

WYROK
z dnia 19 listopada 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 listopada 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 listopada 2013 r. przez Odwołującego – Impel Catering „Company” spółkę z o.o. spółkę komandytową we Wrocławiu, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Śląskie Centrum Rehabilitacyjno - Uzdrowiskowe im. dr. Adama Szebesty w Rabce - Zdroju spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Rabce – Zdroju przy udziale Vendi Service spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie postępowania, którego przedmiotem są „Usługi przygotowywania i podawania posiłków dla Śląskiego Centrum Rehabilitacyjno-Uzdrowiskowego im dr. Adama Szebesty w Rabce-Zdroju sp. z o.o.”, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych;**
- 2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Śląskie Centrum Rehabilitacyjno - Uzdrowiskowe im. dr. Adama Szebesty w Rabce - Zdroju spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Rabce - Zdroju, i:**
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr [piętnastu tysięcy złotych, zero groszy] uiszczoną przez Odwołującego – Impel Catering „Company” spółkę z o.o. spółkę komandytową we Wrocławiu, tytułem wpisu od odwołania;**

2.2 zasądza od Zamawiającego – Śląskiego Centrum Rehabilitacyjno -
Uzdrowiskowego im. dr. Adama Szebesty w Rabce - Zdroju spółki
z ograniczoną odpowiedzialnością w Rabce – Zdroju, na rzecz Odwołującego -
Impel Catering „Company” spółki z o.o. spółkę komandytową we Wrocławiu,
kwotę 18 600 gr [osiemnastu tysięcy sześciuset złotych, zero groszy],
stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od
odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień
publicznych [Dz. U. z 2013 r. poz. 907] na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego
doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do
Sądu Okręgowego w Nowym Sączu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „*Usługi przygotowywania i podawania posiłków dla Śląskiego Centrum Rehabilitacyjno-Uzdrowiskowego im dr. Adama Szebesty w Rabce-Zdroju sp. z o.o.*” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2013/S 212-368065 w dniu 31 października 2013 r.

II. Wobec brzmienia ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ], Odwołujący w dniu 8 listopada 2013 r. złożył odwołanie, w którym zarzucił naruszenie przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy formułowaniu w specyfikacji istotnych warunków zamówienia - warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu oraz opisie sposób oceniania ich spełnienia oraz przy żądaniu dokumentów na potwierdzenie ich spełnienia,
- 2) art. 22 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez wprowadzenie warunków udziału w postępowaniu oraz opisu ich spełniania na poziomie nieproporcjonalnym do opisu przedmiotu zamówienia,
- 3) art. 25 ust. 1 i 2 poprzez żądanie dokumentów, które nie zostały wymienione w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane [Dz. U. z dnia 19 lutego 2013 r. poz. 213],
- 4) art. 36 ust 1 pkt 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, poprzez wadliwe opisanie warunków udziału

w postępowaniu oraz dokumentów żądanych na potwierdzenie ich spełnienia oraz sposób ich oceny przez Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1) nakazanie Zamawiającemu modyfikacji kwestionowanych przez Odwołującego postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie i brzmieniu zaproponowanym przez Odwołującego w odwołaniu,

2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy prawo zamówień publicznych w razie zaniechania przez Zamawiającego przedłużenia terminu składania ofert do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia odwołania.

III. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania, wskazując na modyfikację niektórych kwestionowanych postanowień SIWZ, co dotyczy warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, wymagań co do kuchni podstawowej i zapasowej, a także zdolności ekonomicznej i finansowej.

IV. Do postępowania odwoławczego przystąpił wykonawca Vendi Service sp. z o.o. w Warszawie, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego.

Krajowa Izba odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I. PRZESŁANKI MATERIALNOPRAWNE, W ROZUMIENIU ART. 179 UST. 1 USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Ustalono, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W odniesieniu do odwołania dotyczącego postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia przyjąć należy, iż wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu jak również może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, jeśli nie zachodzi obiektywna niemożliwość uczestnictwa tego wykonawcy w postępowaniu.

II. ZAKRES ROZSTRZYGNIĘCIA W ZAKRESIE PODNIESIONYCH ZARZUTÓW

Na wstępie podkreślenia wymaga kilka uwag ogólnych, mających znaczenie dla wydanego rozstrzygnięcia.

Po pierwsze – Krajowa Izba Odwoławcza związana jest zarzutami podniesionymi w odwołaniu. Każdorazowo, zakres rozstrzygnięcia – po myśli art. 192 ust. 7 ustawy wyznacza treść odwołania – kwestionowana w nim czynność, oraz przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zatem, odwołanie może podlegać rozstrzygnięciu w zakresie, jaki wynika z podniesionych zarzutów. W ramach środków ochrony prawnej następuje - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania - kontrola poprawności działania zamawiającego [podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań], pod względem zgodności z przepisami ustawy. Powyższe oznacza, że odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń. Orzecznictwo wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. O treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, jak i przypisana im kwalifikacja prawna, szczególnie, że ta kwalifikacja prawna decyduje o uwzględnieniu żądania odwołania. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, *„O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.”* Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: *„W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi, że odwołanie które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie*

dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezwartych w odwołaniu. (...) Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.”. Reasumując, odwołanie nie może mieć charakteru kadłubowego; powinno konkretyzować zarzuty, nakierowane na uwzględnienie odpowiadających im żądań; wskazywać okoliczności faktyczne i prawne, które pozwalają na dokonanie oceny zasadności tych zarzutów.

Stąd ta argumentacja, która nie znalazła wyrazu w odwołaniu, nie mogła być brana pod uwagę. Dotyczy to w szczególności argumentacji podniesionej na rozprawie w odniesieniu do kuchni zapasowej, co do wymagania jej położenia w odległości nie większej niż 30 km od siedziby Zamawiającego. Podobnie, nie mogła być brana pod uwagę nie wyartykułowana w odwołaniu ta argumentacja dotycząca wymagania certyfikatów ISO 22000 w odniesieniu do kuchni zapasowej i podstawowej, która nawiązywała do niedopuszczonego przez *Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane [Dz. U. z 2013 r. poz. 231]*, zdaniem Odwołującego, postawienia wymagania, by certyfikaty były wystawione przez akredytowaną jednostkę.

Po drugie, gdy postawione zostały zarzuty dotyczące brzmienia SIWZ, które choć w części okażą się zasadne, a w międzyczasie nastąpił termin składania ofert i Zamawiający nie zdecydował się na jego przedłużenie z uwagi na wniesione odwołanie, w grę wchodzi jedynie unieważnienie postępowania.

Wobec faktycznej, wywołanej upływem terminu do składania ofert i ich otwarciem, niemożności dokonania poprawienia SIWZ, w zakresie wynikającym z uwzględnienia zasadności części podniesionych zarzutów, postępowanie powinno podlegać unieważnieniu – stosownie do wynikającego z sentencji nakazu unieważnienia postępowania, którego przedmiotem są „*Usługi przygotowywania i podawania posiłków dla Śląskiego Centrum Rehabilitacyjno-Uzdrowiskowego im dr. Adama Szebesty w Rabce-Zdroju sp. z o.o.*”, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jakiegokolwiek wytyczne co do ukształtowania postanowień SIWZ, biorąc pod uwagę, że wydane rozstrzygnięcie

dotyczy tego konkretnego postępowania, które w analizowanym przypadku ma być unieważnione, mogą mieć zatem charakter jedynie ogólnych, hipotetycznych spostrzeżeń i rozważań, nie odnoszących rzeczywistego i bezpośredniego skutku dla podlegającego unieważnieniu postępowania, jak i tym bardziej – innych postępowań.

III.ROZSTRZYGNIECIE O ZARZUTACH ODWOŁANIA

Analiza treści podniesionych zarzutów wskazuje, że część z nich okazała się być zasadna.

[1] w zakresie żądania posiadania przez wykonawcę kuchni zapasowej:

Zgodnie z SIWZ w pkt. 3 Opis przedmiotu zamówienia ppkt. 3.35 Zamawiający wymaga aby Wykonawca dysponował *zapasową kuchnią [w której wdrożony jest system ISO 22000], zlokalizowaną w odległości do 30 km od siedziby Zamawiającego, celem jej wykorzystania do sporządzania posiłków dla Zamawiającego, na wypadek zakłócenia lub przerwania procesu technologicznego produkcji posiłków [w czasie wykonywania prac remontowych wykazanych w załączniku Nr 12 do SIWZ] w kuchni zlokalizowanej w pomieszczeniach określonych w załączniku nr 8 do SIWZ [...].*

Według Odwołującego, taki opis warunku udziału w postępowaniu jest dyskryminujący i nadmierny w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia. W konsekwencji, w ocenie Odwołującego, wymóg Zamawiającego narusza zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę uczciwej konkurencji w postępowaniu. Wymóg Zamawiającego jako nadmierny narusza również przepis art. 22 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, według którego opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący postawił żądanie usunięcia wymogu od wykonawców, aby Wykonawca dysponował zapasową kuchnią.

Zamawiający, w odpowiedzi na odwołanie, podał, że dysponowanie kuchnią zapasową jest niezbędne dla zabezpieczenia ciągłości świadczenia usług żywienia pacjentów Zamawiającego na wypadek, gdy w wyniku rozstrzygnięcia postępowania dojdzie do zmiany wykonawcy; większość wyposażenia kuchni zlokalizowanej w pomieszczeniach Zamawiającego jest bowiem własnością aktualnego wykonawcy [co zostało wyraźnie

opisane w pkt 3.29 SIWZ], zatem bezpośrednio po zawarciu umowy nowy wykonawca nie może liczyć na dysponowanie niezbędną infrastrukturą techniczną [kompletnie wyposażoną kuchnią] zlokalizowaną przy Zamawiającym, niezbędną dla świadczenia usług, których rozpoczęcie jest wymagane od pierwszego dnia obowiązywania umowy. Zamawiający podał, że wymaga dysponowania kuchnią zastępczą również dlatego, iż dotychczasowy stan pomieszczeń wymaga pilnego przeprowadzenia modernizacji, gdyż obowiązek taki został nałożony na Zamawiającego decyzjami właściwego inspektora sanitarnego; należy zatem liczyć się z tym, iż w trakcie prowadzenia prac modernizacyjnych [przewidzianych do przeprowadzenia w okresie pierwszych 6 mies. obowiązywania umowy] może dojść do przerw lub znacznego zakłócenia w procesie technologicznym produkcji posiłków w kuchni zlokalizowanej przy Zamawiającym. Zamawiający podał, że nie można również zapominać o konieczności zabezpieczenia żywienia pacjentów w przypadku awarii niezależnych zarówno od wykonawcy, jak i Zamawiającego, które na przestrzeni bieżącego roku zdarzały się kilkakrotnie. Z punktu widzenia sposobu organizacji usług leczenia pacjentów obowiązującej u Zamawiającego niebagatelne znaczenie ma również odległość kuchni zastępczej, gdyż siedziba Zamawiającego znajduje się w rejonie górskim o znacznych utrudnieniach w ruchu drogowym istniejących przez cały rok [nie tylko w okresie zimowym ale również letnim]. Odpowiednia odległość kuchni zastępczej minimalizuje ryzyko opóźnień w harmonogramie podawania posiłków pacjentom leczonym przez Zamawiającego. Jakiegokolwiek opóźnienia w tym zakresie całkowicie dezorganizują dzienny plan zajęć leczniczych pacjentów, którego nie wykonanie zagrożone jest sankcjami ze strony Narodowego Funduszu Zdrowia. Na leczenie uzdrowiskowe i rehabilitacyjne u Zamawiającego kierowani są pacjenci dorośli i dzieci, którym zgodnie z umową zawartą z NFZ należy zapewnić od 3 do 5 zabiegów dziennie. Zajęcia rehabilitacyjne [zarówno grupowe jak i indywidualne] odbywają się przez 6 dni w tygodniu, w godzinach zarówno przedpołudniowych jak i popołudniowych. Dzieci przebywające na leczeniu u Zamawiającego realizują dodatkowo obowiązek szkolny; ponadto od ponad 2 lat Zamawiający realizuje program leczenia otyłości [od lipca 2013 r. zgodnie z operatem uzdrowiskowym Ministra Zdrowia jest podmiotem leczniczym wyłącznie do tego uprawnionym na terenie uzdrowiska Rabka-Zdrój]. Program leczenia otyłości zakłada podawanie 5 razy dziennie posiłków o określonej kaloryczności, odpowiedniej temperaturze i ściśle określonych godzinach. Dlatego również z tego względu Zamawiający musi zminimalizować ryzyko opóźnień w harmonogramie podawania posiłków. Zamawiający podkreślił, iż wymaga dysponowania kuchnią zastępczą jedynie przez okres planowanej modernizacji kuchni znajdującej się

w jego siedzibie [tj. do dnia 30.06.2014 r], co zostało wyraźnie zaakcentowane w treści pkt 3.35 i pkt 6.2. lp. 3 SIWZ zmodyfikowanej w dniu 13.11.2013 r., choć wynikało to również i z poprzedniego brzmienia SIWZ [§ 3 ust. 12 wzoru umowy - załącznik nr 4 do SIWZ].

Biorąc pod uwagę tak postawiony zarzut, a także stanowisko Zamawiającego, stwierdzenia wymaga, że zarzut nie znalazł potwierdzenia w ustalonym stanie faktycznym.

Po pierwsze: Zamawiający przekonująco wykazał, że posiadanie przez wykonawcę realizującego przedmiotowe zamówienie kuchni zapasowej jest konieczne i uzasadnione. Nie ulega wątpliwości, że przedmiot zamówienia obejmuje przygotowywanie posiłków na miejscu u Zamawiającego, nie zaś ich dostawę z innego miejsca. W tym celu Zamawiający udostępnia wykonawcy część własnych pomieszczeń, w tym kuchnię, wymagając zarazem przeprowadzenia do końca czerwca 2014 r. prac budowlanych [remontu] i uzyskania w odniesieniu do tak zmodernizowanej kuchni certyfikatu ISO 22000. Nie ulega przy tym wątpliwości, że przygotowywanie posiłków dla pacjentów Zamawiającego musi być niezakłócone, w związku z czym Zamawiający jest uprawniony do postawienia wymagań, które zapewnią realizację tak postawionego celu, w razie zakłóceń działania jego kuchni.

Po drugie: Zamawiający wykazał, że w ciągu minionego roku miały miejsce trzy sytuacje, kiedy jego własna kuchnia nie mogła być wykorzystywana do przygotowywania posiłków, co wynikało raz z zatrucia wody bakterią legionellą, drugi raz z zatrucia wody bakterią klebsiellą, a następnie spowodowane było awarią techniczną wody. Wyłączenia kuchni podstawowej z możliwości jej używania trwały zwykle kilka dni. Oczywistym jest zatem, że mogą wystąpić – i w przeszłości występowały – sytuacje, gdy kuchnia Zamawiającego nie będzie mogła służyć wykonawcy do przygotowywania posiłków. Konsekwencją tego jest konieczność zapewnienia przez wykonawcę w takich sytuacjach alternatywnego sposobu przygotowywania posiłków. Tym samym, także Zamawiający ma pełne prawo wymagać, by wykonawca był przygotowany do takich sytuacji – by dysponował kuchnią zapasową.

Po trzecie: w warunkach prowadzonego postępowania, Zamawiający w zakresie przedmiotu zamówienia przewidział, że jest nim objęte nie tylko przygotowywanie posiłków, ale także, że na samym początku świadczenia tej usługi wykonawca obowiązany jest wykonać prace budowlane w kuchni, zgodnie z załącznikiem nr 12 do SIWZ, zawierającym

przedmiar robót. Ze zmodyfikowanego postanowienia pkt 6.2 SIWZ ppkt 3 „Potencjał techniczny” tabeli wynika, że wykonawca ma dysponować kuchnią zapasową zlokalizowaną w odległości do 30 km od siedziby Zamawiającego, w której wdrożony jest system ISO 22000 – „przynajmniej na czas trwania modernizacji pomieszczeń Zamawiającego określonych w załączniku nr 8 do SIWZ w zakresie ujętym w załączniku Nr 12 do SIWZ, czyli do dnia 30.06.2014 r.”. W pkt 3.34 SIWZ Zamawiający podał, że wymaga, aby wykonawca przeprowadził modernizację pomieszczeń określonych w załączniku nr 8 do SIWZ, w zakresie ujętym w załączniku nr 12 – Przedmiarze, przy czym modernizacja musi zostać zrealizowana w terminie: data rozpoczęcia: 1 styczeń 2014 r., data zakończenia: 30.06.2014 r.; roboty związane z modernizacją będą wykonywane w czynnym obiekcie sanatoryjnym. Oznacza to zatem, że w okresie od dnia 1 stycznia 2014 r. do dnia 30 czerwca 2014 r. wykonawca ma wykonać prace remontowe/modernizacyjne, które mogą spowodować wyłączenie kuchni podstawowej z użytkowania. Zamawiający na rozprawie wykazywał, że w Jego ocenie, takie pełne wyłączenie kuchni podstawowej z użytkowania, zgodnie z założonym zakresem prac, musi nastąpić na okres nie krótszy, niż 2-3 miesiące. Nie przesądzając, ile czasu w rzeczywistości takie prace mogą potrwać, to bowiem zależy w znacznej mierze od wykonawcy, jego organizacji pracy [Zamawiający, poza załączeniem do SIWZ przedmiaru i określeniem terminu wykonania prac do 30 czerwca 2014r. nie postawił szczegółowych wytycznych w tym zakresie], a także, w jakim zakresie prace spowodują wyłączenie całej kuchni z użytkowania [jak podał Zamawiający, powierzchnia kuchni wynosi ok. 250-300 m²], nie sposób wyłączyć, że ta kuchnia ze względów technicznych czy higienicznych nie będzie mogła służyć w tym okresie do przygotowywania posiłków, a przeciwnie – należy raczej założyć, że taka sytuacja przynajmniej przez pewien czas będzie nieunikniona.

W tych okolicznościach, oczekiwanie przez Zamawiającego, że wykonawca będzie przygotowany nie tylko do przygotowywania posiłków w pomieszczeniach mu udostępnionych [dzierżawionych od Zamawiającego], ale także, że będzie dysponował rozwiązaniem awaryjnym, na wypadek niemożności używania kuchni w siedzibie Zamawiającego, w postaci kuchni rezerwowej, jest w pełni zasadne.

Nie sposób przy tym przyjąć, że Zamawiający nie jest uprawniony do badania kwestii związanych z posiadaniem takiej kuchni, czy że powinno być poza zakresem jego zainteresowania, skąd wykonawca dostarczy posiłek, a powinien skupić się jedynie na tym, czy posiłek został dostarczony, oraz czy ma odpowiednią jakość i temperaturę. Dostrzeżenia

w tym miejscu wymaga, że świadczenie usługi żywienia pacjentów przez wykonawcę jest niejako wykonaniem tego zadania za Zamawiającego. Nie sposób bowiem zapominać, 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 takim wypadku określenie swoich potrzeb: usługi żywienia pacjentów, która w tym wypadku na podstawie kontraktu będzie świadczona przez podmiot zewnętrzny, ale tak jakby czynił to sam Zamawiający. W analizowanej sprawie, wyniki rozprawy powadzą do wniosku, że w tym wypadku żywienie pacjentów – przygotowywanie i podawanie im posiłków jest nie tylko konwencjonalnym zaspokojeniem określonej potrzeby fizjologicznej, do czego zobowiązany jest Zamawiający, ale w znacznej mierze stanowi element leczenia, przykładowo otyłości, gdzie proces doboru posiłku, ale także jego podania [przykładowo, stosowanie się do dyscypliny związanej z innymi zajęciami, pilnowanie, by pacjenci nie „podjadali”] stanowi dodatkowy element, który nabiera na znaczeniu. Jak zwrócił uwagę Zamawiający, w odniesieniu do pacjentów, których żywienie odbywa się na podstawie ustalonej, dedykowanej diety [takie diety opisane zostały w pkt 3.8 ppkt 4 b) –g) SIWS: lekkostrawna, niskokaloryczna – odchudzająca, cukrzycowa, bezglutenowa, niskocholesterolowa ora indywidualne diety wg wskazań lekarzy], takie diety ustala dietetyk w porozumieniu z lekarzem. Potwierdza to brzmienie pkt 3.8 ppkt 4 SIWZ, gdzie wyraźnie Zamawiający postanowił, że wszystkie wymienione diety, zatem poza dietą podstawową, są ustalane przez lekarzy Zamawiającego działających w porozumieniu z Dietetykiem indywidualnie dla każdego pacjenta. Powyższe wyraźnie wskazuje, że proces podawania i przygotowywania posiłków odbywa się w analizowanym postępowaniu pod stałą i bieżącą kontrolą Zamawiającego. 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 [miał odpowiednią wiedzę i doświadczenie] jak i logistycznym [posiadał we właściwej ilości odpowiednio przygotowany personel oraz dysponował potrzebną do wykonania zamówienia bazą sprzętową i zapleczem kuchennym], a także, by możliwy był bezpośredni wgląd w proces przygotowywania posiłków. Oznacza to także dopuszczalność postawienia stosownych wymagań, zapewniających, że wykonawca będzie w stanie wykonać zamówienie – w razie niemożności wykorzystywania kuchni podstawowej i przygotowywania w niej posiłków – że będzie miał zapewnioną możliwość posługiwania się inną kuchnią i przygotowywania w niej posiłków w takim standardzie, jakby były one przygotowywane na miejscu u Zamawiającego. Jeśli wymagane jest, by wykonawca

wykorzystywał na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia kuchnię udostępnioną mu przez Zamawiającego, przekazany jest na ten cel określony sprzęt i postawiono oczekiwanie jego dopełnienia w określonym zakresie przez wykonawcę, a także, jeśli przypadkowe, związane choćby z sygnalizowanymi zatruciami wody, zakłócenia pracy tej kuchni są wkomponowane w tego rodzaju działalność [a w tym postępowaniu wyłączenie kuchni jest przewidziane w związku z pracami budowlanymi w kuchni], to oczekiwanie, że wykonawca będzie posiadał swego rodzaju rozwiązanie awaryjne i dysponował zapleczem technicznym, w postaci kuchni zapasowej, zasługuje na zrozumienie. Wymaga tego przedmiot zamówienia - potrzeba niezakłóconego, zasadniczo niezmiennego sposobu przygotowywania i podawania posiłków, niezależnie od nieprzewidywanych zdarzeń, uniemożliwiających przygotowywanie posiłków w kuchni podstawowej, na miejscu u Zamawiającego. Celem postępowania o zamówienie publiczne jest bowiem nabycie przez zamawiającego odpowiadającego jego uzasadnionym potrzebom przedmiotu zamówienia – realizacja jego zadań w sposób odpowiadający jego oczekiwaniom, a nie umożliwienie sprzedaży posiadanego asortymentu przez wykonawców, w tym dostosowanie potrzeby zamawiającego w zakresie przedmiotu zamówienia do możliwości organizacyjnych konkretnego wykonawcy. Jeśli zatem przedmiot zamówienia obejmuje przygotowywanie posiłków na miejscu u Zamawiającego, to w razie wynikającej z obiektywnych powodów niemożności korzystania z tej kuchni, zasadnym jest oczekiwanie, że wykonawca powinien dysponować kuchnią zapasową.

Wymaganie zatem posiadania odpowiedniej kuchni zapasowej, w której w sytuacjach awaryjnych będą przygotowywane posiłki, nie stanowi w tych okolicznościach warunku nieuzasadnionego, niezwiązanego z przedmiotem zamówienia czy nadmiernego i do niego nieproporcjonalnego. Tym samym, nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia przepisu art. 22 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także argumentacja Odwołującego, zgodnie z którą, samo wymaganie kuchni zapasowej narusza zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę uczciwej konkurencji w postępowaniu, jest nadmierne i nie związane z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalne.

Inną przy tym sprawą są szczegółowe wymagania stawiane wobec kuchni zapasowej, które jednak – poza opisanym niżej zarzutem dotyczącym wymagania certyfikatu ISO 22000 - nie zostały podniesione w odwołaniu. Nie mogły więc, w myśl art. 192 ust. 7 ustawy, podlegać rozpatrzeniu te zastrzeżenia, które wskazywały na nieuzasadnione wymaganie dotyczące odległości kuchni zapasowej od siedziby Zamawiającego [do 30 km],

które zostały podniesione dopiero na rozprawie. Na marginesie zatem dostrzeżenia wymaga, że Odwołujący nie tylko nie podniósł argumentacji która by kwestionowała tę część wymagania, ale nie opatrzył jej żądaniem, wskazującym na to, jaka w Jego ocenie odległość, byłaby odpowiednią. Niewątpliwie jednak, kuchnia zapasowa powinna być alternatywną wobec tej, jaka jest zasadniczo dedykowana do wykonywania w niej zamówienia, zatem powinna dawać możliwość zapewnienia posiłków, jeśli nie na takim samym, to przynajmniej istotnie niezmienionym poziomie, w tym z zachowaniem ich temperatury. Odwołujący, na potwierdzenie tezy prezentowanej na rozprawie, że położenie kuchni zapasowej w odległości nie więcej niż 30 km od siedziby Zamawiającego, nie ma znaczenia, liczy się bowiem jakość i temperatura dostarczonego posiłku, przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 grudnia 2009 r. wydany w sprawie KIO/UZP 1734/09. Dostrzeżenia jednak wymaga, że każdy wyrok dotyczy realiów konkretnego postępowania, uwarunkowań danego zamawiającego i jego potrzeb, stąd uogólnienia i wnioskowanie na podstawie dokonanej przez Krajową Izbę Odwoławczą oceny postanowień SIWZ opracowanej dla innego postępowania, nie zawsze będzie właściwe, a spostrzeżenia poczynione na gruncie konkretnej sprawy, nie zawsze dadzą się odnieść do innego postępowania. Także w tym postępowaniu – wbrew stanowisku Odwołującego – mamy do czynienia z inną sytuacją, to jest innym przedmiotem zamówienia. Przedmiotem tego postępowania jest bowiem przygotowywanie posiłków, co do zasady na miejscu u Zamawiającego [w jego kuchni, zlokalizowanej na terenie Jego uzdrowiska], podczas gdy postępowanie, co do którego wydano wskazany wyrok, dotyczy dostarczania posiłków do szpitala, gdzie zamawiający – odmiennie niż w rozpatrywanym postępowaniu - wyraźnie założył przygotowywanie posiłków poza szpitalem [posiłki dostarczane w systemie tacowym]. Jak wynika wyraźnie z uzasadnienia tego wyroku: *„Izba podzieliła natomiast zarzuty odwołującego wskazujące na naruszenie art. 29 ust. 2 Pzp poprzez sformułowanie wymogu aby produkcja posiłków dostarczanych w systemie tacowym do szpitala odbywała się jedynie na terytorium miasta Olsztyna. Jak wynika z powoływanych wyżej postanowień Zaproszenia do negocjacji zamawiający wymagał aby posiłki stanowiące przedmiot dostawy przygotowywano w granicach miasta w oparciu o pomieszczenia kuchni już posiadanej lub pozyskanej przed rozpoczęciem realizacji zamówienia przez wykonawcę, dla której wykonawca posiada/uzyska stosowne opinie i dopuszczenia.”*

Zatem te sytuacje nie są tak porównywalne, by na podstawie ogólnych rozważań zawartych w uzasadnieniu przywołanego orzeczenia, wyprowadzać wnioski dotyczące stanu faktycznego analizowanej sprawy.

[2] w zakresie żądania posiadania przez wykonawcę wdrożonego certyfikowanego systemu ISO 22000 w kuchni podstawowej i zapasowej oraz posiadania przez wykonawcę wdrożonego systemu ISO 9001, bez możliwości posłużenia się certyfikatami równoważnymi:

Zgodnie z SIWZ wpkt. 3 Opis przedmiotu zamówienia ppkt. 3.36 Zamawiający wymaga aby Wykonawca posiadał wdrożony certyfikowany system ISO 22000 [potwierdzony w formie certyfikatu wydanego przez zewnętrzny podmiot uprawniony do przeprowadzenia certyfikacji i posiadający akredytację w zakresie ISO 22000] w kuchni zastępczej, o której mowa w pkt 3.35 oraz wdrożył system ISO 22000 w kuchni udostępnionej przez Zamawiającego w terminie 3 miesięcy od zakończenia jej modernizacji. Zamawiający wymaga aby Wykonawca posiadał wdrożony certyfikowany system ISO 9001 [potwierdzony w formie certyfikatu wydanego przez zewnętrzny podmiot uprawniony do przeprowadzenia certyfikacji i posiadający akredytację w zakresie ISO 9001].

Za dyskryminujący, w ocenie Odwołującego uznać należy wymóg Zamawiającego w pkt. 3.35 i 3.36 SIWZ, aby w kuchni zapasowej został wdrożony system ISO 22000 oraz aby Wykonawca dysponował dwoma certyfikatami ISO 22000 oraz ISO 9001. Podobnie w pkt. 7. WYKAZ OŚWIADCZEŃ ppkt. 7 SIWZ Zamawiający stanowi, iż w zakresie warunku określonego w 6.2. Lp. 6 - Potwierdzenie, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca przedstawi: 1) Dokument potwierdzający wdrożenie przez wykonawcę systemu ISO 22000 w kuchni zastępczej - Certyfikat ISO 22000 wydany przez zewnętrzny podmiot uprawniony do przeprowadzenia certyfikacji i posiadający akredytację w zakresie ISO 22000, 2) Dokument potwierdzający wdrożenie przez wykonawcę systemu ISO 9001 - Certyfikat ISO 9001 wydany przez zewnętrzny podmiot uprawniony do przeprowadzenia certyfikacji i posiadający akredytację w zakresie ISO 9001.

W ocenie Odwołującego, nieprawidłowe jest takie formułowanie opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w którym od wykonawców oczekuje się potwierdzenia kwalifikacji tylko za pomocą ściśle określonych certyfikatów, jeśli na rynku istnieją także inne certyfikaty, które potwierdzają żądane umiejętności na nie niższym poziomie i w oczekiwanym przez zamawiającego zakresie. Zdaniem odwołującego, w celu umożliwienia wykonawcom weryfikacji żądanych kwalifikacji Zamawiający powinien jednoznacznie określić przede wszystkim rodzaj i zakres wymaganych przez siebie

kwalfikacji, na potwierdzenie których wykonawcy mieliby składać stosowne certyfikaty. Pozwoliłoby to ocenić wykonawcy, czy spełnia wymóg w zakresie kwalfikacji, jak również czy dany certyfikat ma charakter unikatowy, czy też wiedzę wymaganą przez Zamawiającego można potwierdzić także w inny sposób. Powyższe oznacza, iż Zamawiający wszędzie tam, gdzie jest to obiektywnie możliwe, winien dopuścić równoważny sposób wykazywania kwalfikacji. Ograniczenie się do skonkretyzowanych certyfikatów, o ile nie ma to merytorycznego uzasadnienia i możliwe jest w równym stopniu przedstawienie dokumentów równoważnych, co skutkuje ograniczeniem kręgu podmiotów, które byłby zdolne do wykonania zamówienia, ale nie mogą wykazać się ściśle określonymi certyfikatami, należy kwalifikować jako ustanawianie wymagania nadmiernego, nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia, co narusza zarówno art. 7 ust. 1, jak i art. 22 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Podobnie za warunek nadmierny uznać należy także, aby certyfikowania w zakresie ISO mógł dokonywać wyłącznie podmiot posiadający akredytację.

Odwołujący postawił żądanie zmiany stosownych postanowień SIWZ, poprzez wprowadzenie dopuszczalności składania certyfikatów równoważnych do ISO 22000 oraz ISO 9001, w szczególności w pkt. 3.36 w następującym brzmieniu: *„Zamawiający wymaga aby Wykonawca posiadał wdrożony certyfikowany system ISO 22000 lub równoważny w kuchni zastępczej, o której mowa w pkt 3.35 oraz wdrożył system ISO 22000 lub równoważny w kuchni udostępnionej przez Zamawiającego w terminie 3 miesiące od zakończenia jej modernizacji. Zamawiający wymaga aby Wykonawca posiadał wdrożony certyfikowany system ISO 9001 lub równoważny”*.

Zamawiający nie zgodził się z tak zaprezentowanym stanowiskiem Odwołującego, wskazując w odpowiedzi na odwołanie, że wymaga od wykonawców posiadania wdrożonego systemu zarządzania jakością ISO 9001. Według definicji, polska i europejska norma PN-EN ISO 9001:2009 Systemy zarządzania jakością - jest międzynarodową normą określającą wymagania, które powinien spełniać system zarządzania jakością w organizacji. Normę tę mogą stosować wszystkie organizacje, niezależnie od ich wielkości i rodzaju. Ukierunkowana jest ona na zrozumienie i spełnienie wymagań klienta, a więc określonych potrzeb względem wyrobów danej organizacji, przyjęcie podejścia procesowego, dostarczanie wyników skuteczności procesów oraz ich ciągłe doskonalenie, w oparciu o obiektywne pomiary. Do głównych wymagań normy ISO 9001 należą m.in.: wprowadzenie nadzoru nad dokumentacją i zapisami, zaangażowanie kierownictwa w budowanie systemu zarządzania

jakością, usystematyzowanie zarządzania zasobami, ustanowienie procesów realizacji wyrobu, dokonywanie systematycznych pomiarów [zadowolenia klienta, wyrobów, procesów]. Wszystkie te wymagania są szczegółowo opisane w przedmiotowej normie i uwzględniają osiem zasad jakości:

1. zorientowanie na klienta [pozycja organizacji na rynku jest zależna od jej klientów];
2. przywództwo [kierownictwo organizacji wypracowuje kierunki jego rozwoju];
3. zaangażowanie ludzi [najcenniejszym dobrem organizacji są ludzie];
4. podejście procesowe [skuteczność i efektywność organizacji zależą w głównej mierze od jakości realizowanych w niej procesów];
5. systemowe podejście do zarządzania [zarządzanie jakością jest traktowane jako zarządzanie wzajemnie ze sobą powiązanymi procesami];
6. ciągłe doskonalenie [stałym celem organizacji jest ciągłe doskonalenie realizowanych w niej procesów];
7. rzeczowe podejście do podejmowania decyzji [podejmowanie decyzji opiera się na analitycznej, logicznej bądź intuicyjnej analizie wszelkich dostępnych danych i informacji];
8. wzajemne korzyści w stosunkach z dostawcami [tworzenie wzajemnie korzystnych stosunków z dostawcami materiałów i usług stanowi dla organizacji gwarancję wysoki jakości].

Zamawiający podał, że wymaga od wykonawców posiadania wdrożonego systemu ISO 22000 w kuchni zastępczej, a następnie wdrożenie tego systemu w kuchni działającej w siedzibie Zamawiającego. Według definicji ISO 22000:2005, to system zarządzania bezpieczeństwem żywności dla organizacji w łańcuchu żywności, publikowany w 2005 r., ma za zadanie spełniać wymagania krajowe jak i międzynarodowe dotyczące bezpieczeństwa i jakości żywności. Łączy system HACCP oraz system dobrych praktyk [zasady dobrych praktyk higienicznych i produkcyjnych, cateringowych, itp.], w celu ułatwienia procesu wdrożenia normy został zbudowany na podwalinach norm ISO 9001 jak i ISO 14001, co znacząco skraca i ułatwia proces wdrażania. ISO 22000 składa się z czterech kluczowych elementów, które zapewniają bezpieczeństwo, na przestrzeni całego łańcucha żywnościowego. Do tych elementów zalicza się: wzajemną komunikację [wewnętrzną i zewnętrzną], zarządzanie systemem, PRP [prerequisite programs] - programy podstawowe [GMR GHP, GAP, GVP, GPP. GDR GTP] i zasady HACCP oparte na Codex Alimentarius. Zdaniem Zamawiającego, postawione wymagania odwołują się zatem do systemów zarządzania

jakością, które zostały w sposób precyzyjny opisane i jednoznacznie zdefiniowane. Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący wymaga, by Zamawiający dopuścił odpowiednio posiadanie lub wdrożenie bliżej nie sprecyzowanych systemów zarządzania jakością, które mają być równoważne ISO 9001 i ISO 22000, przy czym w ogóle nie podaje jakie to mogą być systemy. Zamawiający nie zgodził z zarzutem, iż honorowanie wymogu certyfikowania wyłącznie przez podmiot posiadający akredytację w zakresie certyfikowania ISO jest wymogiem nadmiernym. Akredytacja jest bowiem uznaniem przez upoważnioną jednostkę akredytującą należącą do międzynarodowego systemu akredytacji [np. Polskie Centrum Akredytacji lub analogiczną jednostkę zagraniczną], iż podmiot certyfikujący faktycznie jest kompetentny w zakresie certyfikacji danego standardu.

Zamawiający podniósł również, iż posiadanie wdrożonych systemów ISO 9001 i ISO 22000 przez wykonawcę, która ma na jego rzecz świadczyć usługi z zakresu żywienia pacjentów jest niezbędne ze względu na fakt, iż sam Zamawiający ubiega się o akredytację w zakresie świadczonych usług medycznych, którą powinien uzyskać najpóźniej na początku IV kwartału 2014 r. Posiadanie akredytacji będzie miało bowiem rozstrzygające znaczenie w procesie kontraktowania usług medycznych na rok 2015 i lata następne przez Narodowy Fundusz Zdrowia.

Biorąc pod uwagę tak postawiony zarzut, a także stanowisko Zamawiającego, stwierdzenia wymaga, że zarzut znalazł potwierdzenie w ustalonym stanie faktycznym.

Zgodzić się trzeba z Odwołującym, że postawienie wymagania posiadania przez wykonawcę odpowiednich certyfikatów ISO każdorazowo wymaga dopuszczenia możliwości posłużenia się certyfikatami równoważnymi. Wynika to wprost z brzmienia przepisów *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane [Dz. U. z 2013 r. poz. 231]*.

I tak, możliwość żądania tego rodzaju certyfikatów wynika z § 6 ust. 1 pkt 3) tego rozporządzenia, zgodnie z którym w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z normami jakościowymi, jeżeli zamawiający odwołują się do systemów zapewniania jakości opartych na

odpowiednich normach europejskich. Między innymi do tego przepisu odnoszą się regulacje § 6 ust. 3 i 4 rozporządzenia, zgodnie z którymi: wykonawca może zamiast zaświadczeń, o których mowa w ust. 1 pkt 2–4, złożyć równoważne zaświadczenia wystawione przez podmioty mające siedzibę w innym państwie członkowskim Europejskiego Obszaru Gospodarczego. Wykonawca może zamiast zaświadczeń, o których mowa w ust. 1 pkt 2–4, złożyć inne dokumenty potwierdzające odpowiednio stosowanie przez wykonawcę równoważnych środków zapewnienia jakości i stosowanie równoważnych środków zarządzania środowiskiem.

Oznacza to zatem tyle, że rzeczą Zamawiającego jest – w razie wymagania certyfikatów odnoszących się do systemów zapewniania jakości opartych na odpowiednich normach europejskich – dopuszczenie dokumentów równoważnych wobec tych, których wymaga. W analizowanej sprawie Zamawiający zaniechał wprowadzenia takich postanowień, co czyniło postawiony zarzut – uzasadnionym.

Wobec obowiązku umożliwienia wykonawcom posłużenia się dokumentami równoważnymi, w SIWZ powinny znaleźć się takie postanowienia, które dadzą wykonawcom informacje, jakie elementy, jaka zawartość dokumentów, będzie decydowała o uznaniu innych dokumentów za równoważne. Nie jest zadaniem wykonawcy kwestionującego brak takich postanowień, wskazywanie jakie certyfikaty mają być uznane za równoważne, to bowiem mieści się w gestii Zamawiającego.

Dostrzeżenia przy tym wymaga [czego jednak postulat zmiany SIWZ w tym zakresie wyraźnie nie obejmuje], że w analizowanym postępowaniu Zamawiający zdaje się wymagać kuchni zapasowej jako alternatywnej, na wypadek wyłączenia kuchni podstawowej. Sama kuchnia podstawowa jest aktualnie własnością Zamawiającego i będzie – zgodnie z SIWZ – podlegała obowiązkowemu wydzierżawieniu przez Zamawiającego na rzecz wykonawcy. W kuchni podstawowej nie ma obecnie wdrożonego systemu ISO 22000 – zgodnie z pkt 3.35 SIWZ Zamawiający wymaga, by wykonawca dopiero wdrożył system ISO 22000 w kuchni udostępnionej przez Zamawiającego w terminie 3 miesięcy od zakończenia jej modernizacji, co ma nastąpić do 30 czerwca 2014 r. Tym samym, Zamawiający wymaga więcej od kuchni zapasowej, aniżeli dotyczy to kuchni, która ma być podstawowym miejscem przygotowywania posiłków i która aktualnie do tego celu służy. Biorąc zatem pod uwagę opisane w pkt [1] zarzuty dotyczące wymagania kuchni zapasowej w ogóle, na rozważenie zasługuje, czy tego rodzaju wymaganie wobec kuchni zapasowej jest uzasadnione,

szczególnie w okolicznościach, że w kuchni podstawowej nie wdrożono jeszcze wymaganego systemu ISO i że może to nastąpić najpóźniej z końcem września 2014 r. Zatem wobec faktu, że wymaganie, by wykonawca ubiegając się o zamówienie już dysponował kuchnią zapasową „pełnowartościową”, wyposażoną w sporny certyfikat ISO 22000, taką jaką będzie docelowa kuchnia podstawowa dopiero za kilka miesięcy, może stanowić dla wykonawców znaczące utrudnienie w ubieganiu się o zamówienia, właściwym wydaje się, postawienie wymagania uzyskania certyfikatu ISO lub równoważnego na etapie wykonywania umowy, ze wskazaniem stosownego terminu na uzyskanie takiego certyfikatu.

Postulowane przez Odwołującego brzmienie wymagania dotyczącego certyfikatów ISO dotyczących kuchni podstawowej i zapasowej a także wykonawcy, wskazuje na konieczność dopuszczenia możliwości posłużenia się certyfikatami równoważnymi, co – z wyżej przedstawionych względów – jest zasadne i winno być przez Zamawiającego uwzględnione. Postulat zmiany tego postanowienia w stosunku do jego treści zawartej w SIWZ, wskazuje na oczekiwanie usunięcia z SIWZ wymagania, by certyfikaty były wystawione lub potwierdzone przez podmioty posiadające akredytację w zakresie odpowiednich certyfikatów. Dostrzeżenia jednak wymaga, że z ogólnie postawionego zarzutu – tak jak został on zaprezentowany w odwołaniu – w szczególności wobec przywołania jedynie przepisów art. 7 ust. 1, jak i art. 22 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych nie sposób wywieść, że Odwołujący kwestionuje wymagania aby certyfikowania w zakresie ISO mógł dokonywać wyłącznie podmiot posiadający akredytację. W szczególności Odwołujący w odwołaniu nie nawiązał do brzmienia *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*, ani nie zawarł jakiegokolwiek argumentacji, która wskazywałaby na zastrzeżenia wobec niedopuszczalnego – w świetle przepisów tego rozporządzenia - wymagania. Jedno ogólne zdanie, o treści „*Podobnie za warunek nadmierny uznać należy także, aby certyfikowania w zakresie ISO mógł dokonywać wyłącznie podmiot posiadający akredytację.*”, nawiązujące do brzmienia art. 22 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, to jest wskazujące na nadmiernie wygórowane wymagania Zamawiającego w tym zakresie, nie zostało poparte jakąkolwiek argumentacją, odnosząca się do postawionego w SIWZ wymagania. Podniesiona na rozprawie argumentacja nawiązywała zaś do brzmienia *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*, którego jednak naruszenie w odniesieniu do tego postanowienia SIWZ nie zostało podniesione

[z odwołania wynika, że wskazane w części wstępnej odwołania zarzuty naruszenia art. 25 ust. 1 i 2 poprzez żądanie dokumentów, które nie zostały wymienione w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane dotyczą dokumentów na potwierdzenie zdolności finansowej i ekonomicznej].

Z opisanych względów zarzut, w części dotyczącej niedopuszczenia przez zamawiającego możliwości posłużenia się certyfikatami równoważnymi w stosunku do ISO 22000 oraz ISO 9001, podlegał uwzględnieniu.

[3] w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia:

W pkt. 7. WYKAZ OŚWIADCZEŃ ppkt. 7 SIWZ Zamawiający postawił warunek w następującym brzemieniu: „W zakresie warunku określonego w 6.2. Lp. 6 - Potwierdzenie, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca przedstawi: 1) Dokument potwierdzający wdrożenie przez wykonawcę systemu ISO 22000 w kuchni zastępczej - Certyfikat ISO 22000 lub równoważnego, 2) Dokument potwierdzający wdrożenie przez wykonawcę systemu ISO 9001 - Certyfikat ISO 9001 lub równoważny. III. W pkt. 6.2.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający stanowi, iż Wykonawca ubiegający się o udzielenia zamówienia musi wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie zrealizował lub realizuje co najmniej 3 zamówienia polegające na świadczeniu usług żywienia pacjentów w podmiotach leczniczych udzielających świadczeń zdrowotnych z zakresu leczenia uzdrowiskowego o wartości nie mniejszej niż 2 000 000,00 zł brutto każde, w tym co najmniej 1 zamówienie w zakresie żywienia pacjentów do lat 18 [dzieci] o wartości nie mniejszej niż 2 000 000,00 zł brutto.”

Według Odwołującego, powyższy warunek udziału jest rażąco dyskryminujący - nie ma żadnego uzasadnienia dla ograniczania przez Zamawiającego doświadczenia wykonawców do usług żywienia pacjentów w podmiotach leczniczych udzielających świadczeń zdrowotnych wyłącznie z zakresu leczenia uzdrowiskowego. Nie ma również podstaw do kolejnego żądania Zamawiającego, aby jedno zamówienie dotyczyło żywienia pacjentów do lat 18 [dzieci] o wartości nie mniejszej niż 2 000 000,00 zł brutto. Gdyby przyjąć taki warunek, to nawet wykonawca dotychczas wykonujący usługę na rzecz Zamawiającego

- organizatora niniejszego postępowania, nie jest w stanie spełnić takiego wymogu, gdyż opis przedmiotu zamówienia nie obejmuje wyłącznie żywienia pacjentów do lat 18, ale również pacjentów dorosłych. Por. pkt. 3.4 lit. c) SIWZ: „Szacunkowa wielkość zamówienia wynosi 156 508 osobodni, w tym 870 posiłków regeneracyjnych, i obejmuje całodienne wyżywienie pacjentów: 1 .a. pacjentów w wieku od 3 do 7 lat - 23 177, 1 .b. pacjentów w wieku od 8 do 18 lat - 74 933 osobodni, 2. pacjentów dorosłych przebywających na turnusach uzdrowskiego leczenia szpitalnego i sanatoryjnego - 25 140 osobodni, 3. pacjentów dorosłych przebywających na turnusach na stacjonarnym Oddziale Rehabilitacji Ogólnoustrojowej - 32 388 osobodni, 4. przygotowywanie posiłków regeneracyjnych dla pracowników - 870 posiłków. W zakresie punktów 1.a. i 1.b. [żywienie dzieci] Wykonawca będzie wydawał 5 posiłków, natomiast w zakresie punktów 2 i 3 [żywienie osób dorosłych] - Wykonawca będzie wydawał 3 posiłki z zachowaniem postanowień punktu 3.8 i 3.22.”

Odwołujący wniósł o modyfikację postanowienia SIWZ i nadanie mu następującego brzmienia: „Wykonawca ubiegający się o udzielenia zamówienia musi wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie zrealizował lub realizuje co najmniej 2 zamówienia polegające na świadczeniu usług żywienia pacjentów w podmiotach leczniczych udzielających świadczeń zdrowotnych o wartości nie mniejszej niż 2 000 000,00 zł brutto każde.”

Zamawiający, w okresie po wniesieniu odwołania, dwukrotnie zmodyfikował ten warunek. W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o nieuwzględnienie zarzutu, wskazując, że zarzuty sformułowane w odwołaniu dotyczą nieobowiązującego już brzmienia w pkt 6.2. lp. 2, które zostało przez Zamawiającego zmienione w dniu 8.11.2013 r. jeszcze przed zawiadomieniem go przez Odwołującego o wniesieniu odwołania. Treść pkt 6.2. 1p. 3 została ponownie zmodyfikowana przez Zamawiającego w dniu w dniu 13.11.2013 r.: aktualnie Zamawiający wymaga, by wykonawca ubiegający się o udzielenia zamówienia wykazał, się zrealizowaniem lub realizacją co najmniej 3 zamówień, których przedmiotem było lub jest świadczenie usług żywienia pacjentów, w tym:

- 1) co najmniej 1 zamówienia w zakresie usług żywienia pacjentów w podmiotach leczniczych o wartości nie mniejszej niż 2 000 000,00 zł brutto,
- 2) co najmniej 1 zamówienia w zakresie usług żywienia pacjentów dorosłych przebywających na turnusach uzdrowskiego leczenia szpitalnego i sanatoryjnego

w podmiotach leczniczych udzielających świadczeń zdrowotnych z zakresu lecznictwa uzdrowiskowego o wartości nie mniejszej niż 350 000,00 zł brutto,

3) co najmniej 1 zamówienia w zakresie żywienia pacjentów do lat 18 [dzieci] w podmiotach leczniczych udzielających świadczeń zdrowotnych z zakresu lecznictwa uzdrowiskowego o wartości nie mniejszej niż 1 300 000,00 zł brutto.

Zamawiający podał, że modyfikując SIWZ, przewidział, że nie wszystkie zamówienia, których realizacją powinien wylegitymować się wykonawca, muszą dotyczyć podmiotów leczniczych udzielających świadczeń medycznych z zakresu lecznictwa uzdrowiskowego, a w przypadku wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia w zakresie żywienia pacjentów do lat 18 [dzieci] w podmiotach leczniczych udzielających świadczeń zdrowotnych z zakresu lecznictwa uzdrowiskowego, wymagana wartość takiego zamówienia jest już proporcjonalna do wartości, z jaką mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu. Jednocześnie Zamawiający podtrzymał, iż potencjalni wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia powinni wykazać się również doświadczeniem w zakresie żywienia pacjentów w podmiotach leczniczych udzielających świadczeń zdrowotnych z zakresu lecznictwa uzdrowiskowego. Wymóg ten, zdaniem Zamawiającego, podyktowany jest specyfiką tego typu usług, wyróżniającą ją od usług żywieniowych świadczonych w podmiotach leczniczych innego typu. Specyfika ta dotyczy przede wszystkim sposobu organizacji usług żywieniowych.

Biorąc pod uwagę tak postawiony zarzut, a także stanowisko Zamawiającego, stwierdzenia wymaga, że zarzut znalazł potwierdzenie w ustalonym stanie faktycznym.

Kwestionowany przez Odwołującego warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, w wersji przed zmianami SIWZ oraz finalnie ukształtowany przez Zamawiającego, obejmuje wymaganie wykazania się doświadczeniem w żywieniu pacjentów w podmiotach leczniczych udzielających świadczeń zdrowotnych z zakresu lecznictwa uzdrowiskowego a także dzieci.

Poddając analizie postawiony warunek oraz okoliczności analizowanej sprawy, podkreślenia wymaga – po pierwsze – że zadaniem stawianego każdorazowo warunku udziału w postępowaniu jest zapewnienie prawidłowej, niezakłóconej realizacji zamówienia. Istotą warunku jest zatem uprawdopodobnienie poprawnej realizacji danego zamówienia, czemu mają służyć wcześniejsze doświadczenia wykonawcy. W praktyce zamówień

publicznych, za wyjątkiem prostych zamówień, prawie nigdy nie jest możliwe określenie znaczenia warunków udziału w postępowaniu czy to opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten czy inny sposób nie uniemożliwi części wykonawców w ogóle złożenie oferty, a niektórych postawi w uprzywilejowanej pozycji. Warunkiem nienaruszania konkurencji jest w takim przypadku brak uniemożliwiania z góry niektórym podmiotom udziału w postępowaniu bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego oraz brak sytuacji, w której uprzywilejowanie danych wykonawców osiągnie rozmiary faktycznie przekreślające jakąkolwiek konkurencję. Nie oznacza, to jednak wcale, iż zamówienie musi być w równym stopniu „wygodne” wszystkim wykonawcom i dostosowane do ich możliwości, rodzaju czy przebiegu działalności. Wystarczy, że grupa zdolnych wykonać je wykonawców jest wystarczająco liczna oraz formalnie „niezamknięta” aby konkurencyjność udzielanego zamówienia zapewnić. O złamaniu zasady konkurencji i równego dostępu do zamówienia nie może przesądzać sam fakt, iż na rynku istnieją podmioty które w świetle danego opisu przedmiotu zamówienia, czy przy przyjętych znaczeniach warunków udziału w postępowaniu, mają mniejsze szanse na uzyskanie zamówienia [tak też wyroki Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie KIO/UZP 641/09, 1812/13]. Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, iż Zamawiający jest gospodarzem prowadzonego przez siebie postępowania, w związku z czym, dla zabezpieczenia prawidłowego jego przebiegu, zagwarantowania wykonania zamówienia w sposób należyty, zobowiązany jest do wymagania od potencjalnych wykonawców, starających się o udzielenie zamówienia publicznego spełnienia takich warunków udziału w postępowaniu, które będą adekwatne do tego przedmiotu: jego charakteru, skali, stopnia skomplikowania, okresu trwania, ryzyka związanego z prowadzeniem zadania objętego postępowaniem o zamówienie publiczne.

Po drugie, dostrzeżenia wymaga, że zapewnienie konkurencyjnych reguł postępowania jest obowiązkiem Zamawiającego. Postawienie odpowiednich warunków udziału w postępowaniu wymaga wyważenia wskazanej wyżej potrzeby zapewnienia bezpieczeństwa realizacji zamówienia, z jednoczesnym uchwyceniem tego punktu, w którym postawiony warunek, przykładowo poprzez jego nadmierną szczegółowość, wymaganie takiego doświadczenia, które jest na tyle nietypowe, że bez uzasadnienia utrudnia wykonawcom dostęp do zamówienia, staje się dyskryminujący. Postawiony warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia ma być bowiem miernikiem, wskazującym, że wykonawca, który w swej przeszłości zawodowej wykonywał określone zadania, zbliżone zakresem, charakterystyką do tego które jest przedmiotem zamówienia,

podoła jego realizacji. Nie oznacza to przy tym, że te zadania mają być tożsame, identyczne z przedmiotem zamówienia – chodzi o to, by były one reprezentatywne do stwierdzenia zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, by obejmowały one te elementy, które są istotne z perspektywy ustalenia, że wykonawca podoła realizacji zamówienia.

Wzięto pod uwagę w tym zakresie, że opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia, a w konsekwencji do niego powinien być proporcjonalny. Oceny zasadności warunku udziału w postępowaniu oraz jego zgodności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców należy bowiem dokonywać w kontekście jego adekwatności do przedmiotu zamówienia, tj. warunek musi zapewniać należyte wykonanie przez wykonawców zamówienia, przy jednoczesnym zachowaniu niedyskryminującego charakteru, winien mieć na celu ustalenie zdolności określonego podmiotu do wykonania zamówienia, a nadto nie może prowadzić do faworyzowania jednych i tym samym dyskryminacji innych wykonawców. Jak wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 17 sierpnia 2010 r. w spr. XXIII Ga 447/10, *„Zgodnie z poglądami doktryny i orzecznictwa przyjmuje się, że zamawiający może określić jako warunek udziału w postępowaniu wymóg posiadania wiedzy i doświadczenia, przy czym blankietowy charakter przepisów art. 22 nie oznacza, że zamawiający ma całkowitą i niczym nie ograniczoną swobodę w żądaniu m.in. dokumentów potwierdzających spełnienie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu. W odniesieniu do wszystkich etapów postępowania, w art. 7 ustawy, sformułowana została zasada, która nakłada na zamawiających obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający uczciwej konkurencji oraz równe traktowane traktowanie wykonawców. Zamawiający określając warunki udziału w postępowaniu musi mieć na względzie konkurencyjne i przeciwstawne interesy tj. zasadę zakazu dyskryminacji nakazującą poszanowanie uczciwej konkurencji w interesie i w stosunku do wykonawców oraz przesłankę prowadzącą do dopuszczenia do udziału w postępowaniu tylko takich wykonawców, których posiadana wiedza i doświadczenie zapewniają należyte wykonanie zamówienia. W celu realizacji przesłanek określonych w art. 7 pzp ustalenie przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu powinno wynikać bezpośrednio z przewidzianego do wykonania konkretnego przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie może żądać od potencjalnych wykonawców większej wiedzy i doświadczenia, niż jest to niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, zatem każdy warunek udziału w postępowaniu musi być związany z charakterystyką przedmiotu zamówienia”.*

Przenosząc powyższe rozważania natury ogólnej, na grunt analizowanej sprawy uznano, że zawarte w zakresie warunku udziału w postępowaniu, w każdej z wersji SIWZ, wymaganie wykazania się doświadczeniem w żywieniu pacjentów w podmiotach leczniczych udzielających świadczeń zdrowotnych z zakresu leczenia uzdrowiskowego a także dzieci w takich podmiotach, należy uznać za nadmierne.

Nie sposób uznać że w zakresie żywienia pacjentów w uzdrowiskach zachodzą tak istotne różnice, w porównaniu z żywieniem przykładowo pacjentów w szpitalach, które by uzasadniały postawienie tak partykularnego wymagania. Nie stanowi bowiem takiego uzasadnienia, w szczególności bardziej restrykcyjny wymóg w zakresie punktualności w podaniu posiłku, uwarunkowany koniecznością zachowania harmonogramu zajęć terapeutycznych i leczniczych: kuchnia, w której mają być przygotowywane i podawane posiłki znajduje się przecież na miejscu i zapewnienie punktualności stanowi raczej wymóg związany z realizacją zamówienia, którego zapewnienie sprowadza się do postawienia odpowiednich wymagań w opisie przedmiotu zamówienia, z ewentualnym opatrzeniem ich stosownymi sankcjami umownymi. Nie jest również takim uzasadnieniem bardziej planowy proces żywienia pacjentów, związany z dłuższym pobytem pacjentów w uzdrowisku, aniżeli zwykle dotyczy to pobytu w szpitalu: jak ustalono sposób żywienia ustala – co do pacjentów ze szczególnymi dietami lekarz, zaś co do pacjentów, których dotyczy dieta podstawowa – to Zamawiający postawił obowiązek złożenia jadłospisów w cyklach dekadowych. Zamawiający nie wykazał, by sam proces przygotowywania posiłków dla pacjentów przebywających w uzdrowisku wymagał bardziej restrykcyjnych czynności, aniżeli dotyczyłoby to pacjentów w szpitalu. W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający podał, że w zakresie żywienia pacjentów w uzdrowisku występuje specyfika, która dotyczy przede wszystkim sposobu organizacji usług żywieniowych. Trudno jednak znaleźć tak istotne różnice między żywieniem pacjentów w szpitalu a uzdrowisku. Konieczność sprostania wyższym standardom w zakresie obsługi pacjentów [podkreślana przez Zamawiającego wyższa roszczeniowość pacjentów w uzdrowiskach], nie uzasadnia jednak stawiania relatywnie nietypowego wymagania, szczególnie że mamy do czynienia z niewielką ilością uzdrowisk, w których można nabyć tego rodzaju doświadczenie, a kontrakty na żywienie zawierane są zwykle na dłuższe okresy.

Powyższe determinowało uznanie, że w warunkach dość hermetycznego rynku, gdzie dana branża obejmuje względnie niewielką ilość podmiotów, dla których tego rodzaju usługa mogła być świadczona, jest nadmiernie rygorystycznym wymaganiem doświadczenia

w żywieniu pacjentów dorosłych przebywających na turnusach uzdrowskiego leczenia szpitalnego i sanatoryjnego w podmiotach leczniczych udzielających świadczeń zdrowotnych z zakresu lecznictwa uzdrowskiego, a także żywieniu pacjentów do lat 18 [dzieci] w podmiotach leczniczych udzielających świadczeń zdrowotnych z zakresu lecznictwa uzdrowskiego.

Podobnie należało ocenić takie samo wymaganie w odniesieniu do dzieci, gdzie jeszcze trudniej o uzyskanie tego rodzaju doświadczenia. Brak jest podstaw do uznania, że żywienie pacjentów do lat 18 [dzieci] w podmiotach leczniczych udzielających świadczeń zdrowotnych z zakresu lecznictwa uzdrowskiego cechuje się specyfiką tego rodzaju, która uzasadniałaby postawienie tak szczegółowego wymagania. W szczególności nie wykazano, by żywienie dzieci w warunkach uzdrowskich wykazywało tak daleko idące różnice, by nie mogło być uznane za wystarczające dla wykazania zdolności do realizacji zamówienia, doświadczenie w żywieniu dzieci w podmiotach leczniczych udzielających świadczeń zdrowotnych. Nie jest takim argumentem potrzeba zachowania harmonogramu pobytu w uzdrowsku, wynikająca z większej dyscypliny czasowej, zapewnienia punktualności posiłku z uwagi na zajęcia rehabilitacyjne, zajęcia szkolne – te same względy zachowywały aktualność w odniesieniu do pobytu dziecka w szpitalu. Podobnie jest z trudniejszą obsługą pacjentów, jakimi są dzieci, które – jak wskazywał Zamawiający – są bardziej niesforne, wymagają większej liczby personelu. Ta specyfika żywienia pacjentów jest zbliżona, jeśli nie taka sama, w odniesieniu do żywienia dzieci w szpitalu oraz w uzdrowsku. Jedyne co - a i to nie zawsze - rozróżnia te sytuacje, to niejednokrotnie dłuższy pobyt dziecka w uzdrowsku niż w szpitalu.

Te elementy nie uzasadniają jednak postawienia warunku udziału w postępowaniu, obejmującego tak szczegółowo określonego warunku – dla realizacji celu warunku udziału w postępowaniu, wystarczającym jest wykazanie się przez wykonawcę doświadczeniem w żywieniu pacjentów [dorosłych jak i dzieci] w leczeniu szpitalnym [w podmiotach leczniczych udzielających świadczeń zdrowotnych]. O ile przy tym zgodzić się można, że żywienie dzieci charakteryzuje się pewną specyfiką [wymaga zdolności pedagogicznych, większej cierpliwości], co może uzasadniać objęcie tego rodzaju doświadczenia treścią warunku, to ze wskazanych wyżej względów, brak jest powodów dla uznania, że musi być to żywienie dzieci w uzdrowsku.

Powyższe przemawiało za uznaniem, że w zakresie postawionego warunku, dotyczącego wiedzy i doświadczenia doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy oraz art. 22 ust. 4 ustawy.

Podkreślana przez Zamawiającego potrzeba zapewnienia wysokiej jakości świadczonej usługi nie może bowiem uzasadniać postawienia nieproporcjonalnego warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający ma bowiem szerokie spektrum możliwości zapewnienia niezbędnej, wysokiej jakości świadczonych usług: na przykład poprzez bardzo staranny opis przedmiotu zamówienia i wyartykułowanie w nim szeregu istotnych z jego perspektywy oczekiwań co do sposobu żywienia pacjentów, podawania im posiłków [np. wymaganie odpowiedniej ilości personelu, postawienie wobec niego konkretnych wymagań – by był to kelner, wychowawca, by miał określone doświadczenie w żywieniu „trudniejszych” pacjentów jak dzieci]; następnie poprzez postawienie kryterium jakościowego, czy wreszcie postawienie wymagań co do dysponowania odpowiednim personelem, wskazania oczekiwań co do doświadczenia ale także „miękkich wymagań” dotyczących cech osobowościowych i predyspozycji osób [doświadczenie w pracy z dziećmi, umiejętności pedagogiczne, pogodne i cierpliwe usposobienie], opatrzenie tego wymagania wyraźnym warunkiem, że przedstawienie osób nie stanowi jedynie formalnego wypełnienia stawianych warunków udziału w postępowaniu, ale osoby te mają uczestniczyć w realizacji zamówienia, określenie zasad zmiany tych osób, zasad zgłaszania przez Zamawiającego zastrzeżeń i oczekiwań co do sposobu wypełniania obowiązków.

Zawarcie tego rodzaju wymagań w opisie przedmiotu zamówienia, czytelne ich zaprezentowanie, obwarowanie ich stosownymi sankcjami umownymi za nieprzestrzeganie, pozwoli wykonawcy odpowiednio oszacować swoje obowiązki a zarazem zrealizować Zamawiającemu cel postępowania.

Zamawiający na rozprawie starannie zaprezentował trudność w odpowiednim podaniu posiłku wymagającemu pacjentowi, jakim jest pacjent uzdrowiska – przykładowo dziecko ze wskazaniem do leczenia otyłości, czy alergii a także takie dziecko z wykazującym dbałość o dobro tego dziecka [a tym samym stosowne oczekiwania i relatywnie wysoką roszczeniowość co do sposobu podania posiłku] - rodzicem. Trafnie oddaje to spostrzeżenie wypowiedź Zamawiającego, zgodnie z którą „roszczeniowość pacjentów w leczeniu uzdrowiskowym jest nieporównywalnie większa niż w leczeniu szpitalnym”.

Ten element wpisuje się zresztą w aktualnie stawiane oczekiwania wobec sektora publicznego co do świadczenia usługi publicznej jako takiej [postulaty dotyczące funkcjonowania jednostek sfery publicznej w formule zarządzania przez cele, budowania satysfakcji odbiorcy usługi świadczonej przez sektor publiczny, postrzeganie odbiorcy usługi publicznej nie jako petenta czy interesanta ale jako „klienta”, interesariusza], a która ma być nie tylko świadczonym przymusowo przez Państwo zadaniem na jakimkolwiek poziomie, ale ma być wykonana dobrze, w wysokim standardzie jakościowym.

Zrozumiałym jest zatem, że Zamawiający, poddany nie tylko obowiązkowi realizacji zadania dla którego prowadzi swą działalność, ale także regułom rynkowym i niewątpliwej presji wykonania ciążącego na nim zadania w sposób zadowalający podmioty zewnętrzne: organ założycielski, instytucje przekazujące finansowanie jego działalności [Narodowy Fundusz Zdrowia], a także kontrolujące jego działalność w aspekcie higienicznym [Państwowa Inspekcja Sanitarna], i wreszcie odbiorców usług jakimi są wymagający i świadomi swoich uprawnień pacjenci i ich rodzice, podejmuje starania, by temu zadaniu sprostać.

To tym bardziej przemawia za rozważeniem, w miejsce postawionych bardzo wysokich – i jak się finalnie okazało, nie dających się spełnić Odwołującemu i przystępującemu po jego stronie wykonawcy – warunków w zakresie wiedzy i doświadczenia, ewentualnych wymagań odnoszących się do przedmiotu świadczenia lub kryterium jakościowego świadczenia usługi.

Takie kryterium jakościowe, które z uwagi na treść art. 91 ust. 3 ustawy [z wyjątkiem tzw. zamówień niepriorytetowych – art. 5 ust. 1 ustawy] nie może odnosić się do właściwości wykonawcy, a zatem także jego wiedzy i doświadczenia, może jednak z powodzeniem obejmować elementy jakościowe, związane ze świadczeniem usługi. Bogactwo instrumentów tego rodzaju jest na pewno duże, jak przykładowo jakość posiłku – zastosowanie do jego przygotowania ekologicznych produktów; estetyka jego podania [jako przykład może posłużyć wymaganie załączenia próbek produktów, przygotowanych zgodnie ze szczegółowym opisem asortymentu i wprowadzenie kryterium jakościowego, obejmującego np. smak i zapach; wygląd; sposób podania posiłków]; dostosowanie posiłku do potrzeb i oczekiwań dziecka [zastosowanie w zakresie podania posiłku elementów z odpowiednim przystrojeniem posiłku dla dziecka, jak np. jak zawarcie w rosoli marchewki w różnych kształtach; takie zestawienie i podanie często nie lubianych jarzyn, które zachęcą dzieci z otyłością do ich konsumpcji – przygotowanie ich w różnych kształtach; zastosowanie

kolorowych, postrzeganych jako zachęcające do jedzenia, naczyń] i wiele innych. Zamawiający broniąc postawionego przez siebie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wskazywał na prozaiczne, ale jakże istotne z punktu widzenia problemy ze świadczeniem tego rodzaju usługi, jak przykładowo niefrasobliwe posłużenie się przez pracownika wykonawcy tymi samymi sztucami [jedną chochlą] do podania zupy dla dzieci z odmiennymi wskazaniem medycznymi [dieta bezmleczna i dieta bezglutenowa], co natychmiast rodzi protest i serię skarg obserwujących taką sytuację rodziców. Tego rodzaju argument może jednak uzasadniać postawienie, jako kryterium pozacenowego oczekiwania złożenia, podlegającego ocenie, opracowanego przez wykonawcę zbioru dobrych praktyk podawania posiłku [albo takich zbiorów odrębnie dla pacjentów dorosłych, odrębnie dla dzieci], który, opisując inne niż uniwersalne, wynikające z wdrożenia odpowiednich certyfikatów, reguły czy nawet innowacyjne własne pomysły wykonawcy, pozwoli lepiej realizować zadanie [mogłoby nawet być wymagane jako baza dla opracowania przez Zamawiającego i wykonawcę regulaminu świadczenia takich usług, co wymusiłoby traktowanie tego rodzaju elementu oferty w sposób realny]. Wymagane aktualnie wiedza i doświadczenie, obejmujące świadczenie usług żywienia pacjentów w podmiotach uzdrowiskowych, a także żywienie dzieci, mogłoby – szczególnie w tych płaszczyznach wielokrotnie podkreślanych przez Zamawiającego – znaleźć odzwierciedlenie w bardziej adekwatnym, uwzględniającym elementy specyfiki działalności uzdrowiskowej, dedykowanej m.in. dla dzieci, opracowaniu przez wykonawcę takiego dokumentu.

Powyższe, hipotetyczne spostrzeżenia, z opisanych w części wstępnej względów, nie mogą jednak odnosić się ani do SIWZ, opracowanej na użytek tego postępowania, skoro winno ono zostać unieważnione, ani nie odnoszą wprost skutku do ewentualnego, przyszłego postępowania.

[4] w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności ekonomicznej i finansowej:

W pkt. 7. WYKAZ OŚWIADCZEŃ ppkt. 6 SIWZ Zamawiający postanowił, iż w zakresie warunku określonego w 6.2. Lp. 5 - Sytuacja ekonomiczna i finansowa, *Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca przedstawi: 1) informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy na kwotę minimum 1 000 000,00 zł, wystawionej nie wcześniej niż 3*

miesiące przed upływem terminu składania ofert, 2) opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia - co najmniej na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 2 000 000,00 zł na jedno i wszystkie zdarzenia z warunkiem automatycznego odnawiania sumy gwarancyjnej.

Odwołujący podniósł, że te postanowienia ogłoszenia oraz SIWZ są wadliwe, ograniczają uczciwą i swobodną konkurencję oraz preferują ograniczony krąg podmiotów kosztem pozostałych.

W odniesieniu do żądania informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej Odwołujący stwierdził, iż według obowiązującego *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane [Dz. U. z dnia 19 lutego 2013 r. poz. 213]* nie ma obecnie podstaw prawnych do żądania informacji z banku lub SKOK, w których Wykonawca posiada rachunek [por. § 1 ust. 1 pkt. 10 rozporządzenia]. Podobnie wymóg opłaconej polisy na jedno i wszystkie zdarzenia z warunkiem automatycznego odnawiania sumy gwarancyjnej rażąco narusza przepis § 1 ust. 1 pkt. 11 rozporządzenia w związku z art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o modyfikację postanowienia SIWZ i nadanie mu następującego brzmienia: *„W zakresie warunku określonego w 6.2. Lp. 5 - Sytuacja ekonomiczna i finansowa, Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca przedstawi: 1) informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy na kwotę minimum 1 000 000,00 zł, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, 2) opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia - co najmniej na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 2 000 000,00 zł.”*

Odwołujący cofnął powyższy zarzut, w związku z czym nie podlegał on rozpatrzeniu. Wcześniej, Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ i ogłoszenia, w sposób postulowany przez Odwołującego.

IV. ROZSTRZYGNIĘCIE O ŻĄDANIACH ODWOŁANIA:

Opisane wyżej naruszenia przepisów ustawy mają wpływ na wynik postępowania, o którym mowa w art. 192 ust. 2 ustawy.

Na obecnym etapie, wobec otwarcia ofert w przeddzień rozprawy mającej na celu rozpatrzenie zarzutów odwołania [w dniu 18 listopada 2013 r. o godz. 10.15], jedynym możliwym rozstrzygnięciem było nakazanie unieważnienia postępowania – zgodnie z wnioskiem odwołania postawionym w jego punkt 2. Nie ma bowiem możliwości na obecnym etapie naprawienie SIWZ, w sposób czyniący zadość postawionym zarzutom, które okazały się zasadne, skoro termin składania ofert nastąpił i nastąpiło złożenie ofert. Z oczywistych względów nie ma możliwości przedłużenia terminu składania ofert, w celu odpowiedniego wyeliminowania opisanych wyżej niedoskonałości SIWZ, skoro w oparciu o dotychczasowe brzmienie tego dokumentu dwaj wykonawcy złożyli swoje oferty, nastąpiło ujawnienie ich zawartości [w tym cen] i nie sposób tej czynności w sposób skuteczny, nie naruszający zasad postępowania o zamówienie publiczne [art. 7 ust. 1 i 3 ustawy] wyeliminować. Czynność otwarcia ofert jest czynnością jednorazową i ze swej natury nie podlegającą powtórzeniu. Tego rodzaju stanowisko jest konsekwentnie reprezentowane przez orzecznictwo i doktrynę. W tym zakresie linia orzecznicza Zespołów Arbitrów oraz Krajowej Izby Odwoławczej jest od wielu lat jednolita. Dla przykładu wskazać można orzeczenie Zespołu Arbitrów o sygn. akt UZP/ZO/0-411/07 oraz orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 października 2009 r. o sygn. akt KIO/UZP 1344/09, z dnia 16 lipca 2010 r. w spr. KIO/UZP 1291/10 oraz z dnia 4 kwietnia 2011 r. w sprawach KIO 619/11 i 620/11.

Powyższe, przy potwierdzeniu zasadności części stawianych wobec brzmienia SIWZ zarzutów, wyczerpuje podstawę do unieważnienia postępowania, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Niemożność powrócenia do etapu, kiedy oferty nie są jeszcze złożone, powoduje, że mamy do czynienia z nie dającą się usunąć wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Podkreślenia bowiem wymaga, że przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, wskazuje, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w sytuacji gdy postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia

publicznego. Podstawy unieważnienia umowy specyfikuje art. 146 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w sposób następujący: 1) zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki; 2) zamawiający nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej; 3) zawarto umowę z naruszeniem przepisów art. 94 ust. 1 albo art. 183 ust. 1, jeżeli uniemożliwiło to Izbie uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy; 4) zamawiający uniemożliwił składanie ofert orientacyjnych wykonawcom niedopuszczonym dotychczas do udziału w dynamicznym systemie zakupów lub uniemożliwił wykonawcom dopuszczonym do udziału w dynamicznym systemie zakupów złożenie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym w ramach tego systemu; 5) udzielono zamówienia na podstawie umowy ramowej przed upływem terminu określonego w art. 94 ust. 1, jeżeli nastąpiło naruszenie art. 101 ust. 1 pkt 2; 6) z naruszeniem przepisów ustawy zastosowano tryb zapytania o cenę.

Zaistnienie naruszenia przepisów postępowania, które skutkuje, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, obejmuje wskazane w art. 146 ust. 1 ustawy podstawy unieważnienia umowy ale także inne przyczyny, które prowadzą do skutku w postaci możliwości unieważnienia umowy – dotyczy to dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania, gdzie wyłączną legitymację do wystąpienia o unieważnienie umowy posiada Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 146 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych [tak też: wyrok KIO z 20 lipca 2010 r. w spr. KIO 1437/10, z dnia 21 września 2010 r. w spr. KIO/UZP 1945/10, z dnia 25 sierpnia 2010 r. w spr. KIO/UZP 1733/10].

W świetle powyższych okoliczności, postępowanie podlega unieważnieniu, co determinowało nakazanie Zamawiającemu unieważnienie postępowania, którego przedmiotem są *„Usługi przygotowywania i podawania posiłków dla Śląskiego Centrum Rehabilitacyjno-Uzdrowiskowego im dr. Adama Szebesty w Rabce-Zdroju sp. z o.o.”*, w oparciu o przywołany przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* [Dz.U. Nr 41 poz. 238].

Skład orzekający