

WYROK
z dnia 17 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 stycznia 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia 2014 r. przez **Odwołującego** – Impel Catering „Company” sp. z o. o. sp. k., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Uzdrowisko Kołobrzeg S.A., ul. ks. Piotra Ściegiennego 1, 78-100 Kołobrzeg

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** - Impel Catering „Company” sp. z o. o. sp. k., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - Impel Catering „Company” sp. z o. o. sp. k., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Odwołującego** - Impel Catering „Company” sp. z o. o. sp. k., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław, na rzecz **Zamawiającego** - Uzdrowisko Kołobrzeg S.A., ul. ks. Piotra Ściegiennego 1, 78-100 Kołobrzeg, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*świadczenie usług w zakresie żywienia całodobowego osób przebywających w Szpitalu Uzdrawiskowym MUSZELKA w Kołobrzegu przez okres 3 lat*”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 7 listopada 2013 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2013/S 216-376165.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec zmiany ogłoszenia o zamówieniu i postanowień SIWZ, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów: 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy formułowaniu w ogłoszeniu oraz w SIWZ kryterium oceny ofert, 2) art. 91 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe ustalenie przez Zamawiającego kryterium oceny ofert w zakresie oceny doświadczenia wykonawcy mimo zakazu ustalania kryteriów oceny ofert w odniesieniu do właściwości wykonawcy. W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany kwestionowanych przez Odwołującego postanowień ogłoszenia oraz SIWZ poprzez usunięcie podkryterium „Doświadczenie” 10% oraz utrzymanie dotychczas obowiązujących kryteriów oceny ofert.

W ocenie Odwołującego, zmienione postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ w odniesieniu do pkt. 7 pisma Zamawiającego, w zakresie wprowadzenia nowego podkryterium, dotyczącego doświadczenia - m.in. w pkt. XVI SIWZ, są wadliwe, gdyż ograniczają uczciwą i swobodną konkurencję oraz preferują ograniczony krąg wykonawców kosztem pozostałych. Odwołujący wyjaśnił, że przed dokonaniem zmiany ogłoszenia i SIWZ kryteria oceny ofert były następujące: cena - 70 %, dysponowanie kuchnią zapasową – 10%, jakość świadczonej usługi - 20 %. Zaś po dokonaniu zmiany, kryteria kształtowały się w sposób następujący: cena - 70 %, dysponowanie kuchnią zapasową - 5%, jakość świadczonej usługi - 15%, doświadczenie – 10%.

Odwołujący stwierdza, że wprowadzone przez Zamawiającego nowe podkryterium oceny ofert, dotyczące doświadczenia wykonawcy, rażąco narusza przepis art. 91 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, bowiem kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie może stosować dowolnych kryteriów oceny ofert, lecz tylko

takie, które dotyczą oferowanej usługi, dostawy lub roboty budowlanej. Kryterium oceny ofert musi dotyczyć właściwości oferowanego przedmiotu świadczenia lub też warunków jego spełnienia (uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 sierpnia 2011 r. - sygn. akt KIO/KD 65/11). Odwołujący stoi na stanowisku, że Zamawiający zobowiązany jest do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania i zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

W konsekwencji Odwołujący stwierdza, iż zasada równego traktowania wykonawców oraz zasada zachowania uczciwej konkurencji oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu przez Zamawiającego jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem XVI SIWZ przy wyborze oceny ofert Zamawiający będzie kierował się następującymi kryteriami oceny ofert, przypisując im wskazaną wagę: cena - 70 %, dysponowanie kuchnią zapasową – 10%, jakość świadczonej usługi - 20 %. W dniu 23 grudnia 2013 r. Zamawiający dokonał zmiany w tym przedmiocie, komunikując o zmianie ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 533378 – 2013 i informując wykonawców o modyfikacji SIWZ. Ostatecznie Zamawiający ustalił następujące kryteria oceny ofert i ich znaczenie: cena - 70 %, dysponowanie kuchnią zapasową - 5%, jakość świadczonej usługi - 15%, doświadczenie – 10% (rozdział XVI SIWZ). Zamawiający jednocześnie zastrzegł, że *„ocenie podlegać będzie doświadczenie wykonawcy w świadczeniu usług polegających na żywieniu kuracjuszy w obiektach uzdrowiskowych świadczących usługi dla pacjentów krajowych i zagranicznych na pobytach pełnopłatnych i finansowanych z NFZ, przy czym ocenie podlegać będą usługi spełniające łącznie następujące warunki: wartość części zrealizowanej na dzień składania ofert jest nie niższa niż 1.500.000,00 zł netto oraz obejmujące żywienie w obiektach dysponujących bazą noclegową na min. 80 miejsc. W przypadku usług trwających ocenie podlegać będą wyłącznie usługi świadczone przez min. 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Za każdą wykazaną i należycie wykonaną bądź wykonywaną usługę, świadczoną w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, wykonawca otrzyma 10 pkt. Podstawę oceny stanowić będzie załącznik nr 11 do siwz oraz dowody, iż usługi zostały wykonane bądź są wykonywane należycie.”*

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż lektura odwołania prowadzi do wniosku, iż Odwołujący kwestionuje jedynie kryterium doświadczenia i to w zakresie ustalenia przez Zamawiającego tego rodzaju kryterium a nie sposobu jego oceny. Wskazywane przez Zamawiającego wątpliwości co do zakresu odwołania w istocie mogły się pojawić, zważywszy na treść części pierwszej odwołania, ale analiza całości odwołania prowadzi do wniosku, że przytoczenie przez Odwołującego postanowień SIWZ odnośnie wszystkich kryteriów oceny ofert należy traktować jedynie jako nakreślenie przez Odwołującego stanu faktycznego w odniesieniu do wszystkich kryteriów oceny ofert, w tym do kwestionowanego.

Przechodząc do oceny zarzutów podniesionych w odwołaniu wskazać należy, że istotnie, ustawodawca w art. 91 ust. 2 ustawy Pzp ograniczył swobodę kształtowania kryteriów oceny ofert do ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia. Rację ma również Odwołujący, że co do zasady kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej (art. 91 ust. 3 ustawy Pzp). Odwołujący pominął jednak, że od powyższej zasady ustawodawca wprowadził wyjątek. Zgodnie bowiem z treścią przepisu art. 5 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowań o udzielenie zamówień, których przedmiotem są usługi o charakterze niepriorytetowym nie stosuje się przepisów ustawy dotyczących terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub terminów składania ofert, obowiązku żądania wadium, obowiązku żądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zakazu ustalania kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy oraz przesłanek wyboru trybu negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego oraz licytacji elektronicznej.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, iż dla prawidłowego rozstrzygnięcia przedmiotowego sporu niezbędne jest ustalenie, jaki charakter mają usługi stanowiące przedmiot zamówienia. Wprowadzenie podziału na usługi priorytetowe i niepriorytetowe łączy się z możliwością zastosowania łagodniejszego reżimu udzielania zamówienia publicznego względem tych drugich. Katalog usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym został określony w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym (Dz. U. Nr 12, poz. 68). Zgodnie z załącznikiem nr 2 do przedmiotowego rozporządzenia do tego rodzaju usług zalicza się: usługi hotelarskie i restauracyjne, usługi transportu kolejowego, usługi transportu wodnego, dodatkowe i pomocnicze usługi transportowe, usługi prawnicze, usługi rekrutacji i pozyskiwania personelu, usługi detektywistyczne i bezpieczeństwa, z wyjątkiem usług samochodów opancerzonych, usługi edukacyjne i szkoleniowe, usługi społeczne i zdrowotne, usługi rekreacyjne, kulturalne i

sportowe oraz inne usługi. Usługi hotelarskie i restauracyjne objęte są jednym działem Wspólnego Słownika Zamówień (55000000-0). Usługi hotelarskie objęte są jedną grupą - CPV 55100000-1, do której - obok usług świadczonych przez hotele - zaliczono także usługi pól kempingowych, schronisk młodzieżowych, ośrodków i domów wypoczynkowych, obozowisk dla dzieci. Usługi restauracyjne objęte są kolejną grupą CPV (55300000-3) - "*usługi restauracyjne i dotyczące wydawania posiłków*". Do tego typu usług Wspólny Słownik Zamówień - obok usług przygotowywania posiłków (55321000-6), gotowania posiłków (55322000-3), podawania posiłków (55320000-9), usług bufetowych i kawiarnianych (55511000-5) - zalicza także usługi w zakresie zaprowiantowania przedsiębiorstw i instytucji (55523000-2). Należy więc przyjąć, że lżejszemu reżimowi przewidzianemu w art. 5 ustawy Pzp poddane będą często występujące zamówienia na usługi zaprowiantowania (catering) szkół, szpitali czy zakładów produkcyjnych (posiłki profilaktyczne, zarówno w przypadku dowożenia gotowych posiłków, jak i ich przygotowywania u zamawiającego).

W ocenie Izby, nie budzi wątpliwości, że świadczenie usług żywienia w obiekcie, będących przedmiotem zamówienia, należy do usług o charakterze niepriorytetowym. Oceny tej nie zmienia powoływane przez Odwołującego postanowienie SIWZ, zgodnie z którym w indywidualnych przypadkach na zlecenie lekarza lub pielęgniarki dostawa posiłków będzie następowała do pokoi kuracyjnych przy udziale pielęgniarki. Kwestionowane postanowienie nie wpływa bowiem na charakter usługi, wręcz przeciwnie, odnosząc się jedynie do sposobu podawania posiłków w incydentalnych przypadkach, mieści się w zakresie zaprowiantowania przedsiębiorstw i instytucji. Zakwalifikowanie zaś przedmiotu zamówienia do usług o charakterze niepriorytetowym powoduje, że ograniczenia wynikające z przepisu art. 92 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, w świetle przepisu art. 5 ust. 1 ustawy Pzp, nie mają zastosowania, tym samym zarzut naruszenia ww. przepisów należy uznać za chybiony.

W tym miejscu podkreślenia wymaga, że o charakterze usługi rozstrzygają przepisy prawa. Doniosłości prawnej, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie należy zaś przypisywać faktowi powołania się czy też zaniechania wskazania w treści SIWZ określonych regulacji ustawy Pzp. Z pewnością z postanowienia, że postępowanie prowadzone jest w trybie przepisu art. 10 ust. 1 ustawy Pzp nie można wnioskować, że postępowanie nie dotyczy usług niepriorytetowych. Rzeczony przepis określa bowiem podstawowe tryby udzielania zamówienia i jego powołanie w treści SIWZ wskazuje jedynie wykonawcom, że zamówienie będzie udzielone w trybie podstawowym. Zaś brak powołania się przez Zamawiającego na przepis art. 5 ust. 1 ustawy Pzp nie niweczy możliwości zastosowania lżejszego reżimu udzielenia zamówienia publicznego, bowiem u podstaw zastosowania powołanego przepisu leży ów podział na usługi priorytetowe i niepriorytetowe. Analiza przedmiotu zamówienia i

określenie przez Zamawiającego terminu składania ofert winny doprowadzić Odwołującego do odpowiednich wniosków co do charakteru usługi będącej przedmiotem zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego, iż wprowadzenie kryterium doświadczenia prowadzi do obejścia nakazu, wynikającego z sentencji orzeczenia Izby w sprawie o sygn. akt: KIO 2681/13 stwierdzić należy, że Odwołujący nie uczynił wskazanej okoliczności przedmiotem odwołania, co uniemożliwia Izbie orzekanie w tym przedmiocie (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp).

Niezależnie jednak od powyższego, na marginesie należy jedynie wskazać, że zarzut ten nie mógłby się spotkać z aprobatą Izby z dwóch powodów. Po pierwsze, możliwość ustalenia kryteriów oceny ofert w przypadku usług niepriorytetowych jednoznacznie przesądza o uprawnieniu Zamawiającego do ustalenia kryterium oceny ofert w postaci doświadczenia. Po drugie, brak zakwestionowania ze strony Odwołującego sposobu oceny tego kryterium nie daje podstaw do podjęcia rozstrzygnięcia w tym zakresie.

W ocenie Izby, za nieudowodniony należy uznać zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący czyniąc zarzut, że Zamawiający nie stosuje jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w podobnej lub tej samej sytuacji w żaden sposób tego nie wykazał. Podobnie należy ocenić twierdzenia Odwołującego o fakcie uprzywilejowania niektórych wykonawców. Dla dokonania rozstrzygnięcia w przedmiotowym zakresie niezbędne byłoby wykazanie powyższego na tle sposobu oceny w ramach kryterium doświadczenia. Tymczasem owego sposobu oceny Odwołujący nie uczynił nawet przedmiotem rozważań. Słusznie zatem wywodzi Zamawiający, że Odwołujący w tym zakresie ciężaru dowodu nie udźwignął (art. 6 k.c.).

Znamienne jest również, że niezależnie, iż okoliczność, na którą powołał się Odwołujący o rzekomym uniemożliwieniu mu udziału w niniejszym postępowaniu nie została wykazana, to została podniesiona jedynie dla uzasadnienia posiadania legitymacji czynnej do wniesienia odwołania (art. 179 ust. 1 ustawy Pzp).

Reasumując stwierdzić należy, że uszło uwadze Odwołującego, iż przedmiotem zamówienia jest usługa o charakterze niepriorytetowym, a co za tym idzie, odpada obowiązek stosowania przepisów, z których wynika nakaz ustalenia kryteriów oceny ofert jedynie w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Wykazanie zaś naruszenia określonych przepisów wymaga podjęcia skutecznej inicjatywy dowodowej, zaś brak jakichkolwiek działań w tym zakresie nie może prowadzić do pozytywnego rozstrzygnięcia, a zatem zarzut naruszenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nie zasługiwał na uwzględnienie.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł.

Przewodniczący: