

Sygn. akt: KIO 1019/16

**WYROK**  
z dnia 23 czerwca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 czerwca 2016 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **10 czerwca 2016 r.** przez wykonawcę **MJB Polska sp. z o.o. ul. Karola Szajnochy 11, 50-076 Wrocław; adres do korespondencji: ul. Karola Szajnochy 11 50-076 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Wrocław 2012 Sp. z o.o., al. Śląska 1, 54-118 Wrocław**

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu zmianę postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” w następujący sposób:**

- a) w dziale III pkt 7 SIWZ poprzez zmianę istniejących postanowień SIWZ przez dodanie na końcu nowego zdania: *„Dopuszcza się możliwość świadczenia usług bez wykorzystania wskazanych w zdaniu wcześniejszym pomieszczeń przy zachowaniu najwyższych standardów obowiązujących podczas obsługi klienta VIP oraz z uwzględnieniem obowiązku świadczenia usług przy zachowaniu przepisów sanitarnych, bhp i ppoż ”;*

b) w dziale VII pkt 2.1) SIWZ poprzez zmianę istniejących postanowień SIWZ na następujący: „Zamawiający stwierdzi, iż Wykonawca spełnił warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, jeśli w szczególności wykaże on, że:

1) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał:

co najmniej 16 (szesnaście) usług polegających na przygotowaniu i podawaniu przez kelnerów posiłków, w tym obiadu (minimum 2 ciepłe dania), każdorazowo dla minimum 400 osób, podczas bankietów odbywających się w trakcie imprez masowych\*, o wartości usługi nie mniejszej niż 45 000,00 zł (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych) netto każda, w tym co najmniej 10 (dziesięć) usług, o których mowa w zdaniu poprzednim, świadczonych podczas imprez masowych o charakterze sportowym

\* impreza masowa w rozumieniu ustawy o z dnia 20 marca 2009 roku o bezpieczeństwie imprez masowych (Dz. U. z 2009 roku, Nr 62, poz. 504, ze zm.)” .

2. kosztami postępowania obciąża Wrocław 2012 Sp. z o.o., al. Śląska 1, 54-118 Wrocław i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **MJB Polska sp. z o.o. ul. Karola Szajnochy 11, 50-076 Wrocław; adres do korespondencji: ul. Karola Szajnochy 11 50-076 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Wrocław 2012 Sp. z o.o., al. Śląska 1, 54-118 Wrocław na rzecz **MJB Polska sp. z o.o. ul. Karola Szajnochy 11, 50-076 Wrocław; adres do korespondencji: ul. Karola Szajnochy 11 50-076 Wrocław** kwotę w wysokości 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset 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 (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **we Wrocławiu**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Świadczenie usług cateringowych na Stadionie Miejskim we Wrocławiu.” (znak postępowania: WROCŁAW 2012 - 5/PN/2016), zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2016/S 104 - 186333 z 01.06.2016 r., przez Wrocław 2012 Sp. z o.o., al. Śląska 1, 54-118 Wrocław zwaną dalej: „Zamawiającym”. W tym samym dniu publikując na swojej stronie internetowej Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia zwaną dalej: „SIWZ”. W dniu 08.06.2016 r. Zamawiający udzielił z kolei odpowiedzi na pytanie 1 zamieszczając je także na swojej stronie internetowej.

W dniu 10.06.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) MJB Polska Sp. z o.o., ul. Karola Szajnochy 11, 50-076 Wrocław; adres do korespondencji: ul. Karola Szajnochy 11 50-076 Wrocław zwaną dalej: „MJB Polska Sp. z o.o.” albo „Odwołującym” wniosła odwołanie na postanowienia SIWZ. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 10.06.2016 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Zarzucił naruszenie:

a) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób naruszający zasadę równego traktowania niezapewniający uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

b) art. 29 ust. 2 Pzp poprzez dokonanie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, który utrudnia uczciwą konkurencję.

c) art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców uczestniczących w postępowaniu i prowadzenie postępowania w sposób ukierunkowany na wybór jednego wykonawcy będącego najemcą powierzchni na Stadionie Miejskim. Wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

a) dokonanie modyfikacji SIWZ w sposób dostosowujący ją do zgodności z Pzp poprzez odstąpienie od kryterium dysponowania zapleczem cateringowym na Stadionie Miejskim (Pkt III.7 SIWZ) i dopuszczenie możliwości świadczenia usług bez jego wykorzystania;

b) dokonanie modyfikacji SIWZ w sposób dostosowujący ją do zgodności z Pzp poprzez

dopuszczenie (Pkt VII.2.1)SIWZ) do udziału w postępowaniu Wykonawców niedysponujących doświadczeniem w obsłudze imprez masowych o charakterze meczów piłki nożnej ale mających doświadczenie w obsłudze imprez masowych o charakterze sportowym, bowiem rodzaj wydarzenia sportowego nie ma wpływu na jakość świadczonej usługi cateringowej.

Odnosnie – Działu III.7 SIWZ. Zgodnie z treścią działu III.7. SIWZ Wykonawca na własny koszt musi zapewnić, niezbędne dla prawidłowej realizacji zamówienia, pomieszczenia kuchni cateringowych, stref dostaw, zaplecza kuchennego, znajdujące się na poziomach 0, 1 i 3 Stadionu Miejskiego we Wrocławiu, należące do Konsorcjum w składzie:

1) Stadion Catering Sp. z o. o.

2) Industry Personnel Services Sp. z o. o.

3) J. N. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Nelson J. N.”. W ocenie

Odwołującego, wskazane kryterium narusza zasadę równego traktowania i nie zapewnia uczciwej konkurencji albowiem wspomniane konsorcjum jest aktualnie wykonawcą usług objętych przedmiotowym Zamówieniem, a co za tym idzie nie jest zainteresowane udostępnianiem najmowanych powierzchni pozostałym wykonawcom, którzy są podmiotami konkurencyjnymi wobec konsorcjum oraz ubiegają się o udzielenie zamówienia w niniejszym postępowaniu. Ponadto nawet gdyby konsorcjum wyraziło zgodę na podnajem zaplecza gastronomicznego istnieje duże prawdopodobieństwo, że warunki biznesowe podnajmu nie pozwoliłoby na złożenie innym wykonawcom, w tym Odwołującemu, konkurencyjnej oferty pozwalającej na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje, iż zarówno Odwołujący jak i inne podmioty zainteresowane uzyskaniem Zamówienia, dysponują potencjałem technicznym pozwalającym na świadczenie na Stadionie Miejskim usług cateringowych bez wykorzystania wspomnianego zaplecza przy zachowaniu wszystkich wymaganych standardów.

Odnosnie – Działu VII.2.1) SIWZ. Zgodnie z treścią działu VII.2.1.) SIWZ „Zamawiający stwierdzi, iż Wykonawca spełnił warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, jeśli w szczególności wykaże on, że:

1) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał:

co najmniej 16 (szesnaście) usług polegających na przygotowaniu i podawaniu przez kelnerów posiłków, w tym obiadu (minimum 2 ciepłe dania), każdorazowo dla minimum 400 osób, podczas bankietów odbywających się w trakcie imprez masowych\*, o wartości usługi nie mniejszej niż 45 000,00 zł (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych) netto każda, w tym co najmniej 10 (dziesięć) usług, o których mowa w zdaniu poprzednim, świadczonych podczas imprez masowych o charakterze meczów piłki nożnej

\* impreza masowa w rozumieniu ustawy o z dnia 20 marca 2009 roku o bezpieczeństwie

*impres masowych (Dz. U. z 2009 roku, Nr 62, poz. 504, ze zm.)*”. W ocenie Odwołującego wskazany opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu jest nieuzasadniony i narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania. Odwołujący oraz inni wykonawcy dysponują doświadczeniem w organizacji imprez masowych o charakterze sportowym oraz zapewnianiu tym imprezom obsługi cateringowej, przy czym dziedzina sportu w żaden sposób nie wpływa na zdolność do świadczenia usługi i jej jakość, a zatem opis wspomnianego kryterium nie jest niczym uzasadniony i winien być zmodyfikowany w sposób zapewniający uczciwą konkurencję. Podsumowując, w ocenie Odwołującego opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (w szczególności łącznie traktowane kryteria opisane w dziale III.7 i VII.2.1), zmierza do niedopuszczalnego ograniczenia kręgu podmiotów zdolnych do uzyskania zamówienia - do wykonawcy aktualnie świadczącego usługi cateringowe na Stadionie Miejskim we Wrocławiu. Podsumowując, argumentacja przytoczona w odwołaniu jednoznacznie wskazuje, iż Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji.

Zamawiający w dniu 13.06.2016 r. (umieszczając na stronie internetowej) wezwał wraz kopia odwołania, w trybie art. 185 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164) zwanej dalej: „Pzp”, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenia przystąpienia nie miały miejsca.

W dniu 20.06.2016 r. (e-mailem), a 21.06.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie w całości odwołania. Kopia odpowiedzi przekazana Zamawiającemu na posiedzeniu.

Ad. I. Zamawiający jest właścicielem Stadionu Miejskiego we Wrocławiu (dalej jako „Stadion”), obiektu, który powstał w związku z przyznaniem miastu Wrocław organizacji meczów grupowych w ramach turnieju Mistrzostw Europy w piłce nożnej UEFA EURO 2012™, a obecnie rozgrywane są tutaj mecze drużyny Śląsk Wrocław w ramach rozgrywek najwyższej ligi polskiej piłki nożnej, tj. Ekstraklasy i Pucharu Polski, podczas których świadczone są usługi gastronomiczne, zarówno w strefie publicznej, jak i w tzw. strefie VIP obejmującej Łoże biznesowe, jak również miejsca biznesowe w Biznes Klubie oraz w Klubie Diamentowym. Grupę docelową produktu jakim jest strefa VIP stanowią przedstawiciele najwyższego szczebla zarządzania, właściciele średnich i małych przedsiębiorstw, Dyrektorzy Zarządzający, Prezesi firm i korporacji. Są to osoby mające wysoki status społeczny, a co za tym idzie wymagające od oferowanych im produktów i usług najwyższych standardów jakościowych. Należy przy tym dodać, iż na Stadionie odbywają się również

mecze towarzyskie reprezentacji Polski, podczas których wśród klientów strefy VIP znajdują się najważniejsze osoby w kraju zarówno z branży sportowej, jak również ze sfery polityki oraz biznesu. Klienci VIP nabywają odpłatnie od Zamawiającego produkty wysoko marżowe oferowane w postaci tzw. pakietów Strefy VIP (średni koszt pakietu wynosi 600 zł netto za jeden mecz, za jedną osobę, a minimalny koszt wynajęcia Łoży VIP na jeden sezon piłkarski wynosi 178 000 zł netto). W ramach przedmiotowych pakietów klient VIP, w tym najemca Łoży VIP, ma prawo wstępu na mecze drużyny piłkarskiej Śląsk - Wrocław (średnio 19 meczów w ciągu roku) wraz z pełną usługą cateringu. Do każdej łóż przypisany jest kelner serwujący posiłki a"la carte wszystkim z 12 jej gości. Łączna liczba łóż wynosi 30, z czego 12 zlokalizowanych jest w najbardziej prestiżowej strefie - na trybunie głównej. Klient VIP jest najważniejszym klientem Zamawiającego z uwagi na fakt, iż generuje ok. 1/3 przychodu Wrocław 2012 sp z o.o. Stąd też został on objęty obsługą na najwyższym poziomie, porównywalną do 5-gwiazdkowych hoteli. Dotyczy to również świadczonych na rzecz owego klienta usług cateringowych, których specyfika polega m.in. na serwowaniu -dla minimum 400 osób - ciepłych posiłków przez 6-7 godzin non stop podczas meczu (tj. od otwarcia strefy VIP na dwie godziny przed meczem + dwie godziny w trakcie meczu, aż do zamknięcia strefy VIP - dwie godziny po meczu) lub innej imprezy, np. koncertu. Postanowienie SIWZ zawarte w dziale III pkt 7 SIWZ, mówiące o tym, iż wykonawca na własny koszt musi zapewnić, niezbędne dla prawidłowej realizacji zamówienia, pomieszczenia kuchni cateringowych, stref dostaw, zaplecza kuchennego, znajdujące się na poziomach 0, 1 i 3 Stadionu Miejskiego we Wrocławiu, należące do wskazanego tam konsorcjum wykonawców (dalej jako „Konsorcjum”), miało na celu zapewnienie możliwości świadczenia usług cateringowych na możliwie najwyższym poziomie - z uwagi na rangę klienta, o którym mowa powyżej - poprzez stworzenie warunków do przygotowywania posiłków na miejscu, na bieżąco, nie zaś serwowanie posiłków wcześniej przygotowanych, a następnie odgrzewanych, co miałoby niewątpliwy wpływ na obniżenie ich wartości. Odwołujący, twierdząc, iż dysponuje potencjałem technicznym pozwalającym na świadczenie na Stadionie, podczas imprez masowych, usług cateringowych przy zachowaniu wszystkich wymaganych standardów, bez wykorzystania zaplecza wynajmowanego przez Konsorcjum, zakłada przygotowywanie posiłków na zewnątrz budynku Stadionu, albowiem Stadion, poza wspomnianymi pomieszczeniami cateringowymi wynajmowanymi przez Konsorcjum, nie dysponuje żadnymi innymi - odpowiednio przystosowanymi zgodnie z przepisami sanitarnymi, bhp - pomieszczeniami, które można by adaptować na prowizoryczne zaplecze kuchenne. W związku z powyższym sformułował pytanie: w jaki sposób, jakimi ciągami komunikacyjnymi, posiłki te miałyby zostać dostarczone bezpośrednio do strefy VIP. Otóż na Stadionie znajdują się wyłącznie dwa takie ciągi komunikacyjne, z których każdy prowadzi przez pomieszczenia kuchni cateringowych wynajmowanych przez Konsorcjum:

- 1) pierwszy ciąg komunikacyjny to winda zlokalizowana na poziomie 0, którą wykonawca wjeżdża na poziom I i III bezpośrednio do strefy czystej kuchni cateringowych Konsorcjum, a następnie przez pomieszczenia tejże kuchni może się dostać bezpośrednio do strefy VIP na poziomie I i III
- 2) drugi ciąg komunikacyjny to winda zlokalizowana na poziomie 0, którą wykonawca wjeżdża na poziom I i III bezpośrednio do strefy brudnej kuchni cateringowych Konsorcjum, a następnie przez pomieszczenia tejże kuchni może się dostać bezpośrednio do strefy VIP na poziomie I i III

Obok wskazanych powyżej ciągów komunikacyjnych, na terenie Stadionu znajdują się jeszcze dwa inne ciągi prowadzące do strefy VIP, jednakże nie ma możliwości wykorzystania ich do transportu posiłków. Jeden z tych ciągów stanowi winda zlokalizowana na poziomie 0 tzw. strefy mediów zajmowanej w trakcie imprez przez dziennikarzy. Winda ta przeznaczona jest do wyłącznego użytku wspomnianych dziennikarzy obsługujących medialnie daną imprezę. W tym samym ciągu komunikacyjnym znajduje się druga winda, która w trakcie imprez masowych rusza z poziomu 0 i wykorzystywana jest do transportu osób na poziom VI, gdzie mieści się tzw. centrum dowodzenia zajmowane przez służby odpowiedzialne za bezpieczeństwo imprez masowych (policja, straż pożarna, służby medyczne etc). Przedmiotowa winda dedykowana jest wyłącznie dla osób z centrum dowodzenia, posiadających stosowną akredytację i wyłącznie te osoby mogą z niej skorzystać. Ostatni ciąg komunikacyjny prowadzący do pomieszczeń strefy VIP to, znajdujące się na poziomie 0, wejście główne przeznaczone wyłącznie dla gości strefy VIP, którym dostają się do Łóż VIP, Biznes Klubu oraz Klubu Diamentowego. Dodatkowo na esplanadzie Stadionu znajdują się wejścia do strefy VIP na poziomie I, jednakże są to wejścia ewakuacyjne, które w trakcie imprez masowych nie mogą być wykorzystywane do innych celów aniżeli ewakuacja osób w sytuacji zagrożenia. Ponadto, łączą one przestrzeń publiczną-w której przebywają pozostali uczestnicy imprezy masowej nie będący klientami VIP - z przestrzenią VIP bez żadnych pomieszczeń pośredniczących. Z uwagi na powyższe, nawet gdyby wykonawca usługi cateringowej miał możliwość przygotowania wszystkich potraw poza budynkiem Stadionu, nie będzie miał możliwości dostarczenia ich do strefy VIP w inny sposób jak tylko korzystając z ciągów komunikacyjnych prowadzących przez pomieszczenia kuchni cateringowych Konsorcjum lub krzyżując się z innymi uczestnikami imprezy masowej i lub dziennikarzami, co jest dla Zamawiającego jest nieakceptowane. Co więcej Konsorcjum nie ma zakazu podnajmowania owych pomieszczeń innym podmiotom, które w ten sposób mogą uzyskać możliwość wykonywania usługi cateringowej na Stadionie podczas imprez masowych. Z informacji uzyskanych od przedstawicieli Konsorcjum, wynika iż, dotychczas żaden z podmiotów nie zwrócił się z zapytaniem o warunki wykorzystania tych pomieszczeń. Podnoszony zatem przez Odwołującego zarzut, iż warunki biznesowe podnajmu nie



pozwołyby na złożenie innym wykonawcom konkurencyjnej oferty opiera się wyłącznie na założeniach i domysłach. Istotny również fakt, że w strefie VIP nie ma również pomieszczeń o charakterze magazynowym, gdzie wykonawca mógłby składować chociażby napoje, które stanowią również istotną część usługi cateringowej, czy przechować brudne naczynia zbierane na bieżąco w trakcie obsługi imprezy masowej. Niedopuszczalne jest też magazynowanie takich naczyń w strefie VIP, a tym bardziej w strefach z nią graniczących - czyli na widowni strefy publicznej. Dodatkowym argumentem przemawiającym za koniecznością wykorzystania zaplecza kuchennego należącego do Konsorcjum celem należytego wykonania usługi jest kwestia dostępu do toalet przez pracowników Wykonawcy.. W Klubie Biznesowym toalety takie znajdują się wyłącznie na terenie strefy zaplecza kuchennego i nie ma do nich dojścia innego, aniżeli przez tę strefę. Na III piętrze, tj. na poziomie łóż i Klubu Diamentowego, toalety personelu stanowią również element zaplecza wynajmowanego przez Konsorcjum.

Ad. II. Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w dziale VII pkt 2 ppkt 1 SIWZ, jest ściśle związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Nawiązuje on bezpośrednio do charakteru usług cateringowych świadczonych podczas imprez masowych organizowanych na Stadionie, a w szczególności imprez masowych o charakterze meczów piłki nożnej. Piłka nożna jest od wielu lat najpopularniejszą dyscypliną sportową w wielu krajach i posiada najbardziej rozbudowany system rozgrywek. Żadna też inna dyscyplina sportowa nie gromadzi tak wielu uczestników w jednym miejscu. Również strefy VIP w obiektach piłkarskich należą do najbardziej rozbudowanych przestrzeni. Strefa VIP wrocławskiego stadionu jest w stanie przyjąć jednorazowo 2025 osób, dla których Zamawiający musi mieć możliwość zapewnienia najwyższych standardów obsługi podczas imprez masowych, w tym w szczególności usługi cateringowej. Należy przy tym podkreślić, iż 90% przedmiotowych imprez stanowią mecze piłki nożnej. W odróżnieniu od innych obiektów sportowych, takich jak np. hale sportowe, w których organizowane są inne niż mecze piłki nożnej imprezy masowe o charakterze sportowym, stadiony dysponują o wiele większą powierzchnią, a co za tym idzie proporcjonalnie większą liczbą osób przebywających na nich w trakcie imprez - w tym również w strefach VIP - którym to osobom należy dostarczyć usługę cateringową na najwyższym poziomie. Posiłki serwowane w ramach świadczonych usług cateringowych przeznaczone są bowiem dla ściśle wybranej grupy klientów Zamawiającego, tj. dla tzw. klientów VIP, których charakterystykę przedstawiono w pkt I niniejszego pisma. Specyfika tej usługi to m.in. serwowanie dla minimum 400 osób ciepłych posiłków przez 6-7 godzin non stop podczas meczu (tj. od otwarcia strefy na dwie godziny przed meczem, dwie godziny w trakcie meczu aż do zamknięcia - na dwie godziny po meczu - przy czym klienci łóż VIP mogą pozostać w strefie znacznie dłużej). Niezależnie od powyższego, kluczowym

momentem świadczenia usługi jest piętnastominutowa przerwa, w trakcie której wszyscy klienci VIP wracają z trybun do stref VIP oczekując na dostarczenie posiłków bez żadnej zwłoki. Dlatego też wykonawca musi posiadać doświadczenie w świadczeniu usług cateringowych polegających na obsłudze na najwyższym poziomie dużej liczby osób w bardzo krótkim czasie (15 minut). Mając powyższe na uwadze, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w dziale VII pkt 2 ppkt 1 SIWZ, jest dla Zamawiającego kluczowy z punktu widzenia wykazania przez wykonawcę zdolności do należytego wykonania zamówienia, i nie narusza on zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji. Tym samym zarzut Odwołującego należy uznać za chybiony.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.**

Skład orzekający Izby ustalił że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał niewątpliwie na etapie postanowień SIWZ interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności postanowień SIWZ.

Izba dopuściła jako dowód w sprawie – złożony na rozprawie przez Odwołującego – wydruk ze strony internetowej – urzędnika do transportowania i przechowywania gorących posiłków na okoliczność istnienia urządzeń zapewniających wymaganą temperaturę i świeżość. Izba dopuściła także jako dowód w sprawie w postaci przesłuchania strony – P.Z. Odwołującego p. B. S. - na okoliczność istnienia na terenie Zamawiającego pomieszczeń pozwalających na magazynowanie oraz dotarcie do strefy VIP z ominięciem przestrzeni znajdujących się w gestii konsorcjum.

Izba dopuściła jako dowód w sprawie – złożone na rozprawie przez Zamawiającego – 7 zdjęć strefy VIP . Nadto, dopuszczono – załączone do odpowiedzi na odwołanie – cztery rzuty strefy VIP stadionu.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, odpowiedź na odwołanie, stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W tym zakresie, Izba przywołuje treść przywołanych w odwołaniu postanowień SIWZ. Odnosząc się do poszczególnych zagadnień w ramach rozpatrywania poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego - art. 29 ust. 2 Pzp poprzez dokonanie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, który utrudnia uczciwą konkurencję, Izba uwzględniła zarzut tak w zakresie działu III pkt 7 SIWZ, jak i działu VII pkt 2.1 SIWZ – uzasadnienie poniżej.

Względem zarzutu dotyczącego działu III pkt 7 SIWZ. W pierwszej kolejności Izba stwierdza, że Zamawiający podczas rozprawy nie przeczył, że na jego obiekcie odbywały się imprezy, w ramach których była świadczona usługa cateringowa z pominięciem pomieszczeń wynajętych przywołanemu w dziale III pkt 7 konsorcjum. Podnosił, przy tym, że nie miały one charakteru masowego, lecz charakter imprez zamkniętych – według oświadczenia Odwołującego złożonego na rozprawie (a nie zakwestionowanego przez Zamawiającego) – owe imprezy obejmowały od 300 do 1000 osób. Jednocześnie, Zamawiający nie przeczył, że strefa VIP wyłączona jest z regulacji dotyczących imprez masowych, zarazem wskazując, że pozostały obszar nie jest wyłączony, a przez ten obszar należy się przedostać.

W ocenie Izby, istnieje konieczność uwzględnienia zarzut w tym zakresie i nakazanie zmiany postanowień SIWZ zgodnie z sentencją, gdyż przedmiotem zamówienia nie są tylko imprezy masowe, zaś na samym obiekcie miały miejsca imprezy generujące udział nawet 1000 osób. W konsekwencji, nie można wykluczyć, że świadczenie usługi cateringowej dla ponad 2000 osób bez zaplecza kuchennego wynajętego przywołanemu w dziale III pkt 7 konsorcjum jest możliwe, skoro dla 1000 osób miało to miejsce, naturalnie z zastrzeżeniem wszystkich obostrzeń jak w sentencji. W tym zakresie należy wskazać także ponownie na wyłączenie strefy VIP z regulacji dotyczących imprez masowych, co obie strony zgodnie

przyznały na rozprawie. Izba także wzięła pod uwagę, złożone jako dowód przez Zamawiającego zdjęcia, które dowodzą, że znaczna, jeśli nie cała żywność serwowana (szwedzki stół) w strefie VIP nie jest przygotowana na miejscu, lecz pochodzi bezsprzecznie z zewnątrz. Naturalnie, istnieje konieczność zapewnienia odpowiedniego miejsca na przechowywanie i zapewnienie odpowiedniej jakości. Istnieją w tym zakresie odpowiednie urządzenia (ich przykłady były widoczne chociażby na złożonych przez Zamawiającego zdjęciach, na co wskazywał także P.Z. Odwołującego w ramach przeprowadzonego dowodu z przesłuchania strony, jak i w potwierdzał to dowód - wydruk ze strony internetowej – urządzenia do transportowania i przechowywania gorących). Zaś tak napoje, jak i brudne naczynia mogą być przechowywane na obiekcie – skoro były organizowane imprezy na 1000 osób i problem ten został rozwiązany. Przedstawione zdjęcia przez Zamawiającego także w tym zakresie nasuwają pewne rozwiązania – w zakresie tymczasowego magazynowania - biorąc pod uwagę rozmiary stołów i obszary zakryte przez wykorzystane na stołach obrusy do ziemi. Sama zaś żywność, niewątpliwie może być dostarczona ze stosownym wyprzedzeniem, tak aby nie blokować ciągów komunikacyjnych przywołanych przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. Naturalnie istnieje konieczność zachowania stosownych przepisów, stąd odpowiednie zastrzeżenie w nakazanej zmianie postanowień SIWZ zawartej w sentencji.

Izba dodatkowo wskazuje, że uwzględniając zarzut w tym zakresie kierował się koniecznością zapewnienia realnej konkurencji i równego traktowania oraz zapewnienia dostępu dla innych wykonawców, jak i zapewnienia rzeczywistej, a nie hipotetycznej alternatywy rynkowej w realizacji zamówienia. W tym zakresie, Izba uznała za uzasadnione wszystkie argumenty i okoliczności wskazywane na rozprawie przez Odwołującego. Należy także podkreślić, że wzór umowy nie przewidywał obowiązku realizacji zamówienia, tj. przygotowywania żywności na miejscu. Kwestia łóż, z kolei winna być zrealizowana także w zgodzie z wymaganiami wynikającymi z nakazanej zmiany. Zamawiający w tym zakresie posiada atrybuty weryfikacyjne. Przyjęcie nowych postanowień SIWZ pozwoli na ewentualną weryfikację w praktyce zapewnień Odwołującego, może także pozytywnie wpłynąć na cennik przywołanego w dziale III pkt 7 konsorcjum.

Względem zarzutu dotyczącego działu VII pkt 2.1) SIWZ. W ocenie Izby, sformułowany w tym zakresie przez Zamawiającego pierwotny wymóg był przesadny i w zupełności wystarczy rozwiązanie nakazane w sentencji. Mecze piłki nożnej niewątpliwie mieszczą się w imprezach masowych o charakterze sportowym. Przy czym, Izba wskazuje, że porównywalnymi do meczy piłki nożnej imprezami masowymi o charakterze sportowym mogą być przykładowo zawody lekkoatletyczne organizowane na stadionach. Podnoszona, jako koronny argument przez Zamawiającego kwestia 15 minutowej przerwy, nie znajduje,

w ocenie Izby, uznania albowiem wszystkie gry zespołowe przewidują przerwy w grze, podczas których wydawane są posiłki.

Kwestia postanowień działu XVII SIWZ nie była objęta zakresem zarzutu zawartego w odwołaniu stąd, Izba uznaje w tym zakresie stanowisko Odwołującego z rozprawy za spóźnione i nie podlegające rozpoznaniu z uwagi na art. 192 ust. 7 Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W konsekwencji wobec naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp, doszło także do naruszeniu przez Zamawiającego – art. 7 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób naruszający zasadę równego traktowania niezapewniający uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców uczestniczących w postępowaniu i prowadzenie postępowania w sposób ukierunkowany na wybór jednego wykonawcy będącego najemcą powierzchni na Stadionie Miejskim.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b 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 rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

**Przewodniczący:**

.....