

Łódź 24 czerwca 2024 roku

Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17A,
02-676 Warszawa

Odwołujący: Lidia Żurawska – Stasiak

Przedsiębiorstwo Wielobranżowe GASTRONOMIA

91-738 Łódź, ul. Sporna 36/50

NIP 7271615786, REGON 472354821

telefon 502 387 227

email: maciej777722@wp.pl

reprezentowana przez radcę prawnego Michała Araszkiewicza

Kancelaria Radcy Prawnego Michał Araszkiewicz

ul. Sterlinga 27/29, lok. 306, 90-212 Łódź

tel. 501-057-497

email: araszkiewicz@list.pl

Zamawiający: Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej

Centralny Szpital Kliniczny Uniwersytetu Medycznego w Łodzi

92-213 Łódź, ul. Pomorska 251

NIP: 728-22-46-128, REGON: 472147559

tel. (42) 675 74 89, skrzynka ePUAP: /cskumedlodz/SkrytkaESP

e-mail: t.miazek@csk.umed.pl, zam.publ@csk.umed.pl

strona www <https://platformazakupowa.pl/transakcja/921080>

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego: pn. „Świadczenie usług w zakresie przygotowywania i wydawania posiłków pacjentom, prowadzenie stołówki szpitalnej wraz z dzierżawą pomieszczeń i sprzętu” - nr postępowania: ZP/57/2024

Nr ogłoszenia: 251488-2024 Dz.U.S.: 83/2024

Odwołanie

Działając w imieniu **Lidii Żurawskiej – Stasiak Przedsiębiorstwa Wielobranżowego GASTRONOMIA** na podstawie **art. 513 pkt. 1 i 2** ustawy z 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019, poz. 2019) składam odwołanie wobec czynności:

1. badania i oceny ofert,
2. braku odrzucenia oferty Wykonawcy - Naprzód Catering Sp. z o.o.
3. wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiającemu zarzucam naruszenie przepisów:

1. art. 128 ust. 1 w związku z art. 128 ust. 4 i art. 139 oraz art. 16 pkt 1) pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy - Naprzód Catering Sp. z o.o. do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych lub wyjaśnienia ich treści w zakresie złożonego niekompletnego dokumentu polisy ubezpieczeniowej odpowiedzialności cywilnej *w zakresie OC za produkt z rozszerzeniem o ryzyko zatruć pokarmowych*,
2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b, c w związku z art. 7 pkt. 17 i art. 16 pkt. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Wykonawcy - Naprzód Catering Sp. z o.o. jako oferty złożonej przez wykonawcę nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu, który nie przedstawił na wezwanie zamawiającego określonych w SWZ podmiotowych środków dowodowych w postaci *Aktualnego Zezwolenia Państwowej Inspekcji Sanitarnej na prowadzenie działalności w zakresie produkcji posiłków w celu świadczenia usług żywieniowych a także polisy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie OC za produkt z rozszerzeniem o ryzyko zatruć pokarmowych*.

Wnoszę o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w sposób prawidłowy z uwzględnieniem warunków zamówienia określonych w SWZ,
3. dokonania odrzucenia oferty Wykonawcy - Naprzód Catering Sp. z o.o.,
4. dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, jest bowiem jednym z oferentów tego postępowania, jego oferta jest wprawdzie trzecia na liście rankingowej jednak postępowanie prowadzone jest z zastosowaniem procedury odwróconej w trybie art. 139 pzp i oferta znajdująca się na miejscu drugim nie była jeszcze badana w ramach kwalifikacji podmiotowej pod kątem braku podstaw wykluczenia i spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co oznacza iż oferta odwołującego cały czas może okazać się ofertą najkorzystniejszą. Skutkiem utrzymania dokonanych przez Zamawiającego zarzucanych naruszeń przepisów ustawy prawo zamówień publicznych Odwołujący poniesie szkodę w postaci braku możliwości uzyskania kontraktu poprzez zamknięcie drogi do weryfikacji drugiej z ofert rankingowych a zatem i

zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego i zysku z wykonania tego kontraktu (*lucrum cessans*) w sytuacji, gdy oferta odwołującego została wniesiona prawidłowo, odpowiada treści SWZ, w tym spełnia warunki i jest najkorzystniejszą zgodnie z ustanowionymi kryteriami (art. 505 §1 pzp).

„Przy stosowaniu trybu opisanego w art. 139 Prawa zamówień publicznych ocena braku podstaw wykluczenia oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczy tylko tego wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona.” (por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 lutego 2022 r. KIO 128/22)

Uzasadnienie

Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Centralny Szpital Kliniczny Uniwersytetu Medycznego w Łodzi jako Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego: pn. *„Świadczenie usług w zakresie przygotowywania i wydawania posiłków pacjentom, prowadzenie stołówki szpitalnej wraz z dzierżawą pomieszczeń i sprzętu”* - nr postępowania: ZP/57/2024.

Zamawiający prowadzi postępowanie z wykorzystaniem przewidzianej w ogłoszeniu i SWZ procedury odwróconej na podstawie art. 139 pzp co oznacza, iż Zamawiający najpierw dokonał badania i oceny ofert, a następnie kwalifikacji podmiotowej jedynie wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Czynności te były jednak wadliwe.

Dowód: Ogłoszenie o zamówieniu, SWZ (w aktach postępowania)

W dniu 12 czerwca 2024 roku Zamawiający za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty zamieszczając pismo z dnia 12 czerwca 2024 roku, przy czym jako najkorzystniejszą wskazana została oferta Naprzód Catering Sp. z o.o., dalej Naprzód. Tylko zatem oferta Naprzód była kompleksowo poddana badaniu także w ramach spełnienia warunków udziału. Oferta Odwołującego była na trzecim miejscu. Wniesienie odwołania nastąpiło w terminie z art. 515 §1 ust. 1 lit. a) pzp z uwzględnieniem art. 509 §2 pzp stanowiącego, że jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy.

Dowód: informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 12 czerwca 2024 (w aktach postępowania)

Przedmiotem zamówienia było *świadczenie usług w zakresie przygotowywania (w pomieszczeniach kuchni szpitalnej z zapleczem dzierżawionej od Szpitala) i wydawania w miejscu wyznaczonym (punkt wydawania posiłków) posiłków dla pacjentów z produktów*

własnych oraz prowadzenie bufetu ze stołówką wraz z dzierżawą pomieszczeń kuchni z zapleczem i bufetu ze stołówką (Rozdział IV pkt 1 SWZ)

Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w SWZ (Rozdział VIII SWZ Informacja o Warunkach Udziału w Postępowaniu):

1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

- 1) zdolności do występowania w obrocie gospodarczym – zamawiający nie stawia warunku;*
- 2) uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów - zamawiający stawia warunki – patrz rozdz. IX.- II.*
- 3) sytuacji ekonomicznej lub finansowej - zamawiający stawia warunki – patrz rozdz. IX.- II.*
- 4) zdolności technicznej lub zawodowej - zamawiający stawia warunki – patrz rozdz. IX.- II.*

We wskazanych postanowieniach Rozdziału IX-II SWZ (Wykaz podmiotowych środków dowodowych składanych w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, którego oferta zostanie najwyżej oceniona) – II. (Dokumenty lub oświadczenia, jakich żąda zamawiający od wykonawcy, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu) Zamawiający dookreślił żądane środki podmiotowe.

W zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej (art. 112 ust. 2 pkt. 2 pzp) Zamawiający zgodnie z pkt 7 Rozdziału IX- II wymagał dwóch dokumentów:

Zamawiający uzna za spełnienie wymogu dot. załącznika nr 12, jeśli Wykonawca przedstawi:

- 1/ Aktualne Zezwolenie Państwowej Inspekcji Sanitarnej na prowadzenie działalności w zakresie produkcji posiłków w celu świadczenia usług żywieniowych,*
- 2/ Wpis do rejestru zakładów podlegających urzędowej kontroli organów Państwowej Inspekcji Sanitarnej zgodnie z art. 62 ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia (Dz.U. z 2020 r., poz. 2021 tj.).*

W zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej (art. 112 ust. 2 pkt. 3 pzp) Zamawiający zgodnie z pkt 8 Rozdziału IX- II wymagał dokładnie oznaczonej polisy OC, obejmującej co najmniej dwa odrębne zakresy OC deliktowe i odrębnie OC za produkt z rozszerzeniem o ryzyka zatruc pokarmowych, przy czym wprost określono, iż: *Zamawiający uzna za spełnienie wymogu dot. załącznika nr 13, jeśli Wykonawca przedstawi polisę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie:*

- OC deliktowego na sumę gwarancyjną nie mniej niż 1.000 000 PLN na jedno zdarzenie w okresie ubezpieczenia;*

- **OC za produkt z rozszerzeniem o ryzyko zatruc pokarmowych** na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 1.000 000 PLN na jedno zdarzenie w okresie ubezpieczenia;

Wypada zauważyć, iż zgodnie z art. 7 pkt. 17) przez podmiotowe środki dowodowe należy rozumieć środki służące potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, **spełniania warunków udziału w postępowaniu** lub kryteriów selekcji, z wyjątkiem oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1.

„Treść warunku powinna być rozumiana/interpretowana zgodnie z jego literalnym brzmieniem. Jakkolwiek zmiana treści warunku, przyjęcie odmiennej interpretacji treści warunku (niż wynika to z jego literalnego brzmienia) po upływie terminu składania ofert jest niedopuszczalne.” (Por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 maja 2023 r. KIO 1119/23).

Zamawiający wskazał jednoznacznie i wprost jakich środków podmiotowych żąda na wykazanie spełniania przez wykonawców postawionych warunków w zakresie prowadzenia określonej działalności gospodarczej oraz w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Zgodnie z art. 126 ust. 1 pzp Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywał wykonawcę Naprzód, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. Zamawiający określił, przewidział zatem Wykonawcy termin w rozumieniu przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c pzp na złożenie wymaganych podmiotowych środków dowodowych. Termin ten upłynął bezskutecznie w zakresie dwóch dokumentów.

Wykonawca Naprzód nie złożył wszystkich wymaganych przez Zamawiającego treścią SWZ podmiotowych środków dowodowych oraz zgodnie z postawionymi warunkami.

Zamawiający pismem z dnia 10 czerwca 2024 roku wezwał Naprzód w trybie art. 128 ust. 1 pzp do uzupełnienia złożonego podmiotowego środka dowodowego w postaci **Aktualnego Zezwolenia Państwowej Inspekcji Sanitarnej na prowadzenie działalności w zakresie produkcji posiłków w celu świadczenia usług żywieniowych**.

Zamawiający nie wezwał jednak we wskazanym trybie art. 128 ust. 1 pzp do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie podmiotowego środka dowodowego lub wyjaśnienia jego treści w zakresie niekompletnego dokumentu polisy ubezpieczeniowej odpowiedzialności cywilnej **w zakresie OC za produkt z rozszerzeniem o ryzyko zatruc pokarmowych**.

„Zgodnie z art. 128 Prawa zamówień publicznych, w przypadku, gdy wykonawca nie złoży podmiotowych środków dowodowych, są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie. Ustawodawca nałożył zatem na zamawiającego obowiązek

skierowania do wykonawcy wezwania w przypadkach określonym dyspozycją ww. przepisu, na co wskazuje użycie sformułowania „wzywa”. Wezwanie ma więc charakter obligatoryjny, a zaniechania wezwania w przypadkach wskazanych w art. 128 ust. 1 ww. ustawy stanowiłoby naruszenie ustawy. Wezwanie w trybie powyższego przepisu jest wezwaniem jednokrotnym i stanowi dodatkową „szansę” dla wykonawcy m.in. na wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W świetle zasady równego traktowania wykonawców dyspozycją powyższego przepisu objęta jest zarówno sytuacja, gdy wykonawca nie złoży w ogóle podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ale również, gdy złożone środki dowodowe nie wykazują spełnienia warunków.” (por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lipca 2022 r. KIO 1642/22)

Zamawiający nie wezwał Naprzód we wskazanym trybie mimo złożenia dokumentu polisy ubezpieczeniowej niekompletnej lub braku złożenia polisy OC produktu z wymaganym rozszerzeniem, co uzasadnia w całości zarzut 1.

W postępowaniu bowiem, wykonawca Naprzód **nie złożył polisy ubezpieczeniowej** w treści, której wskazany byłby wprost i jednoznacznie zakres **OC za produkt z rozszerzeniem o ryzyko zatruć pokarmowych** wymagany treścią SWZ. Wykonawca Naprzód złożył polisę ubezpieczeniową, w której treści w ogóle nie ma OC za produkt, jako odrębnego zakresu ubezpieczenia, nie ma klauzuli produktu. Tym bardziej zatem nie ma w przedłożonej polisie - OC za produkt **z rozszerzeniem o ryzyka zatruć pokarmowych**.

Zupełnie czym innym jest OC deliktowe prowadzonej działalności wobec szczególnego zakresu OC produktu danej usługi. W tym przypadku produktem usługi jest posiłek dla pacjenta, posiłek tworzony w procesie przetworzenia, połączenia, zmieszania i obróbki surowców, z udziałem personelu i osób trzecich, które mogą roznosić czynniki chorobotwórcze. W takim posiłku bowiem, co oczywiste z doświadczenia życiowego, mogą potencjalnie pojawiać się zarazki lub bakterie chorobotwórcze, a tym nawet chorób zakaźnych. Źródła zatruć pokarmowych mogą być bardzo szerokie (np. bakterii salmonelli, bakterie colii, gronkowce, ale także wirusy np. wirus zapalenia wątroby bądź znany wszystkim wirus Covid19).

W dobie powszechności dostępu informacyjnego wystarczy skorzystać z wyszukiwarki internetowej by mieć dokładną informację o zagrożeniach zatruć pokarmowych i skorzystać z waleru notorii powszechnej:

<https://www.hydrochemia.pl/bakterie-coli/>

„Bakteria Escherichia coli (paleczka okrężnicy) stanowi gram ujemną bakterię należącą do rodziny Enterobacteriaceae. Pod tym określeniem kryje się blisko dwieście różnego rodzaju mikroorganizmów wchodzących w skład tego samego gatunku. Wchodzą w skład fizjologicznej flory bakteryjnej jelita grubego człowieka oraz zwierząt stałocieplnych. W układzie pokarmowym spełniają wiele pożytecznych funkcji, między innymi biorą udział w rozkładzie pożywienia oraz przyczyniają się do produkcji witamin z grupy B i K. Zazwyczaj coli są

*bakteriami wywołującymi zatrucia pokarmowe, ale jeśli przedostaną się do układu moczowego, wówczas mogą być poważną przyczyną zakażeń. To właśnie bakterie pałeczki okrężnicy stanowią najpowszechniejszy powód zakażeń dróg moczowych, zapalenia otrzewnej oraz zapalenia opon mózgowych, w szczególności u noworodków. Do zakażenia bakterią coli może dojść w sposób pośredni lub bezpośredni. Zazwyczaj z wodą powiązane jest zakażenie bezpośrednie, w wyniku wypicia zanieczyszczonego płynu, w którym znajdują się mikroorganizmy chorobotwórcze. **Bakterie grupy coli pojawiają się również w żywności.** To właśnie dlatego jedzenie przechodzi szereg testów, zanim trafi ono do konsumentów. Warto obserwować także ewentualne komunikaty o wadliwych partiach, w których wykryto bakterię już po dopuszczeniu wyrobów do sprzedaży. Źródłem zakażenia bakterią Escherichia coli jest człowiek oraz zwierzęta, będące nosicielami szczepów chorobotwórczych dla ludzi. **Pałeczka okrężnicy może wywoływać zakażenie nerek bądź pęcherza. Po spożyciu skażonego pożywienia, bakteria wywołuje zatrucie o mniejszym lub większym nasileniu, które najczęściej przebiega z wodnistą lub krwawą biegunką.**"*

<https://www.synevo.pl/akademia-zdrowia/salmonella/>

*„Salmonella to bakterie gram-ujemnych, które odpowiedzialne są za wywoływanie określonych chorób przewodu pokarmowego u ludzi. Do rodzaju Salmonella należą bakterie wywołujące dur brzuszny – Salmonella typhi i parady – Salmonella paratyphi oraz pałeczki niedurowe Salmonella bongori oraz Salmonella enterica. Obecnie **wyróżnia się ponad 2500 serotypów, czyli specyficznych odmian tego patogenu.** Najczęściej zakażenia wywołane są przez bakterie niedurowe Salmonella enteritidis. Bakterie Salmonella bytują zarówno w organizmach ludzi, jak i zwierząt. **Do zakażenia dochodzi na drodze spożycia pokarmu lub wody skażonych tymi drobnoustrojami – najczęściej są to jajka (i pokarmy je zawierające), niedogotowane mięso drobiowe.** Możliwe jest także zakażenie poprzez spożycie innych skażonych produktów, jak np. owoców morza, sosów, niektórych przypraw, ciast ze śmietaną, nabiału lub zanieczyszczonych warzyw. Salmonella często jest również przyczyną tzw. biegunki podróżnych.*

Zakażenie bakteriami Salmonella może przebiegać w bardzo zróżnicowany sposób, w zależności od tego jaki jest czynnik etiologiczny. Najczęściej zakażenia szczepami niedurowymi przybierają postać ostrego nieżytu żołądkowo-jelitowego, choć zdarza się, że dochodzi do rozwoju innych postaci zakażenia, które mogą stanowić zagrożenie dla zdrowia i życia pacjenta. Szczepy durowe Salmonelli powodują zakażenia ogólnoustrojowe.

Salmonelloza na całym świecie występuje dość często, zazwyczaj w krajach rozwijających się, które borykają się z problemami związanymi z zachowaniem higieny oraz właściwym funkcjonowaniem ochrony zdrowia i profilaktyki. W krajach wysokorozwiniętych do zakażeń Salmonellą najczęściej dochodzi przez spożycie skażonej żywności, np. na skutek

nieprzestrzegania obowiązujących zasad sanitarnych przez pracowników sektora gastronomicznego.”

Szczególnie ważnym źródłem może być Narodowe Centrum Edukacji Żywnościowej, wchodzący w skład **Narodowego Instytutu Zdrowia Publicznego – Państwowego Zakładu Higieny**, gdyż z uwagi na fakt, iż NIZP jest instytutem badawczym, opinie wydane w jego ramach posiadają szczególny walor dowodowy, nie tylko opinii, ale właśnie opinii instytutu zatem państwowego podmiotu desygnowanego ustawowo do badań w danym zakresie.

<https://ncez.pzh.gov.pl/o-nas/#>

„Narodowe Centrum Edukacji Żywnościowej (NCEŻ) zostało utworzone 19 stycznia 2017 r. w ramach Szwajcarsko-Polskiego Programu Współpracy (Swiss Contribution), którego Instytut Żywności i Żywnienia (od 1 lutego 2020 r. włączony do Narodowego Instytutu Zdrowia Publicznego – Państwowego Zakładu Higieny) był realizatorem w latach 2011-2017, a obecnie jego działania są finansowane z budżetu Ministerstwa Zdrowia w ramach Narodowego Programu Zdrowia na lata 2016-2020.

<https://ncez.pzh.gov.pl/informacje-dla-producentow/zywnosc-zbiorowe-zagrozenia-mikrobiologiczne-w-produkcji-i-obrocie-zywnoscia/>

„Czym są mikrobiologiczne zanieczyszczenia żywności ?

*Mikrobiologiczne zanieczyszczenia środków spożywczych są jednym z ważniejszych czynników wpływających na bezpieczeństwo żywności. **Żywność zanieczyszczona mikroorganizmami chorobotwórczymi lub ich metabolitami może być przyczyną zatrucia i zakażeń pokarmowych, które w szczególnych przypadkach mogą prowadzić do śmierci.** Wśród zagrożeń mikrobiologicznych związanych z żywnością możemy wymienić bakterie patogenne takie jak *Salmonella spp.*, *Listeria monocytogenes*, *Campylobacter spp.*, werotoksyczne *Escherichia coli*, gronkowce koagulazo-dodatnie, *Bacillus cereus*, *Yersinia enterocolitica*, *Clostridium difficile* oraz *Clostridium botulinum*. Groźne dla konsumentów mogą być również metabolity drobnoustrojów, w tym toksyny. Niektóre z nich powodują objawy typowe dla zatrucia pokarmowych (np. enterotoksyna gronkowcowa, toksyny produkowane przez *B. cereus*), a inne działają silnie na układ nerwowy (np. toksyna botulinowa). **Żywność może być także nośnikiem niebezpiecznych dla zdrowia wirusów np. norowirusów (izolowanych m.in. z owoców miękkich, małży oraz ostryg), czy wirusów zapalenia wątroby typu A i E.***

Skąd pochodzą mikrobiologiczne zanieczyszczenia żywności ?

Zanieczyszczenia mikrobiologiczne produktów spożywczych mogą być wynikiem stosowania złej jakości surowców, nieprzestrzegania zasad higieny produkcji, w tym

*niewystarczającej higieny pracowników, a także zanieczyszczeń pochodzących ze środowiska przetwórczego. Warunki wytwarzania żywności, w tym higiena personelu produkcyjnego wpływa istotnie na bezpieczeństwo produkowanych wyrobów. Uzyskanie odpowiedniej czystości środowiska przetwarzania żywności jest niezwykle ważne, ze względu na możliwość rozwoju i namnożenia się mikroorganizmów, które nie tylko prowadzą do niekorzystnych zmian składu chemicznego produktu, ale także stwarzają realne zagrożenie dla zdrowia konsumentów. Nieodpowiednia jakość mikrobiologiczna pierwotnych surowców może przyczyniać się do zanieczyszczenia obszaru przetwarzania żywności, a w konsekwencji wpływać na zanieczyszczenia innych środków spożywczych przetwarzanych w środowisku produkcyjnym. **Z powodu zanieczyszczeń krzyżowych, potencjalnie każda żywność może stać się źródłem zakażenia.***

Źródła i objawy zatruć pokarmowych

Zgodnie z danymi zawartymi w raportach Europejskiego Urzędu ds. Bezpieczeństwa Żywności (EFSA) oraz Europejskiego Centrum ds. Zapobiegania i Kontroli Chorób (ECDC) od lat główną przyczynę chorób odzwierzęcych w Unii Europejskiej stanowią bakterie *Campylobacter spp.* (2 46 158 przypadków w 2017 r.). W Polsce najczęstszą przyczynę zatruć i zakażeń pokarmowych stanowią pałeczki *Salmonella spp.* (10 000 przypadków w 2017 r., 9 957 przypadków w 2016 r.). Pałeczki *Salmonella spp.* są najczęściej izolowane z mięsa i przetworów mięsnych (głównie drobiowych), jaj, mleka i przetworów mlecznych, ryb i przetworów rybnych, owoców i warzyw, a ponadto z ziół i przypraw oraz ziaren sezamu. **Do zakażenia człowieka dochodzi przez kontakt z zakażonymi zwierzętami (drobiem hodowlanym) i ludźmi (chorymi i nosicielami), żywnością zanieczyszczoną odchodami zakażonych zwierząt, w tym myszy i szczurów, ale także much, oraz produktami żywnościowymi pochodzącymi od zwierząt zakażonych (np.: mięso, jaja, mleko).** Okres inkubacji choroby wynosi od 6 do 72 h (najczęściej 12-24 h) od momentu spożycia pokarmu zakażonego pałeczkami *Salmonella spp.* Choroba ma charakter samoograniczający, zwykle objawy chorobowe ustępują po tygodniu bez dodatkowego leczenia. Po przebytej chorobie człowiek może zostać nosicielem pałeczek *Salmonella spp.* Nosicielstwo może utrzymywać się od kilku dni do kilku tygodni. Duże zagrożenie dla zdrowia konsumentów, zwłaszcza dla osób starszych, osób z immunosupresją, dzieci oraz kobiet w ciąży, stanowią bakterie *Listeria monocytogenes*. W ostatnich latach w Polsce odnotowywany jest wzrost liczby przypadków listeriozy. W roku 2016 raportowano 99 przypadków, w 2017 roku 116, a w 2018 roku liczba ta wynosiła 124 przypadki. Jak wskazuje, EFSA spożycie żywności zawierającej powyżej 100 jtk/g stanowi zagrożenie dla zdrowia ludzi. Zachorowania charakteryzuje długi okres inkubacji trwający średnio od 2 do 4 tygodni, czasami objawy choroby są widoczne po 3 miesiącach od konsumpcji zanieczyszczonego

pokarmu. L. monocytogenes jest izolowana z mięsa i produktów mięsnych (w tym fermentowanych surowych kielbas), ryb i produktów rybnych (w tym łososia wędzonego na zimno), owoców morza, mleka i produktów mlecznych (w tym głównie serów miękkich wyprodukowane z surowego mleka), lodów, surowych warzyw i owoców (świeże krojone, mrożone). L. monocytogenes mają zdolność namnażania się w żywności w warunkach chłodniczych. W temperaturze 4°C wzrost tych drobnoustrojów jest znacznie wolniejszy niż w temperaturze 37°C, jednak po 1-2 dniach dochodzi do podwojenia wielkości populacji. Pałeczki L. monocytogenes mogą również występować w zakładach przemysłu spożywczego, zasiedlając powierzchnie różne materiały i urządzenia (biofilm bakteryjny). W przypadku utworzenia biofilmów całkowita eliminacja L. monocytogenes ze środowiska produkcyjnego jest niezmiernie trudna.”

W zakresie tego konkretnego produktu, jakim jest usługa żywienia obejmująca przygotowanie i dostarczenie posiłku dla pacjenta szpitala Zamawiający zgodnie z obiektywnymi, słusznymi potrzebami (wszak jest podmiotem leczniczym) żądał szerszej ochrony ubezpieczeniowej OC (ponad deliktowej) i to nie tylko za taki produkt (usługę żywieniową), ale **dodatkowo rozszerzony o zatrucia pokarmowe wynikające z tego produktu, z tej usługi żywieniowej.**

Należy też wyraźnie zauważyć, iż OC deliktowe oparte jest, jak wszystkie reżimy *ex delicto*, na zaistnieniu winy jako elementu podstawy tej odpowiedzialności. Odpowiedzialność cywilna deliktowa jest bowiem uregulowana w kodeksie cywilnym w przepisach art. 415 i następne. Natomiast OC za produkt jest odpowiedzialnością opartą *ex kontraktu*, opartą na ryzyku samego nienależytego wykonania lub niewykonania umowy w zakresie produktu (posiłku) i wynika z art. 471 kc. Odpowiedzialność za produkt wynika z istniejącego między stronami stosunku prawnego, umowy o wykonanie usługi żywienia i oznaczonego tak produktu. Jeżeli zobowiązanie dostarczenia produktu nie zostanie wykonane lub będzie wykonane w sposób nienależyty (jakiegokolwiek zatrucie pokarmowe), zobowiązany do jego wykonania ponosi odpowiedzialność za sam fakt wady produktu rozumianej jako skutek zatrucia i to bez względu na jego źródło (choroba zakaźna, bakteria, wirus, niewłaściwa obróbka termiczna, niewłaściwe przechowywanie, niewłaściwe produkty itp.). Chronioną bowiem polisą wadą produktu miał być skutek zatrucia pokarmowego wynikający z produktu. Takiej ochrony ubezpieczeniowej Naprzód nie ma.

Wypada też zwrócić uwagę, iż treść polisy decyduje o warunkach zawartej umowy ubezpieczenia. W treści polisy zatem winna znajdować się odpowiednia klauzula rozszerzającą odpowiedzialność produktu o zatrucia pokarmowe. Wyraźne dookreślenie w polisie zakresu

OC produktu wraz z rozszerzeniem o zatrucia pokarmowe jest szczególnie istotne w przypadku, co w sprawie także występuje, niejednoznaczności lub wieloznaczności zapisów warunków ogólnych, w szczególności wyłączeń odpowiedzialności (np. za choroby zakaźne, za oddziaływania temperatury, pary, wilgoci, połączenia czy zmieszania półproduktów). Oczywistym jest, iż jakiegokolwiek niedookreślenia warunków ogólnych stanowi podstawę odmowy przez ubezpieczycieli przejęcia odpowiedzialności za zdarzenie wydawałoby się, że jasne i oczywiste. Sądy powszechne są pełne takich spraw a Zamawiający ten element rozważał i uznał za istotny, co także wydaje się być oczywiste, gdyż wymaga się od niego zawodowej staranności dbałości o pacjentów a także odrębnie w ramach przygotowania postępowania staranności w jego przygotowywaniu z uwzględnieniem słusznego interesu. Nie jest w interesie Zamawiającego, by ubezpieczyciel wykonawcy odmawiał przejęcia odpowiedzialności za zdarzenie zatrudnia pokarmowego, gdyż wtedy Zamawiający będzie musiał ponosić odpowiedzialność za skutki takiego zdarzenia z własnych środków.

Dowód: - opinia NCEŻ

<https://ncez.pzh.gov.pl/informacje-dla-producentow/zywienie-zbiorowe-zagrozenia-mikrobiologiczne-w-produkcji-i-obrocie-zywnoscia/>

- polisa ubezpieczeniowa nr 998B124654 z 21.07.2023 wraz z ogólnymi warunkami (w aktach postępowania).

Mimo kolejnego wezwania, czyli tego z dnia 10 czerwca 2024 roku, w trybie art. 128 ust. 1 Wykonawca Naprzód **nie złożył dokumentu Aktualnego Zezwolenia Państwowej Inspekcji Sanitarnej na prowadzenie działalności w zakresie produkcji posiłków w celu świadczenia usług żywieniowych.**

W wykonaniu wezwania Naprzód złożył decyzję z dnia 23 grudnia 2022 roku DE HŻN/03358/2022 . Dokument ten jest wadliwy.

Przede wszystkim adresatem tej decyzji jest jej wnioskodawca Catermed sp.o.o. Catermed sp z o.o. to zupełnie inny podmiot niż Naprzód Catering sp. z o.o., co wprost wynika z dokumentu złożonej w postępowaniu polisy ubezpieczeniowej w pkt. 2 jest Catermed sp. z o.o. REGON:357938830, NIP: 6772164383 w a pkt.12 Naprzód Catering sp. z o. o., REGON:363712430, NIP: 67723985889.

Decyzja ta nie jest wydana zatem na Naprzód. Decyzja jest z 2022 roku i dotyczy zupełnie innego niż Naprzód podmiotu prawnego, co wobec bezskuteczności upływu wyznaczonego wezwaniem terminu winno samodzielnie skutkować odrzuceniem oferty Naprzód.

„Jednokrotność wezwania. Z art. 128 ust. 1 PrZamPubl wynika obligatoryjność wezwania do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie. Jednak określone w nim wezwanie jest kierowane do wykonawcy tylko raz. Wykonawca, który zauważy

konieczność złożenia, poprawienie lub uzupełnienia nie może dokonać tego samodzielnie. Niezbędne bowiem jest wezwanie zamawiającego, w przeciwnym razie mielibyśmy do czynienia z naruszeniem zasady równego traktowania.” (por. art. 128 PZP red. Sieradzka 2022/Sieradzka oraz tożsamo art. 128 PZP red. Jaworska 2023, wyd. 5)

Dodatkowo i wyłącznie z ostrożności wypada jeszcze wskazać, iż złożone na wezwanie dokumenty nie mają żadnej urzędowej adnotacji o aktualności. Czym innym jest dokument zezwolenia **i to aktualnego** na prowadzenie działalności w zakresie produkcji posiłków w celu świadczenia usług żywieniowych, które to zezwolenie następuje w formie zatwierdzenie spełnienia warunków sanitarno-epidemiologicznych konkretnego zakładu w określonym czasie (stąd wymóg aktualizacji, tj. spełniania warunków dziś a nie w niedookreślonym czasie). Jest to dokument stwierdzający spełnienie materialnych przesłanek poprawności sanitarnej konkretnego miejsca. Dokument ten wymaga także aktualizacji, co wymagała zamawiający. Zupełnie czym innym jest potwierdzenie wpisu do rejestru zakładów podlegających kontroli sanepidu, gdyż to jest dokument formalnie potwierdzający możliwość dokonywania kontroli warunków sanitarnych i wpis danego zakładu do rejestru. Pierwszy z dokumentów jest wynikiem kontroli spełniania warunków (rzeczywiste potwierdzenie warunków sanitarnych w danym czasie), drugi jedynie podstawą do takich kontroli (formalnego podlegania kontroli z urzędu). W obrocie prawnym funkcjonują oba takie dokumenty, przy czym jednego z nich wymaganego treścią SWZ w formule aktualnej Naprzód nie złożył.

Odwołujący dodatkowo podnosi, iż zgodnie z art. 128 ust. 2 wykonawca składa podmiotowe środki dowodowe na wezwanie, o którym mowa w ust. 1, aktualne na dzień ich złożenia. „*Pojęcie aktualności odnosi się do środka dowodowego, a nie do okoliczności spełniania warunku*” (Por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2022 r. KIO 3753/21).

Dowód: – pismo Zamawiającego do Naprzód z 10.06.2024 roku – wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 (w aktach sprawy)

- decyzja z dnia 23 grudnia 2022 roku DE HŻN/03358/2022 (w aktach sprawy)
- polisa nr 998B124654 z 21.07.2023 (w aktach sprawy)

Oferta Naprzód nie spełnia określonych przez Zamawiającego a opisywanych w odwołaniu warunków zamówienia, co w całości uzasadnia zarzut nr 2. „*1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. 2. Na treść oferty składa się świadczenie wykonawcy. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z tymi warunkami.*” (por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 kwietnia 2022 r. KIO 926/22).

Podstawowym uprawnieniem, ale i obowiązkiem Zamawiającego jest określenie oczekiwanej usługi, w postaci warunków zamówienia. *„Nie tylko wykonawca, lecz również zamawiający jest związany postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zatem nie może ich dowolnie zmieniać na etapie po złożeniu ofert, ani od nich odstępować, bowiem stanowiłoby to naruszenie art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych - zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania zgodnie z regulami ww. ustawy, przy poszanowaniu zasad uczciwej konkurencji.”* (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2019-04-19, KIO 621/19).

Desygnat pojęcia warunków zamówienia jest zdefiniowany wprost w ustawie a jego zakres jest bardzo szeroki. *„Ilekcioć w niniejszej ustawie jest mowa o: ... warunkach zamówienia - należy przez to rozumieć **warunki, które dotyczą zamówienia** lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego”* (art. 7 pkt 29 pzp).

Proces zatem tworzenia warunków zamówienia nie jest bagatelny a każdy sprecyzowany warunek zamówienia musi być zastosowany. Taki jest cel stawiania warunków. Każde odstępstwo Zamawiającego od stworzonych przez niego warunków zamówienia jest nieprawidłowością, dającą podstawy skutecznego skorzystania ze środków ochrony prawnej. *„Punktem wyjścia dla stwierdzenia wady oferty jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie dokumentacji sporządzonej w danym postępowaniu, która powinna być rozumiana w sposób ścisły, aby ograniczyć pole dla ewentualnych niejasności i nieporozumień, skutkujących niedozwoloną uznaniowością przy ocenie ofert.”* (Por Wyrok KIO z 29 listopada 2021 r. KIO 3274/21).

Zgodnie z art. 128 ust. 1, jeżeli wykonawca **nie złożył** oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub **są one niekompletne lub zawierają błędy**, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie...

Zgodnie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, **lub podmiotowego środka dowodowego**, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

„W konsekwencji Izba uznała, że przystępujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu określonego w, co powinno skutkować unieważnieniem czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz powtórzeniem czynności badania i oceny ofert. Przy czym Izba nie miała na tym etapie podstaw do nakazania odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b)” (Por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 lipca 2023 r. KIO 1817/23).

„Niewykluczenie wykonawcy, który nie spełnił warunku udziału w postępowaniu, a następnie udzielenie mu zamówienia publicznego stanowiło naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, mające wpływ na wynik postępowania, wypełniając tym samym znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o którym mowa w art. 17 ust. 1c ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.” (Por. Orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej z dnia 31 lipca 2014 r. BDF1/4900/28/33/14).

Reasumując, Zamawiający dokonał wyboru oferty Naprzód, mimo, iż oferta ta nie spełnia określonych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, co wprost wynika z dotychczas złożonych podmiotowych środków dowodowych, co uzasadnia odwołanie w całości.

Załączniki:

1. pełnomocnictwo,
2. dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa,
3. dowód uiszczenia opłaty od odwołania,
4. dowód przekazania odpowiednio odwołania albo jego kopii zamawiającemu,
5. polisa nr 998B124654 z 21.07.2023
6. pismo Zamawiającego do Naprzód z 10.06.2024 roku
7. decyzja z dnia 23.12.2022 roku DE HŻN/03358/2022