

WYROK

z dnia 2 września 2014 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 sierpnia 2014 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 sierpnia 2014 roku przez Odwołującego: **Vendi Servis Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi, ul. Traktorowa 126, 91-204 Łódź**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Centrum Rehabilitacyjno-Opiekuńcze Dom Pomocy Społecznej, ul. Przybyszewskiego 255/267, 92-338 Łódź**,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego: **Vendi Servis Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi**, i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego **kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez Odwołującego: **Vendi Servis Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od Odwołującego: **Vendi Servis Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi**, na rzecz Zamawiającego: **Centrum Rehabilitacyjno-Opiekuńcze Dom**

Pomocy Społecznej, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Centrum Rehabilitacyjno-Opiekuńcze Dom Pomocy Społecznej w Łodzi [zwane dalej: „Zamawiającym”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: *Żywnienie mieszkańców – zapewnienie codziennej obsługi w zakresie żywienia mieszkańców Centrum Rehabilitacyjno-Opiekuńczego*, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [j.t. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.], zwanej dalej „ustawą P.z.p.”, w tym z uwzględnieniem przepisu art. 5 ust. 1 ustawy P.z.p.

Wartość szacunkowa zamówienia jest większa od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy P.z.p.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 sierpnia 2014 roku pod numerem 2014/S 151-271783. W dniu 11 sierpnia 2014 roku Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia [dalej zwana: „SIWZ”]. Także w dniu 11 sierpnia 2014 roku Zamawiający zamieścił dodatkowo ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 18 sierpnia 2014 roku.

W dniu 14 sierpnia 2014 roku Vendi Servis Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi [zwana dalej: „Odwołującym”] wniosła odwołanie wobec następujących czynności lub zaniechań Zamawiającego: zaniechania udostępnienia SIWZ na stronie internetowej od dnia publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, ustalenia kryteriów oceny ofert w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, zaniechania zamieszczenia w ogłoszeniu o zamówieniu warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, zażądania złożenia wraz z ofertą dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania, opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niedostatecznie wyczerpujący, ustalenia warunków udziału w postępowaniu w sposób, który narusza zasady uczciwej konkurencji.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: 1. art. 42 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie udostępnienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia na stronie internetowej od dnia publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej; 2. art. 41 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie zamieszczenia w ogłoszeniu o zamówieniu warunków udziału

w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków oraz poprzez zamieszczenie w treści ogłoszenia o zamówieniu warunków udziału innych niż w treści SIWZ; 3. art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez ustalenie kryteriów oceny ofert w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców; 4. art. 29 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niedostatecznie wyczerpujący; 5. art. 25 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zażądanie złożenia dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania; 6. art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez zaniechania zamieszczenia w SIWZ warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Zamieszczenia w ogłoszeniu o zamówieniu warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków;
2. Modyfikacji „Kryteriów oceny ofert” poprzez nadanie im brzmienia: Przy wyborze oferty komisja będzie się kierowała następującymi kryteriami: Cena -70%, Doświadczenie w żywieniu mieszkańców DPS lub pacjentów szpitali o liczbie min. 500 osób w okresie ostatnich 3 lat - 30%;
3. Modyfikacji sposobu oceny ofert w kryterium „doświadczenie” w następujący sposób: Punkty za Doświadczenie w żywieniu mieszkańców DPS lub pacjentów szpitala o liczbie min. 500 osób w okresie ostatnich 3 lat przyznawane wg następującej zasady: Za udokumentowanie (referencje lub inne dokumenty) należycie wykonanych lub wykonywanych usług żywienia mieszkańców DPS lub pacjentów szpitali o liczbie min. 500 osób w okresie ostatnich 3 lat u jednego Zamawiającego, Wykonawcy zostaną przyznane punkty wg skali: 1 usługa żywienia mieszkańców DPS lub pacjentów szpitali o liczbie min. 500 osób w okresie ostatnich 3 lat - 5 punktów, za każdą następną usługę spełniającą powyższe warunki Wykonawca otrzyma 5 punktów przy czym Wykonawca może w tym kryterium zdobyć maksymalnie 30 punktów;
4. Opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i dostateczny;
5. Modyfikacji § 1 pkt 12 i pkt 3 Załącznika nr 4 poprzez usunięcie zapisu: W tym przypadku Zamawiający (dyrektor C.R.O.) może zaakceptować i wyrazić zgodę na taką działalność na podstawie pisemnego zgłoszenia przez Wykonawcę takiego zamiaru lub określenia w jednoznaczny sposób czy wykonawca będzie mógł świadczyć w oparciu o kuchnię Zamawiającego usługi dla odbiorców zewnętrznych;

6. Modyfikacji rozdziału X pkt C SIWZ poprzez usunięcie wymogu złożenia:
a) zaakceptowanego opisu przedmiotu zamówienia - załącznik nr 1, b) zaakceptowanych norm żywieniowych - załącznik nr 1a, c) zaakceptowanego projektu umowy żywienia - załącznik nr 4, d) zaakceptowanego projektu umowy dzierżawy - załącznik nr 5;

7. Zamieszczenia w treści SIWZ i w ogłoszeniu o zamówieniu warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym o treści: Wykonawca wykaże, że dysponuje pomieszczeniami kuchni rezerwowej oddalonej maksymalnie o 40km od miejsca realizacji usługi, w której przygotowywane będą posiłki dla mieszkańców DPS, na wypadek awarii kuchni głównej, celem zapewnienia ciągłości realizacji usług. Kuchni rezerwowa musi być w dyspozycji Wykonawcy przez cały okres realizacji zamówienia tj. min. 48 miesięcy od dnia otwarcia ofert, oraz zamieszczenia w treści SIWZ i w ogłoszeniu o zamówieniu żądania złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym: wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami;

8. Modyfikacji warunku udziału w postępowaniu i publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w zakresie wiedzy i doświadczenia poprzez nadanie mu brzmienia: Wykonał/wykonywał usługi w zakresie przygotowania i dystrybucji posiłków, a w przypadku świadczeń w tym samym czasie usług okresowych lub ciągłych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, minimum dwie usługi obejmujące swym zakresem przygotowywanie i dostarczanie posiłku w DPS lub szpitalach o ilości pacjentów żywionych dziennie minimum 500 osób, o wartości brutto co najmniej 5 000 000,00 zł każda, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu zamówienia, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały/są wykonane. W przypadku usług, których wykonywanie nie zostało zakończone wartość wykonanej usługi na dzień składania ofert nie może być niższa niż 5 000 000,00 zł. Wykonawca ma wykazać spełnienie powyższego warunku poprzez przedstawienie dokumentów potwierdzających należyte wykonanie/wykonywanie tych usług, poprzez załączenie do, swojej oferty dowodów, czy zostały one wykonane lub są wykonywane należycie;

9. Przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach tj. co najmniej o 7 dni.

Ponadto, Odwołujący sformułował wniosek alternatywny wnosząc o: Nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania, jeżeli odwołanie rozpatrzone będzie po upływie terminu składania ofert.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że w dniu 8 sierpnia 2014 roku ukazało się ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym UE i w tym samym dniu, Zamawiający winien był zamieścić SIWZ na stronie internetowej. Tymczasem treść SIWZ została zamieszczona dopiero w dniu 11 sierpnia 2014 r. co, w ocenie Odwołującego, z uwagi też termin składania ofert ustalony na dzień 18 sierpnia 2014 r., uczyniło nierealnym przygotowanie i złożenie oferty. Zaniechanie przez Zamawiającego zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej w dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu stanowiło naruszenie art. 42 ust. 1 ustawy P.z.p. Odwołujący wskazał ponadto, iż w treści ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający zaniechał wskazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz zaniechał dokonania opisu sposobu oceniania spełniania tego warunku, co spowodowało naruszenie przepisu art. 41 ustawy P.z.p., a także to, że Odwołujący nie wie czy ten warunek został postawiony czy też nie, bowiem treść SIWZ i treść ogłoszenia o zamówieniu są w tym zakresie ze sobą sprzeczne.

Następnie Odwołujący podnosił, że jednym z kryteriów oceny ofert jest doświadczenie w żywieniu mieszkańców DPS o liczbie min. 500 osób przez okres min. 3 lat waga 30%, przy czym warunki udziału w postępowaniu dotyczące posiadanej wiedzy i doświadczenia, zostały opisane w sposób bardziej wygórowany niż to kryterium, co w ocenie Odwołującego prowadzi do wniosku, że nie jest ono dla Zamawiającego istotne. Odwołujący wskazał, że wystarczy wykazać się świadczeniem jednej usługi, aby uzyskać maksymalną ilość punktów w ramach kryterium oceny ofert – „doświadczenie”, która i tak jest niezbędna do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący stwierdził też, że możliwa jest taka sytuacja, gdy wykonawca, który nie spełni warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia ze względu na wykonanie tylko jednej usługi otrzymałby maksymalną ilość punktów w kryterium „doświadczenie”. Odwołujący podniósł, iż Zamawiający z jednej strony uznałby danego wykonawcę za całkowicie niezdolnego do wykonania zamówienia z powodu braku doświadczenia, a z drugiej strony gotów byłby przyznać mu maksymalną ilość punktów w kryterium „doświadczenie”, a w konsekwencji zapłacić za taką ofertę cenę nawet o 2 min wyższą niż zaoferowana przez wykonawcę, który otrzyma „0” punktów w kryterium „doświadczenie”. W ocenie Odwołującego sytuacja taka jest całkowicie kuriozalna i narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący wskazał ponadto, iż wprowadzenie każdego kryterium innego niż cena powoduje, że Zamawiający gotów jest zapłacić wyższą cenę, w tym przypadku nawet o 30%, w zamian za dodatkowe korzyści

oceniane w ramach innych kryteriów oceny ofert. Gotowość do zapłaty dużo wyższego wynagrodzenia wykonawcy, który według Zamawiającego nie jest zdolny do wykonania zamówienia, zdaniem Odwołującego, narusza interesy Zamawiającego.

Odwołujący podkreślił, że nie kwestionuje uprawnień Zamawiającego do określania innych niż cena kryteriów oceny ofert ani do stawiania kryteriów oceny ofert odnoszących się do właściwości wykonawcy, jednocześnie stwierdzając, że nie można przy tym dodatkowo premiować jako wybitnie doświadczonych wykonawców, którzy dotychczas wykonali tylko jedną usługę o określonych parametrach. Odwołujący wskazał, że skoro ważne jest dla Zamawiającego doświadczenie potencjalnego wykonawcy, to winien on określić: gradację wskazanych w swojej ofercie wykonywanych bądź wykonanych usług, w sposób gwarantujący przyznanie maksymalnej ilości punktów, w ramach tego kryterium, wykonawcy, który rzeczywiście wykazuje się posiadaniem największego doświadczenia. Podniósł ponadto, że nie można przy tym również ograniczać wykazywanego w ramach kryteriów oceny ofert tylko do doświadczenia nabytego u zamawiających prowadzących specyficzną działalność - tj. Domów Pomocy Społecznej. Doświadczenie nabyte w innych zamawiających w świadczeniu tego samego rodzaju usług, np. w szpitalach, jest, w ocenie Odwołującego tak samo wartościowe i w takim samym stopniu potwierdza zdolność do wykonania zamówienia u Zamawiającego.

Następnie Odwołujący odniósł się do kwestii przewidzianej we wzorze umowy (stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ) możliwości prowadzenia działalności gospodarczej wykraczającej poza zapotrzebowanie Zamawiającego, za uprzednią zgodą Zamawiającego. Odwołujący podniósł, że tak skonstruowane postanowienie umowne, uniemożliwia wykonawcom dokonanie prawidłowej kalkulacji ceny oferty, gdyż wykonawca nie ma jednoznacznej informacji na temat możliwości świadczenia usług cateringowych dla odbiorców zewnętrznych w oparciu o kuchnię, którą dzierżawić będzie od Zamawiającego. Wykonawca zaś, który ma możliwość produkcji posiłków dla odbiorców zewnętrznych może założyć osiągnięcie dodatkowych, znacznych korzyści z tytułu dysponowania kuchnią Zamawiającego, co też może mieć wpływ na obniżenie ceny oferty. Odwołujący podkreślił, że warunki zaakceptowania i wyrażenia zgody na taką działalność nie zostały sformułowane w żaden sposób, a zatem dopiero po podpisaniu umowy i zgłoszeniu zamiaru prowadzenia takiej działalności wykonawca uzyskałby jednoznaczny i wyczerpujący opis przedmiotu zamówienia. W dalszej kolejności Odwołujący wskazał, że także w załączniku nr 4 do SIWZ (wzór umowy) znalazły się postanowienia dotyczące warunku dysponowania potencjałem technicznym, tj. kuchnią zapasową przez okres maksymalnie 45 dni, czyli przez okres w którym wykonawca winien uzyskać decyzję PPIS na świadczenie usług w kuchni przekazanej przez Zamawiającego, który to warunek nie został wskazany ani w treści

ogłoszenia o zamówieniu, ani rozdziale V SIWZ, określającym warunki udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazał, że istotnie jest konieczność zapewnienia kuchni zapasowej posiadającej odpowiednie decyzje i moce produkcyjne, jednak ten wymóg powinien znaleźć się wśród warunków udziału w postępowaniu. Natomiast w obecnym stanie faktycznym, zdaniem Odwołującego, możliwe jest udzielenie zamówienia wykonawcy, który nie będzie dysponował taką kuchnią i w związku z tym nie będzie w stanie wykonać przedmiotowego zamówienia. Wskazał, że istnieje duże ryzyko sporów w tym zakresie na etapie oceny ofert.

Ponadto, Odwołujący podniósł, że Zamawiający żąda złożenia razem z ofertą dokumentów: zaakceptowanego opisu przedmiotu zamówienia - załącznik nr 1, zaakceptowanych norm żywieniowych - załącznik nr 1a, zaakceptowanego projektu umowy żywienia - załącznik nr 4, zaakceptowanego projektu umowy dzierżawy - załącznik nr 5, które są fragmentami SIWZ. Skoro wykonawcy składając ofertę w całości akceptują SIWZ, to złożenie tych dokumentów jest zbędne dla przeprowadzenia postępowania, a zatem wymóg ich złożenia powinien być wykreślony.

Odwołujący wskazał również, że Zamawiający określając warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odniósł się do obowiązujących przepisów prawa, stanowiących, iż wykonawcy mogą na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia wykazywać się usługami wykonanymi/wykonywanymi w okresie ostatnich 3 lat. Zdaniem Odwołującego, postawienie przez Zamawiającego wymogu aby w tym okresie wykonawcy nabyli doświadczenie w realizacji minimum 2 usług trwających przez 3 lata jest naruszeniem zasad uczciwej konkurencji. Podniósł, że usługa żywienia jest usługą o charakterze powtarzalnym w cyklach dziennych, a zatem wykonawca świadczący na rzecz jednego zamawiającego usługę, której wartość zrealizowana opiewa na kwotę min. 5 000 000,00 zł nabywa wystarczające doświadczenie, które zapewni Zamawiającemu prawidłowe wykonanie usługi. W ocenie Odwołującego, zawężenie usług, którymi może się wykazać wykonawca wyłącznie do takich, które trwały co najmniej 3 lata jest zbędne i nie służy ochronie interesów Zamawiającego, a jedynie ograniczeniu uczciwej konkurencji. Ponadto wskazał, że wielu zamawiających udziela zamówień na usługi żywienia na okres 12 bądź 24 miesięcy, co jeszcze bardziej utrudnia możliwość nabycia doświadczenia wymaganego w niniejszym postępowaniu. Stwierdził również, że brak jest możliwości wykazania w wykazie usług, które nie zostały jeszcze zakończone, tj. „wykonywanych”, co jest niezgodne z Rozporządzeniem z dnia 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może od wykonawców oraz form, w jakich te dokumenty mogą być

składane. Dodał ponadto, że warunek udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia nie został wskazany w treści ogłoszenia o zamówieniu.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniona została materialnoprawna przesłanka interesu w uzyskaniu zamówienia, określona w art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p., kwalifikowana możliwością poniesienia przez niego szkody.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o przepis art. 189 ust. 2 ustawy P.z.p.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów znajdujących się w dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienie publicznego, a przedłożonej Izbie przez Zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w szczególności z: ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także z zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 27 sierpnia 2014 roku, które zostało złożone przez Zamawiającego w toku rozprawy.

Izba postanowiła oddalić wniosek Odwołującego, zgłoszony w toku rozprawy, o przeprowadzenie dowodu z kopii Wojewódzkich Dzienników Urzędowych załączonych do odwołania przez odwołującego Serenissima Polska Sp. z o. o. w sprawie 1702/14 na okoliczność liczby domów pomocy społecznej spełniających postawione przez zamawiającego wymagania, a w konsekwencji na okoliczność takiego ukształtowania kryteriów oceny ofert, które premiuje dotychczasowego dostawcę żywności na rzecz zamawiającego, z uwagi na to, że został powołany w celu wykazania okoliczności nie mających istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Odwołujący bowiem w treści odwołania nie podnosił okoliczności związanych z liczbą domów pomocy społecznej, które spełniałyby postawione przez zamawiającego wymagania. Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy P.z.p. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. O treści zarzutu stanowią zarówno okoliczności faktyczne, jak i prawne. Skoro w odwołaniu Odwołujący nie podniósł zarzutu w powyższym zakresie, to na etapie rozprawy już nie może się powoływać na te okoliczności.

Nadto, Izba rozważyła stanowiska stron przedstawione do protokołu rozprawy.

Rozpatrując odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów podtrzymanych na rozprawie – stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp - Izba ustaliła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W dniu 27 sierpnia 2014 roku Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. oferty złożonej przez Gastro Serwis Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi. Oferta Odwołującego się została sklasyfikowana na drugiej pozycji.

Uwzględnienie odwołania skutkowałoby nakazaniem Zamawiającemu unieważnienia postępowania, co w konsekwencji oznacza, że skład orzekający Izby, rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu, powinien nie tylko rozważyć czy zarzuty są zasadne, ale również to czy zachodzą przesłanki do nakazania unieważnienia postępowania, określone w art. 93 ust. 1 ustawy P.z.p. W okolicznościach przedmiotowej sprawy mogła być wzięta pod uwagę jedynie przesłanka określona w art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy P.z.p., stanowiącym, iż zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z powyższego wynika, że wada zaistniała w postępowaniu musi być na tyle istotna, że niemożliwe jest zawarcie ważnej umowy. Ponadto, wada ta musi być nieusuwalna. Z kolei w art. 146 ustawy P.z.p., wymienione są przypadki naruszenia ustawy powodujące konieczność unieważnienia umowy. Zgodnie z art. 146 ust. 6 powodem unieważnienia umowy jest dokonanie przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania

W ocenie składu orzekającego Izby, nie ziszcila się przesłanka zobowiązująca Zamawiającego do unieważnienia postępowania, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p.

Zamawiający prowadził postępowanie z uwzględnieniem przepisu art. 5 ust. 1 ustawy P.z.p., stanowiącego, iż do postępowań o udzielenie zamówień, których przedmiotem są usługi o charakterze niepriorytetowym określone w przepisach wydanych na podstawie art. 2a i 2b, nie stosuje się przepisów ustawy dotyczących terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminów składania ofert, obowiązku żądania wadium, obowiązku żądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zakazu ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy oraz przesłanek wyboru trybu negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego oraz licytacji elektronicznej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż ten zaniechał udostępnienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia [zwanej dalej: „SIWZ”] na stronie internetowej od dnia publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Zgodnie z art. 42 ust. 1 ustawy P.z.p. specyfikację istotnych warunków zamówienia udostępnia się na stronie internetowej od dnia

zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej do upływu terminu składania ofert. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 sierpnia 2014 roku (tj. w piątek). Dopiero w dniu 11 sierpnia 2014 roku (tj. w poniedziałek) Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej SIWZ. Biorąc pod uwagę powyższe stwierdzić należy, że Zamawiający naruszył przepis art. 42 ust. 1 ustawy P.z.p. jednak nie stanowi, to naruszenia uniemożliwiającego zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, biorąc pod uwagę to, że pomiędzy ogłoszeniem o zamówieniu a zamieszczeniem na stronie SIWZ jest różnica 3 dni (w tym weekend).

Skład orzekający Izby, przyznał ponadto rację Odwołującemu, co do tego, że Zamawiający żądał dokumentów zbędnych w przedmiotowym postępowaniu, tj.: zaakceptowanego opisu przedmiotu zamówienia, zaakceptowanych norm żywieniowych, zaakceptowanego projektu umowy żywienia, zaakceptowanego projektu umowy dzierżawy, naruszając przez to przepis art. 25 ustawy P.z.p. Zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy P.z.p. W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie: 1) warunków udziału w postępowaniu, 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego - zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Jak słusznie wskazał Odwołujący dokumenty te nie stanowią treści oferty, nie potwierdzają też spełniania jakichkolwiek warunków udziału w postępowaniu czy wymagań określonych przez Zamawiającego w stosunku do oferowanych usług. Stanowią one jedynie powielenie treści SIWZ. Nie stanowi to jednak przesłanki do unieważnienia postępowania.

Odwołujący zarzucał także naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez ustalenie kryteriów oceny ofert w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zamawiający w Rozdziale XIII SIWZ wskazał, że przy wyborze oferty komisja będzie się kierowała następującymi kryteriami: cena – 70%, doświadczenie w żywieniu mieszkańców DPS o liczbie min. 500 osób przez okres 3 lat – 30%. Odwołujący podnosił, że wystarczy wykazać się świadczeniem jednej usługi, aby uzyskać maksymalną ilość punktów w ramach kryterium oceny ofert – „doświadczenie”, która i tak jest niezbędna do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i wnosił o modyfikację sposobu oceny ofert w ramach kryterium – „doświadczenia” poprzez przyznanie punktów w skali od 5 do 30 punktów w zależności od liczby świadczonych usług. Odnosząc się do tak postawionego żądania należy stwierdzić, że jest ono niezasadne z tego względu, że to Zamawiający jest gospodarzem postępowania i to on określa sposób oceny

ofert. To Zamawiający decyduje jaką ilość punktów będzie przyznawać w ramach kryterium pozacenowego i w jaki sposób określi ich gradację. Nieuzasadnione byłoby narzucać Zamawiającemu sposobu dokonywania oceny ofert i sposobu kształtowania punktacji za poszczególne elementy oferty. Odwołujący podnosił, iż w ramach kryterium oceny ofert – „doświadczenia” Zamawiający winien był uwzględnić także usługi wykonywane na rzecz szpitali. Jednak w ocenie składu orzekającego Izby, Zamawiający miał prawo do ustalenia, iż dodatkową punktację przyzna podmiotom, które nabyły doświadczenie w realizacji usług tego samego rodzaju na rzecz takich szczególnych podmiotów jakimi są domy pomocy społecznej. Należy rozróżnić tą kwestię od warunku udziału w postępowaniu, gdzie w istocie doświadczenie w zakresie realizacji usług żywienia pacjentów szpitali potwierdza zdolność do wykonywania zamówienia w tym zakresie także u Zamawiającego, od dodatkowego kryterium oceny ofert, gdzie, w ocenie składu orzekającego Izby, mogą być dodatkowo punktowane usługi świadczone na rzecz podmiotów wykonujących taką samą działalność jak Zamawiający, tj. domów pomocy społecznej. Zamawiający wykazał, że charakter żywienia pacjentów szpitali i mieszkańców domów pomocy społecznej, jest jednak nieco odmienny, choćby z uwagi na to, że mieszkańcom domów opieki społecznej należy zapewnić warunki bardziej domowe, uwzględnić okresy świąteczne, jak i szczególne upodobania i przyzwyczajenia mieszkańców. W takiej sytuacji nie można uznać, że ustalenie kryteriów oceny ofert przez Zamawiającego narusza art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. W toku rozprawy Odwołujący podnosił także, że w Polsce jest jedynie 3 domy pomocy społecznej, w tym Zamawiający, o liczbie mieszkańców min. 500 osób. Pozostałe 2 domy pomocy społecznej nawet nie organizowały postępowania na usługi żywieniowe, a zatem niemożliwe jest, żeby oprócz podmiotu, który dotychczas świadczył usługi żywieniowe na rzecz Zamawiającego, jakkolwiek inny podmiot mógł się wykazać stosownym doświadczeniem i uzyskać dodatkowe punkty z tytułu posiadanego doświadczenia. Izba stwierdziła, że w tym zakresie jest to zarzut spóźniony, gdyż Odwołujący w treści odwołania nie kwestionował tego kryterium z uwagi na konieczność wykazania się doświadczeniem w realizacji usług cateringowych na rzecz dużych podmiotów, tj. mających min. 500 mieszkańców, lecz kwestionował jedynie to, że w ramach oceny ofert nie będzie uwzględnione doświadczenie w zakresie realizacji usług na rzecz innych podmiotów, tj. na rzecz szpitali.

Określenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia poprzez sformułowanie (rozdział V pkt 1.2 SIWZ): *Wykonywał usługi w zakresie przygotowania i dystrybucji posiłków, a w przypadku świadczeń w tym samym czasie usług okresowych lub ciągłych, głównych usług, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, minimum dwie usługi obejmujące swym zakresem przygotowywanie i dostarczanie posiłku w DPS lub*

szpitalach o ilości pacjentów żywionych dziennie minimum 500 osób, o wartości brutto co najmniej 5 000 000,00 zł każda, przez okres min. 3 lata wraz z podaniem ich wartości przedmiotu zamówienia, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, w ocenie Odwołującego narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący wskazał, że obowiązujące przepisy określają, że wykonawcy na potwierdzenie spełnienia warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia mogą wykazywać się usługami wykonanymi/ wykonywanymi w okresie ostatnich 3 lat. Tymczasem Zamawiający wymagał, aby w tym okresie wykonawcy nabyli doświadczenie w realizacji min. 2 usług. Odwołujący argumentował, że wykonawca świadczący na rzecz jednego zamawiającego usługę o wartości 5 000 000 zł nabywa wystarczające doświadczenie, zapewniające, że prawidłowo wykona usługi, które są powtarzalne i w cyklach dziennych. Ponadto, Odwołujący wskazywał, że wielu Zamawiających udziela zamówień na usługi żywienia na okres 12-24 miesięcy. W ocenie składu orzekającego Izby, określenie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia w sposób opisany powyżej, było uzasadnione w kontekście tego, że przedmiotem zamówienia jest żywienie mieszkańców Centrum Rehabilitacyjno-Opiekuńczego Domu Pomocy Społecznej w okresie 48 miesięcy. Zatem, określenie warunku wykazania się usługami świadczonymi w okresie min. 3 lat jest proporcjonalne w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wskazać przy tym należy, że Odwołujący nie uprawdopodobnił nawet swoich twierdzeń, że wielu Zamawiających udziela zamówień na usługi żywienia w okresie 12-24 miesięcy. Ponadto, stwierdzić należy, że wbrew twierdzeniom Odwołującego Wykonawca mógł się wykazać wykonywaniem usług, które nie zostały jeszcze zakończone, co wynika ze sformułowania w treści SIWZ (rozdział V pkt 1.2.) : *Wykonawca ma wykazać spełnienie powyższego warunku poprzez przedstawienie dokumentów potwierdzających należyte wykonanie tych usług, poprzez załączenie do swojej oferty dowodów, czy zostały one wykonane lub są wykonywane należycie.*

W § 1 pkt 12 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ, Zamawiający wskazał, że: *Wykonawca może prowadzić działalność gospodarczą wykraczającą poza zapotrzebowanie zamawiającego. W tym przypadku Zamawiający (dyrektor C.R.O.) może zaakceptować i wyrazić zgodę na taką działalność na podstawie pisemnego zgłoszenia przez Wykonawcę takiego zamiaru.* Odwołujący kwestionował powyższe postanowienie umowne wskazując, że wykonawca składający ofertę, nie ma jednoznacznej informacji na temat możliwości świadczenia usług cateringowych dla odbiorców zewnętrznych w oparciu o kuchnię Zamawiającego, co uniemożliwia sporządzenie prawidłowej kalkulacji ceny oferty. W ocenie składu orzekającego Izby, uprawnienie Zamawiającego, jako dysponenta kuchni do wyrażenia zgody na prowadzenie dodatkowej działalności, jest oczywiste. Zamawiający może, lecz nie musi wyrażać takiej zgody. Prowadzenie dodatkowej działalności

gospodarczej nie odbywa się w ramach zamówienia. Stąd, nieuzasadnionym byłoby zobowiązanie Zamawiającego do ostatecznego określenia się na etapie przygotowania postępowania, czy w pomieszczeniach należących do niego, gdzie mają być świadczone usługi żywienia, będące przedmiotem zamówienia, wykonawcy realizujący zamówienie, będą mogli prowadzić dodatkową działalność, czy też nie.

W § 1 pkt 21 zd. 1 i 2 wzoru umowy, Zamawiający wskazał: *Wykonawca z którym zostanie zawarta umowa w okresie przekazania, dostosowania i wyposażenia kuchni będzie świadczył usługę w kuchni zapasowej dostarczając posiłki do zamawiającego maksymalnie do 45 dni (okres uzyskania wszelkich decyzji PPIS na świadczenie całodziennej produkcji posiłków dla mieszkańców GRO w dzierżawionej kuchni). Kuchnia powinna posiadać decyzję PPIS na produkcję posiłków od surowca do gotowej potrawy oraz wolne moce produkcyjne gwarantujące wykonanie min. 596 całodniowych posiłków.* Odwołujący wskazał, że zgadza się z koniecznością zapewnienia kuchni zapasowej posiadającej odpowiednie decyzje i moce produkcyjne, jednak w jego ocenie wymóg ten powinien znaleźć się wśród warunków udziału w postępowaniu, bowiem bez tego warunku możliwe jest udzielenie zamówienia wykonawcy, który nie będzie dysponował taką kuchnią i w związku z tym nie będzie mógł wykonać przedmiotowego zamówienia, a nadto na etapie oceny ofert istnieje ryzyko sporów dotyczących faktu dysponowania przez poszczególnych wykonawców kuchnią zapasową. W ocenie składu orzekającego Izby, to Zamawiający decyduje, czy postawi wykonawcom określony warunek udziału w postępowaniu czy też nie. Skoro Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie określił w ogóle warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym w postaci pomieszczeń kuchni rezerwowej oraz narzędzi, wyposażenia i urządzeń technicznych, to nie można go zobowiązać do postawienia takiego warunku. To Zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i on decyduje, czy będzie wymagał od wykonawców określonych warunków udziału w postępowaniu czy też nie.

W świetle powyższego, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, a także stosownie do postanowień zawartych w § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 pkt 1 lit. a, § 3 pkt 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

