

Świdwin, dnia 08 lipca 2016 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej**

ul. Postępu 17A  
02-676 Warszawa

**ZAMAWIAJĄCY:**

**Ośrodek Pomocy Społecznej w Brojcach,**  
**ul. Długa 48,**  
**72 – 304 Brojce**  
faks: (91) 3861186  
e-mail: e.jankowska@brojce.net.pl

**ODWOŁUJĄCY:**

**Usługi Gastronomiczne Daniel Wójcik**  
**ul. Elizy Orzeszkowej 11,**

**84-100 Puck**

w imieniu której działa:

Robert Matysiak

prowadzący działalność gospodarczą

AXEL CONSULTING Robert Matysiak

ul.Łokietka 4/2A. 78-300 Świdwin

faks: 94 717 71 56

e-mail: robert.matysiak@axelconsulting.pl

dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „DOŻYWIANIE UCZNIÓW W SZKOŁACH Z TERENU GMINY BROJCE” Znak sprawy: OPS.2511. 1. 2016

**ODWOŁANIE**

Działając w imieniu Daniela Wójcika, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Gastronomiczne Daniel Wójcik z siedzibą w Pucku (84-100), przy ul. Elizy Orzeszkowej 11 (dalej: „Odwołujący”, zgodnie z art. 180 w związku z art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164); dalej: „ustawa PZP”, bądź „Prawo zamówień publicznych”), wnoszę odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Ośrodek Pomocy Społecznej, ul. pl. Zwycięstwa 37, 72-300 Gryfice (dalej „Zamawiający”) pn. DOŻYWIANIE UCZNIÓW W SZKOŁACH Z TERENU GMINY BROJCE.”, opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 06 lipca 2016 r. pod nr 123097 - 2016, (dalej „Ogłoszenie”) od następujących czynności Zamawiającego:

- 1) niezgodnego z prawem opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu zawartego; w pkt. 5 ppkt. 5 SIWZ,
- 2) niezgodnego z prawem określenia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt. 5 ppkt. 2 SIWZ,
- 3) niezgodnego z prawem żądania przedstawienia dokumentu, o którym mowa w pkt. 6 ppkt.6 SIWZ

- 4) niezgodnego z prawem opisu przedmiotu zawartego w pkt. 3 SIWZ w zakresie wymogu opisanego w zdaniu: „Wykonawca jest zobowiązany przygotowywać posiłki w miejscu wskazanym przez Zamawiającego, a pomieszczenia do tego wskazane wyposażać w niezbędny sprzęt i urządzenia oraz uzyskać niezbędne zgody, zezwolenia i dopuszczenia przez organy do tego uprawnione.”

Mając na uwadze powyższe okoliczności, Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie w trakcie przedmiotowego postępowania następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 ustawy PZP w związku art. 22 ust. 4 i ust.5 ustawy PZP poprzez:
  - a) zastosowanie opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału niezgodnego z treścią §1 ust. 1 pkt. 3) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.(Dz.U. poz. 231),
  - b) stawianie wymogu okresu świadczenia usługi referencyjnej nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia,
  - c) brak określenia wymogów minimalnych w opisie sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia
2. art. 7 ust.1 ustawy PZP w związku z art. 29 ust.2 ustawy poprzez zawarcie w opisie przedmiotu zamówienia zapisów, które utrudniają uczciwą konkurencję i naruszają zasadę równego traktowania Wykonawców.

#### Odwołujący wnosi o:

- I. Uwzględnienie odwołania poprzez:
  - 1) nakazanie Zamawiającemu modyfikacji opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu zawartego w pkt. 5 ppkt. 5 SIWZ w następujący sposób:

„Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli, Wykonawca wykaże, że wykonał **a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje** co najmniej jedno zamówienie w zakresie przygotowywania posiłków dla co najmniej 250 osób dziennie w okresie ostatnich ~~dwóch~~ **trzech** lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie (potwierdzone dokumentami, że usługi te zostały wykonane należycie) oraz potwierdzone dokumentami, że realizował przedmiot zamówienia o wielkości zbliżonej do prowadzonego postępowania – oświadczenie załącznik nr 6;”, określenie wymogów minimalnych w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz uwzględnienie konsekwencji zmian w Ogłoszeniu o zamówieniu
  - 2) nakazanie Zamawiającemu modyfikacji warunku udziału w postępowaniu poprzez zmianę zapisu pkt. 5 ust. 2 SIWZ w następujący sposób:

„O zamówienie mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki:  
Posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz wykażą, że w okresie ostatnich ~~dwóch~~ **trzech** lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – wykonywali **a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonują** usługi odpowiadające swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia (tj. dożywianie, przez co najmniej jeden rok **10 miesięcy** nie mniej niż 250 osób dziennie).

- 3) nakazanie Zamawiającemu modyfikacji pkt. 6 SIWZ Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu w ppkt. 6 w następujący sposób:

*„Wykaz wykonanych a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych usług w okresie ostatnich dwóch trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – odpowiadających swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia (tj. dożywianie, przez co najmniej jeden rok 10 miesięcy nie mniej niż 250 osób dziennie) oraz załączenie dokumentów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane należyście. Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że wykonał co najmniej jedną taką usługę (załącznik Nr 6) „*

- 4) nakazanie Zamawiającemu wykreślenia z opisu przedmiotu zamówienia zdania „Wykonawca jest zobowiązany przygotowywać posiłki w miejscu wskazanym przez Zamawiającego, a pomieszczenia do tego wskazane wyposażać w niezbędny sprzęt i urządzenia oraz uzyskać niezbędne zgody, zezwolenia i dopuszczenia przez organy do tego uprawnione.” oraz wprowadzenia do specyfikacji istotnych warunków zamówienia wszelkich zmian będących konsekwencją wykreślenia tego zapisu.

- II. Nakazanie Zamawiającemu zapłaty kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego

Informację stanowiącą podstawę wniesienia odwołania Odwołujący powziął w dniu 06 lipca 2016 r.. to jest dnia, w którym Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 127720-2016.

Odwołujący wykazuje swój interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz fakt, że może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP, a także interes w złożeniu odwołania, w tym, że przytoczony opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w sposób nieuprawniony ogranicza zakres usług, które może wykazać Wykonawca do okresu dwuletniego, w sytuacji, gdy ustawodawca umożliwił Wykonawcom legitymowanie się usługami z okresu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający wyeliminował również możliwość wykazania się usługami wykonywanymi nadal, co jest sprzeczne z brzmieniem §1 ust. 1 pkt. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. (Dz. U. poz. 231). W ten sposób Odwołujący został w sposób nieuzasadniony pozbawiony realizacji przedmiotowego zamówienia. Odwołujący nie może więc osiągnąć korzyści (zysku), które Odwołujący zamierzał osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia.

Wobec powyższego uznać należy, że Odwołujący bezsprzecznie ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania.

### UZASADNIENIE

Zamawiający dnia 06 lipca 2016 r. opublikował ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 127720-2016.

- 1) W pkt. 5 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków Zamawiający zawarł zapis:

- a) w ppkt. 2) warunek udziału w postępowaniu „O zamówienie mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki:

*Posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz wykażą, że w okresie ostatnich dwóch lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – wykonywali usługi odpowiadające swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia (tj. dożywianie, przez co najmniej jeden rok nie mniej niż 250 osób dziennie). „*

- b) i dalej w ppkt. 5) opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków

*„Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli, Wykonawca wykaże, że wykonał co najmniej jedno zamówienie w zakresie przygotowywania posiłków dla co najmniej 250 osób dziennie w okresie ostatnich dwóch lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie (potwierdzone dokumentami, że usługi te zostały wykonane należycie) oraz potwierdzone dokumentami, że realizował przedmiot zamówienia o wielkości zbliżonej do prowadzonego postępowania – oświadczenie załącznik nr 6;”*

zapisy ten są sprzeczne z treścią §1 ust. 1 pkt. 3) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.(Dz.U. poz. 231), gdyż zgodnie z treścią przytoczonego rozporządzenia Zamawiający zobowiązany jest oprócz usług wykonanych uwzględnić również w przypadku świadczeń ciągłych (a takimi są usługi wydawania posiłków) **usługi wykonywane**, ponadto Zamawiających w sprzeczności z treścią przepisu rozporządzenia ograniczył w opisie okres usług brany pod uwagę do dwóch lat, w sytuacji, gdzie legislator dopuszcza usługi z okresu trzech lat przed upływem terminu składania ofert.

Zamawiający również wymaga, aby usługa była świadczona przez co najmniej roku w sytuacji, kiedy okres realizacji umowy objętej przedmiotem zamówienia wynosi 10 miesięcy. Ma to istotne znaczenie z uwagi na fakt, że większość umów na dożywianie w szkołach zawierana jest na okres 10 miesięcy, a tym samym tak sformułowany opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, eliminuje jako usługi potwierdzające spełnianie warunku usługi, które były realizowane dla szkół przez okres 10 miesięcy i są proporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

W tym samym punkcie Zamawiający zawarł opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia, nie określając wymogów minimalnych przy jakich Zamawiający uzna warunek za spełniony, a jednocześnie, żądając przedstawiania w załączniku nr 4 wykazu tych osób. Takie sformułowanie zapisu pozostawia Zamawiającemu na etapie oceny wniosków dowolność w podjęciu decyzji, czy informacje zawarte w załączniku nr 4 potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Takie działanie jest niedopuszczalne w świetle art. 7 ust. 1 ustawy.

- 2) Ponadto w pkt. 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zapisu Zamawiający zawarł zapis „Wykonawca jest zobowiązany przygotowywać posiłki w miejscu wskazanym przez Zamawiającego, a pomieszczenia do tego wskazane wyposażać w niezbędny sprzęt i urządzenia oraz uzyskać niezbędne zgody, zezwolenia i dopuszczenia przez organy do tego uprawnione”, który jest niezgodny z art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 2 ustawy, gdyż narusza on zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców.

Zapis ten w sposób nieuprawniony narusza swobodę Wykonawcy w wyborze sposobu osiągnięcia celu postępowania przez tj. **dostarczenia posiłków zgodnych z wymogami SIWZ**. Istotą postępowania jest dostarczenie pełnowartościowych posiłków i z punktu widzenia celu postępowania miejsce ich przygotowania nie ma znaczenia dla Zamawiającego. Tym bardziej, że posiłki muszą być dostarczane do różnych miejsc ich wydawania.

Wymóg ten stawia w zdecydowanie uprzywilejowanej pozycji Wykonawcę, który dotychczas świadczył dla Zamawiającego usługę, gdyż posiada on niezbędne pozwolenia oraz wyposażył kuchnię Zamawiającego w niezbędne urządzenia. Dla pozostałych wykonawców jest to dodatkowy duży koszt, który należy wycenić w ofercie. Ponadto pozostali Wykonawcy muszą wycenić również ryzyko związane z nakładem pracy na pozyskanie niezbędnych pozwoleń, czego dotychczasowy Wykonawca czynić nie musi.

Takie działanie pozostaje w sprzeczności z ww. przepisami ustawy.

Wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu z reguły dysponują kuchniami z odpowiednim personelem, odpowiednio wyposażone i posiadające wymagane pozwolenie i jeśli są w stanie dostarczyć posiłki przygotowane zgodnie z wymogami SIWZ, to wymaganie by posiłki były przygotowywane w miejscu wskazanym przez Zamawiającego jest działaniem bezzasadnie utrudniającym konkurencję między Wykonawcami zainteresowanymi udziałem w postępowaniu.

Zamawiający poprzez odpowiednie zapisy umowy jest w stanie wyegzekwować kary, czy też rozwiązanie umowy w przypadku, gdyby posiłki dostarczane z jakiegokolwiek punktu dostawy nie spełniały wymogów, w zakresie jakości czy odpowiedniej temperatury.

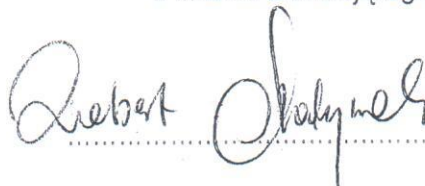
Stanowisko Wykonawcy potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 22 grudnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1734/09

W zaistniałym stanie prawnym i faktycznym należy uznać, iż niniejsze odwołanie jest w pełni zasadne, a zatem zasługuje na uwzględnienie.

W wykonaniu dyspozycji art. 180 ust. 5 ustawy PZP kopia odwołania została w terminie na wniesienie odwołania przekazana jednocześnie Zamawiającemu.

Wpis w kwocie 7 500,00 złotych został uiszczony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

w imieniu Odwołującego:



**AXEL CONSULTING**  
**Robert Matysiak**  
ul. Łokietka 4/2A, 78-300 Świdwin  
NIP 672-166-88-08 REGON 331402831

Załączniki:

1. wydruk z CEDIG Odwołującego,
2. pełnomocnictwo,
3. kopia dowodu uiszczenia wpisu – 7 500,00 zł,
4. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu,