismo procesowe odwołującego wraz z załącznikami, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę Vendi Servis sp. z o.o. w Łodzi, uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego

zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Oferta odwołującego został sklasyfikowany na drugim miejscu, za ofertą wybraną. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty wybranej. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zaniechał odrzucenia oferty wybranej jako najkorzystniejsza, skutkowałoby koniecznością nakazania zamawiającemu wykonania takiej czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Za chybiony uznano zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów celem wykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do prowadzenia działalności gospodarczej, o którym mowa w pkt VIII. 1. 2 a SIWZ.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

W analizowanej sprawie ustalono, że zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu w zakresie wymaganych uprawnień, jaki musieli wykazać wykonawcy, aby ubiegać się o udzielenie zamówienia. W pkt VIII. 1.2 a SIWZ zamawiający zastrzegł, że o udzielenie zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów; tj. Wykonawca wykaże, że posiada aktualną koncesję na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie żywienia, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania.

W pkt X. B. 1 SIWZ zamawiający zastrzegł, że przed wyborem najkorzystniejszej oferty, wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj.: w celu potwierdzenia spełniania warunku dotyczącego uprawnień do wykonywania określonej

działalności Zamawiający zażąda aktualnej koncesji na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie prowadzonej usługi żywienia zbiorowego.

Nie było sporne pomiędzy stronami, że zamawiający błędnie w opisie żadanego dokumentu użył słowa „koncesja” i że właściwym dokumentem jest decyzja organu sanitarnego zatwierdzająca zakład żywienia zbiorowego.

Ustalono także, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 19 września 2017 r. skierowane w trybie art. 26 ust. 2 Pzp przystępujący złożył decyzję nr HŻŻiPU.4025.1.15.2017, nr ident. 639/29o z dnia 22 czerwca 2017 r. wydaną przez Państwowy Powiatowy Inspektorat Sanitarny w Olsztynie. W ww. decyzji skierowanej do przystępującego, organ zatwierdził *zakład żywienia zbiorowego typu zamkniętego – kuchnię cateringową przy Szpitalu Powiatowym w Biskupcu* należącą do przystępującego do *prowadzenia działalności w zakresie zorganizowanego żywienia określonych grup konsumentów*. W sentencji decyzji wskazano także, że *produkowane będą posiłki dla ok. 600 osób od surowca do wyrobu gotowego (z wyłączeniem obróbki wstępnej jajek) – dostarczane do odbiorców w formie cateringu tj:*

pacjentów szpitala w Biskupcu – w systemie tacowym

pacjentów szpitali na terenie Olsztyna i okolic – dostarczane w specjalistycznych pojemnikach transportowych typu GN umieszczonych w termoportach.

Poszerzenie zakresu działalności (zwiększenie ilości produkowanych posiłków) lub wprowadzenie istotnych zmian technicznych i technologicznych w zakładzie podlega odrębnym uzgodnieniom z organami sanitarnymi.

W ocenie Izby, przystępujący przez złożenie ww. decyzji wypełnił obowiązek nałożony na niego w pkt X B.1 SIWZ i tym samym wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt VIII.1.2.a SIWZ. W rezultacie brak było podstaw do wzywania przystępującego do uzupełnienia dalszych dokumentów celem wykazania tego warunku w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Odwołujący w odwołaniu podniósł, że w jego ocenie z decyzji uzyskanej przez przystępującego powinno wynikać dodatkowo, że w zatwierdzonym zakładzie żywienia zbiorowego można świadczyć usługi cateringowe również w zakresie tzw. „kuchni mlecznej”. Odwołujący wskazywał, że elementem przedmiotu zamówienia jest zgodnie z pkt III.1 b SIWZ także przygotowanie posiłków dla niemowląt i dzieci do lat 3 z kuchni mlecznej wykonawcy.

Wzięto pod uwagę, że w opisie warunku udziału w postępowaniu ani nawet w opisie dokumentu, jaki należało złożyć celem jego wykazania, próżno było szukać zastrzeżenia, jakiego zdaniem odwołującego miało brakować w spornej decyzji. Zamawiający w pkt VIII.1.2 ani w pkt X.B.1 SIWZ nie żądał, aby w decyzji znalazły się jakieś dodatkowe,

wyszczególnione elementy, w szczególności co do możliwości prowadzenia kuchni mlecznej. Podkreślenia wymagało, że decyzja złożona przez przystępującego charakteryzowała się nie tylko ogólnym, ale przede wszystkim pełnym zakresem, gdyż odnosiła się do produkcji posiłków od surowca do wyrobu gotowego. Jedyne ograniczenie o charakterze przedmiotowym, jakie ujawniono w decyzji, odnosiło się wyłącznie do obróbki wstępnej jajek. Odwołujący nie wskazał także Izbie żadnego przepisu prawa, z którego miałyby wynikać, że w decyzji powinien być zawarty element zezwalający na prowadzenie kuchni mlecznej. Kwestię wymaganych zezwoleń regulują przepisy ustawy z 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia (t. j. Dz.U. z 2017 r. poz. 149 ze zm.) oraz rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady nr 882/2004/WE z 29 kwietnia 2004 r. w sprawie kontroli urzędowych przeprowadzanych w celu sprawdzenia zgodności z prawem paszowym i żywnościowym oraz regułami dotyczącymi zdrowia zwierząt i dobrostanu zwierząt (Dz.Urz. UE L 191 z 30.04.2004 str. 1).

Zgodnie z art. 62 ust. 1 pkt 2 przywoływanej ustawy, *właściwy ze względu na siedzibę zakładu lub miejsce prowadzenia przez zakład działalności państwowy powiatowy inspektor sanitarny lub państwowy graniczny inspektor sanitarny wydaje decyzje w sprawie zatwierdzenia, warunkowego zatwierdzenia, przedłużenia warunkowego zatwierdzenia, zawieszenia lub cofania zatwierdzenia zakładów określonych w art. 61 oraz odmowy wpisu do rejestru zakładów, jeżeli zachodzą przesłanki określone w art. 31 ust. 2 rozporządzenia nr 882/2004. W myśl art. 63 ust. 1 ww. ustawy Zakłady, o których mowa w art. 61, mogą rozpocząć działalność po zatwierdzeniu lub warunkowym zatwierdzeniu, a w przypadkach określonych w ust. 2, po uzyskaniu wpisu do rejestru zakładów. Zgodnie zaś z ust. 1a zatwierdzanie jest dokonywane na podstawie wniosku podmiotu działającego na rynku spożywczym prowadzącego zakład. Zdaniem Izby, z przepisów tych nie wynika, aby prawo do prowadzenia kuchni mlecznej musiało być wyszczególnione w treści decyzji.*

Odwołujący w swym piśmie procesowym powołał się na własną decyzję z 8 lipca 2016 r. nr HŻŻi PU 0942-796-5-162/10 nr ident. 925/28o wydaną przez Państwowy Powiatowy Inspektorat Sanitarny w Olsztynie. W decyzji tej istotnie wskazano dodatkowo, że zatwierdza się zakład żywienia zbiorowego odwołującego w Wojewódzkim Specjalistycznym Szpitalu Dziecięcym w Olsztynie, także w zakresie „produkcji mieszanek mlecznych i herbatek dla dzieci i niemowląt przygotowywanych z preparatów w proszku wydawanych na oddziały w butelkach wielokrotnego użytku”.

Jednakże przystępujący w trakcie rozprawy przedstawił dowód przeciwny, w postaci decyzji, na podstawie której są przygotowywane i dostarczane posiłki dla pacjentów Warszawskiego Szpitala Dla Dzieci SP ZOZ. Decyzja Państwowego Powiatowego Inspektoratu Sanitarnego w Wołominie z 21 maja 2010 r., na podstawie której dostarczane są posiłki firmy P. Dussmann Sp. z o.o. do tego szpitala zawiera jedynie *zatwierdzenie bloku*

żywienia do prowadzenia działalności w zakresie pełnej produkcji posiłków na miejscu oraz w systemie cateringowym. Dostrzeżenia wymagało, że do ww. szpitala z tego bloku są także dostarczane mieszanki mleczne (pkt 17 SIWZ w postępowaniu prowadzonym przez Warszawski Szpital dla Dzieci SP ZOZ, dowód złożony przez przystępującego).

Przystępujący przedstawił też dalsze dowody dotyczące zatwierdzeń zakładów żywienia zbiorowego przygotowujących posiłki dla szpitali, w tym również mieszanki mleczne dla dzieci. Analiza decyzji o zatwierdzeniu zakładów żywienia zbiorowego wydawanych przez różnych powiatowych inspektorów sanitarnych prowadziła do wniosku, że nie zawierały one wyszczególnionej wzmianki o prawie do prowadzenia kuchni mlecznej. W tej sytuacji stwierdzono, że dowody przedstawione przez odwołującego są niewystarczające dla ustalenia, że w oparciu o decyzję przystępującego nie może on świadczyć usługi w zakresie tzw. kuchni mlecznej. Wzięto także pod uwagę, że decyzje organów sanitarnych są wydawane zgodnie z wnioskiem, o którym mowa w art. 63 ust. 1a i art. 64 ustawy. Można zatem przyjąć, że jeżeli w swym wniosku odwołujący prosił o wyszczególnienie jakiegoś dodatkowego elementu, to taki element został w decyzji wskazany. Treść wniosku przystępującego mogła być zaś inna. Wobec powyższego zarzut podlegał oddaleniu.

Za chybiony uznano zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty przystępującego, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ. Izba stwierdziła, że odwołujący opisał ww. zarzut nazbyt lakonicznie. W szczególności odwołujący nie wskazał, który konkretnie element świadczenia zaoferowanego przez przystępującego ma być sprzeczny i z jakim konkretnie elementem SIWZ. Wobec powyższego zarzut podlegał oddaleniu.

Z chybiony należało zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp przez przyznanie przystępującemu punktów w kryterium „odległość w km dowożenia gotowych posiłków od kuchni Wykonawcy do siedziby Zamawiającego” pomimo, iż kuchnia, którą wskazał przystępujący miała nie posiadać w swojej strukturze tzw. „kuchni mlecznej” i w tym zakresie nie została zatwierdzona przez organy sanitarne.

Ustalono, że w pkt XVII SIWZ zamawiający opisał kryteria oceny ofert, jakimi będzie się kierował dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej. Jednym z kryteriów oceny ofert zamawiający uczynił „odległość w km dowożenia gotowych posiłków od kuchni Wykonawcy do siedziby Zamawiającego”. Zamawiający sprecyzował, że w kryterium tym punkty będą przyznawane następująco:

Oferta z najmniejszą odległością w km

Punkty odległość = -----x 100 x 10%

oferta badana, odległość w km

Oferty oceniane będą punktowo. Maksymalna ilość punktów jaką, po uwzględnieniu wagi, może osiągnąć oferta w tym kryterium wynosi 10 pkt. Jej wartość wynika z przedstawionego powyżej wzoru matematycznego. Maksymalną ilość punktów otrzyma oferent z najkrótszą odległością. Pozostali uczestnicy postępowania proporcjonalnie mniej.

Ustalono również, że w toku postępowania jeden z wykonawców złożył wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ odnoszący się do omawianego kryterium o treści:

Zwracamy się z uprzejmą prośbą o informację, czy mając na uwadze występowanie w dietach określonych w siwz tzw. kuchni mlecznej, Wykonawca poprawnie odczytuje Intencje Zamawiającego, iż kryterium "odległość w km dowożenia gotowych posiłków od kuchni Wykonawcy do siedziby Zamawiającego" dotyczy wszystkich diet w tym również kuchni mlecznej. Czy zatem należy podać odległość kuchni z której będą dostarczane wszystkie rodzaje diet w tym również kuchni mlecznej. Ponadto prosimy o sprostowanie zapisu określonego w części XVII opis kryteriów (...) - waga kryterium wg opisu wynosi 90%, a informacja o maksymalnej ilości punktów do uzyskania 80 pkt." Na tak zadane pytanie zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „Tak, to kryterium dotyczy całości zamówienia, również kuchni mlecznej. Maksymalna ilość punktów do uzyskania w tym kryterium wynosi 90 pkt”.

Ponadto, jak wynikało ze wzoru formularza oferty, zamawiający zdecydował się przyznawać punkty w tym kryterium jedynie na podstawie informacji o odległości w km dowożenia gotowych posiłków od kuchni wykonawcy do siedziby zamawiającego, którą wykonawcy zobowiązani byli podać w pkt 2 formularza oferty.

Istotna zarzutu odwołującego sprawdzała się do tezy, że skoro przystępujący miał nie posiadać w strukturze swej kuchni - kuchni mlecznej, która została zatwierdzona przez właściwy organ, to nie powinien otrzymać żadnych punktów w przywoływanym kryterium.

Jak wskazano przy rozstrzygnięciu poprzedniego zarzutu, twierdzenia odwołującego o tym, iż przystępujący nie posiada w swej strukturze kuchni mlecznej, która została zatwierdzona przez właściwy organ, okazały się chybione. Ponadto przystępujący do swego pisma z 25 września 2017 r. załączył wyraźne własne oświadczenie, że w którym informował, że kuchnia z której będzie realizowane zamówienie wskazana w formularzu oferty w pkt 2) ma wydzieloną kuchnię mleczną i będą z niej dostarczane wszystkie rodzaje diet, w tym tzw. kuchnia mleczna.

Dostrzeżenia wymagało również, że zamawiający nie oczekiwał od wykonawców udokumentowania podawanej w kilometrach odległości od kuchni do siedziby zamawiającego. W szczególności zamawiający nie wymagał wykazania, że w kuchni tej mogą być produkowane potrawy mleczne. Podstawą do przyznawania punktów miała być jedynie informacja o ilości km pomiędzy kuchnią, a siedzibą zamawiającego. Przystępujący w złożonej przez siebie ofercie w pkt 2 formularza oferty oświadczył, że odległość ta wynosi

78,6 km. Z kolei odwołujący sprecyzował odległość między swą kuchnią a siedzibą zamawiającego jako 58,2 km. Jak wynikało z protokołu postępowania, odwołujący w tym kryterium uzyskał 10 pkt ($58,2 / 58,2 = 1 \times 100 \times 10\%$). Zamawiający przyznał natomiast przystępującemu 7,40 pkt ($58,2 / 78,6 = 0,74 \times 100 \times 10\%$). Jak wynikało z powyższego punkty w kryterium „odległość w km dowożenia gotowych posiłków od kuchni Wykonawcy do siedziby Zamawiającego” przyznano prawidłowo i zgodnie z regułami opisanymi w pkt XVII SIWZ. Wobec powyższego zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp okazał się chybiony i podlegał oddaleniu.

W konsekwencji za niezasadne uznano także zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp. Nie wykazano aby zamawiający prowadził postępowanie z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zaś dokonany wybór najkorzystniejszej oferty okazał się zgodny z art. 91 ust. 1 Pzp.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. A contrario, stwierdzenie braku naruszenia lub naruszenia niekwalifikowanego, musi skutkować oddaleniem odwołania. W analizowanej sprawie nie stwierdzono żadnego naruszenia przepisów ustawy Pzp, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, 2014, wydanie VI.

Zatem użyty w art. 192 ust. 10 ustawy Pzp zwrot *stosownie do jego wyniku* należy rozumieć analogicznie jak w procesie cywilnym. Jak wynika z postanowienia SN z dnia 31 stycznia 1991 r. II CZ 255/90, LEX nr 5314 *stosunkowe rozdzielanie kosztów polega na rozdzielaniu kosztów między stronami stosownie do wyniku postępowania i do wysokości w jakiej zostały poniesione. Stosunkowy podział kosztów procesu (100 k.p.c.) dotyczy ich całości co oznacza przyjęcie za podstawę obliczeń sumy należności obu stron, ustalonej stosownie do zasad z art. 98 § 2 i 3 k.p.c. (oraz art. 99 k.p.c. w przypadkach tam wskazanych). Sumę tę dzieli się proporcjonalnie do stosunku w jakim strony utrzymały się ze swymi roszczeniami lub obroną, otrzymując w wyniku kwoty, stanowiące ich udziały w całości kosztów. Jeżeli poniesione przez stronę koszty przewyższają obciążający ją udział zasądzeniu na jej rzecz podlega różnica.*

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielania kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16.

W niniejszej sprawie odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił w całości odwołujący, dlatego to tę stronę obciążono całością kosztów postępowania odwoławczego.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1, § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca

2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: