



Wojewódzki Szpital
Neuropsychiatryczny
im. dr. Emila Cyrana
w Lublińcu



Jest jednostką
ochrony zdrowia
Samorządu
Województwa
Śląskiego

ul. Grunwaldzka 48
42-700 Lubliniec

tel. +48 34 3532800
+48 34 3532810
fax +48 34 3562880
sekretariat@wsnlc.pl
www.wsnlc.pl

Izba Przyjęć
tel. +48 34 3532856



Lubliniec, dnia 02.08.2018 r.

AZP.382.05.2018

Wykonawcy zainteresowani
udziałem w postępowaniu
o udzielenie zamówienia pu-
blicznego

WYJAŚNIENIE TREŚCI SIWZ

Dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest zadanie pn.: „**Usługa gastronomiczna w zakresie przygotowania i dostarczania posiłków całodziennych dla pacjentów Szpitala, z wykorzystaniem dzierżawy kuchni szpitalnej wraz z wyposażeniem**”.

W związku z pytaniami do specyfikacji istotnych warunków zamówienia złożonymi przez wykonawców, działając w imieniu Zamawiającego, na podstawie art. 38 ust. 1, 2 ustawy z 29.01.2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 ze zm.), wyjaśniam co następuje:

Pytanie 1:

Działając w imieniu Wykonawcy, zważając na treść art. 38 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.), pragnę zwrócić uwagę Zamawiającego, iż w ramach treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako: „SIWZ”), w przedmiotowym Zamówieniu Publicznym, in concreto w treści warunku udziału w postępowaniu w postaci zdolności technicznej i zawodowej (pkt. 2.3. rozdziału 5 SIWZ) Zamawiający wymaga od wykonawców doświadczenia poprzez wykazanie, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) wykonawca zrealizował lub realizuje (przy czym w tym przypadku będzie liczona wartość zrealizowanej części przedmiotu umowy) co najmniej dwie usługi wraz z transportem polegające na świadczeniu usług zbiorowego żywienia pacjentów placówek służby zdrowia, każda o średniej liczbie min. 400 osobodni i wartości rocznej nie niższej niż 2 mln złotych brutto i przedstawi wykaz wykonanych usług z podaniem ich rodzaju, wartości, dat wykonania i odbiorców oraz załączy dokument potwierdzający, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

W kontekście powyżej przywołanego postanowienia SIWZ należy zwrócić uwagę na stanowisko wynikające z doktryny i orzecznictwa w zakresie konstruowania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przede wszystkim jak wynika z art. 22 ust. 1a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U.2017.1579 z późn. zm.) warunki udziału w postępowaniu powinny być określone

w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Z wymaganej proporcjonalności wyprowadzić można wniosek o funkcjonalnej zbieżności przedmiotu zamówienia z warunkiem udziału w postępowaniu (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19-09-2017 o sygn. akt: KIO 1847/17). Ponadto w orzecznictwie podkreśla się, że zamawiający powinien tak konstruować warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, by do udziału w postępowaniu był dopuszczony każdy wykonawca, który obiektywnie rzecz biorąc zdolny jest wykonać przedmiotowe zamówienie. Zapewnienie uczciwej konkurencji oznacza bowiem wyznaczenie takiego poziomu wymaganego potencjału, wiedzy i doświadczenia, który uwzględnia przedmiot zamówienia, jego zakres czy wartość nie wykraczając ponad wymagane i niezbędne minimum. Zamawiający nie może stawiać wymagań ponad obiektywnie uzasadnione potrzeby. Dlatego też Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem własnym, polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia, a interesem potencjalnych wykonawców, by wykonawca dający taką rękojmię nie był pozbawiany prawa złożenia oferty (stanowisko wynikające z orzeczenia KIO z dnia 18-09-2017 o sygn. akt: 1776/17). Zasada proporcjonalności oznacza, że warunki udziału w postępowaniu nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania (wyrok KIO z dnia 15-05-2017 o sygn. akt: KIO 714/17). Jak podkreśla Izba w wyroku z dnia 8 marca 2013 roku (sygn. akt KIO 426/13), obowiązkiem zamawiającego przy kształtowaniu wymagań stawianych wykonawcom jest nie tylko odniesienie się do przedmiotu zamówienia, ale też ocena sytuacji rynkowej. Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności zwracał również uwagę Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 23 grudnia 2009 r. w sprawie Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Srl przeciwko Comune di Milano (C-376/08), w którym wskazał, że przy określaniu, jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji gwarantowanej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów. W wyroku z 27 października 2005 r. w sprawie Contse SA przeciwko Instituto Nacional de Gestion Sanitaria (C-234/03) Trybunał orzekł, że naruszeniem Traktatu jest żądany przez zamawiającego wymóg doświadczenia, który powinni udowodnić wykonawcy, jeśli nie jest niezbędny dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. Proporcjonalność warunków do przedmiotu zamówienia oznacza zatem, że mają one być adekwatne do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. W orzeczeniu ETS z dnia 4 grudnia 2003 r. w sprawie C - 448/01 EVN AG I Wienstrom GmbH stwierdzono natomiast, że postawienie zbyt wygórowanego warunku udziału w postępowaniu może faworyzować duże przedsiębiorstwa, dyskryminując mniejszych dostawców, którzy mogliby z powodzeniem wykonać zamówienie. Takie ograniczenie kręgu wykonawców dopuszczonych do wzięcia udziału w postępowaniu może natomiast skutkować udaremnieniem realizacji celu dyrektyw wspólnotowych w dziedzinie zamówień publicznych, jakim jest otwarcie rynku zamówień na konkurencję (...). Z kolei w wyroku z dnia 16 września 1999 r., C-414/97 Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii, Trybunał wskazał, że zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu. Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności Trybunał Sprawiedliwości UE zwracał również uwagę w innych orzeczeniach. Przykładowo, w wyroku z 23 grudnia 2009 r. w sprawie Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Srl przeciwko Comune di Milano (C-376/08), Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że przy określaniu jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji gwarantowanej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów. W wyroku z dnia 27 października 2005 r. w sprawie Contse SA przeciwko Instituto Nacional de

Gestion Sanitaria (C-234/03), Trybunał Sprawiedliwości wywiódł, że naruszeniem Traktatu jest żądany przez zamawiającego wymóg doświadczenia, który winni udowodnić wykonawcy, jeśli nie jest niezbędny dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. W orzecznictwie TSUE określenie "proporcjonalny" używane jest w znaczeniu "zachowujący właściwą proporcję". W wyroku z dnia 16 września 1999 r., C-414/99 K. W. E. v. K. H., ETS wskazał, że ocena, czy podjęte środki są zgodne z TWE, wymaga tzw. testu proporcjonalności polegającego na wykazaniu, czy podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu. Zamawiający jest zobowiązany zachować niezbędną równowagę między interesem polegającym na uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia a interesem potencjalnych wykonawców, których nie można przez wprowadzenie nadmiernych wymagań z góry eliminować z udziału w postępowaniu. Opis spełniania warunków udziału w postępowaniu winien być odpowiedni do osiągnięcia celu, jakiemu służy, tj. wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia i nie ograniczającego dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego wykonania.

W odróżnieniu od przesłanek wykluczenia, treść warunków udziału w postępowaniu określa zamawiający. Ustawodawca ogranicza jednak swobodę zamawiającego i dowolność w kształtowaniu warunków udziału, z uwagi na fakt, że każdy taki warunek prowadzi do ograniczenia dostępu do udziału w postępowaniu oraz do ograniczenia konkurencji. Ograniczenia takie są dopuszczalne zatem jedynie wyjątkowo (z uwagi na fakt, że jednak jako nadrzędne zasady systemu zamówień publicznych przyjęto zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – art. 7 ust. 1 ustawy o Prawie zamówień publicznych), wyłącznie w przypadku, gdy jest to uzasadnione koniecznością oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Natomiast jak wynika z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12.11.2013 r., o sygn. akt: KIO 2516/13 - od dawna podkreśla się również, że proporcjonalność warunków udziału w postępowaniu do przedmiotu zamówienia oznacza, że zamawiający dobierając i określając te warunki powinien się ograniczyć do wymagań minimalnych.

Biorąc pod uwagę powyższe stanowisko wynikające z doktryny i szeroko pojętej judykatury należy stwierdzić, że ustanowiony w SIWZ warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej i zawodowej, a w tym wypadku odnoszący się do doświadczenia jest nadmierny i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia, ale także w stosunku do istniejących realiów rynkowych. Tym samym obecna treść w/w warunku udziału w postępowaniu negatywnie wpływa na realizację zasady ochrony konkurencji. Ponadto w tym wypadku należy zważyć na fakt, iż zgodnie z Dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Tekst mający znaczenie dla EOG) (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014 r., str. 65, z późn. zm.) jednym z najważniejszych celów obecnych przepisów dotyczących zamówień publicznych jest zwiększenie efektywności wydatków publicznych poprzez ułatwienie udziału małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP) w zamówieniach publicznych. Niniejszy cel jest realizowany przede wszystkim poprzez wyważone konstruowanie warunków udziału w postępowaniu, które w jak najmniejszym stopniu ograniczają możliwość udziału wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający w ramach przedmiotowego Zamówienia Publicznego w ramach warunku dotyczącego doświadczenia wymaga wykazania przez wykonawcę wykonania co najmniej dwóch usług wraz z transportem polegających na świadczeniu usług zbiorowego żywienia pacjentów placówek służby zdrowia, każda o średniej liczbie min. 400 osobodni i wartości rocznej nie niższej niż 2 mln złotych brutto.

W tym kontekście podkreślenia wymaga, że w analogicznym, a wręcz identycznym jeżeli chodzi o zakres, wartość, okres realizacji oraz specyfikę zamówieniu publicznym organizowanym i przeprowadzonym przez Zamawiającego w 2015 roku pn. Usługa gastronomiczna w zakresie przygotowania i dostarczania posiłków całodziennych dla pacjentów Szpitala, z wykorzystaniem dzierżawy kuchni szpitalnej wraz z wyposażeniem (Nr sprawy:

DZP.382.4.2015), Zamawiający w ramach pkt. III.2.3. Ogłoszenia o zamówieniu (2015/S 122-223379) tj. w ramach kwalifikacji technicznych i w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia uznawał w/w warunek za spełniony, jeżeli wykonawca zrealizował lub realizuje w okresie ostatnich trzech lat przed terminem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie przynajmniej jedną usługę polegającą na świadczeniu usług zbiorowego żywienia pacjentów placówek służby zdrowia, każda o średniej liczbie min. 400 osobodni i wartości rocznej nie niższej niż 2 mln złotych brutto i przedstawi wykaz wykonanych usług z podaniem ich rodzaju, wartości, dat wykonania i odbiorców oraz załączy dokument potwierdzający, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

W związku z powyższym biorąc pod uwagę, że Zamawiający w zakresie identycznego, poprzednio udzielonego zamówienia publicznego wymagał w zakresie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia wykazania wykonania jednej usługi polegającej na świadczeniu usług zbiorowego żywienia pacjentów placówek służby zdrowia, to należy stwierdzić, że obecna treść warunku dotyczącego zdolności zawodowej i technicznej w zakresie wiedzy i doświadczenia narusza dyspozycję wynikającą z art. 22 ust. 1a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, gdyż nie pozostaje proporcjonalny do przedmiotu zamówienia ze względu na fakt, iż jak wynika z poprzednio przeprowadzonego przez Zamawiającego identycznego zamówienia publicznego, wystarczającym dla możliwości oceny zdolności wykonawcy co do należytego wykonania zamówienia jest wymaganie wykazania przez niego wykonania jednej usługi polegającej na świadczeniu usług zbiorowego żywienia pacjentów placówek służby zdrowia, a nie 2 takich usług.

Zachowanie proporcjonalności pomiędzy niniejszym warunkiem udziału, a przedmiotem zamówienia poprzez wymaganie wykazania należytego wykonania jednej usługi, a nie dwóch – nie tylko spowoduje uniknięcie naruszenia art. 22 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, ale także pozwalając na udział szerszemu gronu wykonawców poprzez poszanowanie zasady ochrony konkurencji powinno przyczynić się do uzyskania przez Zamawiającego korzystniejszych ofert w niniejszym przetargu. Niniejsze z kolei powinno zminimalizować ryzyko, że niniejszy przetarg zakończy się unieważnieniem jak poprzedni z powodu braku środków finansowych po stronie Zamawiającego pozwalających na realizację Zamówienia Publicznego zgodnie z treścią oferty najkorzystniejszej.

Reasumując, należy stwierdzić, że zmodyfikowanie przez Zamawiającego warunku dotyczącego zdolności zawodowej i technicznej w zakresie wiedzy i doświadczenia poprzez wymaganie wykazania należytego wykonania przez wykonawców jednej usługi, a nie dwóch pozwoli na:

- 1) zachowanie proporcjonalności pomiędzy treścią warunku, a przedmiotem zamówienia, w szczególności w co do zakresu, wartości, okresu realizacji oraz specyfiki przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji skutkuje uniknięciem naruszenia art. 7 i art. 22 ust. 1a uPzp;
- 2) wyłonienie wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania zamówienia publicznego, na co wskazuje, chociażby treść poprzednio przeprowadzonego przez Zamawiającego identycznego zamówienia publicznego (nr sprawy: DZP.382.4.2015);
- 3) pełną realizację przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawcy poprzez dopuszczenie do udziału szerszego grona wykonawców;
- 4) ograniczenie się Zamawiającego do niezbędnego minimum w zakresie wymogów wynikających z przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu, co jest postulowane i wymagane od zamawiających w kontekście w/w stanowiska doktryny i orzecznictwa;
- 5) istotnie zwiększenie prawdopodobieństwa, iż przy tak zmodyfikowanym warunku udziału w postępowaniu, ze względu na możliwość udziału szerszego grona wykonawców, otrzymane przez Zamawiającego oferty będą w dużo większym stopniu atrakcyjniejsze dla Zamawiającego, a tym samym zmniejszy się ryzyko ponownego unieważnienia zamówienia publicznego ze względu na brak wystarczających środków umożliwiających sfinansowanie Zamówienia Publicznego.

W związku z powyższym Wykonawca zwraca się do Zamawiającego z wnioskiem o modyfikację treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ramach przedmiotowego Zamówienia Publicznego, in concreto treści warunku udziału w postępowaniu w postaci zdolności technicznej i zawodowej (pkt. 2.3. rozdziału 5 SIWZ) poprzez nadanie temuż fragmentowi następującej treści:

Warunek w zakresie doświadczenia, zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) zrealizował lub realizuje (przy czym w tym przypadku będzie liczona wartość zrealizowanej części przedmiotu umowy) co najmniej jedną usługę wraz z transportem polegającą na świadczeniu usług zbiorowego żywienia pacjentów placówek służby zdrowia o średniej liczbie min. 400 osobodni i wartości rocznej nie niższej niż 2 mln złotych brutto i przedstawi wykaz wykonanych usług z podaniem ich rodzaju, wartości, dat wykonania i odbiorców oraz załączy dokument potwierdzający, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Odpowiedź: Zamawiający wyraża zgodę na zmianę treści SIWZ.

Zmienia się następujące treści punktów:

Rozdział V Warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia z postępowania

pkt. 2.3. Zdolności technicznej lub zawodowej:

Jest:

*„• Warunek w zakresie doświadczenia, zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) zrealizował lub realizuje (przy czym w tym przypadku będzie liczona wartość zrealizowanej części przedmiotu umowy) **co najmniej dwie usługi wraz z transportem** polegające na świadczeniu usług zbiorowego żywienia pacjentów placówek służby zdrowia, każda o średniej liczbie min. 400 osobodni i wartości rocznej nie niższej niż 2 mln złotych brutto i przedstawi wykaz wykonanych usług z podaniem ich rodzaju, wartości, dat wykonania i odbiorców oraz załączy dokument potwierdzający, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie.”*

Powinno być:

*„• Warunek w zakresie doświadczenia, zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) zrealizował lub realizuje (przy czym w tym przypadku będzie liczona wartość zrealizowanej części przedmiotu umowy) **co najmniej jedną usługę wraz z transportem** polegającą na świadczeniu usług zbiorowego żywienia pacjentów placówek służby zdrowia, każda o średniej liczbie min. 400 osobodni i wartości rocznej nie niższej niż 2 mln złotych brutto i przedstawi wykaz wykonanych usług z podaniem ich rodzaju, wartości, dat wykonania i odbiorców oraz załączy dokument potwierdzający, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie.”*

W związku z zmianą treści SIWZ **następuje zmiana terminu składania ofert** z dnia 22.08.2018 godz. 12:00 na **24.08.2018 godz. 12:00** oraz **terminu otwarcia ofert** z dnia 22.08.2018 godz. 12:15 na **24.08.2018 godz. 12:15**.

Powyższe informacje należy traktować jako integralną część specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

p.o. Dyrektora
Wojewódzkiego Szpitala
Neuropsychiatrycznego
im. dr. Emila Cyrana
Małgorzata Witkowska