Sygn. akt KIO 2651/22

WYROK

z dnia 24 października 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 października 2022r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 października 2022 r. przez wykonawcę P. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PRUSZYNKA GASTRONOMIA P. P., ul. Jarzębinowa 2A/1, 15-793 Białystok

w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Choroszcz - Szkoła Podstawowa im. Henryka Sienkiewicza w Choroszczy

przy udziale wykonawcy E. W. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą REWOLUCJA-usługi cateringowe E. W., ul. Piaskowa 4, 18-100 Łapy zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

- odrzucenie oferty wykonawcy E. W. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą REWOLUCJA-usługi cateringowe E. W., ul. Piaskowa 4, 18-100 Łapy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 oraz pkt 2 lit. b) ustawy Prawo zamówień publicznych,

2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala

3. Kosztami postępowania odciąża Odwołującego w części % i Zamawiającego w części % Zamawiającego i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł (siedem tysięcy pięćset złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od Przystępującego - wykonawcy E. W. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą REWOLUCJA-usługi cateringowe E. W. na rzecz Odwołującego kwotę 3 750 zł (słownie: trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt złotych),

3.3. znosi wzajemnie pomiędzy stronami koszty postępowania odwoławczego poniesione

z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 t.j.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Gmina Choroszcz - Szkoła Podstawowa im. Henryka Sienkiewicza

w Choroszczy prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021r., poz. 1129 ze zm.; dalej: „Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn. „Świadczenie usługi przygotowania i dostarczenia posiłków".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych

w dniu 25 sierpnia 2022 r. pod numerem: 2022/BZP 00320178/01.

W dniu 8 października 2022r. wykonawca - P. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P. P. PRUSZYNKA GASTRONOMIA (dalej: „Odwołujący") wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 114 Pzp i art. 118 ust. 1 Pzp w zw. z rozdziałem IV pkt 2 SWZ poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy E. W.prowadząca działalność gospodarczą pod firmą REWOLUCJA-Usługi Cateringowe E. W. (dalej: „Przystępujący"), podczas gdy w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej powołał się na zasoby innego podmiotu, tj. MEG sp. z o.o., co czyni ofertę niezgodną z przepisami Pzp;

2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp w zw. z rozdziałem IV pkt 2 SWZ poprzez

zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo że nie wykazał on spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale IV pkt 2 SWZ w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, bowiem Przystępujący nie jest uprawniony do prowadzenia działalności gastronomicznej w zakresie produkcji od surowca do wyrobu gotowego dań kulinarnych na potrzeby usług cateringowych przewożonych środkiem transportu w ramach lokalizacji wskazanej w ofercie, tj. w zakładzie przy ul. Mickiewicza 103 w Białymstoku;

3) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp w zw. z rozdziałem IV pkt 4 ppkt 1 SWZ poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo że wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w postępowania określonego w rozdziale IV pkt 4 ppkt 1 SWZ w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dotyczącego doświadczenia, bowiem usługi wskazane przez Przystępującego w wykazie usług nie potwierdzają spełniania tego warunku udziału w postępowaniu;

4) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp w zw. z rozdziałem IV pkt 4 ppkt 2 SWZ poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo że Przystępujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale IV pkt 4 ppkt 2 SWZ w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dotyczącego dysponowania osobą skierowaną do realizacji zamówienia, bowiem osoba wskazana przez Przystępującego w wykazie osób nie posiada wymaganego doświadczenia;

5) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp w zw. z rozdziałem IV pkt 4 ppkt 3 SWZ poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo że Wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowania określonego w rozdziale IV pkt 4 ppkt 3 SWZ w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dotyczącego dysponowania pojazdem służącym do przewozu posiłków na potrzeby realizacji zamówienia, bowiem pojazdy wskazane przez Wykonawcę w wykazie pojazdów mogą być wykorzystywane do przewozu dań kulinarnych wyprodukowanych wyłącznie we własnym zakładzie Wykonawcy zlokalizowanym przy ul. Piaskowej 4 w Łapach, a nie w zakładzie wskazanym w ofercie na potrzeby realizacji zamówienia przy ul. Mickiewicza 103 w Białymstoku;

6) art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b), pkt 3 Pzp poprzez wybór najkorzystniejszej oferty złożonej - REWOLUCJA-Usługi Cateringowe E. W., pomimo że oferta Wykonawcy polega odrzuceniu, a w konsekwencji nie podlega ocenie na podstawie kryteriów oceny ofert.

W oparciu o tak sformułowane zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu:

2) na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a) i b) Pzp o nakazanie Zamawiającemu:

a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez - REWOLUCJA-Usługi Cateringowe E. W.;

b) nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu;

c) odrzucenie oferty złożonej przez Wykonawcę - REWOLUCJA-Usługi

Cateringowe E. W.;

3) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wpisu oraz kosztów zastępstwa prawnego według faktury przedłożonej na rozprawie.

Uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że Zamawiający w rozdziale IV pkt 2 SWZ wskazał, że o udzielenie zmówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunek udziału w postępowaniu w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej. Zgodnie z treścią powołanego postanowienia SWZ: Warunek zostanie spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że posiada ważną decyzję Państwowego Inspektora Sanitarnego zatwierdzającą do prowadzenia działalności gastronomicznej w zakresie produkcji od surowca do wyrobu gotowego dań kulinarnych na potrzeby usług cateringowych przewożonych środkiem transportu lub posiada zaświadczenie Państwowego Inspektora Sanitarnego o wpisie do rejestru zakładów podlegających urzędowej kontroli organów państwowej inspekcji sanitarnej w zakresie produkcji od surowca do wyrobu gotowego dań kulinarnych na potrzeby usług cateringowych przewożonych środkiem

transportu.

Wykonawca - REWOLUCJA-Usługi Cateringowe E.W. złożył formularz ofertowy, w którym oświadczył, że zobowiązuje się w okresie realizacji przedmiotu zamówienia wytwarzać/przygotowywać posiłki w miejscu zlokalizowanym pod adresem: ul. Mickiewicza 103 w Białymstoku. Ponadto Wykonawca załączył do formularza ofertowego zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby wg załącznika nr 4, z którego wynika, że w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu Wykonawca będzie polegał na zasobach podmiotu MEG sp. z o.o. z siedzibą w Łapach. Wskazany podmiot udostępniający zasoby zobligował się do udostępnienia zakładu (kuchni z zapleczem) zlokalizowanym pod adresem: ul. Mickiewicza 103 w Białymstoku.

Zamawiający w rozdziale VI pkt 2 ppkt 2.2. SWZ wskazał, że w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej wymaga złożenia podmiotowego środka dowodowego w postaci: decyzji Państwowego Inspektora Sanitarnego zatwierdzającą do prowadzenia działalności gastronomicznej w zakresie produkcji od surowca do wyrobu gotowego dań kulinarnych na potrzeby usług cateringowych przewożonych środkiem transportu lub posiada zaświadczenie Państwowego Inspektora Sanitarnego o wpisie do rejestru zakładów podlegających urzędowej kontroli organów państwowej inspekcji sanitarnej w zakresie produkcji od surowca do wyrobu gotowego dań kulinarnych na potrzeby usług cateringowych przewożonych środkiem transportu. Wykonawca złożył podmiotowy środek dowodowy w postaci zaświadczenia nr BŻ.9025.229.2021 o wpisie do rejestru zakładów podlegających urzędowej kontroli organów Państwowej Inspekcji Sanitarnej wystawionego na rzecz podmiotu udostępniającego zasoby, tj. MEG sp. z o.o., z którego wynika, że wskazany podmiot jest uprawniony do prowadzenia zakładu zlokalizowanego pod adresem: ul. Mickiewicza 103 w Białymstoku w zakresie w zakresie produkcji dań kulinarnych oraz ich transportu na potrzeby usług cateringowych zatwierdzonym środkiem transportu.

Odwołujący wskazał, że w świetle powyższego znamiennym jest, że Przystępujący nie posiada uprawnień do prowadzenia działalności gastronomicznej w zakresie produkcji od surowca do wyrobu gotowego dań kulinarnych na potrzeby usług cateringowych przewożonych środkiem transportu w ramach zakładu gastronomicznego zlokalizowanego pod adresem: ul. Mickiewicza 103 w Białymstoku, który został przez Przystępującego wskazany w formularzu ofertowym, jako miejsce, w którym Przystępujący zobowiązuje się w okresie realizacji przedmiotu zamówienia wytwarzać/przygotowywać posiłki. Podmiotem posiadającym uprawnienia do produkcji dań kulinarnych oraz ich transportu na potrzeby usług cateringowych w odniesieniu do wskazanego zakładu i prowadzącym ten zakład jest wyłącznie MEG sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku, na którego zasoby Przystępujący się powołał. Zgodnie z art. 63 ust. 1 ustawy 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 2021 ze zm.) zakłady, o których mowa w art. 61, mogą rozpocząć działalność po zatwierdzeniu lub warunkowym zatwierdzeniu, a w przypadkach określonych w ust. 2, po uzyskaniu wpisu do rejestru zakładów, zaś zgodnie z art. 63 ust. 1a powołanej ustawy zatwierdzanie jest dokonywane na podstawie wniosku podmiotu działającego na rynku spożywczym prowadzącego zakład. Z powyższego wynika, że posiłki mogą być przygotowywane w ramach zatwierdzonego zakładu wyłącznie przez podmiot, który został zweryfikowany i wskazany przez Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w decyzji zatwierdzającej lub zaświadczeniu o wpisie jako podmiot zgłaszający i prowadzący ten zakład, a ponadto wytworzone posiłki mogą być przewożone z tego zakładu na potrzeby usług cateringowych wyłącznie przez zatwierdzony w ramach danego zakładu środek transportu.

Według Odwołującego opisane powyżej działanie należy zakwalifikować jako powołanie się przez Przystępującego na zasoby innego podmiotu w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdziale IV pkt 2 SWZ w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej na potrzeby wskazanej w ofercie lokalizacji, co jest niezgodne z Pzp. Warunek udziału w postępowaniu w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej jest jednym z czterech rodzajów warunków udziału w postępowaniu wymienionych w art. 112 ust. 2 Pzp. Wskazany rodzaj warunku udziału reguluje art. 114 Pzp. Znamiennym jest, że uprawnienie do powołania się na zasoby innego podmiotu w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu nie obejmuje warunku uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej. Zgodnie bowiem z treścią art. 118 ust. 1 Pzp wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. Uprawnienie wykonawców do opierania się na potencjale podmiotów trzecich przy wykazywaniu spełniania warunków

dotyczy jedynie niektórych spośród wymienionych w art. 112 ust. 2 Pzp warunków udziału w postępowaniu o charakterze podmiotowym. Dyspozycja przytoczonego przepisu nie przewiduje uprawnienia do powołania się zasoby innego podmiotu w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej. Tym samym wykonawca nie może skorzystać z instytucji udostępnienia zasobów w zakresie dotyczącym uprawnień do prowadzenia określonego rodzaju działalności.

Wobec powyższego zdaniem Odwołującego, Zamawiający zobligowany jest odrzucić ofertę Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp, bowiem oferta Przystępującego jest niezgodna z przepisami ustawy.

Uzasadniając zarzut dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp w zw. z rozdziałem IV pkt 2 SWZ Odwołujący wyjaśnił, że przytoczone wyżej okoliczności winny zostać również zakwalifikowane jako niespełnianie przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale IV pkt 2 SWZ. Skoro bowiem Przystępujący oświadczył w formularzu ofertowym, że zobowiązuje się w okresie realizacji przedmiotu zamówienia wytwarzać/przygotowywać posiłki w miejscu zlokalizowanym pod adresem: ul. Mickiewicza 103 w Białymstoku, zaś nie posiada on uprawnień do prowadzenia działalności gastronomicznej w zakresie produkcji od surowca do wyrobu gotowego dań kulinarnych na potrzeby usług cateringowych przewożonych środkiem transportu w ramach wskazanego zakładu gastronomicznego przy ul. Mickiewicza 103 w Białymstoku - bowiem uprawnienia te przysługują wyłącznie innemu podmiotowi, tj. MEG sp. z o.o. - to niewątpliwym jest, że Przystępujący nie spełnia powołanego warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący podkreślił, że element formularza ofertowego zawierający oświadczenie i zobowiązanie Przystępującego w przedmiocie miejsca wytwarzania/przygotowywania posiłków, z którego będą one dostarczane do siedziby Zamawiającego, stanowi element oferty sensu stricte, toteż nie podlega zmianie ani uzupełnieniu po upływie terminu składania ofert.

Powyższe w opinii Odwołującego wyczerpuje przesłankę odrzucenia oferty uregulowaną w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp, zgodnie z którą Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp w zw. z rozdziałem IV pkt 4 ppkt 1 SWZ Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający w rozdziale IV pkt 4 ppkt 1 SWZ wskazał, że o udzielenie zmówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dotyczący doświadczenia. Zgodnie z treścią powołanego postanowienia SWZ (z uwzględnieniem zmienionej treści SWZ opublikowanej na stronie prowadzonego postępowania): Warunek zostanie spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie lub wykonuje należycie co najmniej 3 usługi podobne do przedmiotu zamówienia. Zamawiający przez usługę podobną rozumie dostarczanie posiłków składających się z zupy, II dania i napoju w ilości co najmniej 250 szt. dziennie, w ramach jednego zamówienia (umowy), przez okres co najmniej 6 kolejnych miesięcy. Tym samym wykonawca na potrzeby potwierdzenia spełniania przytoczonego warunku udziału w postępowaniu zobligowany jest wykazać się realizacją 3 usług, z których każda spełnia łącznie wskazane poniżej wymagania: - polega na dostarczaniu posiłków, które co istotne muszą składać się z trzech elementów:

zupy, drugiego dania i napoju;

- posiłki muszą być dostarczane w ilości co najmniej 250 szt. dziennie;

- okres dostarczania posiłków spełniających powyższe wymagania musi wynosić co najmniej 6 kolejnych, tj. następujących po sobie, miesięcy.

Zamawiający w rozdziale VI pkt 2 ppkt 2.3 SWZ wskazał, że w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczania wymaga złożenia podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - wg wzoru stanowiącego załącznik nr 6 do SWZ wraz z podaniem ich przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane należycie lub są wykonywane należycie, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należycie lub są wykonywane należycie (...).

Odwołujący wskazał, że Przystępujący złożył podmiotowe środki dowodowe w postaci wykazu usług wg załącznika nr 6 do SWZ oraz dokumenty potwierdzające należyte

wykonanie usług. Jednak Przystępujący w złożonym wykazie usług w kolumnie „rodzaj usługi" wskazał: Przygotowywanie i dostarczanie posiłków, natomiast nie określił rodzaju tych posiłków oraz nie wskazał, zgodnie z treścią warunku udziału w postępowaniu, że każda z usług polega na dostarczaniu posiłków, które składały się z trzech elementów: zupy, drugiego dania i napoju. Podkreślenia wymaga, że to wykaz usług stanowi podmiotowy środek dowodowy, który potwierdza wykonanie określonych usług, a wiec posiadane przez wykonawcę doświadczenie. To w wykazie robót usług wykonawca wskazuje wymagane przez Zamawiającego informacje jak rodzaj wykonanych usług, które odpowiadają zakresowi i treści warunku udziału w postępowaniu. Innymi słowy wykonawca jest zobligowany przedstawić Zamawiającemu wykaz zawierający treść, która w pełni potwierdza spełnianie określonego w SWZ warunku udziału w postępowaniu. Referencje jedynie potwierdzają należyte wykonanie tych usług. Powyższe w opinii Odwołującego potwierdza, że Przystępujący w złożonym wykazie nie przedstawił treści potwierdzającej spełnianie warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do zakresu usługi, co nie pozwala uznać, że wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący wyjaśnił także, że Przystępujący nie spełnił również dwóch pozostałych wymagań określonych w treści warunku udziału w postępowaniu, tj. dostarczania 250 szt. posiłków dziennie oraz ich dostarczania przez 6 kolejnych miesięcy. Podkreślił, że w związku z rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 20 marca 2020 r. w sprawie ogłoszenia na obszarze Rzeczypospolitej stanu epidemii (Dz. U. z 2020 poz. 491) oraz rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 9 października 2020 r. w sprawie ustanowienia określonych ograniczeń, nakazów i zakazów w związku z wystąpieniem stanu epidemii (Dz. U. z 2020 r. poz. 1758) zostały wprowadzone liczne ograniczenia i zakazy z uwagi na rozprzestrzenianie się wirusa COVID-19.

W roku szkolnym 2020/2021 doszło do czasowego zamknięcia placówek oświatowych stanowiących szkoły podstawowe. Zgodnie z informacją z Ministerstwa Edukacji i Nauki, dostępną jako podsumowanie roku szkolnego na stronie

, w roku
szkolnym 2020/2021:

- od 24 października 2020 r. uczniowie klasy IV-VIII szkoły podstawowej oraz uczniowie szkół ponadpodstawowych (od 19 października 2020 r. uczniowie szkół ponadpodstawowych (w strefie żółtej i czerwonej) do 16 maja 2021 r. - kształcenie na odległość;

- od 9 listopada 2020 r. do 17 stycznia 2021 r. - klasy I-III szkoły podstawowej przeszły na kształcenie na odległość;

Wskazane powyżej okresy kształcenia na odległość i nakaz nauki zdalnej zostały określone rozporządzeniem Ministra Edukacji Narodowej z dnia 12 sierpnia 2020 r. w sprawie czasowego ograniczenia funkcjonowania jednostek systemu oświaty w związku z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19 (Dz. U. z 2020 r. poz. 1960 ze zm.). W roku szkolnym 2021/2022 doszło do czasowego zamknięcia placówek oświatowych stanowiących szkoły podstawowe. Zgodnie z informacją z Ministerstwa Edukacji i Nauki, dostępną jako podsumowanie roku szkolnego na stronie :

W roku szkolnym 2021/2022 uczniowie wrócili do nauki stacjonarnej. Kształcenie na odległość obowiązywało w ograniczonym wymiarze. W trybie zdalnym szkoły funkcjonowały w okresie od 20 grudnia 2021 r. do 9 stycznia 2022 r. (...) W formie zdalnej od 27 stycznia do 20 lutego 2022 r. kształcili się także uczniowie klas V-VIII szkół podstawowych oraz wszystkich klas szkół ponadpodstawowych. Przedszkolaki i uczniowie klas I-IV szkół podstawowych kontynuowali w tym czasie naukę w trybie stacjonarnym. Wskazane powyżej okresy kształcenia na odległość i nakaz nauki zdalnej zostały określone rozporządzeniem Ministra Edukacji Narodowej z dnia 13 grudnia 2021 r. w sprawie czasowego ograniczenia

funkcjonowania jednostek systemu oświaty w związku z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i

zwalczaniem COVID-19 (Dz. U. z 2021 r. poz. 2301 ze zm.)

W świetle powyższego, z uwagi na wskazane okresy kształcenia na odległość w roku szkolnym 2020/2021 oraz w roku szkolnym 2021/2022, co wiązało się z całkowitym zamknięciem placówek oświatowych będących szkołami podstawowymi, niemożliwym było zapewnienie dostawy posiłków przez okres kolejnych, następujących po sobie 6 miesięcy - jak wymaga tego warunek udziału w postępowaniu - oraz utrzymanie ilości dostarczanych posiłków w liczbie co najmniej 250 szt. dziennie. W konsekwencji usługa wymieniona przez Przystępującego w poz. 2 dotycząca usługi zrealizowanej w roku szkolnym 2021/2022 na rzecz szkoły podstawowej, oraz usługa wskazana w poz. 4 zrealizowana w roku szkolnym 2020/2021 na rzecz szkoły podstawowej nie pozwala na uznanie, że spełniają one warunek

udziału w postępowaniu. Odwołujący zauważył także, że już z samych referencji przedłożonych przez Przystępującego, tj. referencji z dnia 1 sierpnia 2022 r. wystawionej przez Szkołę Podstawową nr 52 oraz referencji z dnia 22 lipca 2022 r. wystawionej przez Szkołę Podstawową w Kleosinie - wynika, że doszło do okresowego zamknięcia szkoły, zaś faktyczna dzienna ilość dostarczonych posiłków była inna z uwagi na okresy nauki zdalnej, niż zadeklarowana przez Wykonawcę w wykazie usług, co winno niewątpliwie zwrócić uwagę Zamawiającego i wywołać uzasadnione wątpliwości.

W opinii Odwołującego powyższe działanie Przystępującego nosi również znamiona świadomego wprowadzenia Zamawiającego w błąd, bowiem Wykonawca miał pełną świadomość, że z uwagi na zamknięcie placówek oświatowych lub ograniczenie ich pracy, dzienna dostarczana ilość posiłków była inna niż zadeklarowana.

Powyższe wyczerpuje przesłankę odrzucenia oferty uregulowaną w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp, zgodnie z którą Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp w zw. z rozdziale IV pkt 4 ppkt 2 SWZ Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający w rozdziale IV pkt 4 ppkt 2 SWZ wskazał, że o udzielenie zmówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dotyczący dysponowania osobą skierowaną do realizacji zamówienia. Zgodnie z treścią powołanego postanowienia SWZ (z uwzględnieniem zmienionej treści SWZ opublikowanej na stronie prowadzonego postępowania): Warunek zostanie spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że dysponuje osobą do realizacji zamówienia tj. szefa kuchni, który posiada dyplom uzyskania tytułu zawodowego mistrza w zawodzie kucharza uzyskany przed komisją egzaminacyjną izby rzemieślniczej na podstawie art. 3 ust 1 pkt 2 ustawy z dnia 22 marca 1989 r. o rzemiośle (t.j., Dz. U. z 2020 poz. 2159 zm.) lub wydany na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa oraz posiada co najmniej 5 letnie doświadczenie letnie doświadczenie na stanowisku szefa kuchni.

Zdaniem Odwołującego analiza przytoczonej treści prowadzi do wniosku, że wykonawca na potrzeby potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu zobligowany jest wykazać, że dysponuje osobą, która łącznie spełnia wskazane poniżej

wymagania:

- osoba będąca szefem kuchni posiadająca dyplom uzyskania tytułu zawodowego mistrza w zawodzie kucharza uzyskany przed komisją egzaminacyjną izby rzemieślniczej na podstawie art. 3 ust 1 pkt 2 ustawy o rzemiośle lub wydany na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów;

- osoba posiadająca co najmniej 5 letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku szefa kuchni po uzyskaniu wskazanych powyżej uprawnień zawodowych.

Według Odwołującego istotne jest, że Zamawiający w treści warunku wskazał określony rodzaj zawodu, tj. szef kuchni, z którym powiązał obowiązek legitymowania się

uprawnieniami zawodowymi do wykonywania tego zawodu stwierdzonymi dyplomem

uzyskania tytułu zawodowego mistrza w zawodzie kucharz, zaś w dalszej kolejności określił obowiązek legitymowania się co najmniej 5 letnim doświadczeniem zawodowym, który to okres winien być liczony od spełnienia wymogu uzyskania uprawnień, a w ślad za tym uzyskaniu stanowiska szefa kuchni. Za przytoczoną powyżej interpretacją warunku udziału w postępowaniu przemawia także rodzaj zawodu jakim jest szef kuchni. Zgodnie z klasyfikacją zawodów zawód szefa kuchni (kuchmistrza) jest określony kodem 343402, zaś do wykonywania wskazanego zawodu wymagane są kwalifikacje zawodowe w zawodzie kucharz. Innymi słowy aby zajmować stanowisko szefa kuchni niezbędnym jest uprzednie posiadanie uprawnień w zawodzie kucharza.

Odwołujący wskazał, że Przystępujący złożył podmiotowe środki dowodowe w postaci wykazu osób wg załącznika nr 7 do SWZ oraz dyplom mistrzowski dotyczący Pani E. W.. Jak wynika ze złożonego dyplomu Pani E. W. uzyskała tytuł mistrza w zawodzie kucharz w dniu 24 czerwca 2020 r. W świetle powyższego, wg stanu na dzień złożenia wykazu, nie może legitymować się co najmniej 5 letnim doświadczeniem na stanowisku szefa kuchni, bowiem zawód kucharza - będący warunkiem sine qua non do zajmowania stanowiska szefa kuchni - może wykonywać dopiero od 24 czerwca 2020 r. Wskazany przez Przystępującego w wykazie 10 letni okres doświadczenia w żadnej mierze nie koresponduje z powyższymi ustaleniami.

Końcowo należy zauważyć, że Zamawiający we wzorze wykazu osób, stanowiącego załącznik nr 7 do SWZ wskazał pod tabelą, że do wykazu należy załączyć dowody

potwierdzające uprawnienia oraz doświadczenie zawodowe kucharza. Przystępujący nie przedstawił dowodów dotyczących zadeklarowanego doświadczenia.

Powyższe wyczerpuje przesłankę odrzucenia oferty uregulowaną w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp, zgodnie z którą Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp w zw. z rozdziale IV pkt 4 ppkt 3 SWZ Odwołujący wskazał, że Zamawiający w rozdziale IV pkt 4 ppkt 3 SWZ wskazał, że o udzielenie zmówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dotyczący dysponowania pojazdem służącym do przewozu posiłków na potrzeby realizacji zamówienia. Zgodnie z treścią powołanego postanowienia SWZ (z uwzględnieniem zmienionej treści SWZ opublikowanej na stronie prowadzonego postępowania): Warunek zostanie spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że dysponuje pojazdem służącym do przewozu posiłków na potrzeby realizacji zamówienia, na który została wydana ważna decyzja o spełnianiu wymogów sanitarnych. Odwołujący podkreślił, że posiłki przygotowywane w ramach zatwierdzonego zakładu mogą być przewożone z tego zakładu na potrzeby usług cateringowych wyłącznie przez zatwierdzony w ramach danego zakładu środek transportu. Natomiast Przystępujący złożył podmiotowe środki dowodowe w postaci wykazu pojazdów dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia wg załącznika nr 8 do SWZ, w którym wskazał dwa pojazdy: - Renault Trafic o nr rej. BIA 42978, - Peugeot Partner o nr rej. BI 545AG. Oba wskazane pojazdy zostały zatwierdzone przedłożoną przez Przystępującego decyzją Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Białymstoku z dnia 27 sierpnia 2018 r. nr: HŻ.438/D/18. Z powołanej decyzji jednoznacznie wynika, że Organ w ramach zakładu: Zakład Usług Cateringowych 18-100 Łapy ul. Piaskowa 4, prowadzonego przez Przystępującego, zatwierdza oba wskazane powyżej środki transportu do przewozu dań kulinarnych wyprodukowanych we własnym zakładzie. Tym samym zgodnie z decyzją Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Białymstoku wskazane przez Przystępującego pojazdy mogą być wykorzystywane do przewozu dań kulinarnych wyprodukowanych wyłącznie we własnym zakładzie Przystępującego zlokalizowanym przy ul. Piaskowej 4 w Łapach. Natomiast Przystępujący w formularzu oferty oświadczył, że zobowiązuje się w okresie realizacji przedmiotu zamówienia wytwarzać/przygotowywać posiłki w miejscu zlokalizowanym pod adresem: ul. Mickiewicza 103 w Białymstoku. Natomiast jak wynika z powyższych ustaleń, Przystępujący nie może wykorzystać środków transportu wskazanych w wykazie pojazdów, tj. Renault Trafic o nr rej. BIA 42978 i Peugeot Parnter o nr rej. BI 545AG do przewozu dań kulinarnych wyprodukowanych w innym zakładzie, niż wynikający z decyzji zatwierdzającej, który to zakład jest zlokalizowany przy ul. Piaskowej 4 w Łapach. Tym samym nie spełnia on warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania wymaganym pojazdem.

Uzupełniająco należy wskazać, że w przypadku zakładu - którego lokalizację Wykonawca wskazał w formularzu ofertowym przy ul. Mickiewicza 103 w Białymstoku, w którym zobowiązał się wytwarzać/przygotowywać posiłki na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia - Wykonawca nie dysponuje środkiem transportu zatwierdzonym w ramach tego zakładu. Jak wynika z zaświadczenia nr BŻ.9025.229.2021 o wpisie do rejestru zakładów podlegających urzędowej kontroli organów Państwowej Inspekcji Sanitarnej wystawionego na rzecz podmiotu udostępniającego zasoby, tj. MEG sp. z o.o., dania kulinarne wyprodukowane w zakładzie przy ul. Mickiewicza 103 pomogą być przewożone z tego zakładu wyłącznie zatwierdzonym środkiem transportu tj. IVECO nr rej. BI 556CC (Decyzja nr HŻ.367/D/19 z dnia 19 czerwca 2019 r.). Wskazany środek transportu, który jest niezbędny do realizacji usług cateringowych z zakładu przy ul. Mickiewicza 103 w Białymstoku, nie został ujęty w wykazie pojazdów. Ponadto z zobowiązania MEG sp. z o.o. z siedzibą w Łapach jako podmiotu udostępniającego zasoby (załącznik nr 4 złożony z ofertą) wynika, że wskazany podmiot zobligował się do udostępnienia wyłącznie zakładu (kuchni z zapleczem) zlokalizowanym pod adresem: ul. Mickiewicza 103 w Białymstoku, toteż wykorzystanie przez Wykonawcę pojazdu IVECO nr rej. BI 556CC nie jest możliwe. Konkludując, Wykonawca nie dysponuje zasobem innego podmiotu w postaci pojazdu IVECO nr rej. BI 556CC, który stanowi środek transportu do przewozu posiłków wyprodukowanych w zakładzie przy ul. Mickiewicza 103.

Powyższe wyczerpuje przesłankę odrzucenia oferty uregulowaną w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp, zgodnie z którą Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględnia w całości

zarzuty w nim zawarte.

Przystępujący w zakreślonym terminie zgłosił sprzeciw co do uwzględnienia zarzutów przez Zamawiającego. W złożonym piśmie procesowym odnosząc się do zarzutu nr 1 wskazał, że Odwołujący pominął w swojej argumentacji zarówno literalną treść SWZ jak i samego zobowiązania do udostępnienia zasobów. Po pierwsze z treści zobowiązania do udostępnienia zasobów wynika, że podmiot MEG sp. z o.o. zobowiązał się do udostępnienia potencjału technicznego, poprzez udostępnienie kuchni wraz ze sprzętem oraz całym zapleczem kuchennym, które znajduje się w budynku przy ul. Mickiewicza 103 w Białymstoku. Z literalnego brzmienia zobowiązania, nie sposób wywnioskować, że MEG sp. z o.o. udostępniła posiadane decyzje czy też zezwolenia. Co więcej, analizując treść poszczególnych warunków SWZ jak i zobowiązania należy stwierdzić, że złożenie zobowiązanie miało charakter nadmiarowy, gdyż zamawiający nie skonstruował warunku udziału w postępowaniu, który referowałby do zaplecza kuchennego. Niemniej Przystępujący zdecydował się na przedłożenie wskazanego zobowiązania, z uwagi na fakt, że zamierza skorzystać ze wskazanej lokalizacji ewentualnie zamierza skorzystać z usług podwykonawcy. Po drugie zdaniem Przystępującego, Odwołujący pominął także literalną treść zapisów SWZ, próbując skonstruować warunki, które nie zostały wyartykułowane przez Zamawiającego. Zamawiający wymagał posiadania ważnej decyzji Państwowego Inspektora Sanitarnego. Zamawiający nie wymagał, aby wskazana decyzja była powiązana z lokalizacją wskazaną w ofercie. Należy przy tym zaznaczyć, że warunki sformułowane były jasne i precyzyjne, tym samym nie wzbudzały jakichkolwiek wątpliwości. Niemniej z ostrożności procesowej należy zauważyć, że za postanowienia niejasne lub nieprecyzyjne należy interpretować na korzyść wykonawcy składającego ofertę. Innymi słowy to Zamawiający ponosi odpowiedzialność za sformułowania niejednoznaczne, której to nie może przerzucać na wykonawcę.

Ponadto Przystępujący podkreślił, że posiada decyzję, o której mowa w SWZ, jednocześnie z ostrożności przedstawił decyzję dot. MEG sp. z o.o. Tym samym Przystępujący spełnia warunek postawiony przez Zamawiającego w SWZ.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego braku zdolności technicznej lub zawodowej dotyczącego dysponowania pojazdem służącym do przewozu posiłków na potrzeby realizacji zamówienia wskazał, że w treści SWZ Zamawiający nie zastrzegł, że wskazany pojazd musi być „przypisany" do lokalizacji wskazanej w ofercie. Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że Przystępujący posiada decyzję zezwalającą na transportu dań kulinarnych wyprodukowanych we własnym zakresie środkami transportu, w tym pojazdami wskazanymi w wykazie jak i pojazdem IVECO nr rej BI 556CC. Co istotne z treści decyzji wynika, że Państwowa Inspekcja Sanitarna zatwierdziła i zezwoliła na transport dań kulinarnych wyprodukowanych we własnym zakresie we wszystkich zakładach, w których firma prowadzi produkcję. Otrzymana decyzja zatwierdzająca umożliwiła użyczenie środka transportu w postaci IVECO BI 556CC do firmy MEG sp. z o.o. jako środka transportu koniecznego do zatwierdzenia zakładu firmy MEG sp. z o.o. w systemie usług cateringowych. Państwowy Inspektor Sanitarnych nie dostrzegł przeciwwskazań, aby środek transportu zatwierdzony w firmie Rewolucja był użyczany wedle potrzeb do firmy MEG sp. z o.o., której udziałowcami większościowymi jest Przystępujący - E.W. oraz jej małżonek G. W..

W opinii Przystępującego również zarzut dotyczący braku wskazania w wykazie rodzaju usług czy obejmowały one zupę, drugie danie i napój wyjaśnił, że przedłożony przez niego wykaz usług został przygotowany w oparciu o wzór przygotowany przez Zamawiającego, który w tabeli a priori wypełnił kolumnę - rodzaj usługi tj. „przygotowanie i dostarczenie posiłków". Powyższe działanie Zamawiającego należało interpretować, że pozostawienie bez zmian kolumny „Rodzaj usługi" będzie wystarczające dla poprawnego wypełnienia podmiotowego środka dowodowego. Co więcej gdyby, Zamawiający miał wątpliwości w tym zakresie, to niewątpliwe wezwałby Przystępującego do złożenia stosownych wyjaśnień. Niemniej jednak Przystępujący wyjaśnił, że wszystkie wskazane umowy referencyjne odpowiadały wymogom stawianym w niniejszym Postępowaniu przez Zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutu, że Przystępujący nie realizował dostaw nieprzerwanie przez 6 miesięcy z uwagi na ograniczenia epidemiczne i kształcenie na odległość wskazał, że argumentacja ma charakter ogólnikowy. Odwołujący nie podołał ciężarowi udowodnienia okoliczności na które się powołuje i nie przedstawił jakichkolwiek dowodów, z których wynikałoby, że zamówienia wskazane w wykazie przez Przystępującego nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ponadto zauważył, że sam Odwołujący wskazał, że w 2021-2022 r.: „Przedszkolaki i uczniowie klas I-IV szkół podstawowych kontynuowali w tym czasie naukę w trybie stacjonarnym", co oznacza, że sama argumentacja Odwołującego nie stanowi podważenia dostaw wskazanych w wykazie, a wręcz przeciwnie, potwierdza fakty, które wskazał Przystępujący.

Ponadto według Przystępującego Odwołujący pomija fakt, że standardem w zamówieniach takich jak w niniejszym Postępowaniu (OPZ pkt 4), jest zawieranie

następującego zapisu: „Usługi w zakresie dożywiania świadczone będą w czasie pobytu dzieci w szkole, w dniach nauki szkolnej, z wyłączeniem okresów: przerw świątecznych, ferii zimowych i letnich, obowiązujących w kraju świąt państwowych i kościelnych oraz innych dodatkowych dni wolnych od nauki wyznaczonych przez dyrektora szkoły. Zamawiający zastrzega sobie prawo do zgłoszenia z minimum 3 dniowym wyprzedzeniem rezygnacji z dostawy posiłków w dzień, w którym nie będą odbywać się zajęcia. ” Oznacza to, że nie każdy okres, w którym dostawy nie były świadczone, będzie kwalifikowany jako przerwa w świadczeniu usług. Taka ścisła wykładnia pojęcia „przerwa” musiałaby prowadzić do stwierdzenia, że nie żaden z wykonawców nie spełnia warunku postawionego przez Zamawiającego. Przystępujący zwrócił uwagę, że Odwołujący wskazuje na okres 20 grudnia 2021 r. do 9 stycznia 2022 r., czyli okres tzw. zimowej przerwy świątecznej, kiedy to nie jest prowadzona nauka w szkołach, tym samym nie są wtedy świadczone usługi cateringowe. Odwołujący nie wykazał w jakie miesiące, nie doszło do realizacji zamówień tudzież, w których miesiącach dostarczono mniejszą ilość posiłków niż 250 dziennie. Niemniej z ostrożności procesowej Przystępujący przedstawił jako dowód faktury za poszczególne miesiące, które to przeczą okolicznościom podnoszonym przez Zamawiającego.

Według Przystępującego, Odwołujący w sposób dowolny interpretuje warunki postawione przez Zamawiającego gdyż Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał, że dysponuje osobą do realizacji zamówienia tj. „szefa kuchni, który posiada dyplom uzyskania tytułu zawodowego mistrza w zawodzie kucharza uzyskany przed komisją egzaminacyjną izby rzemieślniczej na podstawie art. 3 ust 1 pkt 2 ustawy z dnia 22 marca 1989 r. o rzemiośle (t.j., Dz. U. z 2020 poz. 2159 zm.) lub wydany na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa oraz posiada co najmniej 5 letnie doświadczenie letnie doświadczenie na stanowisku szefa kuchni.”. Konstrukcja wskazanego warunku, a w szczególności zastosowanie spójnika oraz oznacza, że w istocie wykonawca dysponował osobą, co do której istniały dwa wymogi. Po pierwsze wskazana osoba musi posiadać: tytułu zawodowego mistrza w zawodzie kucharza i po drugie wskazana osoba powinna posiadać, co najmniej 5. letnie doświadczenie na stanowisku szefa kuchni. Tymczasem Odwołujący w swojej argumentacji dokonuje modyfikacji powyższego warunku, poprzez skonstruowanie wymogu doświadczenia 5-letniego nie na stanowisku szefa kuchni, a na stanowisku mistrza w zawodzie kucharza, tudzież szefa kuchni z takim tytułem.

Przystępujący podkreślił, że Zamawiający nie wprowadził definicji szefa kuchni, a na pewno nie wskazał, że szefem kuchni może być wyłącznie osoba posiadająca tytuł zawodowy mistrza w zawodzie kucharza. Co istotne z treści samego warunku można wnioskować, że Zamawiający odróżnia te dwa pojęcia i nie stosuje ich zamiennie. Z tego względu należało przyjąć, że Zamawiający nie wymagał, aby 5-letnie doświadczenie szefa kuchni miała osoba posiadająca określony tytuł zawodowy. Wbrew twierdzeniem Odwołującego do wykonywania pracy jako szef kuchni nie są potrzebne specjalne uprawnienia. Wskazał także, że zgodnie § 6 Rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej z

dnia 10 stycznia 2017 r. w sprawie egzaminu czeladniczego, egzaminu mistrzowskiego oraz

egzaminu sprawdzającego, przeprowadzanych przez komisje egzaminacyjne izb rzemieślniczych (Dz. U. poz. 89 z późn. zm.) do egzaminu mistrzowskiego dopuszcza się osobę, która m.in. posiada najmniej trzyletni okres wykonywania zawodu, w którym zdaje egzamin, po uzyskaniu tytułu zawodowego, albo co najmniej sześcioletni okres wykonywania zawodu, w którym zdaje egzamin, łącznie przed uzyskaniem i po uzyskaniu tytułu zawodowego. Tym samym, ze względu na samą treść wskazanego przepisu można wnioskować, że istnieje możliwość wykonywania zawodu bez tytułu mistrzowskiego, co więcej jego wykonywanie jest konieczne do uzyskania tytułu. Przystępujący wyjaśnił, że przedłożył podmiotowy środek dowodowy w postaci wydruku z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, z którego wynika, że Pani E. W. prowadzi działalność gospodarczą od 2012 r., której przedmiotem działalności jest catering jak i przygotowywanie i podawanie napojów. W trakcie całej swojej działalności E. W. pełniła funkcję szefa kuchni tj. była odpowiedzialna za przygotowywanie menu posiłków cateringowych, przy uwzględnieniu zapotrzebowania kalorycznego jak i mikro oraz makroskładników potraw. Jednocześnie E. W.była odpowiedzialna za zarządzanie zespołem zatrudnianych pracowników. Wskazana działalność odpowiada definicji słownikowej „szefa kuchni” — „szef kuchni: osoba decydująca o tym, jakie potrawy podawane są w danej restauracji, w jaki sposób są one przygotowywane oraz kierująca pracownikami kuchni”. Ponadto od 2010 r. E. W.zawierała szereg umów o wykonanie zamówienia publicznego, których przedmiotem były usługi cateringowe, gdzie w trakcie postępowań przetargowych, była wskazywana jako szef kuchni, co nigdy nie było kwestionowane przez Zamawiających.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron zaprezentowane ustnie do protokołu rozprawy, a także złożone dowody ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesienia odwołania wynikający z art. 505 Pzp.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę.

Izba dopuściła wykonawcę E. W. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą REWOLUCJA-usługi cateringowe E. W. do udziału w postępowaniu po stronie Zamawiającego.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SWZ, dokumentów złożonych przez Przystępującego do akt postępowania odwoławczego na rozprawie stwierdzając, że stan faktyczny został przedstawiony w pismach procesowych Odwołującego i Przystępującego adekwatnie i nie wymaga odrębnego omówienia.

Izba za zasadne uznała zarzuty nr 1, 2 oraz 6 odwołania.

Wskazać należy, że zgodnie z art. 114 Pzp w odniesieniu do uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej zamawiający może w postępowaniu o udzielenie zamówienia wymagać udowodnienia posiadania:

1) odpowiedniego zezwolenia, licencji, koncesji lub wpisu do rejestru działalności regulowanej lub

2) odpowiedniego zezwolenia, licencji, koncesji lub wpisu do rejestru działalności regulowanej, jeżeli ich posiadanie jest niezbędne do świadczenia określonych usług w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub

3) statusu członka danej organizacji, jeżeli członkostwo w tej organizacji jest niezbędne do świadczenia określonych usług w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

Zgodnie z art. 118 ust. 1 Pzp wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.

Przepis art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy, natomiast zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b) Pzp odrzuceniu podlega oferta złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Przypomnieć należy, że Przystępujący w formularzu oferty w punkcie 1) wskazał, że „Zobowiązuje się w okresie realizacji przedmiotu zamówienia wytwarzać/przygotowywać posiłki w następującym miejscu: ul. Mickiewicza nr 103 w miejscowości Białystok kod 15-232 Białystok”.

Przystępujący wraz ofertą przedłożył zobowiązanie podmiotu trzeciego o

następującej treści: „W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu prowadzonym przez Szkołę Podstawową imienia Henryka Sieniewicza w Choroszczy pn. „Świadczenie usługi przygotowania i dostarczenia posiłków" numer postępowania: SP.071.48-2.2022 dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej określonych w rozdz. IV SWZ: podmiot udostępniający zasoby na podstawie art. 118 Pzp zobowiązuje się do oddania do dyspozycji wykonawcy: Rewolucja - usługi cateringowe E. W.przy wykonywaniu zamówienia zasoby, w zakresie: potencjał techniczny (...) udostępnienie kuchni wraz ze sprzętem oraz z całym zapleczem kuchennym kuchnia wraz z zapleczem znajduje się w budynku przy ul. Mickiewicza 103 w Białymstoku)".

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych Przystępujący przedłożył decyzję Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego z dnia 27 sierpnia 2018r., nr HŻ/438/D/18 z której wynika, że miejscem wytwarzania posiłków przez E.W.prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą REWOLUCJA-usługi cateringowe E.W. jest Zakład Usług Cateringowych ul. Piaskowa 4, 18 - 100 Łapy.

Zamawiający pismem z dnia 22 września 2022r. działając na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp wezwał Przystępującego do uzupełnienia złożonych podmiotowych środków

dowodowych wskazując, że „w związku ze wskazaniem w złożonej ofercie miejsca wytwarzania posiłków: 15-232 Białystok, ul. Mickiewicza 103, proszę o uzupełnienie podmiotowych środków dowodowych o decyzję Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego o wpisie do rejestru zakładów podlegają urzędowej kontroli organów Państwowej Inspekcji Sanitarnej w w/w lokalizacji, w terminie do dnia 27.09.2022 r.".

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący złożył zaświadczenie nr BŻ.9025.229.2021 o wpisie do rejestru zakładów podlegających urzędowej kontroli organów Państwowej Inspekcji Sanitarnej wystawionego dla firmy MEG sp. z o.o., tj. podmiotu udostępniającego zasoby, z którego wynika, że wskazany podmiot jest uprawniony do prowadzenia zakładu zlokalizowanego pod adresem: ul. Mickiewicza 103 w Białymstoku w zakresie w zakresie produkcji dań kulinarnych oraz ich transportu na potrzeby usług cateringowych zatwierdzonym środkiem transportu.

Mając powyższe ustalenia na względzie Izba stwierdziła, że Przystępujący po pierwsze nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale IV ust. 2 SWZ, gdyż nie wykazał, że posiada uprawnienia do prowadzenia działalności gastronomicznej w zakładzie zlokalizowanym przy ul. Mickiewicza 103 w Białymstoku, które to miejsce zostało wskazane w ofercie jako miejsce wykonywania zamówienia. Jak bowiem wprost wynika z przedłożonego przez Przystępującego zaświadczenia jedynym podmiotem uprawnionym do wykonywania działalności pod adresem wskazanym w punkcie 1) Formularza oferty jest MEG sp. z o.o., a więc podmiot który udostępnił Przystępującemu zasoby. Należało więc stwierdzić, że to na uprawnienia tego podmiotu Odwołujący powołał się w ofercie. Wskazać należy, że zgodnie z art. 63 ust. 1 ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia zakłady, o których mowa w art. 61, mogą rozpocząć działalność po zatwierdzeniu lub warunkowym zatwierdzeniu, a w przypadkach określonych w ust. 2, po uzyskaniu wpisu do rejestru zakładów. Stosownie natomiast do treści art. 63 ust. 1a ww. ustawy zatwierdzanie jest dokonywane na podstawie wniosku podmiotu działającego na rynku spożywczym prowadzącego zakład. Z powyższego wynika, że posiłki mogą być przygotowywane w ramach zatwierdzonego zakładu tylko i wyłącznie przez podmiot, który został zweryfikowany i wskazany przez Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w decyzji zatwierdzającej lub zaświadczeniu o wpisie jako podmiot zgłaszający i prowadzący ten zakład, a ponadto wytworzone posiłki mogą być przewożone z tego zakładu na potrzeby usług cateringowych wyłącznie przez zatwierdzony w ramach danego zakładu środek transportu.

W konsekwencji, Izba stwierdziła, że w mając na uwadze treść art. 118 ust. 1 Pzp niedopuszczalne jest powoływanie się wykonawcy na zasoby podmiotu trzeciego w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego uprawnień do prowadzenia określonej działalności przez wykonawcę. Spełnienia tych warunków wykonawca musi dowieść osobiście, nie może w tych przypadkach powoływać się na inny podmiot, który przykładowo posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności w przeciwieństwie do wykonawcy zainteresowanego udzieleniem mu zamówienia. Jak natomiast wynika z formularza oferty Przystępujący nie posiada uprawnień do prowadzenia działalności pod adres podmiotu udostępniającego zasoby.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że oferta Przystępującego podlegała odrzuceniu na

podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 jako niezgodnej z art. 118 ust. 1 Pzp oraz na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp bowiem wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w rozdziale IV pkt 2 SWZ.

Jednocześnie, Izba za niezasadne uznała zarzuty odwołania dotyczące niespełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Przystępującego wynikających z rozdziału IV pkt 4 ppkt 1, 2 oraz SWZ. Izba ustaliła bowiem, co zostało potwierdzone przez Zamawiającego na rozprawie, że w zakresie powyższych warunków Zamawiający nie wyczerpał procedury wynikającej z art. 128 ust. 1 Pzp. Stwierdzenie więc w tak ustalonym stanie faktycznym, że Przystępujący warunków tych nie spełnił byłoby przedwczesne. Niemniej jednak mając na uwadze przepis art. 128 ust. 1 pkt 1 Pzp zgodnie z którym jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie, Izba stwierdziła, że skoro w punkcie 1 wyroku nakazała odrzucenie oferty Przystępującego, to brak jest podstaw do nakazania Zamawiającemu wezwania ww. wykonawcy o uzupełnienie dokumentów w celu potwierdzenia spełniania ww. warunków udziału w postępowaniu.

Mając powyższe na względzie, orzeczono jak w sentencji.

W związku z tym, że Izba częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie, a stosunek zarzutów zasadnych do niezasadnych wyniósł odpowiednio % do % to Izba kosztami postępowania obciążyła Zamawiającego i Odwołującego w częściach równych.

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 7500 zł, koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3 600 zł oraz koszty poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3600 zł (łącznie 14 700 zł). Izba zniosła pomiędzy stronami koszty poniesione przez strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocników, a w konsekwencji powyższego zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 3750 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Przewodniczący:.....