Aleksandrów Kujawski, 28 lipca 2023r.

Powiatowy Szpital w Aleksandrowie Kujawskim
spółka z o.o.
ul. Słowackiego 18
87-700 Aleksandrów Kujawski
Tel. 54/282 80 01,
e-mail:zamowieniapubliczne@vp.pl

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
Krajowa Izba Odwoławcza
ul. Postępu 17A
02-676 Warszawa

Zamawiający:

Powiatowy Szpital w Aleksandrowie Kujawskim
Sp. z o.o.
ul. Słowackiego 18
87-700 Aleksandrów Kujawski
Tel.54/282 80 01
e-mail:zamowieniapubliczne@vp.pl

reprezentowany przez
Prezesa Zarządu Mariusza Trojanowskiego

Odwołujący:

CATERMED spółka z o.o. z siedzibą w Łodzi
ul. Traktorowa 126/201
91-204 Łódź
KRS:0000914373
Tel. +48 426405777
e-mail:przetargi@rekeep.pl
repr. przez pracownika - Izabelę Kozendrę

sygn. akt KIO: 2054/23

Dotyczy postępowania pod nazwą „Przygotowywanie i dystrybucja całodobowych posiłków dla pacjentów Powiatowy Szpital w Aleksandrowie Kujawskim Sp. z o.o. w myśl ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 126-401274 dnia 4 lipca 2023 r., nr referencyjny 20/2023.

Odpowiedź na odwołanie

Działając w imieniu Powiatowego Szpitala w Aleksandrowie Kujawskim Sp. z o.o., na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy z dnia 11.09.2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 poz. 1710 ze zm.) zwanej dalej "PZP", oraz pisma Prezesa KIO z dnia 26.07.2023 r. znak sprawy UZP/BO/MP/16196/22771/23 wzywającego do ustosunkowania się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego - Zamawiający przed otwarciem rozprawy, wnosi odpowiedź na odwołanie wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 14.07.2023 r. przez potencjalnego wykonawcę (Odwołującego) CATERMED spółka z o.o. z siedzibą w Łodzi, ul. Traktorowa 126/201, 91-204 Łódź w postępowaniu pod nazwą „Przygotowywanie i dystrybucja całodobowych posiłków dla pacjentów Powiatowy Szpital w Aleksandrowie Kujawskim Sp. z o.o. w myśl ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych".

Zamawiający wnosi o:

1. oddalenie odwołania w całości,
2. (z ostrożności procesowej) - nieuwzględnienie przez Krajową Izbę Odwoławczą wszystkich twierdzeń i dowodów wskazanych przez Odwołującego,
3. przeprowadzenie dowodów wskazanych przez Zamawiającego,
4. zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

Uzasadnienie

Na wstępie Zamawiający wskazuje, że zauważyć należy, iż podejmując decyzję o kryteriach oceny ofert zamawiający powinien mieć na względzie okoliczność, że w ich wyniku zostanie dokonany wybór oferty najkorzystniejszej dla Zamawiającego, takiej, która w najwyższym stopniu zaspokoi jego potrzeby (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 16 czerwca 2003 r., sygn. akt V Ca 1213/02). Wobec powyższego, ustalając kryteria Zamawiający powinien kierować się przede wszystkim własnymi potrzebami, mając jednocześnie na względzie, aby każdy wykonawca zdolny zaoferować przedmiot zamówienia zaspakajający te potrzeby, był równo traktowany.

Przy czym chociaż kształtowanie poszczególnych kryteriów oceny ofert nie jest działaniem dowolnym, a ich kształt musi mieć swoje uzasadnienie w istniejących potrzebach jednostki zamawiającej, to Zamawiający uprawniony jest do prowadzenia postępowania (w tym ustalania kryteriów oceny ofert), według własnych potrzeb. Oznacza to, że ustalając kryteria Zamawiający musi mieć na względnie, aby wynik postępowania zapewniał nabycie najbardziej użytecznego z jego punktu widzenia przedmiotu, przy czym ocena tej użyteczności zawsze będzie miała charakter subiektywny, bo odnoszony do sytuacji i potrzeb konkretnego podmiotu. (podobnie Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3.04.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 368/09).

W tym kontekście Zamawiający konstatuje, że zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa oraz aktualną wiedzą medyczną i wskazaniami właściwych organów i organizacji (które zostaną przywołane w dalszej części niniejszego pisma), a także dobrymi praktykami i pragmatyką dotyczącą prowadzonej przez Zamawiającego działalności, podstawowym dobrem jakim kierować musi się Zamawiający jest ochrona zdrowia i życia ludzkiego. A zatem wszelkie nabywane przez Zamawiającego dobra, w tym usługi muszą być najbardziej użyteczne dla osiągnięcia wskazanego celu (dobro pacjenta).

Tym samym jeżeli obiektywnie można wykazać, że założone przez Zamawiającego wymagania w postępowaniu przetargowym zmierzają do zapewnienia opisanego celu lub choćby w najmniejszym stopniu preferują rozwiązania korzystniejsze w jakimkolwiek zakresie dla tego celu, to nie można ich uznać za nieuprawnione.

W tym stanie rzeczy nie możemy więc mówić w żadnym razie o dyskryminacji czy też nierównym traktowaniu tam, gdzie odstąpienie od ustalonych przez Zamawiającego wymogów mogłoby (choćby tylko potencjalnie) zagrażać osiągnięciu pożądanego celu w procesie leczniczo-opiekuńczym.

Biorąc pod uwagę powyższe należy bliżej określić z jakim rodzajowo przedmiotem zamówienia mamy do czynienia w rozpatrywanej sprawie. Powszechnie bowiem (zwłaszcza w różnego rodzaju postępowaniach z zakresu zamówień publicznych dla podmiotów leczniczych) uprawiana jest niedozwolona praktyka sprowadzająca problem żywienia pacjentów do ogólnego rozumienia żywienia zbiorowego, jak dla przykładu w stołówkach pracowniczych, placówkach oświatowo-wychowawczych, czy wręcz usług gastronomicznych. Jest to działanie, które deformuje i wypacza wiele decyzji przetargowych, czyniąc je bezużytecznymi dla procesu terapeutycznego lub, co gorsza niebezpiecznymi, zagrażając najwyższemu dobru jakim jest zdrowie i życie ludzkie.

Przedmiotem zamówienia w istocie rzeczy jest bowiem żywienie pacjentów, które należy rozumieć nie tyle jako zaspokojenie potrzeb biologiczno-bytowych tylko jako część procesu leczenia. Dlatego też ustalając wszelkie kryteria i reguły postępowania bezsprzecznie Zamawiający musi kierować się (użytecznością Zamawiającego) ukierunkowaną w zasadzie wyłącznie na dobro pacjenta. Wszystkie inne natomiast wektory wyznaczające uprawnienia i zasady, jak dla przykładu zasada niedyskryminacji czy też zachowania konkurencji muszą doznawać ograniczenia z uwagi na wyższe dobro.

Tak więc wymagania stawiane przez Zamawiającego w zderzeniu z dobrem jakie mają one chronić są adekwatne i uzasadnione potrzebami Zamawiającego. Nawet zatem gdyby miały one ograniczać krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia (co zdaniem Zamawiającego nie znajduje odzwierciedlenia w niniejszej sprawie), to byłoby to działanie usprawiedliwione, albowiem uzasadnione potrzebami Zamawiającego (*vide a contrario* wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UPZ 1502/08). Dodajmy, że Odwołujący sam wskazuje na przedmiotowy wyrok, jednakże zdaniem Zamawiającego całkowicie błędnie interpretując treść przywołanej tezy w konkretno-indywidualnym stanie faktycznym.

W tym miejscu stanowczo trzeba zaakcentować, że żywienie pacjentów szpitala to sprawa niebagatelna, a ewentualne zaniedbania poczynione w tej materii przez kierownika szpitala mogą doprowadzić do przedłużającej się hospitalizacji, kalectwa, a nawet śmierci pacjenta. Ustalenie to ma o tyle doniosły charakter w sprawie, że przesądza o tym, czy wyżywienie w szpitalu (usługa) pozostaje w bezpośrednim związku z leczeniem, a ewentualnie ze zwalczaniem lub zapobieganiem epidemii.

Należy bowiem mieć na uwadze, że żywienie pacjentów w szpitalach to sprawa równie ważna, jak leki podawane chorym w celu ratowania ich życia. Żywienie chorych w szpitalach stanowi absolutnie świadczenie zdrowotne wykonywane w danym podmiocie leczniczym. Ponadto jest jednym z elementów leczenia, o którym decyduje lekarz, ewentualnie w niektórych przypadkach dietetyk.

Zgodnie z art. 5 pkt 34 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 581, z późn. zm.), świadczenie opieki zdrowotnej obejmuje świadczenie zdrowotne, świadczenie zdrowotne rzeczowe i świadczenie towarzyszące. Stosownie natomiast do art. 5 pkt 38 ustawy, świadczeniami towarzyszącymi są zakwaterowanie i adekwatne do stanu zdrowia wyżywienie w szpitalu lub w innym zakładzie leczniczym podmiotu leczniczego wykonującego działalność leczniczą w

rodzaju stacjonarne i całodobowe świadczenia zdrowotne w rozumieniu przepisów o działalności leczniczej usługi transportu oraz transportu sanitarnego, a także zakwaterowanie poza zakładem leczniczym podmiotu leczniczego, jeżeli konieczność jego zapewnienia wynika z warunków określonych dla danego świadczenia gwarantowanego.

Jak wynika z powyższego, wyżywienie mieści się w zakresie pojęcia świadczenia opieki zdrowotnej udzielanego w podmiotach leczniczych udzielających świadczeń w trybie stacjonarnym całodobowym. Tym samym podmiot leczniczy udzielający świadczeń zdrowotnych w takim podmiocie (w tym w szpitalu) zobowiązany jest w ramach umowy na udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej zawartej z Narodowym Funduszem Zdrowia, zapewnić pacjentom wyżywienie adekwatne do stanu zdrowia.

Problem odpowiedniego żywienia jest niezmiernie ważny. Właściwa ocena stanu odżywienia i wdrażanie odpowiedniego sposobu żywienia zwiększa szanse chorych na wyzdrowienie, zwiększa skuteczność zarówno leczenia zachowawczego, jak i chirurgicznego oraz zmniejsza ryzyko powikłań (np. rozwój szpitalnego zapalenia i skraca czas gojenia się ran pooperacyjnych.

Dzięki temu zmniejsza się także czas hospitalizacji oraz obniżane są całkowite koszty leczenia. Decyzja o wypracowaniu standardów w zakresie żywienia pacjentów spowodowałaby konieczność opracowania ogromnej ich liczby. Każda choroba a także każde jej stadium wymaga innego rodzaju żywienia. Nauka o żywieniu chorych wskazuje na konieczność opracowania indywidualnego żywienia, zmienianego nawet z dnia na dzień. W tym obszarze dużą rolę pełnią towarzystwa naukowe zrzeszające specjalistów z różnych dziedzin medycyny, którzy określają normy żywieniowe dla pacjentów z daną jednostką chorobową.

Wspomniane w wystąpieniach publikacje i opracowania Instytutu Żywności i Żywienia służą podnoszeniu poziomu wiedzy z zakresu stanu odżywienia i sposobu żywienia chorych wśród wszystkich grup pracowników zatrudnionych w szpitalu oraz pomocy we wdrażaniu standardów związanych z żywieniem, współczesnymi technikami leczenia żywieniowego, metodami oceny i monitorowania stanu odżywienia, metodach edukacji żywieniowej chorych oraz zarządzaniu bezpieczeństwem zdrowotnym posiłków. Na szczególną uwagę zasługuje monografia "Zasady prawidłowego żywienia chorych w szpitalach", przedstawiająca w sposób kompleksowy aktualny stan wiedzy na temat zasad prawidłowego żywienia w szpitalach. Opracowano ją w ramach realizacji programu zdrowotnego "Narodowy Program Przeciwdziałania Chorobom Cywilizacyjnym", Moduł I "Program Zapobiegania Nadwadze i Otyłości oraz Przewlekłym Chorobom Niezakaźnym poprzez Poprawę Żywienia i Aktywności Fizycznej POL-HEALTH na lata 2007-2011", w celu upowszechnienia standardów prawidłowej oceny stanu odżywienia, sposobu żywienia oraz standardów leczenia żywieniowego chorych hospitalizowanych.

Mając powyższe na uwadze trzeba z całą mocą uwypuklić, że przedmiot zamówienia, w tym w postaci usług cateringowych (żywienia szpitalnego) w konkretnej sytuacji zamawiającego to świadczenie opieki zdrowotnej udzielane przez szpital w trybie całodobowym, stacjonarnym adekwatnie do stanu zdrowia i danej jednostki chorobowej jako jeden z elementów leczenia, w tym ewentualnie leczenia i zwalczania koronawirusa bądź też innych chorób zakaźnych.

Stąd też jeżeli kierownik jednostki odpowiedzialny jest za organizację procesu leczenia pacjentów musi on tak kształtować wszelkie aspekty organizacyjne i funkcjonalne, aby zapewnić bezpieczeństwo tego procesu w stopniu najwyższym z możliwych. To kierownik jednostki zatem we współpracy z odpowiednimi i mającymi stosowne kwalifikacje pracownikami podejmuje decyzje w imieniu Zamawiającego spełnienia jakich warunków powinien żądać od przyszłych wykonawców, aby osiągnąć cel najwyższy jednostki w postaci prawidłowego leczenia chorych. Nie jest bowiem rolą zarówno Odwołującego, jaki też innych potencjalnych wykonawców ustalanie co leży, a co nie leży w interesie Zamawiającego, jak próbuje to

urzeczywistnić Odwołujący, chociażby żądając od KIO zobowiązania zamawiającego do zmiany w zakresie żądanych dokumentów, co więcej z przypisaniem im ustalonej przez siebie odpowiedniej wagi punktowej.

Odnosząc się do ogólnych wskazań proceduralnych dobitnego podkreślenia wymaga fakt, że Odwołujący w jakikolwiek sposób i w jakimkolwiek stopniu nie wykorzystał ustawowych możliwości wyjaśnienia podnoszonych przez niego w odwołaniu kwestii, natomiast zrobił to dopiero po wniesieniu odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, tym samy pozbawiając się możliwości szybkiego, bezkosztowego i poza spornego pozyskania informacji i wiedzy niezbędnych dla prawidłowego złożenia oferty.

Dowód: Wniosek Odwołującego o wyjaśnienie treści SWZ z dnia 24.07.2023r. (przesłany elektronicznie do KIO w dniu 26.07.2023r.).

Ważnym jest odnotowanie faktu, że zarówno w odwołaniu, jak też w powołanym wniosku Odwołujący nie wskazał jaki zapis *in concreto* jest dla niego niezrozumiały i niejednoznaczny.

Jest to o tyle istotne, iż nawet jeśli przyjąć, że co do zasady, nie można wykluczyć możliwości dokonywania doprecyzowania kryteriów oceny ofert, to nie jest możliwe dokonanie takiego uściślenia po upływie terminu składania ofert, gdyż godzi to w podstawowe zasady prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określone w art. 7 p.z.p. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4.06.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 483/08).

Tymczasem Odwołujący w zakresie dla niego niezrozumiałym mógł zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienie niejasnych dla niego zapisów, czego nie uczynił, co upoważnia Zamawiającego do przyjęcia założenia, że w istocie zachowanie odwołującego ma w odczuciu Zamawiającego ładunek pewnej formy „zastraszenia" i nacisku.

W omawianym postępowaniu występują również inni oferenci (Dowód: protokół z przeprowadzenia wizji lokalnej z dnia 07.07.2023r. oraz Wniosek innego potencjalnego Wykonawcy o wyjaśnienie treści SWZ z dnia 13.07.2023r. – dokumenty w aktach sprawy) i żaden z tych podmiotów nie wskazuje aby treść kryteriów oceny ofert opisane były w sposób niejednoznaczny i niezrozumiały, pozostawiający Zamawiającemu nieograniczoną swobodę wyboru najkorzystniejszej oferty. Oznacza to, że jedynie odwołujący ma wątpliwości co do przyjętych przez Zamawiającego zapisów, natomiast dla innych podmiotów zapisy są jasne i zrozumiałe.

Reasumując, zadaniem Zamawiającego przy wykorzystaniu ustawowych możliwości zadawania pytań w komunikacji Odwołującego z Zamawiającym, jak już wcześniej odnotowano, mógł on pozyskać pożądane przez niego wartości bez wykorzystywania instytucji odwoławczych, jako środka ostatecznego.

W tym miejscu podkreślenia wymaga fakt, że Zamawiający na wskutek wniesienia przez Odwołującego środka zaskarżenia wydłużył termin na składanie ofert do dnia 28.08.2023r., co umożliwia Odwołującemu wykorzystanie prawnych możliwości pozyskania dochodzonych przez niego żądań. Dlatego też, już z tego powodu żądanie Zamawiającego oddalenia odwołania w całości jest uzasadnione. Przy czym Zamawiający wskazuje, że powyższe żądanie oddalenia odwołania z przyczyn proceduralnych i zachowania dobrego obyczaju nie oznacza, iż Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości również z powodów merytorycznych wobec nietrafności argumentów podnoszonych w zarzutach przez Odwołującego.

Zamawiający w ustosunkowaniu się do zarzutów odwołania wskazuje następujące twierdzenia i dowody.

Po zapoznaniu się z treścią wniesionych przez Odwołującego zarzutów, Zamawiający nie widzi podstaw prawnych i faktycznych do ich uwzględnienia, albowiem w niniejszym postępowaniu nie występują okoliczności uzasadniające zaistnienie naruszeń o których mowa art. 554 ust. 1 pkt 1 i 2 pzp.

Zamawiający podkreśla z całą stanowczością, że ma prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób ograniczający krąg potencjalnych wykonawców, jeżeli określone wymogi są uzasadnione jego rzeczywistymi potrzebami, zwłaszcza w świetle celu jakiemu ma służyć przedmiot zamówienia (*vide*: wyrok KIO z dnia 16 czerwca 2011r, sygn. akt.: KIO 1171/11).

Należy bowiem uwzględnić szczegółowe warunki i okoliczności w jakich mają być przygotowywane i dostarczane posiłki a prawa konkurencji oraz równego traktowania wykonawców nie mogą być prawami bezwzględnymi w stosunku do potrzeb zamawiającego.

Tymczasem w ocenie Zamawiającego Wykonawca, składając odwołanie działa jedynie przez pryzmat swoich interesów nie mając na uwadze szczególnego charakteru usługi. Stosowanie zasady róności nie oznacza wcale, że zamówienie musi być w równym stopniu „wygodne" wszystkim wykonawcom i dostosowane do ich możliwości.

Ponadto Odwołujący czyni to w „cyniczny" sposób („podsuwając niejako") Zamawiającemu takie rozwiązania, które służyć mają przede wszystkim Odwołującemu (który posiada pewne walory, zasoby i wartości), a eliminować i dyskryminować właśnie innych potencjalnych oferentów, jak dla przykładu proponowanie - żądanie zastąpienia ustalonych przez Zamawiającego wymogów dotyczących wdrożenia i stosowania systemu zarządzania bezpieczeństwem zdrowotnym HACCP posiadaniem certyfikatu ISO 14001.

Żaden przepis prawa nie uprawnia Odwołującego do decydowania czego ma oczekiwać Zamawiający (dla zapewnienia jakości usługi) od podmiotów ubiegających się o zamówienie.

Dodajmy, że takie ustalenie znajduje odniesienie do niemal wszystkich zarzutów stawianych przez Odwołującego. I tak kolejno:

Do zarzutu I.1 a) zastrzeżenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej zawodowej polegający na tym, że Wykonawca wykaże, że posiada co najmniej jeden zakład przygotowujący posiłki (kuchnia) w odległości od siedziby Zamawiającego aby czas dojazdu nie był dłuższy niż 30 minut.

W ocenie Zamawiającego, wbrew twierdzeniom Odwołującego w/w warunki nie są nadmierne ani w żadnej mierze nie naruszają zasady konkurencyjności ani równego traktowania wykonawców.

Oczekiwanie przez Zamawiającego, że Wykonawca będzie przygotowany do przygotowywania posiłków w pomieszczeniach mu udostępnionych (dzierżawionych od zamawiającego), ale także będzie dysponował rozwiązaniem awaryjnym, na wypadek niemożności używania kuchni w siedzibie Zamawiającego jest w pełni zasadne. Nie sposób przy tym przyjąć, że Zamawiający nie jest uprawniony do badania kwestii związanych z posiadaniem takiej kuchni. Dostrzeżenia w tym miejscu wymaga, że świadczenie usługi żywienia pacjentów przez Wykonawcę jest niejako wykonaniem tego zadania przez Zamawiającego. Nie sposób bowiem zapomnieć, że Zamawiający jest uprawniony do nabycia w trybie zamówienia publicznego takiego przedmiotu - w tym wypadku usługi, która czyni zadość jego uzasadnionym potrzebom.

Rzeczą Zamawiającego jest w tym wypadku określenie swoich potrzeb: usługi żywienia pacjentów, na podstawie kontraktu będzie świadczona przez podmiot zewnętrzny, ale tak jakby czynił to sam Zamawiający. W konsekwencji Zamawiający może i powinien zadbać o to, by Wykonawca, który będzie za niego wykonywał część świadczenia na rzecz pacjentów (przygotowywał i podawał posiłki), był do tego przygotowany zarówno pod względem merytorycznym jak i logistycznym (właściwa ilość odpowiednio przygotowanego personelu, baza sprzętowa, zaplecze kuchenne).

Oznacza to także dopuszczalność postawienia stosownych wymagań, zapewniających, że wykonawca będzie w stanie wykonać zamówienie – w razie niemożności wykorzystania kuchni podstawowej i przygotowywania w niej posiłków w takim standardzie, jakby były one przygotowane na miejscu u Zamawiającego.

Wprowadzenie parametru 30 minut ma służyć realnej ocenie czy wykonawca realnie i właściwie ocenił własne możliwości, czy ich nie przecenił. Zamawiający, ma świadomość, że czas transportu (dowozu) to jeden z wielu czynników, który ma wpływ na jakość, a są to: produkcja potrawy, zapakowanie w opakowania transportowe, transport wewnętrzny wykonawcy, transport właściwy. Transport do miejsca przepakowania w wózki bemarowe, transport wewnętrzny na poszczególne oddziały (piętra) i wreszcie po przygotowaniu stanowiska dystrybucja do pacjentów. Sam czas mijający od podjazdu pod budynek szpitala do rozpoczęcia wydawania posiłków wynosi średnio 20-30 minut dla posiłku obiadowego, 15-25 minut dla posiłku śniadaniowego.

Dodatkowo Zamawiający zdaje sobie sprawę z utrudnień wynikających z lokalizacji szpitala. Dojazd do placówki prowadzi wąską drogą, często zatarasowaną przez pojazdy wjeżdżające do szpitala. Ponadto na terenie samego szpitala są „wąskie gardła" np. w postaci wind (dwie windy). Nie bez znaczenia ma również aspekt położenia miasta Aleksandrów Kujawski. Miasto przecina linia kolejowa a na jego terenie znajdują się dwa przejazdy, co znacznie utrudnia płynność ruchu. Ponadto miasto zlokalizowane jest w pobliżu autostrady A1, gdzie zachodzi zwiększona liczba wypadków drogowych. Ten czynnik musi być wkalkulowany w czas dojazdu do placówki. Podnieść również należy fakt, że dostawa posiłków odbywa się w godzinach szczytu komunikacyjnego związanego głównie z przemieszczaniem się mieszkańcowi do pracy lub z pracy do domu.

Zamawiający podnosi, że czas transportu (30 minut z kuchni zapasowej) nie wynika ze sztucznego ograniczenia konkurencji jak sugeruje Wykonawca, tylko z rzetelnych wyliczeń i przewidywań popartych doświadczeniem życiowym i logiką, a także prowadzeniem działalności ratownictwa medycznego, co empirycznie dostarcza Zamawiającemu fachowej i rzetelnej wiedzy dotyczącej możliwości czasu dojazdu do szpitala. Uzasadnienie dla takiego rozwiązania kryterium czasowego (30 minut) pokrywa się w dużej mierze z uzasadnieniem ustalenia kryterium 15 km odległości kuchni zapasowej od siedziby Zamawiającego (które szczegółowo opisano w odpowiedzi na zarzut I.4) d którego opisu Zamawiający się w tym przypadku również odwołuje.

Nie ulega wątpliwości, że czas obróbki termicznej jest bardzo istotnym parametrem jakościowym w rozumieniu jakości stwierdzanej organoleptycznie czyli wzrokiem, smakiem, dotykiem węchem. Potrawy przebywające w temperaturze wymaganej w normach, jak również w systemie HACCP podlegają ciągłej obróbce termicznej, i nie jest obojętne w sensie organoleptycznym czy zaraz po obróbce potrawa została podana czy też była przechowywana w wysokiej temperaturze. Czas gotowania, szczególnie warzyw, wynosi z reguły mniej niż dopuszczony w specyfikacji transportu.

Nie kwestionowanym jest fakt, że czas pomiędzy przygotowaniem posiłku a jego podaniem powinien być jak najkrótszy. Jakość i temperatura posiłków jak również terminowość ich dostarczenia mają znaczenie priorytetowe w usłudze żywieniowej pacjentów, beneficjentów przygotowywanych i dostarczanych całodziennych posiłków.

Należy zaznaczyć, że jednym z bardzo ważnych elementów procesu leczenia jest zapewnienie właściwej, dostosowanej do schorzenia diety, przy czym właściwa jakość posiłku, jego temperatura oraz terminowość podania ma niebagatelne znaczenia dla osiągnięcia pełnego sukcesu leczniczo -diagnostycznego. Zamawiający podnosi również, że Wykonawca może polegać nie tylko na zasobach własnych, ale i na

zasobach innych podmiotów. Stąd też nie może on zasadnie twierdzić, że wymóg spełniania tego warunku jest przejawem dyskryminacji czy też uprzywilejowania innych potencjalnych wykonawców.

Reasumując zgłoszony zarzut dotyczący wymogu posiadania kuchni zastępczej w odległości od siedziby Zamawiającego aby czas dojazdu nie był dłuższy niż 30 minut nie zasługuje na uwzględnienie. Wymaganie posiadania kuchni zapasowej z możliwością dojazdu do siedziby zamawiającego nie przekraczającej 30 minut nie stanowi w wyżej wskazanych okolicznościach warunku nieuzasadnionego, czy jak twierdzi Wykonawca nieproporcjonalnego, nieprzejrzystego. Tym samym nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia przepisu art.112 ust. 1 ustawy p.z.p.

Do zarzutu I.1 b) zastrzeżenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej zawodowej polegający na tym, że Wykonawca wykaże, że posiada aktualną ocenę zakładu gastronomicznego przez Inspekcję Sanitarną.

Zamawiający ma prawo do żądania aktualnej oceny Inspekcji Sanitarnej albowiem musi zabezpieczyć swoje interesy w zakresie ochrony zdrowia i życia pacjentów, które to dobro jest podstawową wartością, a w leczeniu chorych poprzez żywienie, bezpieczeństwo sanitarne powinno mieć tu fundamentalne znaczenie, co nie powinno budzić żadnych zastrzeżeń. Tym bardziej, że cena taka może być w każdej chwili uzyskana.

Do zarzutu I.1 c) zastrzeżenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej zawodowej polegający na tym, że Wykonawca wykaże, że wdrożył i stosuje system zarządzania bezpieczeństwem zdrowotnym żywności HACCP w miejscu gdzie będzie prowadzona usługa dla Zamawiającego.

Warunkiem oczywistym uzasadnionym i oczekiwanym przez Zamawiającego jest nie tylko wykazanie przez Wykonawcę posiadania aktualnej oceny Inspekcji Sanitarnej, ale także wykazanie wdrożenia i stosowania systemu zarządzania bezpieczeństwom zdrowotnym żywności HACCP.

Na wstępie należy zaznaczyć, że podstawowymi aktami prawnym określającymi wymogi zdrowotne żywności oraz wymagania dotyczące zasad higieny są : ustawa z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia , która reguluje zagadnienia urzędowej kontroli żywności, a także rozporządzenie (WE) nr 852/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r w sprawie higieny środków spożywczych.

Ustawa o bezpieczeństwie żywności i żywienia nakłada na podmioty produkujące żywność obowiązek wdrożenia systemu HACCP pod rygorem nałożenia kar. System HACCP dotyczy każdego zakładu zbiorowego żywienia w tym firm cateringowych. Wdrożenie tego systemu przyczynia się do zmniejszenia zagrożenia zakażenia chorobami przenoszonymi drogą pokarmową. Nie ulega wątpliwości, że pacjenci hospitalizowani stanowią szczególną grupę konsumentów. Narażeni są na wiele niebezpieczeństw związanych z ekspozycją na specyficzne czynniki biologiczne, które obniżają sprawność układu odpornościowego mogąc przyczyniać się do pogarszania ich stanu zdrowa. Dlatego też posiłki przygotowywane osobom chorym przez firmy cateringowe winny cechować się nie tylko odpowiednią wartością odżywczą ale przede wszystkim wysoką jakością mikrobiologiczną.

Wobec powyższego twierdzenie Odwołującego, że określone przez Zamawiającego wymagania są rygorystyczne, nie uzasadnione potrzebami Zamawiającego czy ograniczające krąg potencjalnych

wykonawców, są w świetle przedstawionej argumentacji co najmniej kuriozalne. Obowiązujące przepisy prawa nakładają na producentów żywności ściśle określone obowiązki a Zamawiający ze względu na szczególny rodzaj usługi i szczególnego odbiorcę ma pełne i uzasadnione prawo żądania spełnienia takich wymogów, ponosząc odpowiedzialność za każde zdarzenie, szkodę będącą następstwem zakażeniem chorobami przenoszonymi drogą pokarmową.

Dobitnie trzeba uwypuklić, że system HACCP czyli System Analizy Zagrożeń i Krytycznych Punktów Kontroli jest systemowym postępowaniem mającym na celu zapewnienie bezpieczeństwa zdrowotnego żywności poprzez identyfikację i oszacowanie skali zagrożeń bezpieczeństwa żywności z punktu widzenia jej jakości zdrowotnej oraz ryzyka wystąpienia tych zagrożeń podczas przebiegu wszystkich etapów produkcji i dystrybucji żywności. Jest to system mający na celu określenie metod ograniczania tych zagrożeń oraz ustalenie działań naprawczych. Kierownik jednostki pod rygorem odpowiedzialności prawnej, w tym karnej odpowiedzialny jest za wdrożenie takiego systemu w zakresie działalności kierowanej przez siebie jednostki. Odpowiedzialność i obowiązek ciążący na Zamawiającym nie mogą być w żaden sposób kwestionowane. System, o którym mowa jest formą zabezpieczenia o charakterze obligatoryjnym i wprowadzony normą o charakterze bezwzględnie obowiązującym. Organy uprawnione do kontroli, w tym Państwowa Inspekcja Sanitarna stawia bezwzględny wymóg stosowania systemu HACCP i regularnie wykonanie tego obowiązku kontroluje. Stąd też Zamawiający w żaden sposób nie odstąpi od wymaganego wymogu. Tymczasem certyfikat ISO, na który powołuje się Odwołujący ma charakter fakultatywny i jest dobrem Odwołującego w zakresie jego działalności.

Podstawa prawna w powołanym aspekcie to:

1) art. 5 Rozporządzenia (WE) nr 852/2004 PEiR z dnia 29.04.2004r. W sprawie higieny środków spożywczych (Dz. Urz. UE L 139 z 30.04.2004 str. 1 z późn. zm.),
2) art. 59. ust. 1 Ustawy z dnia 25 sierpnia 2006r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia (Dz. U. z 2020r., poz. 2021) - podmioty działające na rynku spożywczym są obowiązane przestrzegać w zakładach wymagań higienicznych określonych w rozporządzeniu nr 852/2004,
3) art. 100 ust. 1 pkt 8 Ustawy z dnia 25 sierpnia 2006r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia (Dz. U. z 2020r., poz. 2021) – Kto: nie wdraża w zakładzie procedur opartych na zasadach systemu HACCP wbrew obowiązkowi określonemu w art. 5 rozporządzenia nr 852/2004 lub nie przestrzega wymagań higienicznych, wbrew obowiązkowi określonemu w art. 59 ust. 1 podlega karze grzywny.

W ujęciu klinicznym wykazać trzeba, że w żywieniu chorych hospitalizowanych ważne jest również zapewnienie bezpieczeństwa zdrowotnego posiłków, które są im podawane. Osiąga się to przez realizację zasad Dobrej Praktyki Higienicznej (GHP), Dobrej Praktyki Produkcyjnej (GMP) oraz wdrożenie i utrzymywanie systemu zarządzania bezpieczeństwem żywności (HACCP). Zgodnie z obowiązującym prawem, wszyscy operatorzy żywności, w tym również realizatorzy żywienia w szpitalach, mają obowiązek posiadać wdrożony i funkcjonujący system HACCP. Jest to narzędzie zarządzania bezpieczeństwem żywności i metoda systematycznej oceny możliwości wystąpienia zagrożeń oraz określenia metod ich eliminacji podczas produkcji żywności.

Do Zarzutu I.2 - zastrzeżenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej - wymaganie aby osoby zatrudnione Wykonawcy mające styczność z przygotowywaniem i dostarczaniem posiłków były co najmniej dwukrotnie zaszczepione szczepionką przeciw COVID 19.

Również i w zakresie tego zarzutu twierdzenia Odwołującego, że przedstawiony warunek jest dyskryminujący, nieprzejrzysty a przede wszystkim niezgodny z obowiązującym prawem są bezpodstawne.

ROZPORZĄDZENIE PARLAMENTU EUROPEJSKIEGO I RADY (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (dalej RODO) wyraża generalną regułę, która co do zasady zabrania przetwarzania danych osobowych zaliczanych do kategorii wrażliwych.

Mimo to art. 9 ust. 2 RODO wskazuje podstawy uprawniające do przetwarzania danych z kategorii wrażliwych. Fundamentalne znaczenie w tym aspekcie ma art. 9 ust. 2 lit h RODO, zgodnie z którym w sytuacji gdy przetwarzania danych jest niezbędne do celów profilaktyki zdrowotnej, medycyny pracy czy do oceny zdolności pracownika do pracy, diagnozy medycznej, zapewnienia opieki zdrowotnej lub zabezpieczenia społecznego, leczenia lub zarządzania systemami i usługami opieki zdrowotnej lub zabezpieczenia społecznego na podstawie prawa Unii lub prawa państwa członkowskiego lub zgodnie z umową z pracownikiem służby zdrowia zakaz przetwarzania danych wrażliwych nie ma zastosowania.

Odwołujący podnosi, że nie dysponuje instrumentem prawnym uprawniającym go do żądania od pracownika informacji o zaszczepieniu. Zamawiający przeczy tej argumentacji wskazując, że zgodnie z art.22^1§ 4 k.p. pracodawca może żądać od pracownika podania innych danych niż wymienione w przepisach poprzedzających, jeżeli jest to niezbędne do zrealizowania uprawnienia lub spełnienia obowiązku wynikającego z przepisu prawa. Takim obowiązkiem jest wyrażony w art. 207 § 2 k.p. obowiązek zapewnienia bezpiecznych i higienicznych warunków pracy oraz ochrony życia i zdrowia.

Normy o bardziej ogólnym charakterze (których wspólnym mianownikiem jest zakaz narażania osób trzecich na szkodę) mogą stanowić źródło obowiązku, o którym mowa w art.$22^1$4 k.p., w sytuacjach gdy kontakt niezaszczepionego pracownika z osobą trzecią mógłby narazić tę osobę na szkodę. Innymi słowy realizacja tego obowiązku mogłaby wymagać takiego rozłożenia obowiązków pracowniczych, aby w maksymalnym stopniu zmniejszyć narażenie osób z mniejszą odpornością na zachorowanie z większym ryzykiem wystąpienia ciężkiego przebiegu choroby (osób niezaszczepionych) na kontakt czy to z innymi pracownikami, czy to z osobami trzecimi (klientami, dostawcami, etc.).

Trzeba stanowczo stwierdzić, że z przepisów k.p. wynika możliwość pozyskiwania danych w szerszym zakresie niż przewidują to jego art. 22^1 § 1 i 3 k.p.

Należy również dodać, że w powyższym kontekście przetwarzaniu danych o szczepieniach nie powinien stać na przeszkodzie art. 22^1b § 1 k.p., zgodnie z którym zgoda na przetwarzanie danych wrażliwych może być podstawą przetwarzania tylko wtedy gdy przekazanie danych następuje z inicjatywy osoby ubiegającej się o zatrudnienie lub pracownika. Jednakże, co zostało wskazane powyżej w części dotyczącej art. 9 RODO, podstawą przetwarzania danych o zaszczepieniu nie musi być zgoda (art. 9 ust. 2 lit. a RODO), lecz mogą być nią także względy profilaktyki medycznej, medycyny pracy etc. (art. 9 ust. 2 lit. h RODO).

Tym samym, jeżeli wyniki oceny z art. 35 RODO prowadzą do wniosku, że przetwarzanie określonej kategorii danych jest niezbędne w tych celach, problem zgody pracownika czy też osoby ubiegającej się o przyjęcie do pracy, jako podstawy przetwarzania danych, wydaje się tracić na aktualności.

Stąd też obecnie obowiązujące prawo nie zabrania bezwzględnie zbierania danych o zaszczepieniu pracowników (na zasadach określonych w RODO), a następnie wykorzystywania wynikających z tych danych informacji o zdolności do pracy na danym stanowisku, w celu organizacji pracy w taki sposób, aby zminimalizować ryzyko zachorowania czy ciężkiego przebiegu choroby u jak największej liczby osób. (podobnie w: „*Prawo nie zabrania pracodawcy żądania od pracownika informacji o szczepieniu*”, Klaudia Jędrzejczyk, Mateusz Janion, serwis prawo.pl).

Stanowczego podkreślenia wymaga stwierdzenie, że obowiązują wytyczne (Państwowej Inspekcji Sanitarnej czy Centralnego Instytutu Ochrony Pracy – Państwowego Instytutu Badawczego), które na pracodawców nakładają określone obowiązki.

Obowiązują również przepisy Kodeksu pracy, które nakazują pracodawcom organizowanie pracy w sposób bezpieczny i chroniący zdrowie i życie pracowników. Pojawia się również kwestia społecznej odpowiedzialności w tych zawodach, w których pracownicy spotykają się z klientami (np. handlowcy, czy też różnego rodzaju usługodawcy). Aby zrealizować te obowiązki pracodawca musi posiadać do tego narzędzia. Jeżeli przedsiębiorca decyduje, że osoby będą mogły bezpośrednio spotykać się z klientami, to musi wiedzieć, kto jest zaszczepiony. Dane te w dziedzinie prawa pracy, są niezbędne ze względów związanych z ważnym interesem publicznym, bo są niezbędne do celów profilaktyki zdrowotnej i medycyny pracy. Tym bardziej jeśli dotyczy to działalności w ochronie zdrowia.

Tak więc pobieranie informacji o szczepieniu pracownika nie jest objawem żadnej dyskryminacji, jeżeli pracodawcy towarzyszy kryterium bezpiecznej organizacji pracy. Ważne jest tylko, aby w przepisach wewnątrzzakładowych stworzyć podstawy takiego działania i uwidocznić motywy, którymi kieruje się pracodawca, tak aby była dokumentacja, którą będzie można okazać w trakcie ewentualnych kontroli.

Organizacja pracy, której wymaga Zamawiający nie jest przejawem dyskryminacji kogokolwiek, lecz wyrazem troski o życie i zdrowie pacjentów i pracowników. Jest to głęboko uzasadnione zarówno przedmiotem zamówienia i jego rolą w procesie leczenia (co zostało uwypuklone na wstępie), jak i specyfiką prowadzonej działalności Zamawiającego jaką jest całodobowe stacjonarne leczenie szpitalne.

Zastrzeżenie warunku aby zatrudnione przez Odwołującego osoby, które będą miały styczność z przygotowywaniem i dostarczaniem posiłków dla Zamawiającego były zaszczepione przeciw COVID-19 stanowi gwarancję bezpieczeństwa zarówno pacjentów jak i pracowników szpitala tak w procesie leczenia, jak i w przypadku ewentualnych roszczeń wysuwanych wobec Zamawiającego, których nie można wykluczyć przy jakimkolwiek zakażeniu pacjenta czy też pracownika.

Podnieść trzeba, że chociaż z dniem 01.07.2023 r. zniesiono stan zagrożenia epidemiologicznego w sensie administracyjnym to w sensie klinicznym zagrożenia zakażeniem nie można w żaden sposób wykluczyć, co potwierdzają codzienne przypadki zakażeń.

W obecnym czasie nie można zatem czynić zarzutu Zamawiającemu, że w swoich działaniach kieruje się potrzebą zabezpieczenia najwyższych standardów bezpieczeństwa.

Odwołujący (co udowodniono) nie wskazał jakiegokolwiek przepisu prawa, który by zabraniał takiego działania Zamawiającemu, a jedynie w odwołaniu zaprezentował swoje stanowisko w sprawie i zaakcentował problemy z komunikacją w tym zakresie pomiędzy jego kierownictwem a pracownikami.

W podmiotach leczniczych za bezpieczeństwo zdrowotne i higieniczno-sanitarne kierownicy jednostek leczniczych są szczególnie odpowiedzialni, bo obszar odpowiedzialności dotyczy nie tylko zatrudnianych pracowników, ale przede wszystkim życia i zdrowia pacjentów. To kierownik podmiotu leczniczego zatem w granicach prawa, ale również obowiązujących dobrych praktyk ustala pragmatyki dotyczące bezpieczeństwa zdrowotnego i czynników minimalizujących występowanie ryzyk i zagrożeń. Dotyczy to między innymi niniejszego postępowania, co przejawia się wymogiem, aby Odwołujący spełnił wyżej stawiany warunek.

A zatem warunku tego nie można w jakikolwiek sposób uznać za dyskryminujący, nieprzejrzysty, abstrahujący od zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Tym samym żądanie to nie jest niezgodne z obowiązującym prawem. Należy raczej stwierdzić, że właśnie w świetle obowiązujących

powszechnie przepisów prawa ale i wspomnianych pragmatyk zawodowych takie zabezpieczenie jest absolutnie uprawnione a wręcz pożądane i konieczne.

Warto też wspomnieć, że także i tu żaden z innych potencjalnych wykonawców w tym aspekcie nie miał żadnych zastrzeżeń, co oznacza, że jest to jak najbardziej warunek oczywisty i ze wszech miar możliwy do spełnienia.

Do zarzutu I.3 „Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert" SWZ Oferta wariantowa – 10% - na podstawie deklaracji Wykonawcy

Odwołujący nie uzasadnia dlaczego uważa, iż skarżone kryterium jest niejednoznaczne i niezrozumiałe. Nie wskazuje on bowiem *in concreto* jakich zwrotów nie rozumie, lub jakim zwrotom przypisuje niejednoznaczność, ale pozostawia Zamawiającemu niejako „pole do refleksji" nad samodzielnym wyborem „co miał na myśli" autor odwołania. Nie określa również na czym opiera konkretnie swój zarzut, iż sformułowane przez Zamawiającego kryteria pozostawiają Zamawiającemu swobodę wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zdaniem Zamawiającego dzieje się tak dlatego, że Odwołujący skupił się jedynie na przedstawieniu swoich racji w odwołaniu jedynie na treści opisu kryteriów pkt. XVIII SWZ dotyczącego „Opisu kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów, i sposobu oceny ofert", bez wskazania i odwołania się do uzupełniającej treści w punkcie XXI SWZ dotyczącej „Informacji o możliwości składania ofert częściowych i wariantowych" gdzie jednoznacznie wskazany jest zamiar Zarządu Szpitala w tym istotne elementy, którymi będzie się kierował Zamawiający przy dokonywaniu ocen.

W zasadzie można uznać, że w tym stanie rzeczy Odwołujący „niejako" chciałby aby to Zamawiający w SWZ przedstawił szczegółowe rozwiązania w zakresie innowacyjności techniczno-organizacyjnej oraz rozwiązań w stanie nadzwyczajnym i nagłym. Z treści odwołania wynika, iż chciałby on przerzucić obowiązek przedstawienia oczekiwanych rozwiązań na Zamawiającego.

Odwołujący zdaje się nie zauważać, że art. 92 ust. 2. pkt 2 p.z.p. reguluje sposób opisania kryteriów oceny ofert w sposób zapewniający możliwość ich zastosowania zarówno do oferty podstawowej, jak i oferty wariantowej z tym, że art. 92 ust. 2 pkt 1 statuuje minimalne wymagania dla oferty wariantowej. Oznacza to, że takimi minimalnymi warunkami mogą być zarówno niezbędne wymogi techniczne stawiane wobec przedmiotu zamówienia, jak i np. wymagania w zakresie uciążliwości dla środowiska lub najczęściej spotykane minimalne wymogi w zakresie funkcjonalności i efektu, jaki ma być uzyskany w wyniku realizacji zamówienia. Chcąc zatem odkodować założenia Zamawiającego, które zostały zawarte w SWZ należy mieć na uwadze całość zapisów dotyczących opisu kryteriów, a nie tylko wyrywkowej ich części, jak zrobił to Odwołujący.

Przywołując zatem pełną treść zapisów dotyczących kryteriów oferty wariantowej odnotujmy, że przy ocenie oferty wariantowej ocenie zostanie podane w formularzu ofertowym rozwiązanie wariantowe i innowacyjne pod względem technicznym i organizacyjnym. Przy ocenie oferty wariantowej będą również oceniane rozwiązania dla zdarzeń nagłych i nadzwyczajnych.

Zamiarem Zarządu szpitala jest bowiem sprawdzenie i dokonanie oceny cateringowego sposobu żywienia pacjentów i porównanie do tradycyjnego sposobu żywienia (działalność kuchni na terenie szpitala). Porównanie objęte będzie kryteriami: - ekonomicznymi, techniczno-organizacyjnymi oraz

jakościowymi i innowacyjnymi. Przedmiotem oceny będzie również wskazanie na rozwiązania, które mogą być korzystne dla prowadzenia działalności szpitala w różnych nieprzewidzianych okolicznościach.

Przy tak opisanych kryteriach nie można nie zauważyć, iż odzwierciedlają one minimalne wymogi w zakresie funkcjonalności i efektu jaki ma być uzyskany w wyniku realizacji zamówienia. Z pewnością da się zauważyć, że Zamawiający oczekuje rozwiązań, które nie zmierzają do zamiany przedmiotu zamówienia na inny, (ale mając również na względzie obowiązkowe uczestnictwo przyszłych wykonawców w wizji lokalnej) uwzględniać będą:

1) innowacje pod względem technicznym i organizacyjnym,
2) rozwiązania dla zdarzeń nagłych i nadzwyczajnych,
3) zamiar zarządu porównania oceny cateringowego sposobu żywienia pacjentów i tradycyjnego w kuchni szpitalnej, przy czym porównanie to będzie dokonane w parciu o dane:
   a) ekonomiczne,
   b) techniczno-organizacyjne,
   c) jakościowe,
   d) innowacyjne
4) rozwiązania, które mogą mieć korzystny wpływ na prowadzenie działalności szpitala w różnych nieprzewidzianych okolicznościach związanych z przedmiotem zamówienia.

W tak przedstawionych kryteriach w przypadku niezrozumienia któregokolwiek zapisu można mówić jedynie o jego doprecyzowaniu. Tymczasem skoro Odwołujący jako jedyny podmiot spośród zainteresowanych nie rozumiał intencji Zamawiającego, to z niewiadomych powodów nie zwrócił się do Zamawiającego przed wniesieniem odwołania o wyjaśnienia, ewentualnie sprecyzowanie zapisów specyfikacji warunków zamówienia opisanych w SWZ.

Należy jednak pamiętać, że jak podkreślono w wyroku KIO z dnia 06.01.2010, sygn. akt KIO/UZP 1804/09 jeżeli Zamawiający w ramach kryterium jakości określił nie tylko określenia zawierające pewien subiektywizm (jak np. „korzystny wpływ", „nieprzewidziane okoliczności", „zdarzenia nagłe i nadzwyczajne", ale również podkryteria, spełniając w ten sposób warunek minimalnych wymogów dotyczących sposobu realizacji zamówienia określonych w ramach opisu przedmiotu zamówienia), to nie można mu czynić zarzutu nieuprawnionego opisu kryteriów.

Przy czym rzeczą wiadomą jest, iż opis kryterium przez Zamawiającego powinien się jednak sprowadzać do zminimalizowania tego elementu subiektywności przy ocenie w taki sposób, aby pozwalało to z jednej strony na przygotowanie przez wykonawców korzystnych ofert dających im szanse na uzyskanie zamówienia, z drugiej zaś strony, aby pozwalało Zamawiającemu ocenić oferty złożone w postępowaniu przez odniesienie do mierników określonych w SWZ, a nie np. przez porównanie złożonych w postępowaniu ofert ze sobą. W ocenie Zamawiającego zaproponowany i opisany sposób oceny ofert umożliwia przygotowanie w postępowaniu konkurencyjnych ofert, o czym świadczy choćby fakt, że w niniejszym postępowaniu żaden z zainteresowanych (oprócz Odwołującego) nie przedstawił wątpliwości w tym zakresie.

Zamawiający zatem, wskazując na pewne minima pozwolił również wykonawcom na pewną swobodę przy opisie koncepcji realizacji usługi, określając tym samym, że ilość przyznawanych punktów w ilości 10 będzie uzależniona nie od poszczególnych podkryteriów, ale od tego, czy wykonawca zaprezentuje w tej koncepcji wyłącznie minimum określone przez niego w SWZ, czy też przedstawi rozwiązania korzystniejsze z punktu widzenia postanowień SWZ, ale przy założeniu, że wypełni on co najmniej wymogi stawiane przez Zamawiającego w podkryteriach, także wymogów określonych przepisami ustawy, czy

normami, pewnych standardów przy wykonywaniu szpitalnych usług żywieniowych. Innymi słowy najlepsza oferta to oferta, która zostanie wybrana przez komisję przetargową z uwagi na ilość rozwiązań wskazanych przez przyszłego wykonawcę w kontekście zamiaru jakim kierował się Zamawiający, co zostało wskazane w SWZ.

Zgodzić się przy tym należy że użyte przez Zamawiającego określenia „korzystny wpływ", „nieprzewidziane okoliczności" itp., mają charakter określeń pozwalających na pewien subiektywizm, jednakże – w ocenie Zamawiającego – charakter przedmiotu zamówienia wymaga w tym przypadku, aby wykonawca w ramach swojej oferty i mając doświadczenie przy realizacji podobnych usług, będąc w tym zakresie profesjonalistą zaproponował Zamawiającemu określone, korzystniejsze niż wskazane przez Zamawiającego w SIWZ rozwiązania. To właśnie ta wiedza wykonawcy i te proponowane, innowacyjne rozwiązania mają być przez Zamawiającego poddane ocenie. W tym przypadku, gdyby Zamawiający samodzielnie doprecyzował określone przez siebie podkryteria w sposób jeszcze bardziej konkretny, okazałaby się, że określenie tych wymogów w ramach kryterium oceny byłoby bezprzedmiotowe. To Zamawiający bowiem stworzyłby koncepcję świadczenia usług żywieniowych dla szpitala, a wykonawcy jedynie wskazywaliby, czy spełniają dane oczekiwania, czy też nie.

Wskazanie przez Zamawiającego konkretnych rozwiązań prowadziłoby jedynie do akceptacji konkretnych wymogów od wykonawców na zasadzie wymogów bezwzględnie obwiązujących, a nie podlegających ocenie w ramach przyjętego kryterium jakości.

Zamawiający, wskazując swoje minimalne, podstawowe wymogi co do świadczenia usługi w opisie przedmiotu zamówienia oraz wprowadzając możliwość wizji lokalnej w pomieszczeniach, które mają być wykorzystane, dał szansę wykonawcom na skonstruowanie konkurencyjnych ofert.

Nie sposób nadto pominąć, że kryterium jakości realizacji usługi, z którym związany jest pewien margines swobodnej oceny, Zamawiający nadał jedynie 10% wagi, podczas gdy kryterium matematycznie mierzalnemu, tj. cenie Zamawiający nadał wagę przeważającą, tj. 40%, co czyni wskazane w niniejszym postępowaniu kryteria i ich opis tym bardziej dopuszczalnymi.

Zauważyć również należy, że Odwołujący domaga się opisania w dokumentach zamówienia kryterium - oferta wariantowa – 10% i sposobu jego oceny w sposób jednoznaczny i zrozumiały i niepozostawiający Zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty.

A więc nie chodzi Odwołującemu o sprecyzowanie kryteriów, czy tez o ich wyjaśnienie, tylko wymuszenie na Zamawiającym całkowitej zmiany opisu tego kryterium poprzez użycie w swoim żądaniu zwrotów niedookreślonych i wieloznacznych. Jak wskazuje praktyka dla jednego podmiotu pewne zwroty będą jednoznaczne i zrozumiałe, dla drugiego niekoniecznie. Jak zatem w tych realiach ma się zachować Zamawiający.

Odwołujący nie wskazuje bowiem, jaki konkretny opis kryterium oferty wariantowej byłby dla niego satysfakcjonujący. Zamawiający tym samym nie może dookreślić kryteriów w taki czy inny sposób, bo nie ma wiedzy, czy przyjęte nowe rozwiązanie spełniałoby oczekiwania Odwołującego, bowiem te nie zostały w odwołaniu również w sposób konkretny sparametryzowane.

Jak już podnoszono w obecnym czasie termin składania ofert został przedłużony do dnia 28.08.2023r., Odwołujący będzie miał zatem dużo czasu aby w tej sprawie wystąpić do Zamawiającego jasno i precyzyjnie określając swoje żądania. W obecnym stanie prawnym bowiem można wyjaśniać i doprecyzowywać informacje przedstawione w ramach kryteriów ocen do chwili złożenia ofert. Dlatego też i w tym zakresie odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Tym samym Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko w sprawie określone w SWZ.

Obiter dicta Zamawiający oświadcza, że jest w pełni otwarty na uwagi i sugestie ze strony potencjalnych wykonawców, co do ewentualnego sprecyzowania omawianych kryteriów, a nawet ich oczekuje, mając na względzie ich wiedzę i doświadczenie.

Do zarzutu I.4 „Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert" SWZ kryterium Lokalizacja, bliskość położenia Wykonawcy od siedziby Zamawiającego kuchni zapasowej - 30% - na podstawie deklaracji Wykonawcy w formularzu.

Odwołujący wskazuje, że opisane powyżej kryterium nie jest kryterium jakościowym**.** Zamawiający nie podziela przedmiotowej argumentacji. Wskazane kryterium odległości kuchni zapasowej od siedziby zamawiającego pozostaje w związku z przedmiotem zamówienia. Wyczerpujące uzasadnienie tego stanowiska zostało zawarte w uzasadnieniu odpowiedzi na zarzut nr 1. Ponadto Zamawiający wskazuje, że na podstawie art.242 ust.2 pkt.5 możliwe jest postawienie kryterium oceny ofert dotyczącego organizacji, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia personelu wykonawcy, jeśli właściwości te wpłyną na jakość wykonywanego zamówienia. Wobec powyższego bliskość zlokalizowania kuchni zapasowej od siedziby Zamawiającego mieści się w pojęciu organizacji - a więc kryterium jakościowego.

W tym aspekcie wskazać należy na tezy zawarte w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lipca 2014 r., sygn. akt KIO 1229/14 o następującej treści:

1. Co do ogólnej zasady należy zgodzić się, że nie powinno ograniczać się ani uczciwej konkurencji, ani równego traktowania wykonawców przez wskazywanie miejsca przygotowywania posiłków czy odległości przygotowywania posiłków od placówek zamawiającego.
2. Decydującym czynnikiem powinno być wyznaczenie przez zamawiającego parametrów jakościowych przygotowywanych i dostarczanych posiłków, a nie lokalizacja ich przygotowywania. Niemniej należy uwzględnić szczegółowe warunki i okoliczności, w jakich mają być przygotowywane i dostarczane posiłki, a prawa konkurencji oraz równego traktowania wykonawców nie mogą być bezwzględnymi prawami w stosunku do potrzeb zamawiającego.
3. Zarzut ograniczenia miejsc przygotowania posiłków do granic administracyjnych miasta, na terenie którego znajdują się placówki zamawiającego, nie zasługuje na uwzględnienie. W szczególności nie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na adresatów usług, którymi są pacjenci szpitalni, osoby rehabilitowane czy objęte usługami opiekuńczymi. Osobom tym ze względu na stan zdrowia należy zapewnić świeże, o odpowiedniej jakości, a zwłaszcza temperaturze, posiłki.
4. Zamawiający nie narusza uczciwej konkurencji, ponieważ oferty mogą złożyć nie tylko wykonawcy posiadający kuchnie na terenie tego miasta, ale każdy wykonawca, który będzie miał udostępniony obiekt kuchenny przez dysponenta takiego obiektu.

Przywołując powyższe, *mutatis mutandis* nie sposób nie zauważyć analogicznej sytuacji faktycznej w niniejszej sprawie. Bo chociaż co do zasady wskazanie miejsca przygotowania posiłków czy odległości ich przygotowywania od Zamawiającego nie powinno mieć wpływu na wynik postępowania, to jednak kryterium jakościowe może być powiązane z lokalizacją w przypadku, gdy jakość pogarsza się w zależności od odległości i czasu trwania dostawy, a także wówczas, gdy występują wysokie ryzyka realizacji zamówienia oraz inne uzasadnione okoliczności leżące w interesie Zamawiającego, jak chociażby jego status i rodzaj prowadzonej działalności, a także rodzaj zamówienia.

Powoduje to, że zawsze należy uwzględnić szczegółowe warunki i okoliczności w jakich mają być przygotowywane i dostarczane posiłki w działalności szpitalnej a prawa konkurencji oraz równego traktowania wykonawców nie mogą być bezwzględnymi prawami w stosunku do potrzeb zamawiającego, tym bardziej realizacji celów wyższych ochrony życia i zdrowia ludzkiego określanych mianem „dobra pacjentów".

W omawianej sprawie Odwołujący nie ma racji przypisując Zamawiającemu, że zamierza on preferować wykonawców lokalnych, naruszając zasadę konkurencji i równego traktowania wykonawców, oraz że stawiany wymóg abstrahuje od zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a także ustala wymagania na tyle rygorystyczne, że nie jest uzasadnione potrzebami Zamawiającego.

Zamawiający absolutnie zaprzecza takim twierdzeniom i podaje następujące uzasadnienie dla swojego stanowiska, które jest wysoko uzasadnione interesem Zamawiającego, a także interesem społecznym i publicznym.

Odwołujący zdaje się nie zauważać, że w warunkach SWZ w rozdziale III opis przedmiotu zamówienia pkt 14 znajduje się zapis, który stanowi, że Zamawiający zastrzega, iż umowa o świadczenie usług może zostać rozwiązana w zakresie usług stacjonarnych w przypadku gdy szpital rozpocznie remont pomieszczeń kuchennych szpitala. Jednakże Wykonawca zobowiązany będzie do świadczenia usług cateringowych, to jest przygotowywanie, dostawa posiłków własnym transportem w pojemnikach termoizolacyjnych z własnej kuchni na wskazane w umowie miejsce dla pacjentów Zamawiającego w Powiatowym Szpitalu w Aleksandrowie Kujawskim Sp. z o.o. przez czas trwania remontu. Przy czym użyty zwrot w SWZ „własnej kuchni" oznacza według zamiaru Zamawiającego kuchnię zapasową zgodnie ze wskazanym miejscem jej położenia.

Oznacza to, że w każdym czasie trwania przyszłej umowy kuchnia zapasowa stanie się *in praxi* kuchnią podstawową. Nie jest więc tak, jak na to wskazuje Odwołujący, że Zamawiający bez żadnego ważnego dla niego interesu stawia nadmiernie rygorystyczne wymagania dla kuchni zapasowej. Zamawiający bowiem przedmiotowe zapisy w SWZ nie umieścił bez uzasadnionej potrzeby. Zamiarem zamawiającego bowiem jest przebudowa kuchni szpitalnej i rozpoczęcie realizacji żywienia pacjentów w ramach prowadzenia własnej działalności. W tym względzie Zamawiający uzyskał projekt architektoniczno-budowlany i decyzję nr 119/2020 z dnia 07.04.2020 r. wydaną przez Starostę Aleksandrowskiego w sprawie zatwierdzenia projektu budowlanego i udzielenia pozwolenia na budowę.

Dowód: skan powołanej decyzji

Co więcej w dniu 19.04.2023 r. został założony dziennik budowy i złożono zawiadomienie do właściwego Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego o zamierzonym terminie rozpoczęcia robót budowlanych.

Dowód: zawiadomienie do właściwego Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego o zamierzonym terminie rozpoczęcia robót budowlanych z dnia 19.04.2023r.

Jest rzeczą oczywistą, że istnieje możliwość, iż budowa będzie trwała w czasie obowiązywania umowy zawartej z przyszłym wykonawcą i że w tym czasie (a może być to okres kilkunastomiesięczny) realizacja zamówienia odbywała się będzie w kuchni zapasowej.

Jak ważnym jest żywienie pacjentów zostało wykazane na wstępie odpowiedzi na odwołanie, oraz to, że za jakość żywienia i bezpieczeństwo pacjentów odpowiedzialny jest kierownik jednostki i nikt tej odpowiedzialności z niego zdjąć nie może. To on, jak już wskazano zobowiązany jest do określenia takich warunków techniczno-organizacyjnych i higieniczno-sanitarnych aby zapewnić bezpieczeństwo i jakość przedmiotowych wartości.

W tym celu Zamawiający zobowiązany jest do prowadzenia permanentnej kontroli miejsca w którym odbywa się przygotowywanie i produkcja posiłków szpitalnych. Kontrola ta obejmuje między innymi:

1) odbiór kuchni zapasowej i pozostawanie jej zasobów w ciągłej gotowości,
2) stałą kontrolę produktów surowych, nieprzetworzonych i półproduktów używanych do przygotowania posiłków,
3) dozór, aby przygotowanie posiłków nie odbywało się w sposób produkcyjny na wielką skalę z różnym przeznaczeniem (różnym podmiotom poza szpitalem Zamawiającego) z tym samym wsadem do jednego kotła,
4) dozór, aby przygotowanie posiłków miało charakter indywidualny o charakterze zbliżonym do domowego,
5) dozór, aby przygotowanie posiłków odbywało się zgodnie i w pełni z zaleceniami lekarskimi i dietetycznymi,
6) dozór, aby przygotowanie posiłków odbywało się w odpowiednich warunkach sanitarno-epidemiologicznych.

W imieniu Zamawiającego kontrolę, o której mowa przeprowadza każdorazowo zespół do spraw HACCP. W żywotnym interesie Zamawiającego jest zatem aby pomieszczenia kuchenne były zlokalizowane jak najbliżej Zamawiającego. Nie będzie się on bowiem narażał na koszty i ryzyka związane z wysyłaniem pracowników do odległych lokalizacji jeśli na przyległym terenie wskazanym przez Zamawiającego znajdują się znaczne ilości przedsiębiorców z których potencjału skorzystać może przyszły wykonawca. W obrębie wskazanych 15 kilometrów znajdują się miasta Aleksandrów Kuj., Ciechocinek, Nieszawa, a pomiędzy tymi miejscowościami wiele gmin w których działają punkty kuchenne mogące stanowić miejsce spełniające warunki wymagane przez prawo i Zamawiającego. Skoro ustawa przewiduje rozwiązanie w którym wykonawca może polegać na potencjale innego wykonawcy to o jakiejkolwiek dyskryminacji nie można tu mówić.

Zamawiający brał także inne okoliczności i potrzeby, ustalając taki warunek, jak:

1) położenie szpitala - w pobliżu torów kolejowych i umieszczonych przejazdów, które są często zamykane, zjazdu komunikacyjnego z autostrady A1, powodującego częste duże korki zwłaszcza w godzinach szczytu, wypadki komunikacyjne, skrzyżowanie krajowej E75 z drogą powiatową Aleksandrów Kuj – Ciechocinek powodujące utrzymujące się utrudnienia komunikacyjne w czasie w którym oczekiwane są dostawy posiłków do szpitala (przyjazdy turystów, kuracjuszy oraz osób zatrudnionych w uzdrowisku oraz w pobliskim Toruniu).

   Należy przy tym odnotować, że wykonawca ma rzetelne informacje o zagrożeniach komunikacyjnych występujących w opisanym obszarze, albowiem posiada i prowadzi działalność ratownictwa medycznego. Stąd też regularnie prowadzone są pomiary i czas dojazdu ambulansów do szpitala. Czas dojazdu Monitorowany jest przez specjalistów zatrudnionych w Centrum Zarządzania Kryzysowego Województwa Kujawsko-Pomorskiego. Badania te wskazują, że nawet zespoły ratownictwa medycznego, które mogą posługiwać się znakami ostrzegawczymi zarówno dźwiękowymi jak i świetlnymi poruszając się po drodze jako pojazdy uprzywilejowane nie mogą osiągnąć zamierzonego czasu dojazdu z uwagi na wskazane przeszkody.

   Zamawiający ma więc wiedzę, iż zwykły transport jakim będzie mógł posługiwać się przyszły wykonawca nie będzie mógł zagwarantować, że dostarczał będzie z dalszych odległości, niż wskazane

przez Zamawiającego żywność dla pacjentów regularnie w oczekiwanym czasie i bez zakłóceń, co jest nie do przyjęcia w praktyce szpitalnej, albowiem może zagrażać życiu lub zdrowiu pacjentów,

2) ryzyka związane z komunikacją – odnosi się to zarówno do warunków wskazanych w punkcie poprzedzającym, jak też danych statystycznych, które wskazują na niebezpieczeństwa różnego rodzaju zdarzeń w zależności od długości pokonywanej trasy i czasu jazdy,
3) jakość posiłków, która została opisana we wcześniejszej części uzasadnienia, a która zawsze pogarsza się wraz z czasem pomiędzy przygotowaniem, a dostarczeniem.

Jeżeli zatem KIO podzieliła w powołanym wyżej wyroku pogląd, iż remont dróg utrudniający płynnych ruch między miastami znacznie wydłużał czas dojazdu, zwłaszcza w godzinach szczytu, to przywołane przez Zamawiającego argumenty wskazujące na wielokrotność takich utrudnień, które wpływają na czas dowożonych posiłków, a przez to ich świeżość i temperaturę, oraz ryzyko nie dostarczenia posiłków na czas winno być uwzględnione przez KIO w niniejszym postępowaniu.

Dzieje się tak dlatego, że konkretno-indywidualny stan faktyczny z pewnymi różnicami, które wpisują się w tezy wskazane przez KIO (a nawet są bardziej złożone niż przywołane w powołanym wyroku). Stan ten jest bardziej rozbudowany o przyczynowość różnych czynników utrudniających dojazd do szpitala.

Tak więc także w omawianym przypadku, wskazując na powyższe utrudnienia komunikacyjne i inne istotne okoliczności (jak chociażby obowiązek prowadzenia ustawicznej kontroli i występujące ryzyka) również i w niniejszym postępowaniu za celowe należy uznać ograniczenia możliwości wynikających z położenia szpitala w mieście Aleksandrowie Kuj. i tym samym wprowadzenie przez Zamawiającego odległości płożenia kuchni zapasowej do 15 km.

W szczególności również ze względu na zapewnienie odpowiedniego realizowania przedmiotowego zamówienia. Biorąc pod uwagę konieczność terminowych dostaw chociażby ze względu na wyznaczone zabiegi lecznicze w tym operacje a także niebagatelne znaczenie zapewnienia odpowiedniej jakości i temperatury posiłków dla pacjentów, mających znaczenie również lecznicze.

Jak odnotowała to Krajowa Izba Odwoławcza zlecenie w ogóle na zewnątrz przygotowywania posiłków dla podmiotów leczniczych jest wielce dyskusyjne. Zapewne stanowisko takie zostało zaprezentowane przez wzgląd na rolę jaką pełni żywienie w procesie leczenia. Zamawiający podziela ten pogląd, z tego też względu zamierza zrealizować projekt inwestycyjny umożlwiający produkcję posiłków we własnym zakresie.

Natomiast ograniczenie przygotowania posiłków do wspomnianych 15 km od siedziby Zamawiającego nie eliminuje odwołującego z rynku, ponieważ zamawiający dopuszcza wykonywanie posiłków w obiektach udostępnionych Wykonawcy na wskazanym terenie.

Zamawiający oświadcza, że wskazał, iż istnieje tak dużo podmiotów w obrębie siedziby Zamawiającego, że z pewnością uzyska on potencjał innych podmiotów niezbędny do wykonania zamówienia. Tym bardziej, że SWZ w rozdziale XII przewiduje takie rozwiązanie.

Zamawiający zatem nie narusza uczciwej konkurencji, ponieważ oferty mogą złożyć nie tylko wykonawcy posiadający kuchnie na wskazanym przez Zamawiającego terenie ale każdy wykonawca, który będzie miał udostępniony obiekt kuchenny przez dysponenta takiego obiektu.

Natomiast zdaniem Zamawiającego Odwołujący składając odwołanie działa tylko przez pryzmat swoich interesów i nie ma na uwadze, że usługa ma szczególny charakter. O szczególnym charakterze tej usługi świadczy okoliczność, że przedmiotem zamówienia jest dostawa posiłków dla ludzi chorych, dla których właściwa dieta ma podstawowe znaczenie.

Reasumując zarzut ograniczenia miejsc przygotowania posiłków do 15 km od siedziby Zamawiającego, nie zasługuje na uwzględnienie. W szczególności nie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na adresatów usług, którymi są pacjenci szpitalni, osoby rehabilitowane czy objęte usługami opiekuńczymi. Osobom tym ze względu na stan zdrowia należy zapewnić świeże, o odpowiedniej jakości a zwłaszcza temperaturze posiłki. W tym miejscu odnotowania wymaga fakt, że z uwagi na analogiczny charakter sprawy wykorzystano z właściwymi modyfikacjami treść uzasadnienia powołanego wyroku KIO z dnia 3.07.2014 r.

Odwołujący nie ma też racji, twierdząc bezpodstawnie, że Zamawiający określił sposób weryfikacji kryterium lokalizacja, bliskość położenia Wykonawcy od siedziby Zamawiającego kuchni zapasowej – 30 % - jako stanowiące „obietnicę", co prowadzi do tego, że nie jest możliwe właściwe porównanie ofert, a kryterium to jest całkowicie nieweryfikowalne.

Odmiennie od twierdzeń Odwołującego, Zamawiający w SWZ podał wyraźne i zapewniające weryfikację warunki poprzez złożenie oświadczenia w formularzu ofertowym (które to oświadczenia są uprawnionym środkiem dowodowym przewidzianym przez ustawę) o treści, że „oświadczam, że lokalizacja, położenie wykonawcy od siedziby zamawiającego pod względem odległości (transportu) kuchni zapasowej wynosi … (proszę podać adres oraz kilometry)".

Zapis ten nie wymaga komentarza z uwagi na jego zrozumiałość dla każdej osoby, która w sposób niezakłócony postrzega rzeczywistość. *Notorią* jest bowiem wiedza o znaczeniu zwrotu „adres" i jego funkcji w przedmiocie weryfikacji lokalizacji danego miejsca.

Kuriozum w świetle powyższych wywodów zawartych w odpowiedzi na odwołanie stanowi propozycja i żądanie Odwołującego wprowadzenia w miejsce kryterium lokalizacji, bliskość położenia Wykonawcy od siedziby Zamawiającego kuchni zapasowej - 30% następującego kryterium: posiadanie certyfikatu ISO 14001 w zakresie żywienia zbiorowego szpitalnego wystawiony przez akredytowaną jednostkę – 30 %.

Do zarzutu I.5 zawarcie w załączniku nr 1 do SWZ – formularzy oferty następującego oświadczenia: „*gwarantujemy utrzymanie stałej ceny przez okres trwania umowy na warunkach określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia*", co prowadzi do sprzeczności z SZ oraz załącznikiem nr 12 do SWZ- Projektem Umowy, które przewidują mechanizm zmiany wynagrodzenia Wykonawców zgodnie z w.w. przepisami.

Tak stawiany zarzut jest o tyle niezrozumiały, że w realiach niniejszej sprawy stanowisko Zamawiającego dla Odwołującego powinno być jasne i niepozostawiające żadnych wątpliwości interpretacyjnych, albowiem na tle stanu faktycznego i obowiązujących powszechnie przepisów prawa Zamawiający przyjmując to rozwiązanie żywotnie zabezpiecza swój interes ekonomiczny, co jest rzeczą naturalną w stosunkach obligacyjnych, co więcej wymaganą dla zapewnienia interesów obrotu gospodarczego w zarządzaniu majątkiem publicznym.

Wszak chodzi tu o to, aby przyszły wykonawca, nawet w sytuacji swojego uzasadnionego interesu, nie nakładał na Zamawiającego obowiązku ponoszenia wspólnie z nim ryzyka gospodarczego i miał gwarancję stałej ceny, która nie ulegnie zmianie jedynie z woli samego wykonawcy.

Fakt podnoszenia przez Odwołującego tego zarzutu jasno obrazuje jakie skutki mogą płynąć z braku wykorzystywania ustawowych możliwości kontaktu z Zamawiającym. Gdyby bowiem Odwołujący zwrócił się z zapytaniem do Zamawiającego otrzymałby stosowną odpowiedź bez konieczności prowadzenia postępowania odwoławczego i rozumiałby treść skarżonych zapisów tak jak inni potencjalni oferenci zgodnie z wolą i intencją Zamawiającego.

Nie ma tu w żadnym razie mowy o jakiejkolwiek sprzeczności zapisów SWZ a Załącznikiem nr 12 do SWZ – projektem umowy. Zapisy te wręcz przeciwnie są spójne, logiczne i klarowne. Wydaje się, że Odwołujący popełnia błąd interpretacyjny wynikający z jego niewiedzy, który to błąd (jak już wcześniej podniesiono) mógł być wyjaśniony uprzednio w łatwy i przystępny sposób poprzez zwrócenie się o wyjaśnienie do Zamawiającego.

W zapisach Załącznika nr 1 do SWZ, Formularz oferty, w pkt 2e zawarto zapis „*oświadczam, że gwarantujemy utrzymanie stałej ceny przez okres trwania umowy na warunkach określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia*". Kluczowym jest tu zwrot („*... na warunkach określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia*"). Istotne Warunki Zamówienia to również projekt umowy (Załącznik nr 12 do SWZ), gdzie w § 4 wartość umowy zawarto następujące zapisy:

„7. Cena jednego osobodnia może być urealniana co kwartał tylko o wskaźnik wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych, publikowanych przez Główny Urząd Statystyczny.

8. W zależności od zmieniających się uwarunkowań kondycji finansowej szpitala, ilości pacjentów, świadczonych usług medycznych oraz nieprzewidzianych zmian cen rynkowych, umowa będzie mogła podlegać zmianie w trybie negocjacji stron.

9. Strony postanawiają, iż dokonają w formie pisemnego aneksu zmiany wynagrodzenia w wypadku wystąpienia którejkolwiek ze zmian przepisów wskazanych w art. 436 pkt. 4 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych, tj. zmiany:

a) stawki podatku od towarów i usług,

b) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,

c) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne.

d) zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz. U. z 2020 r. poz. 1342).

9.1. zmiana wysokości wynagrodzenia obowiązywać będzie od dnia wejścia w życie zmian, o których mowa w ust. 5., zgodnie z załączoną uprzednio przez Wykonawcę kalkulacją kosztów celem wykazania Zamawiającemu, że zmiana ma wpływ na koszty realizacji zamówienia.

9.2. w wypadku zmiany, o której mowa w ust. 9. lit. a) wartość netto wynagrodzenia Wykonawcy nie zmieni się, a określona w aneksie wartość brutto wynagrodzenia zostanie wyliczona na podstawie nowych przepisów.

9.3. w przypadku zmiany, o której mowa w ust 9. lit. b) wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zmianie o wartość wzrostu całkowitego kosztu Wykonawcy wynikającą ze zwiększenia wynagrodzeń osób bezpośrednio wykonujących zamówienie do wysokości zmienionego minimalnego wynagrodzenia, z uwzględnieniem wszystkich obciążeń publicznoprawnych od kwoty wzrostu minimalnego wynagrodzenia.

9.4. w przypadku zmiany, o którym mowa w ust 9. lit. c) i d) wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zmianie o wartość wzrostu całkowitego kosztu Wykonawcy, jaką będzie on zobowiązany dodatkowo ponieść w celu uwzględnienia tej zmiany, przy zachowaniu dotychczasowej kwoty netto wynagrodzenia osób bezpośrednio wykonujących zamówienie na rzecz Zamawiającego.

9.5. wprowadzenie zmian wysokości wynagrodzenia wymaga uprzedniego złożenia przez Wykonawcę oświadczenia o wysokości dodatkowych kosztów wynikających z wprowadzenia zmian, o których mowa w ust 9. litera b), c) i d).

W przypadku ust. 5. lit. b) Wykonawca przedłoży Zamawiającemu wykaz pracowników, którzy realizują Umowę i dla których ma zastosowanie zmiana wraz z kalkulacją kosztów wynikających z przedmiotowej zmiany. Wykaz powinien zawierać zestawienia, ile godzin miesięcznie każdy z pracowników faktycznie realizuje Umowę. W przypadku ust. 9. lit. c) i d) Wykonawca przedkłada Zamawiającemu wykaz personelu, który realizuje umowę i dla którego ma zastosowanie zmiana wraz z kalkulacją kosztów wynikającą z przedmiotowej zmiany.

9.6. Wykonawca zamiar zmiany w zakresie wynagrodzenia wraz z kalkulacją, o której mowa w ust. 9.1. i 9.5., powinien zgłosić Zamawiającemu na piśmie w terminie 1 miesiąca od zdarzenia uzasadniającego wprowadzenie zmiany pod rygorem pominięcia.

10. Zamawiający dopuszcza możliwość waloryzacji wynagrodzenia, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, przy zachowaniu następujących warunków:

10.1 zmiana poziomu cen materiałów i kosztów musi przekroczyć 5% w stosunku rocznym,

10.2. zmiana cen może nastąpić jeden raz w roku kalendarzowym, a pierwsza waloryzacja może mieć miejsce po 1 stycznia 2023 r.

10.3 zmiana cena nie może być wyższa niż średnioroczny wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszany przez Prezesa GUS.

11. Zmiana zapisów umowy jest możliwa, jeśli określone zmiany w ust. 9 umowy będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę. Zmiana cen wymaga każdorazowo zawarcia pisemnego aneksu do umowy pod rygorem nieważności."

Żaden z powołanych zapisów, jak *explicite* zostało to uwidocznione nie pozostaje w sprzeczności z wprowadzeniem przez Zamawiającego do SWZ wymaganej gwarancji utrzymania stałej ceny przez okres trwania umowy na warunkach określonych w Specyfikacji Warunków Zamówienia, tj. wprowadzania przez Wykonawcę lub żądania przez Wykonawcę od Zamawiającego wprowadzenia zmiany ceny przedmiotu zamówienia poza wyżej wymienionymi wyjątkami. Innymi słowy żądania zmiany ceny z innych powodów (różnego rodzaju ryzyk) występujących w obrocie gospodarczym niż te, które enumeratywnie wskazano w projekcie umowy.

Nie trzeba dodawać, że jakiekolwiek obawy przyszłych wykonawców, iż wprowadzony zapis przez zamawiającego mógłby tamować zmiany wprowadzane przez ustawodawcę byłyby głęboko pozbawione racji. Przepisy ustawy bowiem mają pierwszeństwo i walor ich bezwzględnego stosowania przed jakimikolwiek zapisami umownymi. Wynika to bezpośrednio z art. 353^1 kc, który statuuje zasadę swobody nawiązywania umów przejawiającej się w treści, że *strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego*.

Komentowany przepis, statuując zasadę swobody umów (wolności kontraktowej), jest wyrazem autonomii woli stron stosunków obligacyjnych. W jej ramach strony mogą swobodnie decydować o tym, czy w ogólne wejść w relację cywilnoprawną, mogą decydować o wyborze kontrahenta, kształtować treść stosunku prawnego, mają także kompetencję do zmiany i rozwiązania już istniejącego stosunku umownego.

Jak wynika z treści powołanego przepisu zasada swobody umów nie powinna jednak obowiązywać bezwzględnie i konieczne są jej ograniczenia ustawowe, które mają charakter *ius cogens* przepisu bezwzględnie obowiązującego, a więc wiążącego nie tylko strony umowy, ale wszystkie podmioty występujące w obrocie prawnym. Przy czym sprecyzowanie praw i obowiązków stron konkretnego stosunku zobowiązaniowego, którego źródłem jest czynność prawna, wymaga – w razie wątpliwości co do

treści kreujących ten stosunek oświadczeń woli – zastosowania wykładni dokonywanej zgodnie z regułami zawartymi w art. 65 k.c.

Tym samym w przypadku gdy zawarcie umowy poprzedzone jest złożeniem oferty, „*Ustalenie treści oferty następuje na podstawie wykładni zgodnie z art. 65 § 1 kc, natomiast ustalenie treści umowy na podstawie art. 65 § 2 kc. Interpretacja przyjęcia oferty zostaje dokonana przez pryzmat wykładni umowy, która opiera się przede wszystkim na ustaleniu wspólnego zamiaru stron. Natomiast w kontekście ustalenia zawarcia umowy przyjęcie oferty jako oświadczenie oblata jest interpretowane na podstawie art. 65 § 1 kc w celu dokonania oceny, czy została dochowana zasada lustrzanego odbicia*". Zob. M. Pecyna, Zawarcie umowy i ustalenie jej treści (System Prawa Handlowego, t. 5a, Prawo umów handlowych, red. M Stec, Warszawa 2020, s. 111).

Z kolei w wyroku z 8.06.1999 r., II CKN 379/98, OSNC 2000/1, poz. 10, SN wyjaśnił, że przepis art. 65 § 2 k.c. „*(...) w istocie określa sposób wykładni oświadczeń woli kontrahentów w sposób odmienny niż ma to miejsce przy interpretacji tekstu prawnego; w umowach należy przede wszystkim badać zamiar i cel umowy, a dopiero w dalszej kolejności ma znaczenie dosłowne jej brzmienie*".

Przypomnijmy, że w omawianym przypadku Zamawiający wprowadzając zaskarżony zapis miał absolutnie uprawniony cel, jakim jest ochrona jego interesów materialnych, polegająca na tym, aby przyszły wykonawca związany postanowieniami SWZ i jej załącznikami nie domagał się zwiększenia swoich należności (wynagrodzenia), uzasadniając swoje roszczenia w sposób jakikolwiek inny, niż przewidziano to w projekcie umowy.

Na marginesie odnotujmy, że w ocenie Zamawiającego samo już domaganie się przez Odwołującego eliminacji powołanych zapisów oznacza, że rozumie je dobrze i występuje o ich wykreślenie, gdyż zdaje sobie sprawę z ich wagi przy ewentualnym wypełnianiu przyszłych zobowiązań. Zamawiający natomiast stoi na stanowisku, że wskazany zapis absolutnie chroni jego interesy i nie pozostaje w jakiejkolwiek sprzeczności z zapisami zawartymi w projekcie umowy (co zostało wykazane powyżej), stąd też nie widzi żadnych podstaw dla jego wykreślenia, albowiem godziłoby to w jego żywotne interesy.

Z przytoczonych powodów zamawiający stwierdza, że nie zaistniały przesłanki do uwzględnienia odwołania określone w art. 554 p.z.p., dlatego zamawiający wnioskuje o oddalenie odwołania zgodnie z art. 553 p.z.p.

Signature Not Verified
Dokument podpisany przez Mariusz Trojanowski; Powiatowy Szpital w Aleksandrowie Kujawskim
Data: 2023.07.31 09:09:26 CEST

W załączeniu:

1. dowody wskazane w odpowiedzi na odwołanie;
2. odpis odpowiedzi na odwołanie dla odwołującego (przesłano wraz z dowodami elektronicznie w dniu 31.07.2023r. za pomocą platformy ezamówienia firmie CATERMED spółka z o.o. z siedzibą w Łodzi – dowód przesłania w załączeniu).
3. dokument potwierdzający umocowanie do reprezentowania zamawiającego – informacja z KRS.