

WYROK

z dnia 31 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 maja 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 maja 2011 r. przez wykonawcę **ISS Facility Services Sp. z o.o., 02-247 Warszawa, ul. Flisa 2** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital Zespolony, 25-736 Kielce, ul. Grunwaldzka 45,**

przy udziale wykonawcy **Impel Catering Sp. z o.o., 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Wojewódzki Szpital Zespolony, 25-736 Kielce, ul. Grunwaldzka 45 i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ISS Facility Services Sp. z o.o., 02-247 Warszawa, ul. Flisa 2 tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego, 25-736 Kielce, ul. Grunwaldzka 45 na rzecz wykonawcę ISS Facility Services Sp. z o.o., 02-247 Warszawa, ul. Flisa 2 kwotę 15 000 zł 00gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Kielcach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „żywienie pacjentów szpitala”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 kwietnia 2011 r., pod nr 2011/S 76-124737.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechania wykluczenia wykonawcy Impel Catering Sp. z o.o., zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”:

1) art. 24 ust. 2 pkt 1 poprzez zaniechanie wykluczenia Impel, pomimo, że Wykonawca ten posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu czynności związanych bezpośrednio z przygotowaniem prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,

2) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 poprzez nierówne traktowanie wykonawców tj. promesę udostępnienia przez Zamawiającego Wykonawcy Impel powierzchni użytkowej 139,2 m² obejmującej pomieszczenia po byłej kuchni Oddziału Chorób Zakaźnych i Dermatologii, Szpitala przy ul. Radiowej 7 w Kielcach, czego bezpośrednim skutkiem jest przyznanie przez Zamawiającego Wykonawcy Impel 30 punktów w kryterium oceny ofert potencjał techniczny.

3) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 3 poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, tj. udostępnienie przez Zamawiającego Wykonawcy Impel jeszcze w 2010 r., a zatem przed wszczęciem przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego informacji w zakresie niezbędnym do sporządzenia projektu technologicznego kuchni, której najem i dzierżawa od Zamawiającego stanowi część przedmiotu zamówienia,

4) naruszenie art. 7 ust. 2 poprzez naruszenie zasady bezstronności Zamawiającego nakazującej, że czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm,

5) art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 3 i art. 26 ust. 3 w związku z art. 1 ust. 1 pkt 4 oraz art. 15 i art. 16 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności (t.j. Dz. U. 2010 r. Nr 138 poz. 935 z późn. zm.), a także art. 4 i 5 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 765/2008 z dnia 9 lipca 2008 r. poprzez zaniechanie wykluczenia przez Zamawiającego wybranego wykonawcy Impel, gdyż nie

wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego potencjału technicznego, w zakresie określonym w rozdziale VI ust. 1 lit. C, pierwsze tiret SIWZ,

6) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Impel, w sytuacji, gdy oferta ta nie odpowiada wymaganiom stawianym przez Zamawiającego w treści rozdziału III pkt 13 SIWZ, odnoszącego się bezpośrednio do sposobu realizacji przedmiotu zamówienia, w zakresie wymogu określonego przez Zamawiającego, dysponowania przez Wykonawców podczas realizacji przedmiotu zamówienia dodatkową kuchnią szpitalną zabezpieczającą na czas remontu lub awarii kuchni głównej,

7) naruszenie art. 91 ust. 1 poprzez dokonanie oceny oferty wykonawcy Impel w sposób niezgodny z kryteriami określonymi w SIWZ, co doprowadziło do zawyżenia oceny punktowej tej oferty w zakresie kryteriów oceny ofert „potencjał techniczny” (waga 30 %) oraz „jakość” (waga 10 %), a w konsekwencji do bezzasadnego zawyżenia łącznej oceny punktowej oferty Wykonawcy Impel o 40 punktów,

8) naruszenie art. 91 ust. 1 poprzez zaniżenie punktacji oferty Odwołującego w zakresie kryterium oceny ofert „jakość” (waga 10 %),

9) naruszenie art. 91 ust. 1 poprzez wybór oferty wykonawcy Impel, która nie jest ofertą najkorzystniejszą, na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ,

10) naruszenie art. 94 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 182 ust. 1 pkt 1 oraz art. 183 ust. 1 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 3 poprzez wskazanie w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej daty 23 maja 2011 r. jako daty, w której może być zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, podczas gdy dzień 23 maja 2011 r. jest ostatnim dniem terminu na wniesienie odwołania w zakresie czynności i zaniechań Zamawiającego, stanowiących podstawę wniesienia przedmiotowego odwołania.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2) nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Wykonawcy Impel na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy,

na wypadek nieuwzględnienia żądania Odwołującego określonego w pkt 2,

3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Wykonawcy Impel na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp,

na wypadek nieuwzględnienia żądania Odwołującego określonego w pkt 3,

4) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania ofert i nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy Impel, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,

na wypadek nieuwzględnienia żądania Odwołującego określonego w pkt 3 lub 4

5) nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności ponownej oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów Odwołującego w zakresie nieprawidłowej oceny punktowej oferty Wykonawcy Impel,

6) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, złożonych przez Wykonawców niepodlegających wykluczeniu z postępowania.

Z ostrożności procesowej, na wypadek gdyby Zamawiający i Wykonawca Impel zawarli już w dniu 23 maja 2011 r., (tj. ostatnim dniem terminu na wniesienie odwołania) umowę w sprawie zamówienia publicznego Odwołujący wniósł o unieważnienie tak zawartej umowy na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Ponadto Odwołujący wniósł o:

1) w przypadku skierowania odwołania do rozpoznania - dopuszczenie dowodów z dokumentów wymienionych w treści uzasadnienia odwołania, wskazanych dla potwierdzenia faktów, z których Odwołujący wywodzi skutki prawne,

2) dopuszczenie dowodu z zeznań świadka, pracownika odwołującego Pani Sylwii B. na okoliczność wykazania, że powierzchnia użytkowa 139,2 m² udostępniana przez Zamawiającego wykonawcy Impel obejmuje pomieszczenia po byłej kuchni Oddziału Chorób Zakaźnych i Dermatologii Szpitala przy ul. Radiowej 7 w Kielcach, co jest równoznaczne z faktem, że wykonawca Impel nie wykazał na dzień składania ofert, że dysponuje dodatkową kuchnią szpitalną zabezpieczającą na terenie miasta Kielce,

3) zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania,

W zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego zasady bezstronności tj. art. 7 ust. 2 oraz art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy Impel, pomimo, że Wykonawca posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu czynności związanych bezpośrednio z przygotowaniem prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Odwołujący podkreśla, iż:

a) Pan Jan G., który podpisał umowę (promesę umowy najmu) w imieniu Zamawiającego, pełni rolę kierownika Zamawiającego, co wynika bezpośrednio z treści protokołu postępowania ZP-PN (str. 2 protokołu). Zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy kierownik Zamawiającego odpowiada za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Kierownik Zamawiającego może powierzyć pisemnie wykonywanie zastrzeżonych dla niego czynności na podstawie art. 18 ust. 2 ustawy Pzp pracownikom Zamawiającego, co miało miejsce w określonym zakresie w tym postępowaniu w stosunku do Pana Andrzeja D. Zakres upoważnienia udzielonego przez Pana G. Panu D. wskazuje, że przedmiotem powierzenia są jedynie niektóre (a nie wszystkie) zastrzeżone dla kierownika

Zamawiającego czynności (str. 2 protokołu ZP-PN, pkt 3 A 1). Obowiązek złożenia oświadczenia o braku istnienia okoliczności określonych w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp przez kierownika zamawiającego, w sytuacji powierzenia przez niego innej osobie wykonywania zastrzeżonych dla niego czynności, uzależnione jest od zakresu powierzanych czynności. Kierownik zamawiającego nie będzie obowiązany do złożenia oświadczenia wynikającego z treści art. 17 ust. 1 ustawy Pzp, gdy powierzenie dotyczy wszystkich czynności związanych z przygotowaniem i udzieleniem zamówienia publicznego, włącznie z podpisaniem umowy. W konsekwencji, gdy na inną osobę zostały sędowane tylko niektóre zastrzeżone dla kierownika czynności, kierownik zamawiającego stosownie do art. 17 ust. 2 ustawy Pzp obowiązany jest złożyć oświadczenie o braku lub istnieniu okoliczności określonych w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp. Powierzenie innej osobie wykonywania wszystkich zastrzeżonych dla kierownika czynności ze względu na brak faktycznie podejmowanych czynności w postępowaniu wywołuje podobne skutki co wyłączenie się z postępowania. Stąd też, tylko w takim przypadku kierownik zamawiającego nie będzie zobligowany w takim przypadku do składania oświadczenia ZP-1. Nie wyłącza to oczywiście odpowiedzialności kierownika zamawiającego za postępowanie o zamówienie publiczne.

b) Zasadne jest więc twierdzenie Odwołującego, że skoro kierownik Zamawiającego Jan G., reprezentując Zamawiającego, zawarł z wykonawcą Impel umowę skutkującą możliwością złożenia przez wykonawcę Impel oferty w postępowaniu oznacza to, że Wykonawca posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu czynności związanych bezpośrednio z przygotowaniem prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i tym samym powinien zostać wykluczony przez Zamawiającego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Podkreślenia wymaga także okoliczność, iż załączona do oferty umowa zawarta pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą Impel pozwoliła następnie Zamawiającemu w toku czynności oceny ofert na przyznanie wykonawcy Impel dodatkowych 30 punktów w kryterium „potencjał techniczny” za posiadanie „*kuchni szpitalnej zabezpieczającej na czas remontu kuchni Zamawiającego na terenie miasta Kielc*”. Zamawiający przyznał więc wykonawcy Impel dodatkowe punkty za „potencjał techniczny”, który sam uprzednio udostępnił jednemu tylko Wykonawcy, co stanowi rażące naruszenie przez Zamawiającego zasady równego traktowania Wykonawców, uczciwej konkurencji oraz bezstronności Zamawiającego.

Budzi to tym większe zdziwienie Odwołującego, że w poprzednim unieważnionym postępowaniu w tym samym przedmiocie u tego samego Zamawiającego kwestia posiadania przez Wykonawców dodatkowej kuchni szpitalnej na terenie miasta Kielce stanowiła warunek udziału w postępowaniu, co było istotnym elementem sporu w toku dwóch postępowań odwoławczych w sprawach sygn. akt. KIO 446/11 oraz sygn. akt KIO 572/11. Ocenę prawną, dotyczącą powtórzenia przez Zamawiającego tych samych elementów

postępowania, kosmetycznie przeniesionych przez Zamawiającego z warunków udziału w postępowaniu w „starym postępowaniu” do kryteriów oceny ofert w „nowym postępowaniu”, przy jednoznacznym dążeniu Zamawiającego do osiągnięcia tego samego efektu proceduralnego i faktycznego w postaci wyboru oferty wykonawcy Impel, Odwołujący pozostawia Krajowej Izbie Odwoławczej.

Odnosząc się do uzasadnienia zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie Wykonawców przez Zamawiającego oraz naruszenie zasady wyboru Wykonawcy wyłącznie zgodnie z przepisami ustawy Pzp Odwołujący podaje, iż zgodnie z treścią rozdziału VI pkt 1 lit. C drugie tiret SIWZ, Zamawiający wymagał dołączenia do oferty projektu technologicznego kuchni. Data widniejąca na załączonym do oferty wykonawcy Impel projekcie technologicznym to 23 grudnia 2010 r. Oznacza to, iż wykonawca Impel dysponował wszystkimi niezbędnymi danymi do sporządzenia tego projektu (załącznik 13 i 14 do SIWZ) przed ich udostępnieniem innym Wykonawcom, w tym Odwołującemu. Ogłoszenie w poprzednim postępowaniu w tym samym przedmiocie oraz SIWZ z załącznikami ukazały się bowiem dopiero w dniu 25 lutego 2011 r., co stanowi teoretycznie najwcześniejszą możliwą datę uzyskania tych informacji technologicznych przez kogokolwiek innego, poza Zamawiającym.

Logika i chronologia zdarzeń w postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego oraz data zatwierdzenia projektu technologicznego kuchni w ofercie wykonawcy Impel wskazuje bez wątpienia na udostępnienie przez Zamawiającego wykonawcy Impel jeszcze w 2010 r., a zatem przed wszczęciem przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (jak i poprzedzającego unieważnionego przez Zamawiającego postępowania), informacji w zakresie niezbędnym do sporządzenia projektu technologicznego kuchni, której najem i dzierżawa od Zamawiającego stanowi część przedmiotu zamówienia, co stanowi rażące naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp statuującego zasadę równego traktowania Wykonawców i uczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazuje, że wykonawca Impel nie wykazał przedkładając w ofercie Certyfikat HACCP Codex Alimentarius wystawiony w dniu 29 czerwca 2010 r. przez DEKRA Certification sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, precyzyjnie określony przez Zamawiającego. Z treści tego warunku wynika jednoznacznie, iż certyfikat potwierdzający wdrożenie systemu HACCP miał być wydany przez zewnętrzny akredytowany podmiot uprawniony do przeprowadzenia certyfikacji. Zaś, jedynym podmiotem właściwym na terenie Polski do akredytacji podmiotów uprawnionych do prowadzenia certyfikacji HACCP jest Polskie Centrum Akredytacji (dalej także „PCA”). Polskie Centrum Akredytacji jest krajową jednostką akredytującą upoważnioną do akredytacji jednostek certyfikujących, kontrolujących, laboratoriów badawczych i wzorcujących oraz

innych podmiotów prowadzących oceny zgodności i weryfikacje na podstawie ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności (t. j. Dz. U. 2010 r. Nr 138, poz. 935).

Zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 765/2008 z dnia 9 lipca 2008 r. ustanawiającym wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku odnoszącym się do warunków wprowadzania produktów do obrotu i uchylającym rozporządzenie (EWG) nr 339/93, Polskie Centrum Akredytacji zostało wskazane jako jedyna krajowa jednostka akredytująca w świetle ww. rozporządzenia. Tym samym, aby polski podmiot, taki jak np. firma DEKRA Certification sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu uzyskał status zewnętrznego akredytowanego podmiotu, uprawnionego do przeprowadzania certyfikacji, potwierdzającej wdrożenie systemu HACCP, konieczne jest uzyskanie akredytacji do certyfikacji systemu HACCP od Polskiego Centrum Akredytacji. Kluczowe dla oceny zasadności zarzutów odwoławczych warunki określające uzyskanie akredytacji PCA w zakresie certyfikacji dla potwierdzenia wdrożenia systemu HACCP wynikają m.in. z następujących komunikatów Polskiego Centrum Akredytacji:

- 1) komunikat PCA nr 8 z dnia 17.07.2006 r. w sprawie akredytacji jednostek certyfikujących systemy zarządzania bezpieczeństwem żywności HACCP oraz komunikat PCA nr 13 z dnia 13.02.2007 r.
- 2) komunikat PCA nr 14 z dnia 15.02.2007 r. (uzupełniający i zmieniający komunikat PCA nr 8) w sprawie akredytacji jednostek certyfikujących systemy zarządzania bezpieczeństwem żywności (FSMS), w związku z opublikowaniem norm PN-EN ISO 22000:2006 i ISG7TS 22003: 2007

Z powyższych komunikatów wynika jednoznacznie, iż akredytowana certyfikacja systemu HACCP nie następuje już w oparciu o Codex Alimentarius oraz normę, lecz wyłącznie w oparciu o normę PN-EN ISO 22000:2006.

W komunikacie PCA nr 8 z dnia 17.07.2006 r. Polskie Centrum Akredytacji poinformowało o zmianie dokumentu odniesienia, stanowiącego podstawę certyfikacji systemów zarządzania bezpieczeństwem żywności HACCP, z normy DS. 3027:2002 (norma duńska) na normę PN-EN ISO 22000:2006 „Systemy zarządzania bezpieczeństwem żywności - Wymagania dla każdej organizacji należącej do łańcucha żywnościowego.”

W komunikacie PCA nr 14 z dnia 15.02.2007 r. Polskie Centrum Akredytacji poinformowało, że od dnia opublikowania komunikatu (15.02.2007 r.), PCA wstrzymuje przyjmowanie wniosków o akredytację na certyfikację systemu HACCP według Codex Alimentarius. Postępowanie PCA w okresie przejściowym, do dnia 31.05.2007 r., jest analogiczne do postępowania w odniesieniu do normy DS.3027:2002 (E). Do dnia 1 marca 2007 r. akredytowane jednostki certyfikujące system HACCP wg normy DS. 3027:2002 (E) i Codex Alimentarius były zobowiązane do poinformowania swoich klientów, zainteresowanych akredytowanymi certyfikatami, o zmianie dokumentu odniesienia i swoich

zasadach postępowania w okresie przejściowym. PCA dopuściło zakończenie trwających już procesów certyfikacji na dotychczasowych zasadach. PCA zezwoliło jedynie na utrzymanie wydanych już akredytowanych certyfikatów wg DS. 3027:2002 (E) i Codex Alimentarius do terminu ich wygaśnięcia.

Zatem, Zamawiający formułując warunek udziału w postępowaniu w ten sposób, iż zażądał od wykonawców tzw. akredytowanego certyfikatu („*certyfikat potwierdzający wdrożenie systemu HACCP wydany przez zewnętrzny akredytowany podmiot uprawniony do przeprowadzania certyfikacji*”), zażądał tym samym od wykonawców wykazania, że mają wdrożony w co najmniej jednej lokalizacji (kuchni) system HACCP w oparciu o normę PN-EN ISO 22000:2006. Z załączonego przez wykonawcę Impel certyfikatu wynika jedynie wdrożenie systemu HACCP w oparciu o Codex Alimentarius. Certyfikat został wydany w dniu 29 czerwca 2010 r., a zatem daleko po dacie przewidzianej jako graniczna data akredytowanej certyfikacji w oparciu o Codex Alimentarius w tzw. okresie przejściowym.

Podkreślenia wymaga, że norma PN-EN ISO 22000:2006 jest pierwszą od 1969 roku próbą ujednoczenia podejścia do HACCP. Norma PN-EN ISO 22000:2006 jest dostosowana do ISO 9001 w celu poprawy kompatybilności obu norm. Zawiera, ujęte w formie tabelarycznej, wzajemne powiązania pomiędzy ISO 9001:2000, jak również powiązania pomiędzy zasadami HACCP, etapami jego stosowania oraz paragrafami ISO 22000. W Normie PN-EN ISO 22000:2006 zintegrowano zasady systemu Analizy Zagrożeń i Krytycznego Punktu Kontroli oraz etapy wdrażania systemu opracowane przez Komisję Kodeksu Żywnościowego. Za pomocą możliwych do auditowania wymagań w normie tej połączono plan HACCP z programami wstępnymi (PRP). Jako norma wydana przez International Organization for Standardization (ISO) jest uznawana za światowy standard, który wykorzystany jako podstawa wdrożenia i certyfikacji ułatwia uczestnictwo we współpracy i handlu międzynarodowym.

Zatem, Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 3 i art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 1 ust. 1 pkt 4 oraz art. 15 i art. 16 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności, a także art. 4 i 5 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 765/2008 z dnia 9 lipca 2008 r., poprzez zaniechanie wykluczenia przez Zamawiającego wybranego wykonawcy Impel, gdyż nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącym potencjału technicznego w zakresie określonym w Rozdziale VI pkt 1 lit. C pierwsze tiret SIWZ, ponieważ nie przedstawił akredytowanego certyfikatu na wdrożenie systemu HACCP, certyfikowanego według normy PN-EN ISO 22000:2006.

Odwołujący wskazuje na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Impel, w sytuacji, gdy oferta ta nie odpowiada wymaganiom stawianym przez Zamawiającego w treści rozdziału III pkt 13 SIWZ,

odnoszącego się bezpośrednio do sposobu realizacji przedmiotu zamówienia przez wykonawców. Zamawiającego wymagał w SIWZ dysponowania przez wykonawców podczas realizacji przedmiotu zamówienia dodatkową kuchnią szpitalną zabezpieczającą na czas remontu lub awarii kuchni głównej. Odwołujący wskazuje, że z załączonej do oferty umowy cywilnoprawnej zatytułowanej „Promesa zawarcia umowy najmu powierzchni użytkowej” wynika jedynie, że Zamawiający deklaruje gotowość zawarcia z wykonawcą Impel umowy najmu powierzchni użytkowej 139,2 m², obejmującej pomieszczenia (po byłej) kuchni Oddziału Chorób Zakaźnych i Dermatologii Szpitala przy ul. Radiowej 7 w Kielcach. Jak wskazuje sama nazwa umowy, jest to jedynie promesa (obietnica) zawarcia umowy najmu tych pomieszczeń, dodatkowo obwarowana koniecznością łącznego ziszczenia się przesłanek (warunków) określonych w ust. 4 umowy. Zamawiający bezzasadnie przyjął więc, że wykonawca Impel wykazał spełnienie wymagań w zakresie dysponowania szpitalną kuchnią zabezpieczającą na czas realizacji przedmiotu umowy, skoro Wykonawca przedstawił jedynie promesę umowy najmu, która być może nie dojdzie do skutku.

Ponadto, Odwołujący informuje, że przedmiotem najmu powierzchni użytkowej 139,2 m² są pomieszczenia po byłej kuchni Oddziału Chorób Zakaźnych i Dermatologii Szpitala przy ul. Radiowej 7 w Kielcach. Taka konkluzja wynika wprost z treści uchwały nr 245/11 Zarządu Województwa Świętokrzyskiego z dnia 13 kwietnia 2011 r. w sprawie wyrażenia zgody dla Wojewódzkiego Szpitala Zespólnego w Kielcach na wynajęcie pomieszczeń: magazynowych, gospodarczych, kuchni w budynku głównym Szpitala, pomieszczeń po byłej kuchni Oddziału Chorób Zakaźnych i Dermatologii oraz pomieszczeń w Przychodni Sportowo-Lekarskiej. Zgodnie z § 1 ust. 3 przedmiotowej uchwały „*wyraża się zgodę dla Wojewódzkiego Szpitala Zespólnego w Kielcach na wynajęcie na okres 3 lat powierzchni 139,2 m² obejmującej pomieszczenia po byłej kuchni Oddziału Chorób Zakaźnych i Dermatologii Szpitala przy ul. Radiowej w Kielcach i im towarzyszące (pomieszczenia: magazynowe, gospodarcze, korytarze, biurowe, łazienki i we) z przeznaczeniem na przygotowywanie posiłków*”. Pomieszczeń po byłej kuchni nie można utożsamiać z kuchnią szpitalną.

Znamienne jest także, co pozostaje w związku z zarzutami Odwołującego odnośnie naruszenia przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, że Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu do publikacji w Dzienniku Urzędowym UE natychmiast następnego dnia po podjęciu ww. uchwały przez Zarząd Województwa Świętokrzyskiego, tj. w dniu 14 kwietnia 2011 r.

Odwołujący wskazuje, że wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ. Zgodnie z Rozdziałem X ust. 2 SIWZ Zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert: cena (60%), potencjał techniczny (30%), jakość (10%). Odwołujący podaje, że wykazał już wcześniej, iż wykonawca Impel

przedkładając w ofercie „Promesę zawarcia umowy najmu powierzchni użytkowej” nie wykazał dysponowania, a tym bardziej „posiadania” kuchni szpitalnej zabezpieczającej na czas remontu kuchni Zamawiającego na terenie miasta Kielc. W związku z powyższym oferta wykonawcy Impel zamiast 30 pkt powinna otrzymać 0 pkt w kryterium oceny ofert „potencjał techniczny”.

Odwołujący podaje, iż wykazał już w treści uzasadnienia, iż wykonawca Impel nie przedstawił akredytowanego certyfikatu wdrożenia systemu HACCP, ponieważ akredytowana certyfikacja systemu HACCP następuje od 2007 r. wyłącznie w oparciu o normę PN-EN ISO 22000:2006. W związku z powyższym oferta wykonawcy Impel zamiast 10 pkt, powinna otrzymać 0 pkt w kryterium oceny ofert „jakość”.

Dodatkowo Odwołujący wskazuje, iż w swojej ofercie przedłożył akredytowane certyfikaty wydane w oparciu o normę PN-EN ISO 22000:2006 dla 3 lokalizacji (3 kuchni). Oferta Odwołującego powinna w kryterium „jakość” (tabela z oceną punktową stanowi załącznik do protokołu ZP-PN) mieć wskazane 3 a nie 2 posiadane kuchnie z wdrożonym systemem HACCP, przyjmując, że wdrożony system HACCAP ma być potwierdzony certyfikatem wydanym przez zewnętrzny akredytowany podmiot uprawniony do przeprowadzenia akredytowanej certyfikacji HACCP.

Odwołujący wyjaśnia, iż od 1 stycznia 2006 r. w Polsce oraz w pozostałych państwach członkowskich Unii Europejskiej bezpośrednio stosuje się unijne rozporządzenia dotyczące higieny żywności, w tym:

- 1) Rozporządzenie nr 852/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie higieny środków spożywczych,
- 2) Rozporządzenie nr 853/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. ustanawiające szczególne przepisy dotyczące higieny w odniesieniu do żywności pochodzenia zwierzęcego.

Rozporządzenia, w przeciwieństwie do dyrektyw, stosuje się w państwach członkowskich UE (w tym w Polsce) bezpośrednio, bez konieczności przenoszenia ich do prawa krajowego. Przepisy krajowe nie mogą regulować tych samych zagadnień, które są uregulowane w rozporządzeniach unijnych. Rozporządzenie nr 852/2004 każe stosować zasady systemu HACCP przez wszystkie przedsiębiorstwa sektora spożywczego (oprócz tych, które zajmują się produkcją podstawową i niektórymi powiązanymi działaniami). Jednak rozporządzenie to dopuszcza bardziej elastyczne wprowadzenie systemu HACCP. W związku z tym została uchwalona ustawa z 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia (Dz. U. z 2006 r. nr 171, poz. 1225), która weszła w życie dnia 28 października 2006 r. i zastąpiła ustawę z 11 maja 2001 r. o warunkach zdrowotnych żywności i żywienia. Nowa ustawa nie reguluje już zagadnień systemu HACCP i higieny żywności, które objęte są rozporządzeniem 852/2004.

Artykuł 5 rozporządzenia (WE) nr 852/2004 Parlamentu Europejskiego oraz Rady w sprawie higieny produktów żywnościowych nakłada na przedsiębiorstwa sektora spożywczego wymóg opracowania, wdrożenia i utrzymywania stałych procedur opartych na zasadach Analizy Zagrożeń i Krytycznych Punktów Kontroli. Koncepcja pozwala, aby zasady HACCP były wprowadzane z wymaganą elastycznością we wszystkich przypadkach. W rozporządzeniu (WE) nr 852/2004 kluczowymi kwestiami dla uproszczonej procedury HACCP są:

- a) akapit 15 ww. rozporządzenia, który określa, że „Wymogi HACCP powinny uwzględniać zasady zawarte w »Codex Alimentarius« czyli »Kodeksie Żywnościowym «,
- b) stwierdzenie w art. 5 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 852/2004, że procedura musi być oparta na zasadach HACCP,
- c) art. 5 ust. 5 rozporządzenia umożliwiający przyjęcie ustaleń ułatwiających wdrożenie wymagań HACCP przez niektóre przedsiębiorstwa sektora spożywczego. Obejmuje to użycie przewodników stosowania zasad HACCP.

Ustawodawstwo Wspólnoty nie zawiera wymagań, aby procedury HACCP były certyfikowane, np. w ramach schematów zapewnienia jakości. Wszelka potrzeba dotycząca tego rodzaju certyfikatów płynie z inicjatyw prywatnych. Jedyne rodzaje oceny przewidzianej w prawie wspólnotowym stanowi ocena przez właściwe władze państw członkowskich przeprowadzana w ramach normalnych kontroli urzędowych.

Zamawiający postawił w SIWZ wymagania dotyczące akredytowanej certyfikacji systemu HACCP, do czego miał pełne prawo. Oferty Wykonawców powinny być badane i oceniane zgodnie z treścią SIWZ.

Zgodnie z polską ustawą o bezpieczeństwie żywności i żywienia podmioty działające na rynku spożywczym lub na rynku materiałów i wyrobów przeznaczonych do kontaktu z żywnością nie mogą prowadzić działalności bez wpisu do rejestru zakładów albo o zatwierdzenie zakładu i o wpis do rejestru zakładów, przy czym zakład to przedsiębiorstwo spożywcze w rozumieniu art. 3 pkt 2 rozporządzenia nr 178/2002. Działalność „zakładów” objęta jest nadzorem sanitarnym na podstawie ustawy z dnia 14 marca 1985 r. o Państwowej Inspekcji Sanitarnej (Dz. U. z 2006 r. Nr 122, poz. 851, z późn. zm.) i ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia (Dz. U. z 2010 r. Nr 136, poz. 914 i Nr 182, poz. 1228), w zakresie dotyczącym bezpieczeństwa żywności.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W rozdziale III pkt 13 SIWZ Zamawiający ustanowił wymóg w przedmiocie realizacji zamówienia, zgodnie z którym *„w celu zabezpieczenia ciągłości żywienia pacjentów w przypadku awarii kuchni głównej oraz w związku z planowanym remontem generalnym na kuchni głównej, związanym z czasowym wyłączeniem kuchni z eksploatacji, Zamawiający*

wymaga, aby Wykonawca dysponował kuchnią szpitalną zabezpieczającą na terenie miasta Kielce lub na terenie woj. świętokrzyskiego na okres minimum 6 m-cy tj. do czasu zakończenia remontu u Zamawiającego zgodnie z pkt 15. Dokument potwierdzający dysponowanie przez Oferenta kuchnią zgodnie z powyższym należy dołączyć do oferty." Jednocześnie „Zamawiający wymaga aby oferent w związku z planowanym remontem generalnym kuchni głównej Zamawiającego zapewnił pracę na swojej kuchni (zgodnie z pkt 13) wszystkim pracownikom oraz dodatkowo pokrył koszty dojazdów w przypadku kuchni zlokalizowanej poza Kielcami.”

Jednym z kryteriów oceny ofert jest „potencjał techniczny”, którego wagę Zamawiający ustalił na poziomie 30% (rozdział X pkt 3 SIWZ). Posiadanie potencjału technicznego Zamawiający utożsamiał z posiadaniem kuchni szpitalnej zabezpieczającej na czas remontu kuchni Zamawiającego na terenie miasta Kielce, przyjmując, iż spełnienie tego wymogu będzie skutkowało przyznaniem 100 pkt, zaś brak wymaganej kuchni powodować będzie, iż wykonawca nie uzyska w tym kryterium żadnych punktów (0 pkt).

W ofercie Wykonawcy Impel (str. 10-11) znajduje się „Promesa zawarcia umowy najmu powierzchni użytkowej” z dnia 22 lutego 2011 r. udzielona przez Kierownika Zamawiającego Pana Jana G. na rzecz Wykonawcy Impel. Z treści przedmiotowego dokumentu wynika, że Zamawiający „deklaruje wstępnie gotowość zawarcia umowy najmu kuchni szpitalnej o powierzchni 139,2 zlokalizowanej na ul. Radiowej 7, z Impel Catering sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Ślężej 118, reprezentowaną przez Prezesa Zarządu Pana Marka Hołówkę, zwanego dalej Wnioskodawcą z przeznaczeniem na świadczenie usług gastronomicznych.” Jak wynika z ust. 4 analizowanej promesy, „przesłankami łącznymi zawarcia umowy najmu powierzchni użytkowej są: a) Uchwała Rady Społecznej WSZ nr 2/2011 z dnia 08.02.2011 r. o zgodzie na wynajęcie pomieszczeń kuchni szpitalnej zlokalizowanej w Kielcach przy ul. Radiowej 7 Wnioskodawcy, b) brak – po stronie WSZ – przeszkody natury formalno-prawnej, c) brak – po stronie WSZ – przeszkody natury faktycznej, w szczególności odnoszącej się do sfery organizacyjnej WSZ w zakresie planowanych, bądź realizowanych przedsięwzięć, jak np. adaptacja nowych powierzchni użytkowych na potrzeby działalności WSZ.”

Pismem z dnia 9 maja 2011 r. Zamawiający, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w powołaniu na treść rozdziału III pkt 13 SIWZ i odpowiedzi udzielonych na pytania wykonawców, zawarte w piśmie z dnia 27 kwietnia 2011 r., wezwał wykonawcę Impel do dostarczenia „dokumentu potwierdzającego posiadanie kuchni szpitalnej zabezpieczającej na terenie miasta Kielce, na terenie woj. Świętokrzyskiego lub w odległości 50 km od siedziby Zamawiającego, w sytuacji gdy znajduje się ona poza granicami woj. świętokrzyskiego na okres minimum 6 m-cy.” W odpowiedzi wykonawca Impel przedstawił „Umowę najmu lokalu i korzystania z mediów”, zawartą w dniu 22 kwietnia 2011 r. pomiędzy

Zamawiającym, reprezentowanym przez Dyrektora Szpitala Pana Jana G. a Impel Catering Sp. z o.o., zgodnie z którą „Wynajmujący oddaje w najem pomieszczenia i magazyny kuchni szpitalnej wraz z wyposażeniem w budynku przy ul. Radiowej 7 w Kielcach z prawem do korzystania w zakresie świadczenia usług gastronomicznych, o łącznej powierzchni lokalu 139,2 m2.” (§ 1 ust. 1). Zaś, zgodnie z § 8 ust. 1 „umowa obowiązuje od dnia 01.05.2011 r. do dnia 31.12.2012 r. z możliwością jej rozwiązania za uprzednim 1 miesięcznym okresem wypowiedzenia złożonym na koniec miesiąca.”

Powyższe skutkowało otrzymaniem przez Przystępującego 30 pkt w kryterium potencjał techniczny (zbiorcze zestawienie ofert – załącznik nr 1 do protokołu).

W rozdziale VI SIWZ Zamawiający ustanowił warunki udziału w postępowaniu, wskazując w pkt 1 lit. C, iż Zamawiający uzna za spełniony warunek w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnym do wykonania zamówienia, jeśli wykonawca posiada certyfikat potwierdzający wdrożenie systemu HCCP, wydany przez zewnętrzny akredytowany podmiot uprawniony do przeprowadzania certyfikacji oraz sporządzi projekt technologiczny kuchni. Oba dokumenty należało dołączyć do oferty. Jednocześnie Zamawiający wyjaśnił, iż „w związku z faktem, iż Wykonawca zobowiązany jest do doposażenia oddanych w dzierżawę pomieszczeń kuchni w sprzęt niezbędny do realizacji usługi oraz pełnego wyposażenia w sprzęt do dystrybucji posiłków Zamawiający wymaga dołączenia do oferty projektu technologicznego kuchni, w tym uwzględniającego całość planowanego doposażenia kuchni w sprzęt. Projekt musi być zgodny z obowiązującymi wymaganiami sanitarno-epidemiologicznymi i być podpisany przez osobę uprawnioną do sporządzania i zatwierdzania tego typu projektów.”

Wytyczne niezbędne do sporządzenia projektu technologicznego Zamawiający zawarł w załącznikach nr 13 i 14 do SIWZ.

Do oferty wykonawcy Impel (str. 14-24) dołączono projekt technologii kuchni, przygotowany na potrzeby niniejszego zamówienia, na zlecenie wykonawcy Impel, sporządzony przez Lorien Foodservice Sp. z o.o. w dniu 23.12.2010 r.

Jednym z kryteriów oceny ofert, zgodnie z rozdziałem X pkt 3 SIWZ, jest „jakość”, z którą Zamawiający utożsamia potwierdzenie wdrożenia systemu HCCP w formie certyfikatu wydanego przez zewnętrzny akredytowany podmiot uprawniony do przeprowadzania certyfikacji. Wykazanie wdrożenia systemu HCCP w więcej niż 10 kuchniach skutkowało przyznaniem 100 pkt, w przypadku wdrożenia go od 5 do 10 kuchniach – wykonawca otrzymywał 50 pkt, zaś wdrożenie systemu HCCP w mniej niż 5 kuchniach nie uprawniało do uzyskania jakichkolwiek punktów we wskazanym kryterium.

Do oferty wykonawca Impel dołączył certyfikat HACCP – Codex Alimentarius nr 430710010, wystawiony przez Dekra Certification Sp. z o.o. dla wykonawcy Impel Catering Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, potwierdzający, iż ww. Wykonawca wdrożył i skutecznie

realizuje system HCCP – w oparciu o Codex Alimentarius. Zgodnie z dalszymi informacjami, „*niniejsze świadectwo zgodności wydane zostało po przedłożeniu raportu z auditu nr Z-A 445308/MS/MP/B/HAC.*” Jak wynika z treści przedmiotowego dokumentu certyfikat jest ważny od 29 czerwca 2010 r., w tym też dniu dokonano pierwszej certyfikacji, zaś jego ważność upływa z dniem 28 czerwca 2013 r. W załączniku do niniejszego certyfikatu wymieniono 18 oddziałów Wykonawcy, które objęte są niniejszym certyfikatem.

Ocena przedmiotowego dokumentu zaowocowała dla wykonawcy Impel przyznaniem 10 pkt.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

W świetle przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji. Zgodnie więc z dyspozycją normy zawartej we wskazanym przepisie wykluczeniu z postępowania podlega zarówno wykonawca, który bezpośrednio brał udział w przygotowaniu postępowania lub, który przy pomocy osób to postępowanie przygotowujących, sporządził ofertę, jeśli udział takiego wykonawcy zakłóci (utrudni) uczciwą konkurencję. Analiza powołanego przepisu prowadzi do wniosku, iż wolą ustawodawcy było wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tych wykonawców, którzy dysponują większą wiedzą, a przez to mają przewagę nad innymi wykonawcami, ale wiedza ta wynika z faktu bezpośredniego zaangażowania w przygotowanie danego postępowania, czy też pochodzi od osób, w przygotowaniu tego postępowania biorących udział, a wykorzystanych do sporządzenia oferty. Jednocześnie biorąc pod uwagę dolegliwość grożącą w przypadku stwierdzenia którejkolwiek z okoliczności, stanowiących przesłanki zastosowania powołanego przepisu, należy opowiedzieć się za ścisłym rozumieniem przedmiotowych przesłanek.

W niniejszej sprawie do rozstrzygnięcia pozostaje kwestia, czy kierownik Zamawiającego Pan Jan G. brał udział w przygotowywaniu niniejszego postępowania, a jeśli tak, czy jest możliwe stwierdzenie, że uczestniczył w sporządzeniu oferty Przystępującego. W ocenie Izby, brak podstaw do stwierdzenia ww. okoliczności. W pierwszej kolejności zauważyć należy, iż w analizowanym przepisie mowa jest o posługiwaniu się osobami uczestniczącymi w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie sposób zaś stwierdzić, że Pan Jan G. przedmiotowe czynności w niniejszym postępowaniu w ogóle wykonywał. Jak wynika bowiem z protokołu postępowania (pkt 3 lit. A), Kierownik Zamawiającego nie wykonuje czynności w niniejszym postępowaniu, udzielił bowiem upoważnienia Panu Andrzejowi D. do dokonywania następujących czynności w

postępowaniu o udzielenie niniejszego zamówienia: powoływanie komisji przetargowej, akceptowanie i podpisywanie dokumentów przetargowych, akceptacja pracy komisji przetargowej, akceptacja zawiadomień kierowanych do wykonawców, reprezentowanie stanowiska Zamawiającego, dotyczącego zamówień publicznych. Źródła przedmiotowego upoważnienia należy zaś poszukiwać w Zarządzeniu wewnętrznym nr 2A/2010 Dyrektora Wojewódzkiego Szpitala Zespołowego w Kielcach z dnia 30 stycznia 2010 r., a w szczególności w rozdziale III, dotyczącym realizacji zamówień publicznych o wartości powyżej 193.000 euro i uprawnień komisji przetargowej. Z powyższego jednoznacznie wynika, iż wszelkie czynności, które należałoby zaliczyć do czynności przygotowawczych, związanych z wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, a więc oszacowanie zamówienia, dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, przygotowanie SIWZ i jej zatwierdzenie były dokonywane bez udziału Pana Jana G. Oznacza to, iż z całą pewnością Pan Jan G. nie brał udziału w przygotowaniu niniejszego postępowaniu, co więcej nie brał udziału w prowadzonym postępowaniu, zawarcie bowiem umowy o udzielenie zamówienia publicznego, na skutek wyboru dokonanego bez udziału wskazanej osoby, nie może być zakwalifikowane jako udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Jakkolwiek brak potwierdzenia przedmiotowej okoliczności czynni zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp bezzasadnym, to należy również zauważyć, iż brak dowodów uzasadniających twierdzenie, że wymieniona osoba brała udział w sporządzeniu oferty Przystępującego.

Za chybiony należy również uznać zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 2 ustawy Pzp. Zarzut braku bezstronności i obiektywizmu może być bowiem podnoszony w odniesieniu do osób wykonujących czynności związane z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tymczasem w niniejszej sprawie przedmiotowy zarzut podnoszony był wobec Pana Jana G., który, jak była mowa o tym wyżej, przedmiotowych czynności nie dokonywał.

Izba nie doszukała się również podstaw do stwierdzenia naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp z tej przyczyny, iż Pan Jan G. udzielił promesy Przystępującemu, odnośnie wynajęcia pomieszczeń należących do Szpitala, a mieszczących się przy ul. Radiowej. Stwierdzić bowiem należy, iż udzielenie promesy, a w konsekwencji zawarcie umowy najmu, stanowiło efekt działań zainicjowanych przez Przystępującego jeszcze w 2010 r. i wynikało z chęci zabezpieczenia zarówno interesów Zamawiającego i Przystępującego, związanych z realizacją wiążącej te strony umowy na żywienie pacjentów Szpitala. Przystępujący zdawał sobie bowiem sprawę ze stanu technicznego kuchni przy ul. Grunwaldzkiej i konieczności przeprowadzenia remontu, co skłaniało go do poszukiwania rozwiązań mających zabezpieczyć należyte wykonanie umowy w przypadku jakichś nieprzewidzianych zdarzeń, np. awarii. Nadto, Przystępujący dążył do ochrony własnych

interesów, bowiem realizacja innych jego zobowiązań była zagrożona, biorąc pod uwagę fakt, iż kuchnię przy ul. Grunwaldzkiej była wykorzystywał również w celu realizacji innych wiążących go umów. Tak więc cały ciąg zdarzeń, na które wskazuje Odwołujący, a więc decyzja Rady Społecznej Szpitala, aprobująca dążenia do wynajęcia przez Szpital pomieszczeń przy ul. Radiowej, udzielenie promesy Przystępującemu w tym przedmiocie najmu, podjęcie w dniu 13 kwietnia 2011 r. uchwały nr 245/11 przez zarząd województwa świętokrzyskiego o wyrażeniu zgody na wynajęcie m.in. powierzchni przy ulicy Radiowej, która w konsekwencji zaowocowała zawarciem umowy najmu, w świetle korespondencji kierowanej przez Przystępującego do Dyrektora Szpitala nie może być traktowany jako sprzeniewierzenie się przez Dyrektora zasadzie równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, skoro mieścił się w ramach działalności Szpitala i był związany z bieżącym zabezpieczeniem interesów Szpitala, w postaci zapewnienia ciągłości żywienia pacjentów. Nadto, promesa, na którą powołuje się Odwołujący została udzielona przed wszczęciem niniejszego postępowania i to przez osobę, która czynności związanych z przygotowaniem i prowadzeniem niniejszego postępowania nie podejmowała.

Niezależnie jednak od dokonanej oceny, wypada zwrócić uwagę Zamawiającemu, iż nie sprzyja budowaniu zaufania i przejrzystości postępowania okoliczność, iż Zamawiający mając wiedzę o podjętej uchwale nie informuje potencjalnych wykonawców o możliwości wynajęcia od Zamawiającego pomieszczeń po byłej kuchni, tym bardziej, że jest to okoliczność, która mogłaby mieć wpływ na sporządzenie oferty przez potencjalnego wykonawcę.

Drugi aspekt tego wątku, podnoszony przez Odwołującego, iż w istocie podejmowane działania miały wpływ na ukształtowanie przez Zamawiającego wymogów w niniejszym postępowaniu, w tym kryteriów oceny ofert nie może być skutecznie podnoszony w niniejszym postępowaniu odwoławczym. Po pierwsze bowiem, zastrzeżenia tego rodzaju należało zgłaszać na etapie SIWZ i w tym zakresie domagać się jej zmiany. Po drugie, tego rodzaju ocena mogłaby być przeprowadzona jedynie w postępowaniu karnym, w szczególności z punktu widzenia znamion czynu zabronionego, opisanych w przepisie art. 305 k.k.

W ocenie Izby, brak podstaw do przypisania Zamawiającemu naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, bowiem Izba nie stwierdziła, że Zamawiający udostępnił Przystępującemu informacje niezbędne do sporządzenia projektu technologicznego kuchni. Jak ustalono, materiały do przygotowania przedmiotowego projektu Przystępujący uzyskał z treści wydanej w dniu 7 grudnia 2010 r. decyzji Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Kielcach, która została przesłana Przystępującemu do wiadomości, jako prowadzącemu blok żywienia w Szpitalu. Efektem przedmiotowej decyzji było przygotowanie przez Przystępującego rozwiązań prowadzących

do wyeliminowania nieprawidłowości, ujętych w projekcie przygotowanym 23 grudnia 2011 r. Jednocześnie przedmiotowa decyzja, stanowiła załącznik do SIWZ, jako wytyczne dla wykonawców pomocne przy sporządzeniu projektu technologicznego, który Przystępujący w niniejszym postępowaniu mógł wykorzystać, bowiem takim dokumentem już dysponował. Nie było to jednakże efektem udostępnienia Przystępującemu potrzebnych informacji wcześniej niż innym wykonawcom, ale wiązało się z bieżącym realizowaniem usług żywienia pacjentów Szpitala. Natomiast wiedzy związanej z realizacją danej usługi i zdobytego doświadczenia wykonawcy odebrać nie można, podobnie jak nie jest możliwe wyciąganie z tego powodu dla wykonawcy negatywnych skutków.

Zdaniem Izby, nie potwierdził się również zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący stoi na stanowisku, iż zaproponowanych przez Przystępującego powierzchni o powierzchni 139,2 m² po byłej kuchni szpitalnej nie sposób uznać za zabezpieczającą kuchnię szpitalną z uwagi na fakt, że nie jest to kuchnia czynna, a Przystępujący zaproponował jedynie pomieszczenia po byłej kuchni, a nadto nie ma możliwości, aby na tak małej powierzchni przygotowywać posiłki dla ok. 700 pacjentów. W ocenie Izby, stanowisko Odwołującego jest nieuprawnione. W pierwszej kolejności wskazać należy, iż Zamawiający formułując wymóg w tym przedmiocie nie postawił żadnych warunków co do wielkości powierzchni kuchni zabezpieczającej. Po drugie, należało zabezpieczyć kuchnię szpitalną na czas remontu lub awarii. Powyższe zastrzeżenie jest o tyle istotne, iż możliwe jest zaoferowanie takich pomieszczeń, które w istocie będą tylko doraźnie wykorzystywane jako kuchnia szpitalna z uwzględnieniem okoliczności, którym Odwołujący nie zaprzeczył, że remont kuchni „główniej” może być przeprowadzany sekwencyjnie, co oznacza, iż nie wszystkie pomieszczenia w kuchni remontowanej jednocześnie zostaną objęte robotami budowlanymi. Można więc sobie wyobrazić, iż pewne czynności z zakresu żywienia pacjentów będą wykonywane w ramach kuchni „główniej”, a inne w ramach kuchni zabezpieczającej. Analogiczną ocenę należy odnieść do sytuacji, w której nastąpi awaria kuchni „główniej”. Uprawnione jest założenie, iż w wyniku awarii nie wszystkie pomieszczenia zostaną wyłączone z użytkowania. Tym samym należy przyjąć, iż nawet gdyby uznać, że powierzchnia kuchni zabezpieczającej zaproponowana przez Przystępującego nie pozwala na realizację przedmiotu niniejszego zamówienia w pełnym zakresie, to w warunkach niniejszego postępowania nie jest to konieczne, z uwagi na okoliczności, o których była mowa powyżej, przy jednoczesnym zachowaniu funkcji zabezpieczającej tych pomieszczeń. W tym zakresie opinię prywatną Pana Kazimierza Łysko należy uznać za nieprzydatną, jako że nie uwzględnia możliwości wykorzystania w razie awarii lub remontu pewnego rozkładu czynności i zadań w ramach dwóch kuchni szpitalnych („główniej” i zabezpieczającej).

Izba nie przychyliła się również do stanowiska Odwołującego, iż Przystępujący nie spełnił wymogu zaoferowania kuchni szpitalnej, bowiem zaproponowane przez niego pomieszczenia nie stanowią w istocie kuchni, a są jedynie pomieszczeniami po byłej kuchni. Nie sposób się z tym zgodzić w sytuacji, w której wedle wyjaśnień Zamawiającego i Przystępującego, nie zakwestionowanych przez Odwołującego, kuchnia przy ul. Radiowej została przez Zamawiającego zamknięta z przyczyn ekonomicznych, w żadnym razie nie zmieniono zaś funkcji tychże pomieszczeń. Tak więc kuchnia ta może być nadal wykorzystywana jako kuchnia szpitalna. Fakt, iż obecnie blok żywienia przy ul. Radiowej figuruje w rejestrze *„Baza danych o podmiotach gospodarczych branży żywnościowej objętych nadzorem Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Kielcach w grupie obiektów bloki żywienia w szpitalach – żywienie w systemie cateringowym”* tym bardziej potwierdza zdatność tych powierzchni do pełnienia funkcji kuchni szpitalnej. Nie jest to bowiem powierzchnia zdewastowana, której możliwość użytkowania jest wyłączona, ale taka, której funkcja jest jedynie w pewien sposób ograniczona m.in. do przyjmowania posiłków, wstępnego mycia i dezynfekcji GN oraz celów socjalnych pracowników zajmujących się dystrybucją żywności. Tak jest w chwili obecnej, ale nie oznacza to, a przynajmniej Odwołujący tego nie wykazał, że rozszerzenie tej funkcji nie jest możliwe.

W ocenie Izby, znalazł potwierdzenie zarzut naruszenia przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W świetle dokumentów dołączonych do oferty brak podstaw do stwierdzenia, iż Przystępujący posiada certyfikat potwierdzający wdrożenie systemu HACCP wydany przez zewnętrzny akredytowany podmiot uprawniony do przeprowadzania certyfikacji. Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, iż w niniejszym postępowaniu „akredytowany podmiot” oznacza podmiot, który posiada akredytację. Pogląd zaprezentowany przez Zamawiającego wynika z niezrozumienia systemu oceny zgodności, w tym procesów akredytacji i certyfikacji, a stanowi wyraz sformułowania wymogu w taki sposób, który jest wyrazem potocznego rozumienia tych instytucji. Z całą pewnością jednak takie podejście nie jest uprawnione i nie znajduje oparcia w bezwzględnie obowiązujących przepisach prawa. Wyraźnego podkreślenia wymaga fakt, iż akredytacja jest udzielana w określonym celu i obejmuje pewien, ściśle określony obszar. Zamawiający w niniejszym postępowaniu całkowicie tę kwestię pomija. Tymczasem należy zwrócić uwagę, iż w świetle art. 5 pkt 10 ustawy o systemie zgodności „akredytacja” oznacza uznanie przez jednostkę akredytującą kompetencji jednostki certyfikującej, jednostki kontrolującej oraz laboratorium do wykonywania określonych działań. Dekra Certification Sp. z o.o. posiada akredytację Polskiego Centrum Akredytacji w zakresie systemu zarządzania jakością (QMS), systemu zarządzania środowiskowego (EMS) i zakładowej kontroli produkcji, a ale jedynie w zakresie produkcji mieszanek mineralno-asfaltowych. Powyższy zakres akredytacji został ustalony w

oparciu o rejestry certyfikatów akredytacji prowadzonych przez Polskie Centrum Akredytacji, które jest jednostką właściwą do przeprowadzania akredytacji na terenie RP (art. 4 ust. 1 w zw. z art. 5 ust. 1 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 765/2008 w zw. z art. 15 ust. 1 ustawy o systemie zgodności). Powyższe prowadzi do wniosku, iż akredytacja jest przeprowadzana w określonym, dość wąskim zakresie, nie jest kategorią obiektywną, ale stanowi uznanie kompetencji jednostki certyfikującej do wykonywania określonych działań w określonym obszarze. Skoro Zamawiający określił ten obszar – certyfikacja musi dotyczyć systemu HACCP, to oznacza to, że akredytowany podmiot wydający tenże certyfikat musi posiadać akredytację w tym obszarze. Nie powinno budzić to wątpliwości, jaką wartość miałyby bowiem akredytacja, dotycząca innych procesów, niż te które objęte są procesem certyfikacji, z punktu widzenia racjonalności i obowiązujących przepisów prawa – z pewnością niewielką. Stąd, też w świetle bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa nie da się zaakceptować poglądu Zamawiającego i Przystępującego, iż w treści spornego warunku chodzi o akredytację w jakimkolwiek zakresie, bowiem ten nie został przez Zamawiającego określony w SIWZ.

Nadto, nie bez znaczenia dla oceny niniejszej sprawy jest również stanowisko wyrażone przez Polskie Centrum Akredytacji w Komunikacie z dnia 15 lutego 2007 r., z którego jednoznacznie wynika, iż właściwe jest powiązanie certyfikatu w określonym zakresie z akredytacją w tymże zakresie, jak również okoliczność, że określone akredytowane jednostki certyfikujące wskazany system wydają akredytowane certyfikaty (str. 2 pkt 13). Tak więc tych obszarów, zakresu akredytacji z zakresem certyfikacji, nie da się oddzielić.

Odrębnym zagadnieniem jest zaś okoliczność, iż Zamawiający nie posiada wiedzy (co wynika z udzielonych odpowiedzi na pytania wykonawców w tym przedmiocie) na temat systemów związanych z bezpieczeństwem żywności, które są obecnie akredytowane. Otóż, akredytacja na certyfikację systemu HACCP, jak wynika z powoływanego komunikatu, prowadzona była wg normy DS. 3027:2002 i Codex Alimentarius do dnia 1 marca 2007 r. W okresie przejściowym, tj. do dnia 31 maja 2007 r. akredytowane jednostki certyfikujące systemy zarządzania bezpieczeństwem żywności są zobowiązane do wprowadzenia w swoich systemach zarządzania stosownych zmian, bowiem od dnia 1 czerwca 2007 r. Polskie Centrum Akredytacji stosuje w procesach nadzoru wyłącznie normę PN-EN ISO 22000:2006 (pkt 6 i 7 Komunikatu Polskiego Centrum Akredytacji z dnia 17 lipca 2006 r. w sprawie akredytacji jednostek certyfikujących systemy zarządzania bezpieczeństwem żywności HACCP).

Zaś, warunkiem utrzymania akredytacji Polskiego Centrum Akredytacji na certyfikację systemów zarządzania bezpieczeństwem żywności jest przedstawienie dowodów na systemowe wdrożenie do stosowania normy PN-EN ISO 22000:2006 oraz na posiadanie

kompetencji do prowadzenia certyfikacji w odniesieniu do jej wymagań (pkt 8 powoływanego Komunikatu).

Reasumując, certyfikat przedstawiony przez Przystępującego nie został wydany przez akredytowaną jednostkę certyfikującą system HACCP, bowiem podmiot wystawiający certyfikat nie posiada akredytacji w tym zakresie, po drugie, o braku akredytacji świadczy już sam fakt, że certyfikacja została dokonana w oparciu o dokument (Codex Alimentarius), który od 1 czerwca 2007 r. nie stanowi podstawy certyfikacji systemów zarządzania bezpieczeństwem żywności (przedmiotowy certyfikat został zaś wydany w 2010 r.). Na uwagę zasługuje, iż również firma Dekra Certification Sp. z o.o. nie wyraża odmiennego stanowiska w piśmie z dnia 23 marca 2011 r., prowadząc jedynie wywód z innego punktu widzenia, przenosząc ciężar na relację pomiędzy systemem HACCP a normą ISO 22000.

Z tych względów, za nieuprawnioną należy uznać ocenę dokonaną przez Zamawiającego, iż Przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym. W konsekwencji brak było również podstaw do przyznania 10 pkt w kryterium „jakość”.

Powyższa sytuacja wymaga unieważnienia przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wezwania do zaniechanej czynności uzupełnienia, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, dokumentu certyfikatu potwierdzającego wdrożenie systemu HACCP, wydanego przez zewnętrzny akredytowany podmiot uprawniony do przeprowadzania certyfikacji.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, iż w niniejszym postępowaniu Zamawiający naruszył przepis art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Nie stwierdzono bowiem, aby Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o inne kryteria oceny ofert niż te określone w SIWZ. Zaś, nieprawidłowa punktacja w kryterium „jakość” nie świadczy bynajmniej o naruszeniu wskazanych przepisów, ale jest wynikiem nieprawidłowej oceny dokumentów podmiotowych Przystępującego. Jakkolwiek punktacja oferty Odwołującego w kryterium „jakość” jest prawidłowa, to ustalenia Zamawiającego, iż Odwołujący ma wdrożony akredytowany system HACCP w 2 kuchniach jest nieprawidłowa.

Izba nie podziela również zarzutu naruszenia przepisu art. 94 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 182 ust. 1 pkt 1 oraz art. 183 ust. 1 w zw. 146 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż wskazanie nieprawidłowej daty zawarcia umowy w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, w świetle wyjaśnień Zamawiającego i okoliczności faktycznych (nie doszło do zawarcia umowy w dniu 23 maja 2011 r.), jest wynikiem omyłki pisarskiej Zamawiającego.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł

Przewodniczący: