

WYROK

z dnia 5 grudnia 2013 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **3 grudnia 2013 roku** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 listopada 2013 roku przez **Odwołującego – Impel Catering "Company" sp. z o.o. sp. k. z siedzibą we Wrocławiu**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego - Uzdrowisko Kołobrzeg S.A. z siedzibą w Kołobrzegu**,

przy udziale **Wykonawcy - Vendi Servis Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie następujących zmian w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia: w sekcji III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu oraz Rozdziale VII punkt A podpunkt 8 SIWZ dotyczących warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia wprowadzenie zapisu: *„Zamawiający uzna, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, jeśli wykaże, iż w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert wykonał lub wykonuje co najmniej dwie usługi polegające na żywieniu pacjentów lub kuracjuszy w szeroko rozumianych placówkach służby zdrowia, o łącznej wartości zrealizowanych na dzień składania ofert usług min. 1.500.000,00 zł netto, przy czym: każda usługa musi obejmować żywienie w obiektach dysponujących ilością miejsc*

min. 80; - w przypadku usług trwających należy wykazać, że usługa wykonywana jest przez min. 6 miesięcy.”

2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego - Uzdrowisko Kołobrzeg S.A. z siedzibą w Kołobrzegu** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Impel Catering "Company" sp. z o.o. sp. k. z siedzibą we Wrocławiu** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Zamawiającego - Uzdrowisko Kołobrzeg S.A. z siedzibą w Kołobrzegu** na rzecz **Impel Catering "Company" sp. z o.o. sp. k. z siedzibą we Wrocławiu** kwotę **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 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 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 **Kołobrzegu**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 18 listopada 2013 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na podstawie art. 179 ust. 1 i następne ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2013r. Nr 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, odwołanie złożył wykonawca Impel Catering “Company” sp. z o.o. sp. k. z siedzibą we Wrocławiu.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego prowadzi Zamawiający: Uzdrawisko Kołobrzeg S.A. z siedzibą w Kołobrzegu. Postępowanie dotyczy „Świadczenia usług w zakresie żywienia całodobowego osób przebywających w Szpitalu Uzdrawiskowym MUSZELKA w Kołobrzegu przez okres 3 lat”. Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2013/S 216-376165 w dniu 7 listopada 2013 roku.

Odwołujący zarzuca 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 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) - warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu oraz opisie sposób oceniania ich spełnienia,
- 2) art. 22 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe określenie warunków udziału w postępowaniu oraz opisu ich spełniania,
- 3) art. 22 ust. 4 i 5 ustawy Pzp poprzez ustalenie warunków udziału w postępowaniu oraz opisu ich spełniania w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia oraz na poziomie nieproporcjonalnym do opisu przedmiotu zamówienia i uniemożliwiającym zweryfikowanie zdolności Wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu zmiany kwestionowanych przez Odwołującego postanowień ogłoszenia oraz SIWZ zamówienia w zakresie i brzmieniu zaproponowanym przez Odwołującego w odwołaniu.

Odwołujący oświadczył, iż ma interes prawny w złożeniu odwołania, ponieważ obecne zapisy ogłoszenia oraz postanowienia SIWZ uniemożliwiają mu złożenie oferty i ubieganie się tym samym o przedmiotowe zamówienie.

W uzasadnieniu wskazano, że postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ są wadliwe, gdyż ograniczają uczciwą i swobodną konkurencję oraz preferują ograniczony krąg wykonawców kosztem pozostałych. Postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ naruszają przepisy ustawy Pzp.

Zgodnie z sekcją III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu oraz na podstawie postanowienia Rozdziału VII punkt A podpunkt 8 SIWZ Zamawiający żąda, aby Wykonawca, na

potwierdzenie, że posiada wiedzę i doświadczenie przedstawił „wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw lub usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Zamawiający uzna, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, jeśli wykaże, iż w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert wykonał lub wykonuje co najmniej dwie usługi polegające na żywieniu kuracjuszy w obiektach uzdrowiskowych świadczących usługi dla pacjentów krajowych i zagranicznych na pobytach pełnopłatnych i finansowanych z NFZ, o łącznej wartości zrealizowanych na dzień składania ofert usług min. 1.500.000,00 zł netto, przy czym: - każda usługa musi obejmować żywienie w obiektach dysponujących bazą noclegową na min. 80 miejsc; - w przypadku usług trwających należy wykazać, że usługa wykonywana jest przez min. 6 miesięcy”.

W ocenie Odwołującego przywołany warunek udziału w postępowaniu uznać należy za dyskryminujący i naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający formułując opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu zobligowany jest tak ustalić ww. opis, aby był związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z ustalonym poglądem orzecznictwa i doktryny, uznaje się, że „przepisy p.z.p. nie wymagają, by warunki, których spełnienie umożliwia wzięcie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienie publicznego, w tym wypadku w zakresie wiedzy i doświadczenia ściśle odpowiadały przedmiotowi zamówienia. Usługa, której wykonanie (wykonywanie) należy wykazać jako spełnienie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia nie musi być tożsama z usługą stanowiącą przedmiot zamówienia, ma ono być jedynie związana z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalna” (KIO 1400/11; KIO 920/11; KIO 2792/10). Istotnym jest także, iż „ustawodawca nie nałożył na zamawiających obowiązku wymagania ścisłych proporcji wykazania posiadanej wiedzy i doświadczenia wykonawcy, w stosunku do przedmiotu zamówienia” (KIO 1528/11). Zamawiający w postępowaniu o zamówienie publiczne określił poziom wymaganego od wykonawców doświadczenia w sposób ściśle odpowiadający przedmiotowi zamówienia, czym w ocenie Odwołującego nie tylko bez uzasadnionej przyczyny, bezpodstawnie ograniczył konkurencję w postępowaniu, ale również dopuścił się dyskryminacji wykonawców nie posiadających doświadczenia stricte w żywieniu kuracjuszy w obiektach uzdrowiskowych. Odwołujący podnosi, iż ustalony w postępowaniu o zamówienie publiczne warunek udziału

w postępowaniu uniemożliwia udział wykonawcom posiadających doświadczenie w żywieniu w innych niż uzdrowisko placówkach służby zdrowia. Powyższe, zdaniem Odwołującego, nie znajduje usprawiedliwienia w realnych powodach (potrzebach zamawiającego), które stopień ograniczenia konkurencji mogą sankcjonować i uzasadniać.

Podkreślenia tym samym wymaga, że „ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu na poziomie mogącym skutkować ograniczeniem liczby wykonawców dopuszczonych do postępowania należy uznać za dopuszczalne w takim zakresie w jakim w jakim usprawiedliwione jest dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia. Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, powodując uniemożliwienia ubiegania się o zamówienie wykonawcom mającym doświadczenie, dające rękojmię prawidłowej realizacji. (KIO 173/11). Z uwagi na powyższe Odwołujący wskazuje, że celem zapewnienia zachowania w postępowaniu zasad wyrażonych zarówno w art. 7 jak i 22 ust. 4 ustawy Pzp niezbędnym jest taka zmiana ww. warunku udziału w postępowaniu, która umożliwiła będzie ubieganie się o zamówienie również wykonawcom posiadającym doświadczenie w żywieniu w innych niż uzdrowiska placówkach służby zdrowia. Opis sporządzony przez Zamawiającego nie znajduje uzasadnienia w celu postępowania, którym jest wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. Stanowisko Odwołującego znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, np. wyrok KIO 1721/11.

Odwołujący podnosi również, że wymóg dotyczący wiedzy i doświadczenia nie spełnia także podstawowego celu, w którym formułowane są warunki udziału w postępowaniu tj.: weryfikacji zdolności wykonawcy do prawidłowego wykonania zamówienia. Zgodnie z ustawą Pzp, Zamawiający jako gospodarz postępowania w sposób niezależny i autonomiczny decyduje o konkretyzacji warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1 ustawy. Granice swobody Zamawiającego w definiowaniu warunków wyznaczone zostały m.in. w art. 22 ust. 4 i 5 tej samej ustawy, w których jednoznacznie wskazano, że opis sposobu dokonywania oceny warunku powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu a także, że warunki oraz sposobu ich oceny mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Tym samym obok jednej z naczelnych zasad Pzp tj. zasady równej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców ustalono zasadę celowości warunków udziału w postępowaniu. W związku z powyższym na Zamawiającego nałożony został obowiązek takiego formułowania warunków udziału w postępowaniu, które z jednej strony nie będą w sposób bezpodstawny i nieuzasadniony ograniczały dostępu do udziału w postępowaniu zapewniając tym samym zdrową konkurencję a z drugiej zagwarantują eliminację z postępowania wykonawców, których właściwości i warunki nie

dają rękojmi prawidłowej realizacji danego zamówienia. Ponadto Odwołujący podkreśla, że opis warunku udziału w postępowaniu, wbrew przepisowi art. 22 ust. 5 ustawy Pzp nie służy dopuszczalnej na gruncie przywołanej ustawy weryfikacji zdolności Wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Podstawowym celem warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp oraz ich konkretyzacji dokonywanej przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ jest kwalifikacja i dopuszczenie do udziału w postępowaniu Wykonawców dających rękojmię należytego wykonania w szczególności z uwagi na rzetelność, kwalifikacje, efektywność i doświadczenie. Przepis art. 22 ust. 5 ustawy Pzp nie może być jednak interpretowany dowolnie a zwłaszcza jako swoisty wyłom w wyrażonej w art. 22 ust. 4 rzeczonyj ustawy zasadzie proporcjonalności, czy w art. 7 zasadzie równego traktowania. Zamawiający, na gruncie aktualnie obowiązujących przepisów, nie został uwolniony od obowiązku rzetelnego ustalenia warunków udziału w postępowaniu. Przepis art. 22 ust. 5 ustawy Pzp obliuguje Zamawiającego do staranniejszego niż dotychczas ustalenia warunków postępowania. Podkreślenia wymaga, że w aktualnym stanie prawnym, niedopuszczalną jest konkretyzacja warunków z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, w sposób lub w celu innym niż ustalenie listy wykonawców zdolnych do prawidłowego i rzetelnego zrealizowania zamówienia. Tym samym opis ww. warunku wiedza i doświadczenie, z uwagi na jego nieproporcjonalność względem przedmiotu zamówienia, w rzeczywistości nie realizuje celu, o którym mowa w art. 22 ust. 5 ustawy Pzp tj. nie skutkuje weryfikacją wykonawców. Odwołujący podnosi, że z powodu wyżej wskazanych uchybień, rzeczywisty krąg Wykonawców, dopuszczonych do udzielenia zamówienia de facto ustalony został w celu bezpodstawnego i nieuzasadnionego potrzebami Zamawiającego ograniczenia dostępu ww. postępowania. W związku z powyższym kwalifikacja wykonawców ze względu na właściwości, o których mowa w art. 22 ust. 5 ustawy Pzp, w przedstawionym stanie faktycznym postępowania, nie tylko nie jest choćby pozorna, ale w ogóle nie będzie przeprowadzana. Negatywna, eliminująca treść przedmiotowego warunku w odniesieniu do rzeczywistej sytuacji przedsiębiorców działających na rynku usług żywieniowych, w sposób oczywisty, dla uczestników tego obrotu, determinuje listę Wykonawców spełniających ustalony warunek.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący wskazał, że bezspornym jest, że obiekty uzdrowiskowe stanowią wydzieloną grupę obiektów służby zdrowia, jednakże nie ze względu na standardy a li tylko ze względu na to fakt znajdowania się na terenie uzdrowiska. Zgodnie z informacjami zamieszczonymi na stronach Ministerstwa Zdrowia „uzdrowiskiem” w rozumieniu ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o lecznictwie uzdrowiskowym, uzdrowiskach i obszarach ochrony uzdrowiskowej oraz o gminach uzdrowiskowych (tekst jedn. Dz. U. z 2012 r., poz. 651) jest obszar, na terenie którego prowadzone jest lecznictwo

uzdrowiskowe, wydzielony w celu wykorzystania i ochrony znajdujących się na jego obszarze naturalnych surowców leczniczych. W przypadku spełnienia wymogów, o których wyżej mowa, obszarowi nadawany jest status uzdrowiska. Zatem o przynależności do grupy obiektów uzdrowiskowych decyduje tylko i wyłącznie ściśle określona lokalizacja geograficzna. W związku z powyższym przyjmuje się, że zakładami lecznictwa uzdrowiskowego są: szpitale uzdrowiskowe, sanatoria uzdrowiskowe, prewentoria uzdrowiskowe dla dzieci oraz przychodnie uzdrowiskowe. Wynika zatem, że specyfika pracy obiektów uzdrowiskowych jest identyczna z innymi podobnymi obiektami w Polsce. Tym samym warunek opisany w Rozdziale VII punkt A podpunkt 8 SIWZ oraz w sekcji III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu jest warunkiem dyskryminującym.

Odwołujący wnosi o zmianę powyższego postanowienia ogłoszenia oraz SIWZ w następującym brzmieniu: *„wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw lub usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Zamawiający uzna, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, jeśli wykaze, iż w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert wykonał lub wykonuje co najmniej dwie usługi polegające na żywieniu pacjentów lub kuracjuszy w placówkach służby zdrowia, o łącznej wartości zrealizowanych na dzień składania ofert usług min. 1.500.000,00 zł netto, - w przypadku usług trwających należy wykazać, że usługa wykonywana jest przez min. 6 miesięcy.”*

w dniu 22 listopada 2013 roku, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego, przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca Vendi Servis Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi. Wykonawca ten wnosił o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia przekazana została Odwołującemu i Zamawiającemu, wykonawca wykazał, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia uznano za skuteczne.

Zamawiający na rozprawie złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości. Zaznaczył, że to do Zamawiającego należy ocena własnych potrzeb, a konstrukcja warunku udziału w postępowaniu ma pozwolić zweryfikować zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia i umożliwić wybór wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. Opisane sposobu dokonania oceny spełniania

warunku z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nie oznacza, że warunek udziału musi pozwalać na udział w postępowaniu wszystkich podmiotów działających na rynku (tak KIO w wyroku o sygn. akt KIO 173/11). Przygotowując postępowanie Zamawiający dokonał rzetelnej analizy własnych potrzeb z uwzględnieniem celów realizacji zamówienia, wziął także pod uwagę wcześniejsze doświadczenia w zleceniu usług żywienia w uzdrowisku. Podkreślił, że specyfika zamówienia polega na składzie grupy docelowej, który stanowią pacjenci finansujący pobyt z własnych środków i goście zagraniczni oraz pobyty wypoczynkowe. Specyfika żywienia istotnie zatem odbiega od standardów żywienia szpitalnego. Żywienie odbywa się w standardzie restauracyjnym, wykonywane jest w systemie kelnerskim i bufetu szwedzkiego. Nie można zatem porównywać tych dwóch typów żywienia. Stąd tak ważne jest posiadanie stosownego doświadczenia, zapewniającego odpowiedni poziom i standard świadczenia usługi. Dodatkowym elementem różnicującym jest specyfikę jest długość pobytu. Lecznictwo zamknięte nastawione jest na krótki pobyt, podczas gdy turnus sanatoryjny trwa nawet do 21 dni. Takie sformułowanie warunku stanowi wypadkową wcześniejszych złych doświadczeń Zamawiającego przy dopuszczeniu do udziału w postępowaniu wykonawców posiadających doświadczenie jedynie w placówkach ochrony zdrowia. Dlatego Zamawiający uważa, że opis sposobu spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia jest w pełni związany z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalnym, a także nie jest nadmiernie wygórowany.

Na rozprawie strony podtrzymały stanowiska wyrażone pisemnie.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, dokumentów złożonych przez Strony i Uczestnika postępowania włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń Stron oraz Uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowano odwołanie na rozprawę.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez Odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Sporządzenie przez Zamawiającego opisu sposobu spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w sposób,

który może naruszać uczciwą konkurencję lub uniemożliwiać wykonawcy złożenie ważnej oferty może prowadzić do pozbawienia wykonawcy możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając Go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody. Także sformułowanie zapisów SIWZ w sposób niezgodny z przepisami Pzp stanowi o dopuszczalności korzystania przez wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu ze środków ochrony prawnej i możliwości poniesienia szkody.

Ustalono, że Odwołujący prawidłowo przedstawił w odwołaniu stan faktyczny, w tym prawidłowo przytoczył brzmienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia wymaganego od wykonawcy zainteresowanego postępowaniem.

Dokonując oceny zasadności zarzutu naruszenia art. art. 22 ust. 1, 4 i 5 ustawy Pzp przyznano rację Odwołującemu, że opis sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu jest nie do końca związany z przedmiotem zamówienia, można uznać go za nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiający prawidłowe zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Na wstępie dostrzeżenia wymaga, iż skład orzekający Izby w przedmiotowej sprawie, w pełni podziela stanowisko ujęte w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 listopada 2013 roku (sygn. akt KIO 2607/13), który zapadł w podmiotowo i przedmiotowo zbliżonym stanie faktycznym.

Zadaniem konstruowanego warunku udziału w postępowaniu jest zapewnienie prawidłowej realizacji zamówienia. Istota warunku polega na zapewnieniu poprawnej realizacji danego zamówienia. Zweryfikowaniu zdolności danego wykonawcy do realizacji zamówienia w sposób prawidłowy służy ocena wcześniejszych doświadczeń wykonawcy na polu zawodowym, zdobytych przy wykonywaniu zamówień podobnych, zbliżonych lub tożsamy z przedmiotem zamówienia. Takie opisanie warunku udziału nie oznacza naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co jednocześnie nie oznacza, że opis spełniania warunku udziału w postępowaniu musi pozwalać na udział w tym postępowaniu każdemu wykonawcy działającemu na rynku, czy w danej branży.

Krajowa Izba Odwoławcza wyraża pogląd, iż to Zamawiający jest gospodarzem prowadzonego przez siebie postępowania, w związku z czym, dla zabezpieczenia prawidłowego jego przebiegu, 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, ale

z zapewnieniem konkurencyjnych reguł postępowania. Sformułowanie odpowiednich warunków udziału w postępowaniu wymaga wyważenia z jednej strony uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, z jednoczesnym umożliwieniem stosunkowo szerokiej grupie wykonawców dostępu do tego zamówienia. 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 wykona je w sposób prawidłowy. Nie oznacza to przy tym, że te zadania mają być tożsame, identyczne z przedmiotem zamówienia. Ważne raczej by były one reprezentatywne do potwierdzenia zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, by obejmowały one te elementy, które są istotne z perspektywy ustalenia, że wykonawca posiada odpowiednie doświadczenie.

Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa, 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.

Przenosząc powyższe rozważania natury ogólnej, na grunt analizowanej sprawy uznano, że zawarte w zakresie warunku udziału w postępowaniu, wymaganie wykazania się doświadczeniem w żywieniu kuracjuszy w obiektach uzdrowiskowych świadczących usługi dla pacjentów krajowych i zagranicznych na pobytach pełnopłatnych i finansowanych z NFZ, 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 szczegółowego wymagania. Nie stanowi bowiem takiego uzasadnienia, w szczególności rozróżnienie na pacjentów krajowych i zagranicznych, na rzecz których świadczone są usługi, zastosowane przez Zamawiającego w warunku. Izba nie widzi związku i uzasadnienia biorąc pod uwagę charakter wykonywanych i świadczonych usług, które polegać mają na zbiorowym żywieniu, aby istotne znaczenie z punktu widzenia posiadanego doświadczenia wykonawcy znaczenie miało pochodzenie, czy też narodowość

osoby, której wydane są posiłki. Każdy z takich podmiotów winien być obsługiwany w taki sam sposób. Co najwyżej możnaby w tym przypadku zastanawiać się nad postawieniem warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania odpowiednim zespołem osób do wykonywania zamówienia, np. personelem ze znajomością języków obcych. Podobnie sytuacja przedstawia się odnośnie zastosowanego w warunku udziału w postępowaniu podziału na pobyty pełnopłatne i finansowane przez NFZ. Zamawiający nie przedstawił wiarygodnej argumentacji przemawiającej na korzyść zastosowania takiego podziału. Prowadzenie i świadczenie usługi zbiorowego żywienia, z punktu kryterium podmiotu finansującego pobyt w uzdrowisku jest irrelewantne dla prawidłowego wykonywania danej usługi. Może mieć ono znaczenie dla Zamawiającego przy rozliczaniu się z podmiotami zewnętrznymi z otrzymywanych dotacji lub dofinansowań, ale z punktu widzenia niezbędnego doświadczenia w realizacji żywienia zbiorowego i prawidłowego wykonywania tego rodzaju świadczenia pozostaje bez znaczenia. Ponadto zapewnienie sobie realizacji tego rodzaju wymogów związane jest raczej z prawidłowym sporządzeniem opisu przedmiotu zamówienia i wzoru umowy, określającego podstawowe i szczegółowe obowiązki wykonawcy, przewidzenie stosownych sankcji umownych za ich niedotrzymanie. Taki podział nie znajduje natomiast uzasadnienia w konstrukcji warunku udziału w postępowaniu.

Nie jest również takim uzasadnieniem bardziej planowy proces żywienia pacjentów, związany z dłuższym pobytem pacjentów w uzdrowisku, aniżeli zwykle dotyczy to pobytu w szpitalu. W tym zakresie Zamawiający postawił obowiązek złożenia jadłospisów, których jakość oraz sposób przygotowania oceniane będą w kryterium jakościowym, co uznać należy za działalnie prawidłowe.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający podał, że w zakresie żywienia pacjentów w uzdrowisku występuje specyfika, która dotyczy przede wszystkim sposobu organizacji usług żywieniowych, świadczenia ich w systemie kelnerskim i bufetu szwedzkiego. Trudno jednak znaleźć tak istotne różnice między żywieniem pacjentów w szpitalu a uzdrowisku. Konieczność sprostania wyższym standardom w zakresie obsługi pacjentów w uzdrowisku (przywoływane na rozprawie przez Zamawiającego skargi pacjentów na formę żywienia), 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. Potrzeba zapewnienia wysokiej jakości świadczonej usługi nie może uzasadniać postawienia nieproporcjonalnego warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający ma szerokie spektrum możliwości zapewnienia niezbędnej, wysokiej jakości świadczonych usług: na przykład poprzez bardzo

staranny opis przedmiotu zamówienia i wymienienie w nim szeregu istotnych z jego perspektywy oczekiwań co do sposobu żywienia pacjentów, podawania im posiłków; sposobu wyglądu jadalni, estetyki serwowanych posiłków, następnie poprzez postawienie kryterium jakościowego, co z resztą w przedmiotowym postępowaniu oczywił, a co (jak wskazano w innej części przedmiotowego uzasadnienia) uznać należy za jak najbardziej działanie prawidłowe. Zamawiający może wreszcie odnieść się do wymagań w zakresie dysponowania odpowiednim personelem.

Za niedyskryminacją i związaną z przedmiotem zamówienia oraz w stosunku do niego proporcjonalną uznano tę część warunku odnoszącą się do minimalnej ilości obsługiwanych osób, ujętą w warunku na poziomie 80 miejsc. Na rozprawie Odwołujący nie oponował przeciwko tej części warunku, wskazując, że liczba ta nie jest wymaganiem wygórowanym przy świadczeniu usług żywienia zbiorowego.

Co do brzmienia warunku zaproponowanego przez Odwołującego i argumentacji Zamawiającego, że po 1999 roku nie funkcjonuje w obrocie prawnym takie pojęcie jak „służba zdrowia” i w taki sposób nazywano system opieki zdrowotnej w czasach PRL, to dostrzeżenia wymaga, że Zamawiający konstruując podstawowe dokumenty postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takie jak ogłoszenie o zamówieniu oraz SIWZ winien posługiwać się takimi sformułowaniami i określeniami, które precyzyjnie opisują przedmiot i postawione wymagania, są jednoznaczne i dla wszystkich zrozumiałe. Pojęcie służby zdrowia w powszechnym znaczeniu nie budzi wątpliwości: obejmuje całą sferę objętą systemem opieki zdrowotnej. W świetle powyższego, pojęcie obiektów służby zdrowia nie powinno budzić wątpliwości Zamawiającego.

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 takim stopniu uszczegółowienia, jak wymaga tego Zamawiający. Dla realizacji celu warunku udziału w postępowaniu, wystarczającym jest wykazanie się przez wykonawcę doświadczeniem w żywieniu pacjentów lub kuracjuszy w szeroko rozumianych placówkach służby zdrowia, z zachowaniem wymogów dotyczących minimalnej liczby obsługiwanych osób oraz wartości świadczonych usług. Ze wskazanych wyżej względów, brak jest powodów dla uznania, że musi być to żywienie w uzdrowisku.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i § 5 ust 4 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), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: