

Sygn. akt: KIO 1611/11

**WYROK**  
**z dnia 10 sierpnia 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **9 sierpnia 2011 r.** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lipca 2011 r. przez **Odwołującego** - Impel Catering Sp. z o.o., Ślężna 118, 53-111 Wrocław, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Mazowiecki Szpital Wojewódzki w Siedlcach Sp. z o.o., ul. Poniatowskiego 26, 08-110 Siedlce,

przy udziale **Wykonawcy** - Vendi Servis Sp. z o.o., ul. Sowizdrzała 3, 03-610 Warszawa, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie;**

**2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego** - Impel Catering Sp. z o.o., 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 Sp. z o.o., Ślężna 118, 53-111 Wrocław, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Odwolującego** - Impel Catering Sp. z o.o., Ślężna 118, 53-111 Wrocław, na rzecz **Zamawiającego** - Mazowiecki Szpital Wojewódzki w Siedlcach Sp. z o.o., ul. Poniatowskiego 26, 08-110 Siedlce, 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 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Siedlcach**.

**Przewodniczący:** .....

**Uzasadnienie**

Odwołanie zostało wniesione przez Impel Catering sp. z o. O. Z Wrocławia w postępowaniu o zamówienie publiczne prowadzonym przez Zamawiającego - „Mazowiecki Szpital Wojewódzki” w Siedlcach spółka z ograniczoną odpowiedzialnością na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze. Zm.) [dalej ustawa Pzp], którego przedmiotem jest „Kompleksowe usługi żywienia pacjentów hospitalizowanych w niepublicznym zakładzie opieki zdrowotnej przedsiębiorcy „Mazowiecki Szpital Wojewódzki w Siedlcach” sp. z o.O.”. Wnoszący odwołanie wykonawca zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy ocenie złożonych ofert i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, art. 24 ust 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp w związku art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - poprzez zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy oraz odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp, art. 26 ust 2 b ustawy Pzp poprzez przyjęcie przez Zamawiającego, iż wybrany wykonawca udowodnił, iż dysponuje zobowiązaniem innego podmiotu do posługiwania się jego potencjałem w zakresie doświadczenia, a także art. 8 ust 1 i 2 w związku art. 96 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia przez Zamawiającego postępowania wyjaśniającego czy zastrzeżenie oferty było zasadne, do czego Zamawiający był zobligowany zgodnie z ostatnią uchwałą Sądu Najwyższego oraz poprzez zaniechanie ujawnienia informacji niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa wybranego wykonawcy - np. jadłospisów, oraz przepisu § 6 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uznanie, iż wybrany wykonawca złożył dokumenty dotyczące podmiotów udostępniających mu zasób w formie zgodnej z ww. rozporządzeniem, podczas gdy złożone dokumenty nie odpowiadają wymaganiom dotyczącym poświadczania za zgodność z oryginałem dokumentów dotyczących tych podmiotów. Wskazując na powyższe wniósł o nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności wyboru oferty wykonawcy - Vendi Servis z siedzibą w Warszawie, odtajnienia oferty wykonawcy - Vendi Servis, wykluczenia wykonawcy - Vendi Servis na podst. art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy prawo zamówień publicznych oraz odrzucenie jej oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 5 ustawy PZP oraz nakazanie dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród ofert ważnych, albo uchylenia czynności wyboru oferty wykonawcy - Vendi Servis, zastosowanie art. 26 ust 3 ustawy Pzp. Wskazane zarzuty są związane z warunkiem określonym w pkt VIII podpunkt 1 siwz, zgodnie, z którym wykonawcy zobowiązani byli wykazać należyte wykonanie w ciągu ostatnich trzech lat przed terminem składania ofert w niniejszym postępowaniu lub dalsze wykonywanie: (1) co najmniej dwóch zamówień na dostarczanie posiłków do szpitala (kompleksowe żywienie pacjentów), prowadząc kuchnię w obiekcie szpitala, wraz z obowiązkiem zabezpieczenia systemu dystrybucji posiłków, gdzie średnia dzienna liczba wydanych

posiłków w okresie dowolnie wybranych kolejnych dwunastu miesięcy była nie mniejsza niż 350, a wartość wykonanego w tym okresie zamówienia nie mogła być mniejsza niż 1 500 000,00 zł oraz, (2) co najmniej jednego zamówienia na dostarczanie posiłków do szpitala (kompleksowe żywienie pacjentów) z kuchni zewnętrznej, wraz z obowiązkiem zabezpieczenia systemu dystrybucji posiłków, gdzie średnia dzienna liczba wydanych posiłków w okresie dowolnie wybranych kolejnych trzech miesięcy była nie mniejsza niż 350. Odwołujący stwierdził, że wykonawca - Vendi Servis nie dysponując niezbędnym doświadczeniem oparł się na potencjale firmy In-Pak sp. z o. o. z Lublina, na podstawie zobowiązania do udostępnienia wiedzy i doświadczenia z dnia 18 lipca br. Przedmiotowe oświadczenie nie odpowiada wymogom określonym w art. 26 ust 2 b ustawy Pzp, nie udowadnia bowiem że firma In - Pak sp. z o. o. udzieliła zgody na posługiwanie się referencjami tejże firmy przez wybranego wykonawcę. Zgodnie z oświadczeniem In-Pak sp. z o. o. „Wiedzę i doświadczenie udostępnimy firmie Verdi Servis Sp. z o. o. w postaci świadczenia usług doradczych." W zobowiązaniu zatem wskazano tylko jedno pole współpracy pomiędzy wybranym wykonawcą a In-Pak sp. z o. o. i tym samym firma In-Pak sp. z o. o. zgodziła się świadczyć na rzecz wybranego wykonawcy usługi podwykonawcze w ramach zamówienia w postaci usług doradczych co do realizacji usług, nie zgodziła się zaś na inne formy współpracy, np. poprzez zgodę na wykorzystanie potencjału czy doświadczenia tejże firmy na etapie składania oferty. Wskazując na art. 26 ust 2 b ustawy Pzp stwierdził, że oświadczenie In-Pak sp. z o.o. zawiera zobowiązanie firmy In-Pak sp. z o.o. do doradzania w bliżej niesprecyzowanym zakresie na rzecz wybranego wykonawcy w trakcie trwania ewentualnej umowy z Zamawiającym, czyli do świadczenia usługi na rzecz wybranego wykonawcy i zaangażowania się In-Pak sp. z o. o. w realizację części zamówienia obok wybranego wykonawcy. Podkreślił także, że zobowiązane z dnia 18 lipca br. nie zawiera zgody na inne formy współpracy i nie definiuje innych stosunków prawnych pomiędzy wybranym wykonawcą a In-Pak sp. z o. o. Zdaniem wykonawcy z pisma tego nie wynika uprawnienie wybranego wykonawcy do posługiwania się doświadczeniem firmy In-Pak przy wykazaniu przez Vendi Servis sp. z o. o. spełnienia warunków udziału w postępowaniu w postaci doświadczenia w realizacji usług o zakresie wskazanym w siwz. Tym samym wszystkie wykorzystane przez wybranego wykonawcę referencje In-Pak nie mogą być brane pod uwagę przez Zamawiającego przy ocenie doświadczenia wybranego wykonawcy - pozycje 5-9 wykazu oraz referencja nieujęta w wykazie, wystawiona przez ZOZ MSWiA w Lublinie. Odwołujący wskazując także na pkt VIII podpunkt 3 siwz stwierdził także, że Zamawiający żądał od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w pkt. IX. 1.2 i 3. Żaden z tych dokumentów - poza odpisem z KRS firmy In-Pak - nie został do oferty wybranego wykonawcy dołączony. Tym samym brak jest podstaw do stwierdzenia przez Zamawiającego, iż oferta wybranego wykonawcy zawiera wszystkie dokumenty niezbędne do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i do dokonania wyboru oferty takiego wykonawcy jako najkorzystniejszej. Podał także, że referencje firmy In-Pak sp. z o. o., które zostały w ofercie wybranego wykonawcy załączone w postaci kopii potwierdzonych za zgodność przez

wybranego wykonawcę, należą do kategorii dokumentów „dotyczących podmiotów trzecich”, udostępniających zasoby wykonawcy w rozumieniu § 6 ust 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Ustawodawca za dopuszczalną formę przedkładania tego typu dokumentów uznał kopię poświadczoną „zgodność z oryginałem przez podmiot udostępniający”. Wskazując na orzecznictwo KIO wykonawca stwierdził, że za niedopuszczalne należy uznać poświadczanie takich dokumentu przez samego wykonawcę, jeżeli nie został on do tego wyraźnie upoważniony. Jego zdaniem firma In-Pak zgodziła się na udostępnienie swoich referencji, jednakże wybrany wykonawca nie był upoważniony do potwierdzania za zgodność kopii tych referencji, jako że nie wykazał w ofercie ku temu stosownego pełnomocnictwa. Odwołujący stwierdził także, że wybrany wykonawca zawarł w swojej ofercie nieprawdziwe informacje, co do swojego doświadczenia, w celu wykazania spełniania przez siebie warunków udziału, co stanowi samodzielną podstawę do wykluczenia go z postępowania oraz jednocześnie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji wobec pozostałych uczestników postępowania. I tak w pozycji 1-3 wykazu wykonanych prac, wybrany wykonawca zawarł dane, iż z Wojewódzkim Szpitalem Bródnowskim łączyły go trzy kolejno zawarte umowy, tj. od 24 maja 2008 r. do 23 maja 2009 r., od 24 maja 2009 r. do 23 maja 2010 r., oraz od 24 maja 2010 r. do 23 maja 2011 r. Tymczasem dołączona do oferty referencja wystawiona przez Szpital Bródnowski w dniu 8 lutego 2010 r. przeczy danym podawanym przez wybranego wykonawcę w sposób istotny. Po pierwsze Szpital zaprzecza aby zawierał z wybranym wykonawcą więcej niż jedną umowę. Referencja potwierdza, że została zawarta jedna umowa od dnia 21 listopada 2008 r., na okres 5 lat. Po drugie data wystawienia referencji (8 lutego 2010 r.) wskazuje, iż tylko do tego okresu można twierdzić, iż usługa została prawidłowo wykonana, co przy uwzględnieniu daty ogłoszenia przetargu przez Zamawiającego (maj 2011 r.), powoduje że w okresie ostatnich trzech lat mieszczą się wyłącznie miesiące od listopada 2008 r. (a nie jak próbuje w wykazie niezgodnie z prawdą oświadczyć wybrany wykonawca od maja 2008 r.) do lutego 2010 r. (data wystawienia referencji). Próba „podzielenia” zamówienia przez wybranego wykonawcę w celu „wykazania” się większą liczbą referencji jest oczywistym podaniem nieprawdy w ofercie. Wskazał także, że w wyniku podziału wykonawca wykazał, że świadczył trzy kolejne umowy na okres 11 miesięcy i 30 dni, nie zaś przez okres 12 kolejnych miesięcy. Zasady obliczania terminów określa art. 112 kodeksu cywilnego, zgodnie z którym „Termin oznaczony w tygodniach, miesiącach lub latach kończy się z upływem dnia, który nazwą lub datą odpowiada początkowemu dniowi terminu, a gdyby takiego dnia w ostatnim miesiącu nie było - w ostatnim dniu tego miesiąca.” Zatem skoro termin w niniejszym przypadku liczymy w miesiącach i w latach, a początkiem okresu jest dzień 24 danego miesiąca, to pełny miesiąc upływa 24 kolejnego miesiąca (nie 23), zaś koniec roku upływa 24 dnia miesiąca tożsamego z miesiącem początkowym w kolejnym roku. Wykazana pod pozycją nr 4 praca na rzecz Centralnego Szpitala Klinicznego MSWiA w Warszawie została potwierdzona referencją, co do prawidłowości wykonania, na dzień 4 lutego 2011 r. Dodatkowo w treści referencji wskazano, iż

dystrybucja posiłków nie odbywa się do wszystkich pacjentów, więc powstaje wątpliwość, czy został spełniony warunek co do liczby pacjentów. Odwołujący wskazał także, że również bezprawnie użyte referencje firmy In-Pak sp. z o. o. nie odpowiadają wymogom siwz, Wybrany wykonawca usługi wskazane w pozycjach 6-8 podzielił na odrębne zamówienia wbrew zapisom referencji - z tym samym błędem, co do rocznego czasu ich trwania, jak wykazano w pkt IV wyżej. Usługa na rzecz ZOZ w Ostrołęce nie potwierdza wartości umowy przez kolejne 12 miesięcy na poziomie 1.500.000,00 zł. Zgodnie z ogłoszeniem o wyborze wykonawcy (dane znane z urzędu) czas trwania umowy to 58 miesięcy, co przy podanej wartości 7.200.000,00 zł daje wartość 1.489,655,17 zł dla kolejnych 12 miesięcy. Usługa realizowana na rzecz Szpitala w Chełmie została zawarta w 1 sierpnia 2010 r., nie spełnia zatem wymagań, co do czasu trwania.

Odwołujący stwierdził także, że zasada jawności w systemie zamówień publicznych jest jedną z najważniejszych zasad, które należy uwzględniać w trakcie przygotowywania oraz przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W procesie udzielania zamówienia zasada jawności przejawia się dwojako: przez upublicznienie chęci udzielenia określonego rodzaju zamówienia oraz w jawności całej dokumentacji w tymże postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zasadę jawności postępowania wyraża art. 8 ustawy Pzp. Postępowanie o zamówienie publiczne jest jawne, dlatego każde naruszenie zasady jawności przyczynia się do wadliwości postępowania i w efekcie może prowadzić do jego unieważnienia. Ustawa wprowadzając generalną zasadę jawności, również w stosunku do złożonych ofert, czyni jednak zastrzeżenie, iż zamawiający nie może ujawnić informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca składając ofertę, zastrzeże w odniesieniu do tych informacji, że mogą być one ogólnie udostępnione (art. 8 ust. 3 ustawy Pzp). Tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którym przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, nie została ujawniona do wiadomości publicznej, podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Ocena, czy dowolna informacja zastrzeżona przez wykonawcę stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, podobnie jak wszystkie inne czynności w postępowaniu, jest obowiązkiem Zamawiającego wyrażonym w przepisie art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp. Akceptując automatycznie decyzję wykonawcy Zamawiający naruszył wskazany przepis i dlatego Odwołujący wniósł o odtajnienie co najmniej pozycji 12 wykazanej w spisie treści oferty złożonej przez Vendi Servis Sp. z o.o. w zakresie „jadłospisów czternastodniowych dla wszystkich wskazanych w siwz diet i odpowiadające zapisom siwz, a jeżeli wykonawca posiada także certyfikat potwierdzający jakość gotowego produktu - posiłku wydany przez podmiot uprawniony do

akredytacji". Zdaniem Odwołującego żaden z w/w dokumentów nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa gdyż: w zakresie jadłospisów - jadłospisy miały być sporządzone zgodnie ze ściśle zawartymi w siwz wytycznymi Zamawiającego. Nie stanowią zatem oryginalnego konceptu wybranego wykonawcy a jedynie realizację narzuconych przez Zamawiającego szczegółowych wytycznych. Poza tym Zamawiający napisał, iż te jadłospisy będą realizowane w pierwszej kolejności po rozpoczęciu realizacji usługi i podawane będą do publicznej wiadomości pacjentów i personelu szpitala, poprzez wywieszenie ich na oddziałach, co w sposób oczywisty wyklucza podejmowanie trwałych działań utrzymania ich w tajemnicy. W zakresie certyfikatu - każda jednostka wystawiająca certyfikaty, a zwłaszcza posiadająca akredytację prowadzi rejestr wystawionych certyfikatów, który jest informacją jawną. Stwierdził także, że firma Vendi Servis Sp. z o.o. dołączyła do oferty również inne certyfikaty tj. certyfikat HACCP i ISO 22000, zatem niezrozumiałym jest fakt poddania tajemnicy przedsiębiorstwa innemu certyfikatu, tym bardziej, iż posiadał on znaczącą wagę w kryterium oceny ofert i zaniechanie odtajnienia części oferty uniemożliwia Odwołującemu ocenę, czy treść oferty złożonej przez wybranego wykonawcę odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W przystąpieniu zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego - Vendi Servis Sp. z o. o. z Warszawy wniósł o oddalenie odwołania wskazując, że podnoszone zarzuty są niezasadne. Odnosząc się do zarzutu pierwszego Przystępujący stwierdził, że Odwołujący bezzasadnie utożsamia świadczenie przez podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie doradztwa na rzecz Vendi Servis z podwykonawstwem w realizacji zamówienia. Przedmiotem niniejszego postępowania nie jest świadczenie jakichkolwiek usług doradczych, a w szczególności doradzanie przy realizacji usługi żywienia pacjentów, a zatem firma In-Pak sp. z o.o. nie będzie brała jakiegokolwiek udziału w realizacji zamówienia. Równie nieuprawnionym jest dokonane przez Odwołującego zrównanie udostępnienia dokumentu referencji z udostępnieniem wiedzy i doświadczenia. W ocenie Przystępującego posługiwanie się wiedzą i doświadczeniem podmiotów trzecich nie ma nic wspólnego z fizycznym posługiwaniem się listami referencyjnymi. W zakresie drugiego z zarzutów stwierdził, że przepisy Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane w § 1 ust. 2 wyraźnie wskazują, że Zamawiający może żądać tzw. dokumentów podmiotowych wyłącznie w stosunku do podmiotów udostępniających swoje zasoby na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, o ile podmioty te będą brały udział w realizacji zamówienia. Podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie nie będzie brał udziału w realizacji przedmiotowego zamówienia, tym samym zarzut i żądanie Odwołującego są więc pozbawione podstaw prawnych. Przywołany przez Odwołującego zapis § 6 ust. 2 odwołuje się do § 1 ust. 2 rozporządzenia, obowiązuje wyłącznie w sytuacji, gdy w ofercie są złożone dokumenty podmiotu, który będzie brał udział w realizacji zamówienia. Na marginesie

Przystępujący zwrócił uwagę, iż ugruntowana linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej dopuszcza możliwość poświadczania za zgodność z oryginałem przez wykonawcę wszystkich dokumentów składanych w jego ofercie - również tych dotyczących podmiotów trzecich. Zupełnie niezrozumiałym jest natomiast, na jakiej podstawie Odwołujący wywodzi, iż podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie nie upoważnił prezesa zarządu Vendi Servis do poświadczania za zgodność z oryginałem wszelkich udostępnionych dokumentów. Zarzut czwarty, oparty jest na niewłaściwym zrozumieniu przez Odwołującego opisu tabeli wzoru wykazu wykonanych usług, który to opis narzucony został przez Zamawiającego. Jeżeli bowiem w nagłówku kolumny nr 3 tabeli Zamawiający wymagał podania danych „w okresie dowolnie wybranych kolejnych dwunastu miesięcy” a w opisie kolumny 4 i 5 nakazał odniesienie się do tego samego okresu, to oczywistym było, że oczekiwał podania okresu wykonywania zamówienia równego kolejnym dwunastu miesiącom. Podanie w tym miejscu dat wykonywania całej umowy i wartości usługi za całą umowę byłoby niezgodne z wymaganiami SIWZ i nie potwierdziłoby spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Bezasadnym jest zatem zarzucanie Przystępującemu wykazywania się realizacją kilku umów, jeśli zarówno z treści referencji, jak i wykazu usług wynika, że usługa w Wojewódzkim Szpitalu Bródnowskim jest świadczona w sposób ciągły od 2008 r. a rozbicie na okresy 12-miesięczne wynika jedynie z oczekiwań Zamawiającego. Argumentacja zarzutu piątego oparta jest wyłącznie na wątpliwościach Odwołującego, natomiast wskazanie przez Impel Catering daty wystawienia referencji ze szpitala CSK MSWiA w Warszawie nie ma związku z jakimkolwiek zarzutem. Stwierdził także, że w wykazie usług znalazły się dane kontraktu zrealizowanego dla Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego SPZOZ w Lublinie. Odwołujący w stosunku do tych referencji nie zgłasza żadnych zastrzeżeń, w związku z czym ewentualne uwzględnienie zarzutów dotyczących referencji ze szpitali w Ostrołęce i Chełmie nie będzie miało wpływu na wynik postępowania. Przystępujący wykazał bowiem spełnienie warunku doświadczenie poprzez złożenie referencji z Wojewódzkiego Szpitala Bródnowskiego w Warszawie, CSK MSWiA w Warszawie oraz wspomnianego szpitala z Lublina. Zarzut zaniechania odtajnienia dokumentów zastrzeżonych przez nas jako tajemnica przedsiębiorstwa również podlega oddaleniu. Jadłospisy i certyfikat jakości gotowego produktu są dokumentami posiadającymi wszystkie cechy umożliwiającymi uznanie ich za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a ich ewentualne odtajnienie nie będzie miało wpływu i nie będzie mogło mieć wpływu na wynik postępowania.

**Rozpoznając odwołanie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega oddaleniu.

W zakresie pierwszego z zarzutów, dotyczącego warunku ustalonego w pkt VIII ppkt 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) wnoszący odwołanie wykonawca stwierdził, że oświadczenie z dnia 18 lipca 2011 r. firmy In-Pak sp. z o.o. nie odpowiada wymogom określonym



przepisem art. 26 ust.2b ustawy Pzp. Jego zdaniem, zgodnie z treścią tego zobowiązania firma In-Pak nie udzieliła zgody wykonawcy - Vendi Servis sp. z o.o. na posługiwanie się referencjami tego podmiotu. Jednocześnie Odwołujący stwierdził, że firma In-Pak sp. z o.o.- tak jak wynika z treści zobowiązania - zgodziła się świadczyć usługi podwykonawcze w postaci usług doradczych co do realizacji usług, nie zgadzając się na inne formy współpracy. Izba oddalając ten zarzut stwierdziła, że z przedłożonego do oferty oświadczenia z dnia 18 lipca 2011 r. firmy In - Pak sp. z o.o. bezspornie wynika, że ten podmiot zobowiązał się do udostępnienia firmie Vendi Servis sp. z o.o. wiedzy i doświadczenia przy realizacji usług dostarczania posiłków do szpitala (kompleksowe żywienie pacjentów), prowadząc kuchnię w obiekcie szpitala, wraz z zabezpieczeniem systemu dystrybucji posiłków (...). Tak jak wskazano w tym dokumencie, wiedza i doświadczenie ma być udostępniona w postaci usług doradczych. Dalej spółka podała, że udostępnienie doświadczenia nastąpi na pełen okres realizacji zamówienia publicznego. Zdaniem Izby, mając także na uwadze dotychczasowe orzecznictwo KIO, uczestnictwo w realizacji zamówienia, którego przedmiotem jest usługa, może mieć dowolną, dozwoloną prawem formę np. poprzez doradztwo czy konsultacje. Może polegać także na udostępnieniu dokumentacji w zakresie organizacji danego procesu technologicznego. Powyższe znajduje oparcie w przepisie art. 26 ust.2b ustawy Pzp zgodnie z którym wykonawca w postępowaniu o zamówienie publiczne może polegać na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Z treści kwestionowanego zobowiązania wynika, że współpraca w tym przypadku będzie oparta na wsparciu doradczym, co w przypadku specyfiki tego zamówienia można uznać za nienaruszające wymagań określonych art. 26 ust.2b ustawy Pzp. Izba stwierdza także, że z treści zobowiązania podmiotu trzeciego nie musi wprost wynikać oświadczenie, co do możliwości posłużenia się referencjami wystawionymi dla podmiotu udostępniającego zasoby. W zobowiązaniu, wykonawca In-Pak wyraźnie zazaczył, że ten dokument jest wystawiony w związku z udostępnieniem wykonawcy - Vendi Servis sp. z o.o. wiedzy i doświadczenia przy realizacji usług dostarczania posiłków i brak jest zastrzeżenia przeciwnego niepozwalającego wykonawcy na posłużenie się referencjami wystawionymi dla tego podmiotu. Tak jak wskazano wyżej, uczestnictwo w realizacji zamówienia, którego przedmiotem jest usługa, może mieć dowolną dozwoloną prawem formę np. poprzez doradztwo czy konsultacje. Tym samym twierdzenie wnoszącego odwołanie, że firma In-Pak występuje w tej procedurze w charakterze podwykonawcy nie znajduje oparcia w treści przedłożonego do oferty zobowiązania, co także nie pozostaje w sprzeczności z treścią przepisu art.26 ust.2b ustawy Pzp. Z tych też względów podnoszony zarzut nie przedłożenia dokumentów dla podwykonawcy zgodnie z pkt VIII ppkt 3 siwz w związku z pkt IX 1.2 i 3 siwz nie jest zasadny, albowiem usługi doradcze do świadczenia których zobowiązała się firma In - Pak sp. z o.o. nie są przedmiotem tego zamówienia i tym samym nie można uznać za zasadne twierdzenie, że ten podmiot będzie brał udział w realizacji jego części.

Także zarzut potwierdzenia referencji niezgodnie z § 6 ust 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać

zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane - podlega oddaleniu. W tym przypadku Izba uznała, że potwierdzenie dokumentu za zgodność z oryginałem jest możliwe także przez wykonawcę – nie tylko adresata referencji. Powoływany bowiem przepis § 6 ust.2 rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów (...) dotyczy dokumentów wymienionych w § 1 ust. 2 i 3 tego rozporządzenia i odnosi się do sytuacji, gdy wykonawca polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia. Z kolei referencje należą do kategorii dokumentów wymienionych w § 1 ust.1 pkt 3 rozporządzenia i tym samym powoływany § 6 ust.2 rozporządzenia nie ma do nich zastosowania.

Kolejny zarzut dotyczący warunku określonego w pkt VIII ppkt 1 siwz, także nie podlega uwzględnieniu. Tak jak ustaliła Izba, w zobowiązaniu z dnia 18 lipca 2011 r. firma In-Pak jednoznacznie wskazała, w jakim celu udostępniana jest wiedza i doświadczenie podmiotu oraz sprecyzowała formę współpracy w okresie pełnego okresu realizacji zamówienia, jak również nie zawarła zastrzeżenia, co do braku możliwości powoływania się na jej doświadczenie na etapie składania oferty. Tym samym wykonawca - Vendi Servis sp. z o. o. był uprawniony ująć w wykazie te usługi pod poz. 5 do 8, których realizatorem była firma - In-Pak sp. z o. o. i te usługi potwierdzają spełnianie warunku. Zdaniem Izby także usługi wykazane pod poz. 1 do 3 potwierdzają spełnienie warunku określonego w pkt VIII ppkt 1 siwz. W tym przypadku rozpoznając ten zarzut Izby miała na uwadze także związany z nim kolejny zarzut, dotyczący podania w ofercie nieprawdziwych informacji ze wskazaniem na art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, który to zarzut zdaniem Izby także nie jest zasadny. W tym przypadku zarzut podania w ofercie nieprawdziwych informacji Odwołujący oparł na zawarciu w Wykazie wykonanych pracach - pod pozycjami od 1 do 3 - usług na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Bródnowskiego SPZZ w Warszawie. Jego zdaniem podając kolejno trzy okresy wykonywania zamówień tj. od 24 maja 2008 r. do 23 maja 2009 r., od 24 maja 2009 r. do 23 maja 2010 r., oraz od 24 maja 2010 r. do 23 maja 2011 r. wykonawca - Vendi Servis sp. z o. o. złożył nieprawdziwe informacje, gdyż do oferty została dołączona referencja, z której wynika bezspornie, że z tym odbiorcą usługi została zawarta jedna umowa od dnia 21 listopada 2008 r. na okres 5 lat. Tak ustalony stan faktyczny – zdaniem Izby - prowadzi do wniosków przeciwnych, aniżeli wnoszącego odwołanie, albowiem wykonawca - Vendi Servis sp. z o.o przede wszystkim załączył do oferty dokument obrazujący stan faktyczny, potwierdzając, że ta usługa jest w trakcie realizacji - zgodnie z zawartą umową na okres 5 lat, począwszy od dnia 21.11.2008 r. Ponadto wykonawca posłużył się formularzem ustalonym w specyfikacji i zawarł w nim informacje zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt VIII ppkt 1 siwz. Tym samym dokonany przez wykonawcę - Vendi Servis sp. z o. o. podział zamówienia nie ma cech podania w ofercie nieprawdy. Argumentacja Odwołującego związana z zasadami obliczania terminów w oparciu o przepis art. 112 kodeksu cywilnego, aczkolwiek słuszna, w niniejszej sprawie pozostaje bez wpływu na rozstrzygnięcie w zakresie tego zarzutu. W tym przypadku bowiem dopuszczalne byłoby – na podstawie art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp - wprowadzenie oczywistych

poprawek w tym formularzu poprzez zastąpienie dat: 23 maja 2009 r., datą 24 maja 2009 r. i kolejno datę 24 maja 2009 r. datą 25 maja 2009 r., a następnie datę 23 maja 2010 r. datą 25 maja 2010 r., aż w końcu datę 24 maja 2010r. datą 26 maja 2010 r. a datę 23 maja 2011 r. datą 26 maja 2011 r., albowiem te omyłki nie powodują istotnych zmian w treści oferty, tak jak wymaga tego wskazany przepis.

Wskazując na usługę wykazaną pod pozycją nr 4 Wykazu realizowaną na rzecz Centralnego Szpitala Klinicznego MSWiA w Warszawie, wnoszący odwołanie stwierdził, że ta usługa, co do prawidłowości jej wykonania, została potwierdzona na dzień 4 lutego 2011 r. i dodatkowo zaznaczył, że w treści tej referencji wskazano, iż dystrybucja posiłków nie odbywa się do wszystkich pacjentów, co powoduje u niego wątpliwość, czy został spełniony warunek co do liczby pacjentów. W tym przypadku Izba oddalając ten zarzut przede wszystkim miała na względzie dyrektywę zawartą w art. 190 ust.1 ustawy Pzp, zgodnie z którą strona postępowania odwoławczego jest obowiązana wykazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne. Odwołujący wskazując na datę wystawienia referencji nie podał czego mógłby dotyczyć ten zarzut. Ponadto referencja – tak jak wynika chociażby z § 1 ust.1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...) jest jednym z dokumentów służących tylko potwierdzeniu należytego wykonania bądź wykonywania usługi, a nie jej zakresu. Z pkt IX.1.4 specyfikacji wynika, że ten dokument miał być przedłożony w takim właśnie celu, a ocena warunku z zakresu wiedzy i doświadczenia ustalonego w pkt VIII ppkt 1 siwz miała być dokonywana wyłącznie o informacje zawarte w wykazie. Odwołujący nie uprawdopodobnił podnoszonych wątpliwości, nie czynił także zarzutu złożenia przez wykonawcę - Vendi Servis sp. z o.o. nieprawdziwych informacji w tym zakresie, co mogłoby powodować konieczność przedstawienia przez tego wykonawcę co najmniej wyjaśnień, a nawet dowodów.

Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzut, co do usługi zamieszczonej pod poz. 5 albowiem Zamawiający – w toku rozprawy potwierdził, że opis w Wykazie nie potwierdza wartości umowy w kolejnych 12 miesiącach na poziomie 1.500.000,00 zł. Z kolei usługa zamieszczona pod poz. 9 nie mogła być brana pod uwagę przy ocenie warunku z pkt VIII ppkt 1 siwz, albowiem umowa dla jej realizacji została zawarta w 1 sierpnia 2010 r., a zatem nie spełnia wymagań, co do wymaganego czasu trwania danej usługi. Powyższe ustalenie pozostaje bez wpływu na rozstrzygnięcie Izby, albowiem zgodnie z ustaleniami warunek z pkt VIII ppkt 1 siwz został potwierdzony usługami wykazanymi w innych pozycjach wykazu.

Także zarzut naruszenia art. 8 ust.3 ustawy Pzp, zgodnie z ustaleniami Izby, podlega oddaleniu. Zarzut ten, w tym przypadku, dotyczy nie podjęcia przez Zamawiającego czynności [próby] wyjaśnienia zasadności działań wykonawcy związanych z zastrzeżeniem informacji, oraz automatycznej akceptując decyzji wykonawcy. Tak jak ustaliła Izba, w piśmie z dnia 22 lipca 2011 r. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy Vendi Servis o wyjaśnienie i wskazanie podstawy faktycznej i prawnej utajnienia informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa zawartą w punktach 10, 11,

12 i 13 oferty. Wyjaśnienia takie zostały złożone. [pismo z dnia 25.07.2011 r.], a zatem Zamawiający – wbrew twierdzeniom odwołania podjął czynność wyjaśnienia zastrzeżeń i nie akceptował automatycznie - na etapie postępowania przed wniesieniem odwołania w dniu 28 lipca 2011 r. – zastrzeżenia tych informacji. Tym samym zarzut naruszenia art. 8 ust.3 ustawy Pzp, w tym przypadku, podlega oddaleniu. Na marginesie Izba zauważa, że z dokumentu oznaczonego jako zaświadczenie uzyskania licencji gotowego posiłku, wynika, że spółka pomyślnie przeszła proces badań laboratoryjnych potraw i otrzymała prawo posługiwania się licencją Znaku „Jakość Sprawdzona” i że wszystkie posiłki przygotowywane w ramach wszystkich diet szpitalnych zostają objęte kontrolą laboratorium wystawiającym zaświadczenie. Taki dokument - jak wynika z odpowiedzi na pytania z dnia 15 lipca 2011 r. został także dopuszczony przez Zamawiającego dla oceny ofert według kryterium jakości. Zdaniem Izby dokument o przywołanej treści nie posiada waloru informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa. W rozumieniu bowiem art. 11 ust. 4 ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, definiującego tajemnicę przedsiębiorstwa, za taką tajemnicę rozumie się przede wszystkim informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Co drugiego z kolei z dokumentów „jadłospis czternastodniowy....(....)” Izba stwierdziła, że argumentacja Odwołującego na uzasadnienie stawianego zarzutu dotyczy twierdzenia, że te jadłospisy będą załącznikami do umowy i tym samym zastrzeżenie ich na etapie składania oferty jest nieuprawnione, albowiem z chwilą zawarcia umowy staną się one jawne, a ponadto zostaną zamieszczone w szpitalu na tablicach, stając się publicznie dostępne. Wskazał także, że ten załącznik w jego ofercie jest jawny. Izba zauważa, w tym przypadku, że co prawda te jadłospisy podobnie jak zastrzeżone - także przez Odwołującego - receptury, będą stanowiły załączniki do umowy, ale to nie oznacza, że z tego faktu będą ogólnie dostępne. Także nie należy pomijać faktu, że sporne jadłospisy będą co prawda podane do publicznej wiadomości, jednakże nie w takiej formie jak w ofercie.

Oddalając odwołanie Izba miała na uwadze przepis art. 192 ust.2 ustawy Pzp, zgodnie, z którym uwzględnienie odwołania jest możliwe tylko wówczas, gdy stwierdzone naruszenia przepisów ustawy miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Tak jak ustaliła Izba brak jest przesłanek do kwestionowania wyboru oferty wykonawcy Vendi Servis sp. z o. o. jako najkorzystniejszej i tym samym na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

.....

