

Sygn. akt: KIO 1523/14

**WYROK**

**z dnia 7 sierpnia 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Luiza Łamejko**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 sierpnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lipca 2014 r. przez **wykonawcę ASPEN RES Sp. z o.o., ul. Bularnia 5, 31-222 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny, ul. Żołnierska 18, 10-561 Olsztyn**

przy udziale **wykonawcy Vendi Servis Sp. z o.o., ul. Traktorowa 126, 91-204 Łódź** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę ASPEN RES Sp. z o.o., ul. Bularnia 5, 31-222 Kraków** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 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 **Olsztynie**.

**Przewodniczący: .....**

## Uzasadnienie

Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Olsztynie (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę żywienia pacjentów w systemie tacomym. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 maja 2014 r. pod pozycją 2014/S 101-177108.

W dniu 25 lipca 2014 r. wykonawca ASPEN RES Sp. z o.o. (dalej: „odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego:

- wyboru w dniu 16 lipca 2014 r. oferty Vendi Servis Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, spełniającej wymagania określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”),
- zaniechania wykluczenia wykonawcy Vendi Servis Sp. z o.o. z uwagi na złożenie przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania oraz nie wykazanie przez tego wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
- zaniechania odrzucenia oferty Vendi Servis Sp. z o.o., której treść nie odpowiada treści SIWZ, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, oraz która została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- art. 24 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania oraz który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
- art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy niezgodnej z treścią SIWZ, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji

w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, oraz która została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia,

- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty Vendi Servis Sp. z o.o., która nie jest najkorzystniejsza, a wręcz przeciwnie, podlega odrzuceniu i została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący stwierdził, że Vendi Servis Sp. z o.o. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt V.1.1.2 SIWZ, tj. posiadania wiedzy i doświadczenia. Odwołujący zwrócił uwagę na modyfikację treści warunku udziału w postępowaniu dokonaną przez zamawiającego w toku odpowiedzi na pytania dotyczące treści SIWZ w dniu 4 czerwca 2014 r., a także na treść uzupełnienia i wyjaśnienia treści oferty Vendi Servis Sp. z o.o. z dnia 7 czerwca 2014 r.

Odwołujący podniósł, iż twierdzenia Vendi Servis Sp. z o.o. zaprezentowane w piśmie z dnia 7 czerwca 2014 r., iż odpowiedź na zapytania do SIWZ nie jest wiążąca dla stron są błędne. Jak zauważył odwołujący, odpowiedzi na zapytania udzielone w stosownej formie prawnej przez zamawiającego stanowią nierozłączną i integralną część SIWZ, i wobec tego są wiążące dla obu stron postępowania.

Zdaniem odwołującego, złożenie przez Vendi Servis Sp. z o.o. na wezwanie zamawiającego, wykazu usług identycznego jak w ofercie z tą różnicą, że dopisano przy obu wykazanych usługach „na bazie kuchni zewnętrznej wykonawcy”, stanowi celowe poświadczenie nieprawdy przez wykonawcę. Odwołujący wskazał, że usługa nr 1 realizowana przez In-Pak Sp. z o.o. na rzecz Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. Stefana Kardynała Wyszyńskiego Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej nie jest usługą realizowaną na bazie kuchni zewnętrznej wykonawcy, co wynika z treści listu referencyjnego. Realizacja na rzecz zamawiającego, który wydzierżawia kuchnię wykonawcy nie może być traktowana jako realizacja z kuchni zewnętrznej wykonawcy. Kuchnia dzierżawiona, najmowana lub przekazana na podstawie innego stosunku prawnego wykonawcy przez zamawiającego nie jest kuchnią zewnętrzną. To tzw. kuchnia własna - a nie zewnętrzna - zamawiającego. Zdaniem odwołującego, gdyby usługa żywienia była świadczona na rzecz innego (niż ten udostępniający kuchnię) zamawiającego w systemie dowożonym, można by zakwalifikować usługę jako prowadzoną z kuchni zewnętrznej. Odwołujący zwrócił uwagę, iż udostępnienie wiedzy i doświadczenia wykonawcy w niniejszym postępowaniu przez In-Pak Sp. z o.o. w ramach tych referencji ma charakter „fikcyjny”, jeżeli In-Pak Sp. z o.o. miałyby w istocie wspierać, szkolić lub dokonywać innych czynności przy założeniu, że jej uczestnictwo nie będzie polegało na faktycznym wykonywaniu usługi. Odnosząc się do usługi nr 2 realizowanej przez wykonawcę Vendi

Servis Sp. z o.o. na rzecz Dziecięcego Szpitala Klinicznego im. prof. Antoniego Gębali odwołujący stwierdził, iż nie jest ona usługą realizowaną w oparciu o kuchnię zewnętrzną wykonawcy. Odwołujący wskazał, że usługa realizowana na rzecz wskazanego zamawiającego jest usługą złożoną. Przedmiotem usługi było: „sprzątanie, utrzymanie i ochrona szatni pracowniczych, transportu wewnętrznego, sortowanie bielizny, usługi opiekuńczo - pielęgnacyjne i higieniczne, usługi dezynfekcji, utrzymania w czystości terenu zewnętrznego oraz usługi żywienia”. Postępowanie w tamtej sprawie wygrało konsorcjum firm: Spółdzielnia Inwalidów Naprzód w Krakowie i Vendi Servis. Zgodnie z postanowieniem SIWZ cyt. „część 2 - ŻYWIENIE - świadczenie kompleksowych usług całodziennego żywienia pacjentów Dziecięcego Szpitala Klinicznego w systemie tacomym polegające na przygotowywaniu posiłków na bazie dzierżawionych pomieszczeń kuchni szpitalnej oraz dzierżawie kuchni mlecznej, dostawie do oddziałów i produkcji mieszanek mlecznych dla niemowląt przebywających na leczeniu w Dziecięcym Szpitalu Klinicznym oraz prowadzenie stołówki dla pracowników DSK, studentów i innych osób”. Ww. treść SIWZ potwierdza, jak zauważył odwołujący, że usługa świadczona była na bazie kuchni własnej zamawiającego, którą przekazał w dzierżawę wykonawcy. Tym samym, w ocenie odwołującego, obie wykazane przez Vendi Servis Sp. z o.o. usługi nie spełniają warunków postawionych przez zamawiającego.

Odwołujący zakwestionował też referencję dotyczącą usługi wykonywanej przez Vendi Servis Sp. z o.o. na rzecz Dziecięcego Szpitala Klinicznego im. prof. Antoniego Gębali z powodu nie spełnienia drugiej części warunku, tj. jej wartości, która winna przekraczać 2 000 000,00 zł. Odwołujący stwierdził, że do dnia składania ofert, tj. do dnia 10 czerwca 2014 r. usługa ta nie została zrealizowana do wymaganej w SIWZ wartości. Odwołujący wystąpił w dniu 11 lipca 2014 r. do Szpitala w Lublinie w oparciu o ustawę o dostępie do informacji publicznej z wnioskiem o udostępnienie faktur za wykonane usługi. Na dzień składania odwołania odwołujący nie otrzymał żadnej informacji we wnioskowanym zakresie. Wobec braku tych materiałów odwołujący wskazał, że dokument w postaci formularza ofertowego złożonego w przetargu znak sprawy 10/13 potwierdza, iż całkowita łączna wartość usługi żywienia w okresie 48 miesięcy wynosi 7 994 090,88 zł. Postanowienia SIWZ w części VII prezentują terminy wykonania zamówienia - wymagany termin realizacji zamówienia - część 2 - żywienie: 48 miesięcy (przewidywany termin rozpoczęcia świadczenia i zakończenia: 1 lipca 2013 r. – 30 czerwca 2017 r.). Jak wynika ze złożonego w niniejszym postępowaniu wykazu potwierdzonego referencjami, usługa w Lublinie została rozpoczęta w planowanym terminie. Z uwagi na fakt, iż referencja będąca przedmiotem analizy została wystawiona przez zamawiającego w dniu 9 czerwca 2014 r. należy przyjąć, iż całkowity potwierdzony okres dotychczas zrealizowanej usługi wynosi 343 dni kalendarzowe. Całkowity okres

trwania umowy wynosi 48 m-cy, to jest 1461 dni kalendarzowych. Wyliczona dzienna wartość świadczonej usługi wynosi 5 471,66 zł. W okresie potwierdzającym wykonanie przez wykonawcę Vendi Servis Sp. z o.o. oscyluje wokół kwoty 1 876 779,38 zł brutto, a zatem nie przekracza wymaganych 2 000 000 zł. Otrzymana wartość potwierdza, iż wykonawca Vendi Servis Sp. z o.o. poświadczył nieprawdę we wskazanym zakresie.

Odwołujący wyraził przekonanie, iż oferta Vendi Servis Sp. z o.o. obarczona jest również dyskwalifikującą ją wadą w postaci złożenia nieprawdziwych informacji w zakresie warunków udziału w postępowaniu - dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym. Zdaniem odwołującego, istotne znaczenie dla technicznej możliwości świadczenia usługi z kuchni zewnętrznej ma odległość kuchni wykonawcy od siedziby zamawiającego. Odwołujący zauważył, że zamawiający nie podaje w SIWZ maksymalnej odległości, jaka powinna dzielić oba punkty, gdyż jest to oczywiste, iż wykonawca powinien zdawać sobie sprawę z granic technicznej możliwości dowożenia (kilkukrotnie w ciągu dnia) posiłków w terminie i o wymaganej temperaturze. Odwołujący oświadczył, iż dysponuje kuchnią zewnętrzną zlokalizowaną na terenie Olsztyna w odległości nie przekraczającej 1 km. Stwierdził, że Vendi Servis Sp. z o.o. dysponuje kuchnią w Biskupcu oddaloną o 36 km, co uniemożliwia prawidłową realizację wszystkich warunków SIWZ.

Odwołujący wyjaśnił, iż obecnie wykonuje usługę żywienia u zamawiającego - WSS Olsztyn, w związku z tym dokonał analizy możliwości realizacji usługi według oferty Vendi Servis Sp. z o.o. Odwołujący realizuje podobne kontrakty w kilkunastu szpitalach na terenie całej Polski. Nadto dysponuje kompleksową wiedzą co do stosowanych w praktyce najnowszych rozwiązań technologicznych w kraju i na świecie. Analiza oferowanych przez Vendi Servis Sp. z o.o. warunków usługi pozwala, w ocenie odwołującego, na stwierdzenie, iż:

- Vendi Servis Sp. z o.o. nie jest w stanie zrealizować usługi zgodnie z wytycznymi SIWZ,
- Vendi Servis Sp. z o.o. składając oświadczenie w trybie art. 22 ustawy Pzp złożyła nieprawdziwe informacje w zakresie terminowej realizacji usługi.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż w postanowieniach SIWZ ściśle zostały określone godziny zaprowiantowania poszczególnych posiłków, godziny zgłaszania przez personel szpitalny korekt posiłków (zmiana liczby pacjentów, zmiana kategorii diet), jak i godziny wydawania posiłków przez wykonawcę. Wymagane w SIWZ terminy nie pozwalają na realizację zamówienia z kuchni odległej o 36 km. W ocenie czasu niezbędnego dla dostarczenia do pacjenta posiłku zleconego w ramach korekty zamówienia należy uwzględnić: czas niezbędny dla przygotowania posiłku, jego spakowania do tacy, umieszczenia w specjalnym wózku transportowym i zapakowania wózków do samochodu

(35 min. przy założeniu, że samochód mieści standardowo 7 wózków), a dalej: przewiezienie z Biskupca do Olsztyna (40 min.), transport wewnętrzny w szpitalu windą o ograniczonej przepustowości (75 min.).

Odwołujący przedstawił istotne elementy funkcjonowania tzw. systemu tacowego w żywieniu szpitalnym w kontekście SIWZ. Wyjaśnił, że istotą systemu tacowego jest dostarczanie do każdego pacjenta dedykowanej dla niego indywidualnej tacy z posiłkiem (zastosowanie przepisanej przez lekarza diety). Odwołujący wskazał, że zamawiający szczegółowo określił w SIWZ (część III opis przedmiotu zamówienia pkt 17, § 4 pkt 9 projektu umowy - załącznika do SIWZ) godziny wydawania posiłków, wg następującego czasookresu:

- Śniadania: 8.00 - 9.00
- II śniadania: 10.00
- Obiad: 13.00-14.00
- Podwieczorek: 16.00
- Kolacja: 17.00-18.00.

Określone zostały także godziny wprowadzenia korekt (§ 6 projektu umowy - załącznika do SIWZ):

- Śniadanie 7.00
- Obiad: 11.00
- Kolacja 16.30.

Odwołujący podkreślił, że u zamawiającego obowiązuje 20 diet (załącznik nr 2 do projektu umowy - załącznika do SIWZ), na łączną ilość oddziałów 18 zlokalizowanych na 7 piętrach, obsługiwanych przez 2 windy będące również do dyspozycji dla firmy sprzątającej oraz apteki. Powyższe oznacza, że średnio dziennie obsługiwanych jest 350 pacjentów, dla których wymagane jest zarezerwowanie 350 tac, które są rozwożone w minimum 18 wózkach (z uwagi na liczbę 18 oddziałów) o pojemności 30, 24 lub 20 tac. Dla zapewnienia ciągłości usługi wykonawca obsługujący usługę żywienia musi dysponować tacami w ilości 350 szt. po jednej dla każdego pacjenta. Po przygotowaniu wszystkich możliwych wariantów posiłków dla diet specjalistycznych potrawy z kuchni wykonawcy przenoszone są do tzw. strefy ekspedycji tj. taśmociągu (długości od 5 do 7m) służącego do przesuwu tac. Taśmociąg posiada podłączenie wózków bemaowych służące do utrzymania temperatury potraw. Przy każdym wózku czyli potrawie znajduje się pracownik nakładający poszczególne wyposażenie tacy sztućce, talerze i w końcu wyprodukowane dania na

oznakowaną tacę. Po zapakowaniu specjalistycznej pojedynczej diety taca jest sprawdzona przez dietetyka. Taca zapakowana jest do przypisanego wózka dla oddziału a wózek przetransportowany do samochodu dostawczego. Każdy wózek jest przyporządkowany wyłącznie do jednego oddziału. Zapakowanie jednego wózka trwa około 5 - minut, w zależności od ilości pacjentów zaprowiantowanych w oddziale jak i rodzajów diet. Wózki wstawia się do samochodu ciężarowego. Podsumowując, odwołujący wskazał, że czas załadowania do samochodu 7 pełnych wózków wraz z tacami i posiłkami gotowymi do przewozu wynosi minimum 35 min, a 18 wózków (duży samochód ciężarowy) 1 godz. 30 min. (18x 5 minut=90 minut). Dalej, na miejscu w WSS w Olsztynie samochód należy rozładować, co możliwe jest jedynie przy użyciu specjalnych podnośników, gdyż szpital nie dysponuje rampą zjazdową. Następnie należy przewieźć wózki do wyznaczonego oddziału znajdującego się na jednym z siedmiu pięter. W WSS w Olsztynie udostępnione są dwie windy , przy czym każda z wind może jednorazowo pomieścić jeden wózek. Na wszystkie 18 oddziałów należy dostarczyć łącznie minimum 18 wózków, zatem przy rzeczywistym czasie rozładowania i dostarczenia wózków do oddziału cały proces zajmie 1 godz. 15 min. Transport posiłków z kuchni zlokalizowanej w Biskupcu zajmie około 40 minut. Biorąc pod uwagę powyższe dane, Odwołujący stwierdził, że łączny proces od rozpoczęcia pakowania tac (co możliwe jest dopiero od uzyskania ze szpitala tzw. korekt, a zatem precyzyjnej liczby pacjentów na poszczególnych oddziałach z poszczególnymi dietami) do dostarczenia posiłków wynosi około 150 minut. Zdaniem odwołującego, przedstawiona powyżej analiza możliwości technicznych występujących w WSS Olsztyn wykazuje, że firma Vendi Servis Sp. z o.o. przekroczyłaby maksymalny czas dostawy posiłku o 1 godzinę w przypadku kolacji, co oznacza, że ten wykonawca nie jest w stanie wykonać zamówienia zgodnie z wymogami zamawiającego, nie ma bowiem takich technicznych możliwości. Odwołujący stwierdził, że złożone w tym zakresie przez Vendi Servis Sp. z o.o. oświadczenie o dysponowaniu takimi możliwościami jest nieprawdziwe.

Odwołujący zauważył, że w systemie tacowym i przy istniejących w WSS Olsztyn uwarunkowaniach (liczba pacjentów/liczba diet/liczba oddziałów) wykonawca nie mógłby uruchamiać transportu przed otrzymaniem korekt i dostarczać na własny koszt i ryzyko nadprogramowe, rezerwowe tace z posiłkami. Powyższe jest wykluczone z uwagi na możliwą ilość wariantów (z przynajmniej jedną inną dietą). 20 różnych diet przy 18 oddziałach daje możliwość utworzenia minimum 360 alternatyw. Dodatkowo, planowanie burzy sytuacja w dni wolne od pracy, weekendy, kiedy korekt jest ok. 20-30 % stanów, czyli ilość pacjentów w weekend spada o 20-30% a wzrasta po weekendzie o 20-30%. Ilość pacjentów spada z 350 na 260 - na różnych oddziałach różnie. Nie ma możliwości - nawet w oparciu o dane historyczne - stworzenia prognoz, na podstawie których wykonawca

mógłby dostarczać (bez czekania na korekty) prawidłowo posiłki do Szpitala. Tak istotna niewiadoma umożliwia dokonanie pakowania tac nie wcześniej niż po otrzymaniu korekt. Proces dystrybucji uniemożliwia pakowanie tac wg poszczególnych diet, gdyż sytuacja taka doprowadziłaby do paradoksu, kiedy jeden wózek musiałby znaleźć się na każdym oddziale. Pakowanie może odbywać się wyłącznie oddziałami.

Odwołujący wskazał ponadto na wagę żywienia pacjentów, w tym czasu podawania posiłków dla zdrowia i życia pacjentów.

Odwołujący złożył wniosek o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadków: J..... O.....-A..... (adres do doręczeń: adres Aspen Res) - dietetyka i dyrektora operacyjnego Aspen Res na Polskę, S..... U.....-S..... (adres do doręczeń: adres Aspen Res) - dietetyka i kierownika regionalnego Aspen Res na okoliczność: warunków technicznych realizacji usług żywienia w systemie tacowym w WSS Olsztyn, wymogów w zakresie prawidłowej realizacji usług żywienia w systemie tacowym.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Vendi Servis Sp. z o.o.,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- wykluczenia wykonawcy Vendi Servis Sp. z o.o.,
- odrzucenia oferty Vendi Servis Sp. z o.o.,
- powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i w rezultacie wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W dniu 28 lipca 2014 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego złożyła Vendi Servis Sp. z o.o.

W dniu 6 sierpnia 2014 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami,

odpowiedzi na pytania do treści specyfikacji z dnia 4 czerwca 2014 r., wezwanie Vendi Servis Sp. z o.o. do uzupełnienia treści oferty z dnia 7 lipca 2014 r., odpowiedź Vendi Servis Sp. z o.o. na wezwanie do uzupełnienia treści oferty z dnia 7 lipca 2014 r., jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba uznała, że nie podlega ono uwzględnieniu.

Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego nie wykazania przez Vendi Servis Sp. z o.o. spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie usług wykonywanych na bazie kuchni zewnętrznej wykonawcy.

Wskazać należy, że w ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający postawił warunek dotyczący wykazania się przez wykonawcę stosowną wiedzą i doświadczeniem wymagając wykazania, iż wykonawca wykonał minimum 2 usługi w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, o wartości nie mniejszej niż 2 000 000,00 zł (pkt III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu). W pkt V ppkt 2.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający ww. warunek sformułował w następujący sposób: „wymagane jest posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia w zakresie realizacji minimum dwóch usług odpowiadających rodzajem i wartością stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. polegających na usłudze żywienia pacjentów szpitalnych o wartości nie mniejszej niż 2 000 000,00 zł”.

W dniu 4 czerwca 2014 r. zamawiający na pytanie: „Dotyczy części V pkt 2.1. siwz. Zamawiający wskazuje, iż przedmiot zamówienia ma być realizowany w oparciu o tacowy system dystrybucji posiłków z kuchni zewnętrznej wykonawcy. Czy w związku z tym faktem, zamawiający oczekuje aby wykonawca wykazał się minimum dwoma usługami odpowiadającymi rodzajem i wartością stanowiącymi przedmiot zamówienia, tj. polegających na usłudze żywienia pacjentów szpitalnych w systemie tacowym na bazie kuchni zewnętrznej wykonawcy, o wartości nie mniejszej niż 2 000 000,00 zł brutto każda.” Udzielił

następującej odpowiedzi: „Tak, Zamawiający potwierdza, iż Wykonawcy muszą wykazać się doświadczeniem polegającym na usłudze żywienia pacjentów szpitalnych w systemie tacowym na bazie kuchni zewnętrznej wykonawcy, o wartości nie mniejszej niż 2 000 000 zł brutto każda.”.

Vendi Servis Sp. z o.o. złożyła ofertę, w której złożyła oświadczenie o realizacji dwóch usług codziennego żywienia chorych – na rzecz WSS im. Stefana Kardynała Wyszyńskiego w Lublinie (na kwotę 13 738 653,00 zł, w terminie 16 lipca 2004 r. – 31 stycznia 2012 r. przez In-Pak Sp. z o.o. – podmiot trzeci, na którego wiedzę i doświadczenie powołał się wykonawca) oraz na rzecz Dziecięcego Szpitala Klinicznego im. prof. A. Gębali w Lublinie (na kwotę nie mniejszą niż 2 000 000 zł na dzień składania ofert, w terminie 1 lipca 2013 r. – 30 czerwca 2017 r.). Do wykazu usług dołączone zostały listy referencyjne.

W dniu 7 lipca 2014 r. zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał Vendi Servis Sp. z o.o. do uzupełnienia oferty w zakresie wykazu wykonanych usług oraz poświadczenia potwierdzającego, że usługi te wykonane zostały należycie wskazując jednocześnie, że załączone do oferty potwierdzenia należytego wykonania umowy nie spełniają warunku w zakresie prowadzenia usługi na bazie kuchni zewnętrznej.

Pismem z dnia 7 lipca 2014 r. skierowanym do zamawiającego Vendi Servis Sp. z o.o. wyraziła przekonanie, iż przedłożone dokumenty potwierdzają spełnianie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia określonego przez zamawiającego w pkt V ppkt 2.1. specyfikacji. Wykonawca podniósł również, iż zamawiający w żaden sposób nie określił w specyfikacji ani w ogłoszeniu o zamówieniu wymogu, aby wykonawca wykazał się doświadczeniem polegającym na wykonywaniu usług żywienia pacjentów szpitalnych w systemie tacowym na bazie kuchni zewnętrznej wykonawcy. Vendi Servis Sp. z o.o. zwróciła uwagę, że zamawiający do dnia składania ofert nie dokonał modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszenia o zamówieniu polegającej na wprowadzeniu takiego wymogu z wykorzystaniem procedury określonej w art. 38 ust. 4 i 4a ustawy Pzp. Wykonawca zauważył, że bez dokonania stosownej zmiany specyfikacji, zamawiający nie może żądać spełnienia warunku w sposób inny niż to wynika wprost z treści specyfikacji. Vendi Servis Sp. z o.o. stwierdziła, że wezwanie do uzupełnienia oferty jest nieuprawnione. Jednocześnie, wykonawca złożył wykaz tych samych usług, na których realizację powołał się w ofercie dodając w nim oświadczenie, iż były one realizowane w systemie tacowym na bazie kuchni zewnętrznej wykonawcy. Do wykazu Vendi Servis Sp. z o.o. dołączyła listy referencyjne o treści takiej samej, jak w ofercie.

W dniu 16 lipca 2014 r. zamawiający dokonał wyboru oferty Vendi Servis Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

Biorąc pod uwagę ww. okoliczności sprawy Izba stwierdziła, że brak jest możliwości ponoszenia przez wykonawcę negatywnych konsekwencji działań zamawiającego, które zostały dokonane z naruszeniem przepisów prawa. Izba zgodziła się z odwołującym, iż odpowiedzi na pytania do specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowią jej integralną część i są wiążące dla stron, jednak w przypadku przetargu nieograniczonego zamawiający dokonując zmiany treści specyfikacji w zakresie, który prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zobowiązany jest dokonać też zmiany ogłoszenia (art. 38 ust. 4a ustawy Pzp). Powyższy wymóg ma szczególne znaczenie w sytuacji zaistniałej w przedmiotowym postępowaniu, bowiem modyfikacja specyfikacji dokonana odpowiedzią na pytanie dotyczyła warunków udziału w postępowaniu, których sformułowanie przez zamawiającego ma zasadnicze znaczenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem statuuje one krąg wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. O wadze zmian w ogłoszeniu o zamówieniu w zakresie warunków udziału w postępowaniu świadczy też dyspozycja art. 12a ust. 2 ustawy Pzp, gdzie zostało wskazane, że zmiana ogłoszenia dotycząca warunków udziału w postępowaniu powoduje konieczność przedłużenia terminu składania ofert. Brak w ogłoszeniu o zamówieniu informacji o warunkach udziału w postępowaniu ujawnionych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia może prowadzić nawet do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Bez ujawnienia w ogłoszeniu o zamówieniu warunków udziału w postępowaniu trudno mówić o jednoznacznych wymogach dla wykonawców postawionych w postępowaniu. Jest to niewątpliwie niezgodne z zasadą przejrzystości postępowania.

W świetle powyższego, Izba uznała, że złożone w przedmiotowym postępowaniu oferty należy oceniać według warunku sformułowanego w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz pierwotnej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wobec takiego stanowiska należy uznać, że Vendi Servis Sp. z o.o. wykazała spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Z uwagi na przyjęte założenie, za bezzasadne Izba uznała też twierdzenia o złożeniu przez Vendi Servis Sp. z o.o. nieprawdziwych informacji w przedmiotowym zakresie.

Za nie udowodniony Izba uznała zarzut nie zrealizowania przez Vendi Servis Sp. z o.o. usługi wykonywanej na rzecz Dziecięcego Szpitala Klinicznego im. prof. Antoniego Gębali na kwotę przekraczającą 2 000 000,00 zł do upływu terminu składania ofert. W ocenie Izby, dzienna wartość usługi wyliczona przez iloraz ceny i liczby dni realizacji zamówienia nie

może stanowić o nie spełnianiu warunku przez Vendi Servis Sp. z o.o. Brak jest bowiem pewności, iż obliczona przez odwołującego stawka dzienna jest kwotą stałą - kwota ta może być różna choćby ze względu na liczbę pacjentów w szpitalu w danym okresie. Odwołujący, na którym spoczywa ciężar dowodu, nie przedstawił dowodu na poparcie swoich twierdzeń.

Nie znalazł potwierdzenia również zarzut dotyczący złożenia przez Vendi Servis Sp. z o.o. nieprawdziwych informacji w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym. Zarzut oparty został przez odwołującego o założenie, że Vendi Servis Sp. z o.o. realizując zamówienie będzie korzystała z kuchni znajdującej się w Biskupcu. Izba zważyła, że zamawiający nie wymagał od wykonawców wskazania kuchni, z której realizowane będzie zamówienie. Wskazanie takie nie znajduje się w ofercie Vendi Servis Sp. z o.o. Wobec nie przedstawienia przez odwołującego dowodów na okoliczność, iż Vendi Servis Sp. z o.o. będzie wykonywała usługę z kuchni położonej w Biskupcu, twierdzenia odwołującego Izba uznała za gołosłowne. Brak jest zatem podstaw do stwierdzenia złożenia przez Vendi Servis Sp. z o.o. nieprawdziwych informacji w tym zakresie, czy też niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....