



Warszawa, dnia 4 marca 2011 r.

WOJEWÓDZKI SZPITAL ZESPOŁONY
w Kielcach

Wpłynięcie 04.03.2011 r.

Lp. 233/11 z 10

Do
Prezesa
Krajowej Izby
Odwoławczej
ul. Poczty 17 a
02-676 Warszawa

Wnoszący odwołanie (Odwołujący):

ISS Facility Services Sp. z o.o.
Ul. Flisa 2
02-247 Warszawa
Tel: 22 577 42 00
Fax: 22 612 53 45

Zamawiający:

Wojewódzki Szpital Zespolony w Kielcach
25-736 Kielce, ul. Grunwaldzka 45
tel: (0-41) 36-71-301,
fax: (0-41) 34-50-623

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „na usługę żywienia pacjentów Wojewódzkiego Szpitala Zespołonego w Kielcach”, nr sprawy EZ/ZP/18/2011, zwane dalej „Postępowaniem”.

Numer ogłoszenia o zamówieniu: **39-064257** - opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 lutego 2011 r.

ODWOŁANIE

Działając na podstawie art. 179 ust. 1 oraz 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2010 r., Nr 113, poz.

ISS Facility Services Sp. z o.o.
ul. Flisa 2
02-247 Warszawa

Tel.: +48 (22) 677 42 00
Fax: +48 (22) 612 53 45

ISS FACILITY SERVICES
ISS Facility Services Sp. z o.o.
www.issworld.com
KRS: 000034000
Sąd rej. Dł. m. st. Warszawa
2011 Wjcz. Gosp. Kraj. Rz. Kraj.
NIP: 525-230-78-78
REGON: 142578
Specjalista ds. Zamówień Publicznych

759 z późn. zm.), zwanej dalej „Ustawą”, wnoszę odwołanie wobec treści ogłoszenia, a także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia niezgodnych z przepisami Ustawy.

Zamawiającemu zarzucam naruszenie następujących przepisów Ustawy:

- 1) art. 7 ust. 1 Ustawy w związku z art. 29 ust. 2 Ustawy poprzez zawarcie w opisie przedmiotu zamówienia wymagania, aby wykonawcy składający oferty w przedmiotowym postępowaniu wykazali się **„posiadaniami kuchni szpitalnej na terenie miasta Kielce”**, co stanowi naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w sytuacji, gdy taką dodatkową kuchnią dysponuje wyłącznie jeden wykonawca, a jej posiadanie nie jest niezbędne do faktycznej realizacji zamówienia; ponieważ realizacja zamówienia odbywa się w przejętych od Zamawiającego **„w najem i dzierżawę pomieszczeń kuchni”**;
- 2) art. 7 ust. 1 Ustawy w związku z art. 22 ust. 4 Ustawy poprzez zawarcie w warunkach udziału w postępowaniu oraz opisie sposobu dokonania oceny spełniania warunków następujących postanowień:
 - a. w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia - wymogu wskazania w wykazie usług wyłącznie **„usług w zakresie całodziennego wyżywienia pacjentów zakładu opieki zdrowotnej na bazie wynajmowanych pomieszczeń”**;
 - b. w zakresie dysponowania potencjałem technicznym - wymogu posiadania **„kuchni szpitalnej zabezpieczającej na terenie miasta Kielce na wypadek awarii i na czas remontu”**;co stanowi naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz naruszenie zasady, iż opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu

powinien być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia;

- 3) art. 36 ust 5 Ustawy w związku z art. 29 ust. 2 Ustawy poprzez wykluczenie możliwości korzystania z podwykonawców i braku uzasadnienia przez Zamawiającego tego wykluczenia, w sytuacji gdy specyfika przedmiotu zamówienia nie stoi na przeszkodzie udziałowi podwykonawców, a w niektórych aspektach przedmiotu zamówienia jest konieczna (roboty budowlane). *odstąpieniu od tego wymogu.*

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) dokonania zmiany postanowień SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu poprzez usunięcie z opisu przedmiotu zamówienia zapisu „13. W celu zabezpieczenia ciągłości żywienia w przypadku awarii kuchni głównej, Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykazał się posiadaniem kuchni szpitalnej na terenie miasta Kielce.”
- 2) dokonania zmiany postanowień SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu poprzez usunięcie z warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków następujących zapisów:
 - a. w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia wykreślenie zwrotu „na bazie wynajmowanych pomieszczeń”;
 - b. w zakresie potencjału technicznego wykreślenie fragmentu: „W celu zabezpieczenia ciągłości żywienia pacjentów Zamawiającego w przypadku awarii kuchni głównej, dzierżawionej od Zamawiającego, Zamawiający wymaga, aby Wykonawca posiadał kuchnię szpitalną zabezpieczającą na terenie miasta Kielce na wypadek awarii i na czas remontu. Wykonawca zobowiązany jest dołączyć do oferty oświadczenie potwierdzające posiadanie na terenie miasta Kielce kuchni szpitalnej. Po otwarciu ofert Zamawiający może wezwać

ISS FACILITY SERVICES
Sp. z o.o.

[Signature]
Kielce
Instytut ds. Zamówień Publicznych

Wykonawców do przedstawienia dokumentów potwierdzających posiadanie takiej kuchni."

lub ewentualnie zmianę tego zapisu na następujący:

„W celu zabezpieczenia ciągłości żywienia pacjentów Zamawiającego w przypadku awarii kuchni głównej, dzierżawionej od Zamawiającego, Zamawiający wymaga, aby Wykonawca posiadał kuchnię szpitalną zabezpieczającą na wypadek awarii i na czas remontu w odległości nie większej niż 50 km od siedziby Zamawiającego”.

- 3) nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu poprzez usunięcie zapisu *„Zamawiający zastrzega, iż całość przedmiotu zamówienia musi zostać wykonana samodzielnie, bez udziału podwykonawców.”*
- 4) przedłużenie terminu składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach.

Na wypadek nie przedłużenia terminu składania ofert Odwołujący składa wniosek ewentualny wobec wniosku określonego w punkcie 4, wnosząc o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie postępowania, w przypadku gdy odwołanie rozpatrywane będzie po terminie składania ofert.

Ponadto Odwołujący wnosi o:

- 1) zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Odwołujący oświadcza, iż ma interes prawny w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ obecne zapisy specyfikacji uniemożliwiają mu złożenie oferty i ubieganie się tym samym o przedmiotowe zamówienie. Czynności Zamawiającego, w szczególności niezgodny z przepisami Ustawy opis spełniania warunków udziału w Postępowaniu uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie tego zamówienia, co oznacza, że Odwołujący w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy może ponieść szkodę. Stanowi to

wystarczającą przesłankę do skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 i nast. Ustawy.

Odwolujący powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania w dniu 25.02.2011 r. Odwołanie wniesione zostało w dniu 04.03.2011 roku, czyli w terminie przewidzianym w art. 182 ust. 2 pkt 1) Ustawy.

UZASADNIENIE

Zamawiający Wojewódzki Szpital Zespolony w Kielcach ogłaszając w dniu 25.02.2011 postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na „Usługę żywienia pacjentów Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Kielcach”, nr sprawy nadany przez Zamawiającego EZ/ZP/18/2011”, poprzez niezgodny z Ustawą opis sposobu oceny warunków udziału w postępowaniu oraz wprowadzenie niczym nie uzasadnionych wymogów dotyczących posiadania dodatkowej kuchni na wypadek awarii oraz posiadania wiedzy i doświadczenia nabytego „świadcząc usługi w zakresie całodziennego wyżywienia pacjentów zakładu opieki zdrowotnej na bazie wynajmowanych pomieszczeń”. Odwołujący będąc zainteresowanym uzyskaniem przedmiotowego zamówienia w dniu 1 marca 2011 r., korzystając z uprawnień wynikających z art. 36 ust. 1, zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednocześnie sygnalizując zamawiającemu, iż niektóre zapisy specyfikacji oraz warunki udziału w postępowaniu pozostają w sprzeczności z Ustawą, co w rażący sposób ogranicza krąg podmiotów zainteresowanych uzyskaniem przedmiotowego zamówienia. Zamawiający podtrzymał zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

 ISS FACILITY SERVICES
Sp. z o.o.
Agencja Specjalista Gł. Zamówień Publicznych

Ad. 1 Nasuwa się retoryczne pytanie, czy innego doświadczenia zdobywa się w zakresie świadczenia usług wyżywienia pacjentów zakładu opieki zdrowotnej na bazie kuchni, której wykonawca jest właścicielem?

Ad. 2 Wymóg posiadania „kuchni na wypadek awarii” nie znajduje uzasadnienia w ocenie Odwoławczego. Nowoczesne technologie produkcji posiłków oraz ilość i rodzaj urządzeń jakie Wykonawca ma do dyspozycji (które mogą być umieszczone w kuchni Zamawiającego np. poza sprzętem wskazanym w SIWZ i wymaganym przez Zamawiającego) pozwalają na produkowanie żywności w dowolnym miejscu i dostarczanie ich do miejsca przeznaczenia. Pogląd ten podzieliła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 22 grudnia 2009 r. (Sygn. akt: KIO/UZP 1734/09) – „Izba podzieliła zrzuty odwoławczego wskazujące na naruszenie art. 29 ust. 2 Pzp poprzez sformułowanie wymogu aby produkcja posiłków dostarczanych w systemie tarcowym do szpitala odbywała się jedynie na terytorium miasta Olsztyna. Jak wynika z powoływanych wyżej postanowień Zaproszenia do negocjacji zamawiający wymagał aby posiłki stanowiące przedmiot dostawy przygotowywano w granicach miasta w oparciu o pomieszczenia kuchni już posiadanej lub pozyskanej przed rozpoczęciem realizacji zamówienia przez wykonawcę, dla której wykonawca posiada/uzyska stosowne opinie i dopuszczenia.

Szeroko pojęte wymagania zamawiającego (w tym również dotyczące miejsca czy sposobu jego realizacji) składające się na opis przedmiotu zamówienia mogą naruszać konkurencję, o której stanowi art. 29 ust. 2 Pzp, nie tylko poprzez eliminację niektórych wykonawców z możliwości zaoferowania swoich usług czy produktów, ale również w sposób nadmiernie utrudniający przygotowanie i złożenie korzystnej ekonomicznie i racjonalnej oferty. Jakkolwiek wszystkie opisy przedmiotu zamówienia muszą, niejako *ex definitione*, tego typu ograniczenia wprowadzać - nie jest możliwa sytuacja, w którym szanse na uzyskanie danego zamówienia są w znaczeniu faktycznym dla wszystkich uczestników równe - postanowienia tego typu nie mogą wprowadzać wymogów, które różnicują sytuację wykonawców obecnych na rynku w sposób nadmierny a nie uzasadniony racjonalnymi i obiektywnymi potrzebami zamawiającego, które dany opis przedmiotu zamówienia ma zaspokoić.

W ocenie Izby tego typu sytuacja nie występuje w niniejszym przypadku, tj. geograficzne ograniczenie miejsca przygotowywania posiłków nie ma związku lub ma związek niewielki z koniecznością i realną możliwością zapewnienia terminowości

dostaw i temperatury posiłków. Nawet w przypadku gdyby związek pomiędzy odległością a powyższymi wymaganiami dałoby jasno wykazać, to nie byłoby to wystarczające dla uzasadnienia arbitralnego wyznaczenia limitacji w sposób, który przyjął zamawiający. Np. sytuacja dojazdowa poszczególnych dzielnic miasta może diametralnie różnić się od możliwości dojazdowych do określonego punktu miasta z miejscowości przyległych. Ponadto w ocenie Izby nie budzi wątpliwości, że zarówno transport posiłków z miejscowości ościennych czy nawet oddalonych, jak i transport posiłków z odległych punktów miasta wymagał będzie zastosowania urządzeń i rozwiązań podtrzymujących ich temperaturę (urządzenia tego typu występują i są masowo stosowane na rynku). Natomiast zabezpieczenie jakości i terminowości dostaw zamawiający może i powinien osiągnąć nie poprzez niedające się pogodzić z zasadą konkurencji ograniczenia rzutujące na sytuację wykonawców, którzy mogą i chcą realizować niniejsze zamówienie w oparciu o urządzenie umiejscowione gdzie indziej niż przewidział zamawiający, ale poprzez odpowiednie postanowienia umowne (np. dotyczące kar czy możliwości odstąpienia od umowy), które wymuszają na wykonawcy odpowiednią kalkulację ryzyk i zarządzanie nimi w trakcie realizacji zamówienia, które wykluczy czy znacząco ograniczy możliwość wystąpienia tego typu opóźnień czy przestojów... etc. Nieodokreślone szacowanie wielkości prawdopodobieństwa wystąpienia negatywnych zjawisk w trakcie realizacji umowy ze względu na zwiększoną odległość miejsca powstawiania przedmiotu dostawy jest niewystarczające dla arbitralnego takiej odległości ograniczenia wobec występowanie na rynku wykonawców, którzy deklarują ochotę i możliwość pojęcia określonych zobowiązań i spełnienie wszystkich wymagań zamawiającego, co do przedmiotu dostawy, gdy zamawiający nie jest w stanie wykazać, że przekroczenie zakładanego progu odległości im to faktycznie uniemożliwi lub uczyni realizację umowy nieracjonalną.

W związku z powyższym zasadne stało się nakazanie zamawiającemu usunięcie z Zaproszenia do negocjacji wymogów ograniczających możliwość produkcji posiłków tylko do granic administracyjnych miasta jego siedziby.¹

Przy czym zdaniem Odwołującego podkreślenia wymaga fakt, iż w cytowanym uzasadnieniu, stan faktyczny dotyczył kuchni podstawowej. Natomiast w przedmiotowym postępowaniu wykonawca będzie świadczył usługi na bazie kuchni dzierżawionej od Zamawiającego, więc wymóg posiadania kolejnej „awaryjnej kuchni szpitalnej” na terenie miasta Kielce wydaje się być

¹ Krajowa Izba Odwoławcza, WYROK z dnia 22 grudnia 2009 r., Sygn. akt: KIO/UZP 1734/09

zadaniem wyjątkowo wygórowanym, już z całą pewnością ogranicza krąg wykonawców. Z wiedzy Odwołującego wynika, iż na terenie miasta Kielce są tylko 3 „kuchnie szpitalne”, z których dwie produkują posiłki na potrzeby własne, dla pacjentów szpitali, do których należą, a operatorem 3 jest firma Impel Catering, świadcząca jednocześnie usługę żywienia pacjentów na bazie kuchni u Zamawiającego.

Ad. 3 Wykluczenie możliwości korzystania z podwykonawców podczas realizacji zamówienia. Swobodę, co do decyzji o powierzeniu wykonania zamówienia lub jego części podwykonawcom, pozostawia się wykonawcy – zasadę tę potwierdza przepis art. 36 ust. 6 Ustawy. „Jedynie w wyjątkowych sytuacjach związanych ze specyfiką przedmiotu zamówienia zamawiający będzie uprawniony do zastrzeżenia wykonania części lub całości wykonania przedmiotu osobiście przez wykonawcę. Korzystanie z możliwości ograniczenia zlecenia prac podwykonawcom powinno być poprzedzone wnikliwą analizą przedmiotu zamówienia. (...) Zastrzeżenie osobistego spełnienia świadczenia dotyczy więc sytuacji wyjątkowych, specjalnych, związanych z charakterystyką przedmiotu zamówienia.”²

W tym stanie rzeczy, wobec oczywistego uchybienia przepisom Ustawy, Odwołujący wnosi jak na wstępie.

 ISS FACILITY SERVICES
Sp. z o.o.
Małgorzata Chmiel
Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach

(podpis osoby upoważnionej)

W załączeniu:

1. Pełnomocnictwo
2. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania.
3. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu.

² Małgorzata Stachowiak, Jarosław Jerzykowski, Włodzimierz Dzierżanowski - Prawo Zamówień Publicznych – Komentarz, Wydawnictwo Wolters Kluwers, Wydanie IV, Warszawa 2010 r.