

SZPITAL
OGOLNY

Szpital Ogólny
w Wysokim Mazowieckiem
19-200 Wysokie Mazowieckie
ul. Szpitalna 1

Regon 450666236, NIP 722-13-34-942

tel. 864725301, fax 864752947, e-mail: sekretariat@szpitalwysoki.pl, www.szpitalwysoki.pl

Wysokie Mazowieckie dn. 29.01.2019r.

ZAWIADOMIENIE O WNIESIONYM ODWOŁANIU

Dotyczy : Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług w zakresie żywienia szpitalnego w systemie cateringowym . Numer sprawy : 6 / 2019 .

Działając na podstawie art. 185 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z p. zm) Zamawiający informuje , że w prowadzonym postępowaniu zostało wniesione odwołanie dotyczące :

postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia , w zakresie dotyczącym określenia warunków udziału w postępowaniu .

Zamawiający informuje jednocześnie o przedłużeniu terminu składania ofert . Nowy termin to : termin składania ofert do dnia 06.02.2019r. do godz. 10:00 . Otwarcie ofert nastąpi tego samego dnia o godz. 10:30 . Pozostałe ustalenia dotyczące miejsca składania i otwarcia ofert pozostają bez zmian.

Kopię wniesionego odwołania przekazuje się w załączeniu. Wykonawca na tej podstawie może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego doręcza się Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Wykonawca staje się uczestnikiem postępowania odwoławczego, jeżeli ma interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron.

Prawa i obowiązki uczestników postępowania odwoławczego określono w art. 185 Prawa zamówień publicznych.

Informacje dotyczące środków ochrony prawnej znajdują się w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w Dziale VI Prawa zamówień publicznych „Środki ochrony prawnej”, art. od 179 do 198g.

Załącznik :

Kopia odwołania z dnia 29.01.2019r.

Kierownik Zamawiającego
mgr Jacek Roleder

Łódź, dnia 29 stycznia 2019 roku

Do: Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa

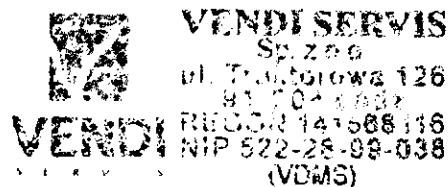
Zamawiający: Szpital Ogólny w Wysokim Mazowieckiem
ul. Szpitalna 5, 18-200 Wysokie Mazowieckie
tel.: (086) 477 55 01
fax: (086) 275 20 47
e-mail: zaopatrzenie@szpitalwysmaz.pl
www.szpitalwysmaz.pl

Odwołujący: Vendi Servis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
z siedzibą w Łodzi
ul. Traktorowa 126, 91-204 Łódź
KRS: 0000313772

reprezentowana przez Monikę Zawada

adres do korespondencji:

Vendi Servis sp. z o.o.
ul. Traktorowa 126, 91-204 Łódź
Tel. +48 426405777,
Fax: +48 422572816
E-mail: przetargi@naprzod.pl



Dotyczy: przetargu nieograniczonego o wartości nieprzekraczającej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.- dalej: Pzp) na „Świadczenie usług w zakresie żywienia szpitalnego w systemie cateringowym”, ogłoszonego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 24 stycznia 2019 roku pod numerem 506295-N-2019, numer referencyjny: 6/2019.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego – Vendi Servis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością -- na podstawie art. 179 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 2 pkt 2 Pzp, wnoszę odwołanie wobec czynności Zamawiającego, tj. wobec treści SIWZ i treści ogłoszenia, tj. określenia warunku udziału w postępowaniu z naruszeniem przepisów Pzp i w sposób dyskryminujący niektórych Wykonawców.

Zarzucam Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 22 ust. 1a Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3) Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego polegającego na dysponowaniu kuchnią, w której przygotowywane będą posiłki dla Zamawiającego w odległości do 30 km licząc od granic administracyjnych miast, tj. pomiędzy miastem, w którym sporządzane będą posiłki, a miejscem ich przeznaczenia, co jest określeniem nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia i uniemożliwiającym ocenę minimalnych zdolności Wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, co jest określeniem dyskryminującym w stosunku do innych Wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia, ale nieposiadających kuchni zlokalizowanej zgodnie z tym wymaganiem;

[Faint, illegible text or stamp]

[Handwritten signature]

2. **art. 22 ust. 1a Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3) Pzp w zw. z art. 138o ust. 2 Pzp** poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego polegającego na dysponowaniu kuchnią, w której przygotowywane będą posiłki dla Zamawiającego w odległości do 30 km licząc od granic administracyjnych miast, tj. pomiędzy miastem, w którym sporządzane będą posiłki, a miejscem ich przeznaczenia, co jest określeniem nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia i uniemożliwiającym ocenę minimalnych zdolności Wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, co jest określeniem dyskryminującym w stosunku do innych Wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia, ale nieposiadających kuchni zlokalizowanej zgodnie z tym wymaganiem;
3. **art. 138o ust. 2 Pzp** poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego polegającego na dysponowaniu kuchnią, w której przygotowywane będą posiłki dla Zamawiającego w odległości do 30 km licząc od granic administracyjnych miast, tj. pomiędzy miastem, w którym sporządzane będą posiłki, a miejscem ich przeznaczenia, co jest określeniem nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia i uniemożliwiającym ocenę minimalnych zdolności Wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a nadto jest określeniem dyskryminującym w stosunku do innych Wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia, ale nieposiadających kuchni zlokalizowanej zgodnie z tym wymaganiem;
4. **art. 7 ust. 1 Pzp** poprzez prowadzenie postępowania w sposób uniemożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i z naruszeniem zasady równego traktowania Wykonawców.

Wobec powyższego żądam nakazania Zamawiającemu:

1. wykreślenia pkt 1.3 Sekcji III ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 2 ppkt 3) w rozdziale V Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ);
2. ewentualnie zmianę w pkt 1.3 Sekcji III ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt 2 ppkt 3) w rozdziale V SIWZ poprzez zmianę wartości „30 km” na wartość „50 km”.

Oświadczam, iż Odwołującemu przysługuje prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej, ponieważ ma możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, a określony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu może ograniczać Odwołującemu możliwość ubiegania się o zamówienie.

Z ostrożności wskazać należy, że odwołanie przysługuje również w postępowaniu prowadzonych w trybie przewidzianym w art. 138o ust. 2 Pzp. Jak słusznie zauważył Sąd Okręgowy w Olsztynie w postanowieniu z dnia 25 sierpnia 2017 roku, sygn. akt IX Ca 807/17 w sprawie ze skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych: „Przepis art. 138o Pzp nie stanowi przeszkody do wnoszenia odwołania przez wykonawców. Dualizacja postępowań o udzielenie zamówień na usługi społeczne (art. 138l Pzp i 138o Pzp) nie ingeruje w żaden sposób w zakres uprawnień wykonawców związanych z wnoszeniem odwołań do krajowej izby odwoławczej. (...) prowadzenie postępowania w oparciu o przepis art. 138o ustawy pzp, nie wyklucza wniesienia odwołania od czynności (bądź zaniechania) zamawiającego sprzecznej z przepisami Pzp. Omawiana regulacja wskazuje, że do zamówień społecznych o mniejszej wartości, zastosowanie mają przepisy ust. 2 - 4, kształtując przy tym pewne obowiązki zamawiającego w postępowaniu, nie zaś procedury ogólne - w tym dotyczące środków ochrony prawnej”.

Podobnie orzekł Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w wyroku z dnia 8 czerwca 2018 r., sygn. akt IV Ca 361/18: „Jednocześnie, pomimo braku wyraźnej regulacji dotyczącej możliwość skorzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej, zasadnym wydaje się stwierdzenie, iż

uregulowania dotyczące zamówień na usługi społeczne o wartości mniejszej niż kwoty określone w art. 138g ustawy Pzp, nie ingerują w żaden sposób w zakres uprawnień wykonawców związanych z wnoszeniem odwołań do Izby. Przeciwnie, treść art. 138o ustawy Pzp stanowi jedynie, iż do zamówień społecznych mniejszej wartości, zastosowanie mają przepisy ust. 2-4, kształtując przy tym pewne obowiązki zamawiającego w postępowaniu, nie zaś procedury ogólne. Zgodnie z powyższym przyjęć należy, iż w postępowaniach na usługi społeczne o wartości mniejszej niż kwoty określone w art. 138g ustawy Pzp, ustawodawca nie zniósł prawa skorzystania z możliwości wniesienia odwołania”.

Nadto sam Zamawiający w XVIII SIWZ wskazał, że Wykonawcom przysługują środki ochrony prawnej.

Wobec faktu, że Odwołujący wnosi odwołanie od określenia warunku udziału w postępowaniu, odwołanie jest dopuszczalne na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 2 Pzp.

UZASADNIENIE

W dniu 24 stycznia 2019 roku Zamawiający zamieścił w Biuletynie Informacji Publicznej Zamawiającego ogłoszenie o zamówieniu oraz SIWZ. Zamówienie zostało podzielone na 2 części:

1. pakiet nr 1: Całodobowe żywienie pacjentów w Szpitalu Ogólnym w Wysokiem Mazowieckiem;
2. pakiet nr 2: Całodobowe żywienie pacjentów w Szpitalu w Ciechanowcu.

Zamawiający wskazał w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ, że warunkiem udziału w postępowaniu jest dysponowanie przez wykonawcę kuchnią, w której przygotowywane będą posiłki dla Zamawiającego w odległości do 30 km licząc od granic administracyjnych miast, tj. pomiędzy miastem, w którym sporządzane będą posiłki, a miejscem ich przeznaczenia, tj.:

1. Szpital Ogólny ul. Szpitalna 5, 19-200 Wysokie Mazowieckie - dotyczy pakietu nr 1;
2. Szpital ogólny ul. Plac ks. Kluka 4, 18-230 Ciechanowiec – dotyczy pakietu nr 2.

Wyżej wskazany warunek udziału w postępowaniu jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwia ocenę zdolności Wykonawców do należytego wykonania zamówienia.

Zamawiający nie uzasadnił takiego wymiaru tego warunku (tj. odległość z dokładnym podaniem ilości w kilometrach), nie wyjaśnił dlaczego kuchnia w miejscowości, znajdującej się nie dalej niż 30 km a od miejsca docelowej dostawy a nie np. 50 km. Wydaje się, że wystarczające dla zagwarantowania realizacji przedmiotowego zamówienia byłoby określenie w opisie przedmiotu zamówienia, że Wykonawca powinien dostarczyć posiłki w określonym przedziale czasu od ich przygotowania, bądź że powinny one cechować się daną temperaturą, wyrażoną w stopniach Celsjusza.

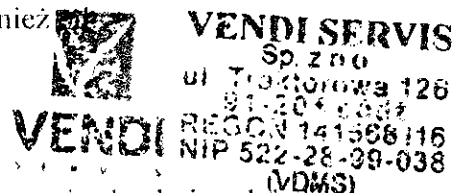
Określając warunki udziału w postępowaniu Zamawiający powinien kierować się proporcjonalnością warunku do przedmiotu zamówienia oraz baczyć na to, aby warunek nie miał charakteru dyskryminacyjnego dla tych wykonawców, którzy są zdolni do należytego wykonania zamówienia. Warunek udziału w postępowaniu powinien pozwolić na ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, czemu służy wyrażenie tego warunku jako minimalnego poziomu zdolności. W wyroku z dnia 15.05.2017 r. Krajowa Izba Odwoławcza (KIO), sygn. akt KIO 714/17, stwierdziła, że „zasada proporcjonalności oznacza, oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia,

charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny także ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania.” Warunki udziału w postępowaniu nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania. Co więcej, proporcjonalność warunku przejawia się nie tylko we właściwym doborze rodzaju zdolności, która będzie podlegała badaniu, ale też we właściwym określeniu minimalnego poziomu tej zdolności, tj. w określeniu minimalnego sposobu spełnienia warunku. Każdy wykonawca, który wykaże spełnianie warunków udziału w postępowaniu przynajmniej na minimalnym poziomie wskazanym przez zamawiającego, będzie spełniał te warunki (tak: M. Jaworska (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, C.H. Beck, 2018, wyd. 1, [w]: komentarz do art. 22). W świetle powyższego należy wskazać, że wymóg przedstawiony przez Zamawiającego jest nieproporcjonalny do przedmiotowego zamówienia i dyskryminuje niektórych Wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia.

W wyroku z 15.04.2016 r., KIO 476/16, LEX nr 2026091, Krajowa Izba Odwoławcza, odnosząc się do zasady proporcjonalności w opisie warunków udziału w postępowaniu, stwierdziła, że: „Zasada ta oznacza zobowiązanie do podejmowania środków proporcjonalnych do zakładanego celu i unikania środków nadmiernych, niekoniecznych. Aby ustalić czy określone działania podejmowane przez zamawiającego nie narusza zasady proporcjonalności konieczne jest określenie celu, jaki zamawiający zamierza osiągnąć podejmując określone czynności. W przypadku opisu sposobu oceny warunków udziału w postępowaniu cel został określony przez samego ustawodawcę w art. 22 ust. 5, w którym w sposób jasny zostało wskazane, iż opis sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu ma służyć zweryfikowaniu zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Oznacza to, że opis warunków udziału w postępowaniu winien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia.”

Wyżej opisany warunek udziału w postępowaniu jest nieadekwatny do przedmiotu zamówienia. Możliwe jest osiągnięcie celu w postaci zapewnienia odpowiedniej jakości zamówienia, dostarczając posiłki z kuchni zlokalizowanej w miejscowości oddalonej od miejsca dostawy o więcej niż 30 km. Odległość od miejsca dostawy, wyrażona w kilometrach, nie jest kryterium miarodajnym dla wykazania zapewnienia właściwej jakości posiłków. Jakość posiłku rozumiana jako świeżość zależy nie tylko od odległości, ale również

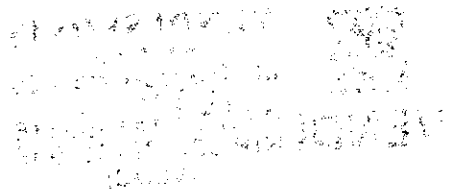
1. kategorii dróg, którymi będą wykonywane dostawy;
2. środków transportu;
3. technologii załadunku, przewozu i rozładunku.



Określenie warunku technicznego w postaci dysponowania kuchnią zlokalizowaną w odległości nie większej niż 30 km od miejsca dostawy, nie gwarantuje zatem, że dostarczone posiłki będą świeże i będą posiadały wymaganą temperaturę. Przewóz posiłków z miejscowości oddalonej o 25 km może trwać dłużej niż przewóz z miejscowości oddalonej o 40 km. Mimo wytworzenia posiłków w kuchni zlokalizowanej w odległości 30 km od miejsca dostawy, dostarczone posiłki mogą być nieświeże, z uwagi na długość procesu załadunku i rozładunku oraz przewożenie posiłków w nieodpowiednich pojemnikach i środkach transportu.

Ustalając wspomniany warunek udziału w postępowaniu Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania Wykonawców. Określony warunek ma charakter dyskryminujący w stosunku do tych Wykonawców, którzy są zdolni do wykonania zamówienia, ale posiadają kuchnię zlokalizowaną w odległości np. 50 km od miejsca docelowej dostawy. Wprowadzając wspomnianych już warunek udziału w postępowaniu, Zamawiający z góry wyeliminował z udziału w przetargu Wykonawców, którzy są w stanie należycie wykonać zamówienie, co jest

R




niedopuszczalne. Sąd Okręgowy w Świdnicy w wyroku z 20.12.2005 r. (II Ca 584/05, niepubl.) stwierdził, że: „Przy opracowywaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający obowiązany jest zatem zachować niezbędną równowagę między jego interesem polegającym na uzyskaniu gwarancji należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie wolno w drodze wprowadzenia w specyfikacji nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w przetargu i dopuszczać do udziału w nim tylko niewielki krąg wykonawców.” Reasumując warunki udziału w postępowaniu powinny być obiektywne, proporcjonalne i nieograniczające uczciwej konkurencji (orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z: 4.11.2009 r., KIO/UZP 1471/09; 29.3.2010 r., KIO/UZP 325/10; 24.3.2010 r., KIO/UZP 333/10).

Zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp oraz utrwaloną od dziesiątek lat linią orzecniczą Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dawniej: Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości), w nawiązaniu do fundamentalnej w UE zasady swobodnego przepływu towarów i usług, zamówienia publiczne muszą być otwarte na krąg wykonawców nie pochodzących z państwa członkowskiego, z którego pochodzi zamawiający (tak np. wyrok Trybunału z 28 stycznia 2010 r., sprawa C-456/08, Komisja przeciwko Irlandii). Należy to interpretować także jako brak możliwości zablokowania dostępu do zamówienia także dla wykonawców pochodzących z tego samego państwa członkowskiego co zamawiający, ale spoza jego siedziby lub bliskiego jej obszaru.

Wobec powyższego wnoszę jak na wstępie.

Załączniki:

- 1) informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców dotycząca Vendi Servis sp. z o.o.;
- 2) pełnomocnictwo wraz z potwierdzeniem uiszczenia opłaty skarbowej;
- 3) potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania;
- 4) potwierdzenie wysłania kopii odwołania Zamawiającemu.


VENDI SERVIS
Sp. z o.o.
ul. Traktorowa 126
91-207 Łódź
REGON 141568116
NIP 522-28-99-038
(VDMS)

Monika Zamada