Sygn. akt KIO 2341/24

WYROK

Warszawa, dnia 25 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca:**Małgorzata Rakowska**

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lipca 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lipca 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Ł.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Ł.Z. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Wygodna 8/5,**
50-323 Wrocław i D.S. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą D.D. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Dolna 37,
50-304 Wrocław w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Wrocław, pl. Nowy Targ 1-8, 50-141 Wrocław – Zespół Szkolno-Przedszkolny nr 19 we Wrocławiu, ul. Januszowicka 35-37, 53-135 Wrocław**
przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **WELCOME CATERING SERVICE S.C.** I **Świerzewicz, A. Hunek z siedzibą we Wrocławiu, ul. Orzechowa 62,**
50-540 Wrocław

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Ł.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Ł.Z. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Wygodna 8/5,**
50-323 Wrocław i D.S. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą D.D. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Dolna 37,
50-304 Wrocław i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Ł.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Ł.Z. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Wygodna 8/5, 50-323 Wrocław i D.S. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą D.D. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Dolna 37, 50-304 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania i kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę **WELCOME CATERING SERVICE S.C. K. Świerzewicz, A. Hunek z siedzibą we Wrocławiu, ul. Orzechowa 62, 50-540 Wrocław** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2.zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Ł.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Ł.Z. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Wygodna 8/5, 50-323 Wrocław i D.S. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą D.D. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Dolna 37, 0-304 Wrocław** na rzecz wykonawcy **WELCOME CATERING SERVICE S.C. K. Świerzewicz, A. Hun z siedzibą we Wrocławiu, ul. Orzechowa 62, 50-540 Wrocław** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:……..…….

Sygn. akt KIO 2341/24

Uzasadnienie

Zespół Szkolno-Przedszkolny nr 19 we Wrocławiu, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Wybór wykonawcy usługi żywienia na rzecz Zespołu Szkolno – Przedszkolnego nr 19 we Wrocławiu”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 4 czerwca 2024 r. pod nr 2024/BZP 00350999/01

W dniu 3 lipca 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Ł.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Ł.Z. z siedzibą we Wrocławiu i D.S. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą D.D. z siedzibą we Wrocławiu, zwani dalej „Odwołującym", wnieśli odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynność Zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj.:

1. odrzucenia oferty Odwołującego w związku z tym, iż Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczącej wymaganego w postępowaniu doświadczenia,
2. wybór oferty wykonawcy WELCOME CATERING SERVICE S.C. K. Świerzewicz, A. Hunek z siedzibą w Wrocławiu, zwany dalej „wykonawcą WELCOME CATERING", jako oferty najkorzystniejszej;

zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) ustawy Pzp poprzez odrzucenia oferty Odwołującego, mimo że brak było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego gdyż Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej,
2. art. 239 ustawy Pzp poprzez wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. uchylenie wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
3. wybór jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący wniósł także o:

1. przeprowadzenie dowodu z całości dokumentacji postępowania oraz przeprowadzenie dowodu z tejże dokumentacji na okoliczność ich treści oraz wszystkie okoliczności istotne dla sprawy, w szczególności wskazane w treści niniejszego odwołania,
2. dopuszczenie w poczet materiału dowodowego dowodu z przesłuchania przedstawiciela Odwołującego - Pan Ł.W. na wszystkie okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania,
3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego i zwrotu kosztów dojazdu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł m.in.

Odnośnie zarzutu niedopuszczalności łączenia doświadczeń wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Odwołujący podniósł m.in., że przedmiotem zamówienia jest realizacja usługi żywienia zbiorowego w Zespole Szkolno – Przedszkolnym nr 19 we Wrocławiu, polegającej na:

1) Przygotowaniu i wydawaniu wyżywienia, wg wskazówek zawartych w Załączniku nr 1 do Zespołu Szkolno - Przedszkolnego nr 19 we Wrocławiu, dla maksymalnie 175, a średnio 160
dzieci dziennie,

2) Przygotowaniu i wydawaniu wyżywienia, wg wskazówek zawartych w Załączniku nr 1 do SWZ w Szkole Podstawowej nr 47 we Wrocławiu, przy ul. Januszowickiej 35-37, stanowiącej część Zespołu Szkolno – Przedszkolnego nr 19 we Wrocławiu, dla maksymalnie 570, a średnio 300 uczniów dziennie.

Analiza treści SWZ, w tym w szczególności Załącznika nr 1 do SWZ, prowadzi do wniosku, iż przedmiotem zamówienia są dwie usługi o podobnym charakterze które jednak się nie krzyżują i każda z usług mogłaby być przedmiotem odrębnego zamówienia. Jak się wydaje, w związku z tym, iż przedmiotem zamówienia są dwie samodzielne i niezależne usługi, Zamawiający w SWZ postawił warunki udziału w postępowaniu obejmujące doświadczenie w
realizacji każdej z dwóch odrębnych usług.

W przypadku samodzielnego wykonawcy który będzie realizował obie usługi objęte zamówieniem oczywistym jest, iż oba te wymagania powinien spełniać ten konkretny wykonawca. Brak jest natomiast racjonalnego argumentu aby uważać, iż w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, z których jeden ma doświadczenie i jest zdolny wykonać jedną z usług (usługi samodzielne, odrębne od siebie i nie krzyżujące się) objętych zamówieniem (usługę żywienia dzieci przedszkolnych lub usługę żywienia dzieci szkolnych) a drugi ma doświadczenie i jest zdolny wykonać drugą z usług (usługi samodzielne, odrębne od siebie i nie krzyżujące się) objętych zamówieniem (usługę żywienia dzieci przedszkolnych lub usługę żywienia dzieci szkolnych) to tacy wykonawcy nie mogą łączyć swoich potencjałów i doświadczeń w celu ubiegania się o udzielenie zamówienia.

Patrząc od strony Zamawiającego nie ma absolutnie żadnej różnicy między sytuacjami w której obie usługi objęte zamówieniem realizuje jeden podmiot posiadający doświadczenie w realizacji obu tych usług oraz między sytuacją w której każdą z tych odrębnych usług realizuje wykonawca posiadający doświadczenie w realizacji konkretnej usługi. W obu przypadkach Zamawiający otrzymuje kompetentnego wykonawcę dedykowanego do realizacji każdej z odrębnych usług objętych zamówieniem.

Jak to zostało wskazane w oświadczeniu Odwołujących złożonego w trybie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp w

niniejszym postępowaniu zarówno Ł.Z. MODERNBUD, jak i D.D. są przedsiębiorcami prowadzącymi działalność w zakresie m.in. przygotowywania, dostarczania i wydawaniu posiłków. Ł.Z. MODERNBUD posiada doświadczenie w zakresie realizacji zamówień polegających na przygotowaniu, dostarczaniu i wydawaniu wyżywienia dzieciom przedszkolnym nie posiada natomiast doświadczenia w realizacji zamówień polegających na przygotowaniu, dostarczaniu i wydawaniu wyżywienia uczniom szkół podstawowych w liczbie minimum 300. Doświadczenie przy realizacji takich zamówień posiada natomiast D.D.. Tym samym każdy z dwóch wykonawców posiada wiedzę i doświadczenie potrzebne do należytej realizacji jednej z usług objętych przedmiotowym zamówieniem (usługę żywienia dzieci przedszkolnych lub usługę żywienia dzieci szkolnych). Dlatego też we wspomnianym oświadczeniu wyraźnie zaznaczono, iż:

1) za spełnienie warunku udziału w postępowaniu wskazanego w IX. ust. 1 pkt 3) lit. a) myślnik pierwszy SWZ (doświadczenie w przygotowywaniu, dostarczaniu i wydawaniu wyżywienia dzieciom przedszkolnym w liczbie minimum 160) odpowiada Ł.Z. MODERNBUD,

2) za spełnienie warunku udziału w postępowaniu wskazanego w IX. ust. 1 pkt 3) lit. a) myślnik drugi SWZ (doświadczenie w przygotowywaniu, dostarczaniu i wydawaniu wyżywienia
uczniom szkół podstawowych w liczbie minimum 300) D.D.

Przy takim połączeniu potencjałów Zamawiający otrzymuje wykonawcę w ramach którego za realizację każdej z dwóch usług objętych zamówieniem będzie odpowiadał podmiot posiadający doświadczenie potrzebne do jej realizacji.

Na gruncie niniejszej sprawy to optyka Zamawiającego, a nie Odwołującego, odnośnie kwestii łączenia doświadczeń nie tylko może ale z pewnością narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. Przyjęcie optyki Zamawiającego prowadziłoby do sytuacji, w której z możliwości ubiegania się o zamówienie – co należy podkreślić obejmującego świadczenie dwóch samoistnych, odrębnych i niekrzyżujących się usług, wykluczeni byliby wykonawcy którzy obiektywnie mogą to zamówienie wykonać (posiadają stosowne doświadczenie i możliwości)

Podsumowując Odwołujący podniósł, że brak jest racjonalnych argumentów przeciw dopuszczalności łączenia doświadczeń wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie
zamówienia w ten sposób, iż warunek IX. ust. 1 pkt 3) lit. a) SWZ zostanie spełniony w ten sposób, iż doświadczenie w zakresie realizacji usługi żywienia dzieci przedszkolnych (IX. ust. 1 pkt 3) lit. a) myślnik pierwszy SWZ) wykaże jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia a doświadczenie w zakresie realizacji usługi żywienia dzieci szkolnych (IX. ust. 1 pkt 3) lit. a) myślnik drugi SWZ) wykaże drugi z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W takim przypadku, identycznie jak w przypadku samodzielnego wykonawcy, Zamawiający jako wykonawcę otrzymuje podmiot, który posiada odpowiednie doświadczenie w realizacji każdej z usług objętych zamówieniem. Powyższe podejście nie tylko nie może być traktowane jako naruszające zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ale jest wręcz jaskrawym przykładem realizacji tych zasad w przeciwieństwie do podejścia Zamawiającego, którego zaaprobowanie prowadziłoby do nieuzasadnionego niczym ograniczenia konkurencyjności postępowania.

Odnośnie zarzutu dotyczącego sposobu udziału członka konsorcjum - D.D. w realizacji zamówienia Odwołujący podniósł m.in., że zgodnie z art. 117 ust. 3 ustawy Pzp w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Regulacja, jako konsekwencją wdrożenia art. 63 ust. 1 zd. 2 dyrektywy 2014/24/UE, prowadzi do zrównania zasad korzystania z doświadczenia poszczególnych członków konsorcjum przez pozostałych, z sytuacją korzystania przez wykonawcę z doświadczenia podmiotu trzeciego. Zatem ten spośród wykonawców, który posiada zdolności do realizacji zamówienia, innymi słowy spełnia warunki udziału w postępowaniu, powinien zrealizować zamówienie w zakresie, do wykonania którego niezbędne są te zdolności. Co jednak istotne w doktrynie prawniczej ale też w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, iż przez „wykonywanie" danego zakresu robót budowlanych lub usług przez tego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, na którego zdolnościach polegają wykonawcy należy rozumieć nie tylko samodzielne wykonanie danego zakresu zamówienia ale również współwykonywanie tego zakresu zamówienia wspólnie z innych wykonawcą. W analizowanym zakresie treść art. 22a ust. 3 ustawy Pzp z 2004 znaczeniowo i zakresowo pokrywa się z treścią obecnego art. 117 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 118 ust. 2 ustawy Pzp dlatego też orzecznictwo KIO wypracowane na jego gruncie pozostaje aktualne na gruncie obowiązujących przepisów. Odwołujący przywołał w tym kontekście wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 20 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1336/18, z dnia 20.02.2018 r., sygn. akt KIO 211/18, z dnia 17.11.2016 r., sygn. akt KIO 2082/16 i z dnia 04.09.2017 r., sygn. akt KIO 1755/17, z dnia z dnia 15 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3382/20 a także z dnia 10 lipca 2019 r., sygn. akt KIO 1162/19 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 10.05.2018 r., sygn. akt XII Ga 178/17.

Podsumowując Odwołujący wskazał, że na gruncie art. 117 ustawy Pzp przez „wykonywanie robót budowlanych

lub usług" należy rozumieć zarówno samodzielne wykonywanie przez wykonawcę na którego doświadczeniu polegają wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia danej części zamówienia jak również współwykonywanie przez tego wykonawcę tej części zamówienia wspólnie z innym wykonawcą wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (w tym z wykonawcą który nie posiada stosownego doświadczenia). Zasada ta przyświecała Odwołującemu przy konstruowaniu modelu realizacji przedmiotowego zamówienia. Przedmiotem zamówienia są bowiem dwie niezależne od siebie i niekrzyżujące się usługi żywienia zbiorowego. Co istotne w świetle SWZ w przeważającym części zakres i sposób realizacji obu usług jest podobny czy wręcz identyczny. Różnice pomiędzy dwoma usługami wynikają przede wszystkim z tego, iż w przypadku dzieci szkolnych przewidziane są dwa posiłki, tj. 1. Zupa i 2. II danie, napój, owoc, natomiast w przypadku dzieci przedszkolnych przewidziano cztery posiłki: 1. Śniadanie, 2 Zupa i owoc, 3. II danie i napój, 4. podwieczorek. Ponadto w związku z tym, iż odbiorcami posiłków są dzieci w różnym wieku występują również różnice np. w gramaturze posiłków. Gdy szczegółowo przeanalizuje się treść Załącznika nr 1 do SIWZ w którym przedstawiono szczegółowe wymagania dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia okaże się, iż poza powyższymi różnicami proces przygotowywania posiłków i ich późniejszego wydawania jest
– w szczególności w zakresie IV. „Parametry świadczonych usług", V. „Szczegółowe zalecenia co do jakości użytych surowców", VII „Wymagania dotyczące personelu" i VIII. „Kontrola realizacji przedmiotu zamówienia" nie przewidziano żadnych różnic w zakresie realizacji obu usług. Możliwe jest aby przygotowanie posiłków w ramach usługi dla dzieci przedszkolnych wykonywane było przez pracowników i w kuchni Ł.Z. MODERNBUD natomiast przygotowanie posiłków w ramach usługi dla dzieci szkolnych wykonywane było przez pracowników i w kuchni DIAPOLCATERING D.S.. Tak model działania generuje jednak bardzo istotny wzrost kosztów realizacji usług – dwie kuchnie, dwa zespoły pracowników, podwójne koszty stałe itd. Dlatego też mając powyższe na uwadze w tym w szczególności, iż sposób realizacji obu usług jest praktycznie identyczny Ł.Z. MODERNBUD i D.D. przyjęli racjonalne założenie, iż posiłki powinny być przygotowywane w jednym miejscu – w siedzibie Ł.Z. MODERNBUD i przez jeden zespół – pracowników Ł.Z MODERNBUD.

Nadto Odwołujący wskazał, mając na względzie, iż istnieją różnice między świadczeniem usługi na rzecz dzieci przedszkolnych oraz na rzecz dzieci szkolnych nad realizacją usługi na rzecz dzieci szkolnych pieczę powinien sprawować D.D. jako podmiot posiadający doświadczenie w realizacji tego rodzaju usług. Stąd też przyjęto, iż chociaż faktycznie poszczególne czynności składające się na realizację usługi żywienia zbiorowego dzieci szkolnych wykonywać będą pracownicy Ł.Z. MODERNBUD w ramach infrastruktury technicznej Ł.Z. MODERNBUD to nad wszystkimi tymi działaniami osobisty i bezpośredni nadzór i kontrolę sprawować będzie D.D.. Powyższe założenie znalazło odzwierciedlenie w treści złożonego przez Odwołującego oświadczenia w trybie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp.
Ze złożonego przez wykonawców oświadczenia jasno więc wynika, iż D.D. będzie sprawowała pieczę nad całym procesem świadczenia usługi w tym nad przygotowywania i wydawania wyżywienia. D.D. powyższe obowiązki będzie sprawowała osobiści bądź przez oddelegowanych w tym celu swoich pracowników. Można wręcz powiedzieć, iż de facto D.D. będzie bezpośrednio realizować zamówienie wykorzystując do tego pracowników i zaplecze techniczne Ł.Z. MODERNBUD (stały nadzór i kontrola obejmuje między innymi stałe monitorowanie wszystkich procesów składających się na usługę, wskazywanie ewentualnych błędów czy wydawanie dyspozycji, co do ewentualnych stwierdzonych błędów). Udział D.D. w realizacji zamówienia z całą pewnością mieści się w zakresie „współrealizacji zamówienia" a wręcz nie wykluczone jest uznanie tego udziału jako de facto samodzielną (przy użyciu personelu i zaplecza drugiego z konsorcjantów) realizację części zamówienia.

Z tego też względu za zupełnie nietrafione należy uznać twierdzenia Zamawiającego jakoby udział D.D. w ramach realizacji zamówienia był dalece niewystarczający. W świetle powyższego nietrafne jest również przywołane przez Zamawiającego orzecznictwo – w przypadku D.D. nie mamy do czynienia z bliżej nieokreślonymi konsultacjami, doradztwem czy też innymi „miękkimi" działaniami, a z jasno określonymi bezpośrednimi uprawnieniami i stałym nadzorem i kontrolą nad całością realizowanej usługi.

Zamawiający kopię odwołania przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu w dniu 5 lipca 2024 roku.

W dniu 8 lipca 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca WELCOME CATERING SERVICE S.C. K. Świerzewicz, Hunek z siedzibą we Wrocławiu, zwany dalej „Przystępującym", zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego.

Zamawiający w dniu 22 lipca 2024 r. (pismem z tej samej daty) złożył odpowiedź na odwołanie, w którym oświadczył, że uwzględnia odwołanie w całości.

W dniu 23 lipca 2024. wykonawca WELCOME CATERING złożył sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego, składając jednocześnie stanowisko w przedmiotowej sprawie i wniósł o oddalenie zarzutów odwołania.
Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym

treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy WELCOME CATERING SERVICE S.C. K. Świerzewic A. Hunek z siedzibą we Wrocławiu, zwanego dalej „Przystępującym", do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 rokuw sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska złożone ustnie przez Strony i Przystępującego do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w rozdziale IX SWZ „Informacja o warunkach udziału w postępowaniu" podał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:

„Spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej i zawodowej:

a) Wykonawca spełni warunek, jeśli wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, wykonał należycie lub wykonuje przez okres przynajmniej 1 roku szkolnego lub okres obejmujący co najmniej 10 miesięcy – minimum 2 usługi związane z:

− przygotowywaniem, dostarczaniem i wydawaniem wyżywienia dla min. 160 dzieci przedszkolnych (w ramach pojedynczego zamówienia)

oraz

− przygotowywaniem, dostarczaniem i wydawaniem wyżywienia dla min. 300 uczniów szkół podstawowych (w ramach pojedynczego zamówienia)".

2. Oceniając zdolność techniczną lub zawodową, zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli posiadanie przez wykonawcę sprzecznych interesów, w szczególności zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.

3. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu w stosownych sytuacjach, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych, przy czym:

1) W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

2) Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności technicznej lub zawodowej, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 pkt 4, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy.

3) Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający zażąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

4) Wykonawca nie może, po upływie terminu składania ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby.".

Zamawiający, pismem z dnia 14 maja 2024 r., wezwał Odwołującego do złożenia oświadczenia w trybie art. 117 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, z „*którego będzie wynikać:*

1) *Za spełnienie którego warunku udziału w postepowaniu, odpowiadają poszczególni wykonawcy wchodzący w skład podmiotu składającego ofertę,*
2) *Jaki zakres przedmiotowej usługi będzie bezpośrednio realizowany przez poszczególnych wykonawców wchodzących w skład podmiotu składającego ofertę,*
3) *Na czym ma polegać bezpośredni udział poszczególnych wykonawców w realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego.*".

W odpowiedzi na powyższe Odwołujący złożył oświadczenie , w treści którego podał, że „*zarówno Ł.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Ł.Z. MODERNBUD jak i D.S. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą DIAPOLCATERING D.S. są przedsiębiorcami prowadzącymi działalność w zakresie m.in. przygotowywania dostarczania i wydawaniu posiłków. Wykonawca Ł.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Ł.Z. MODERNBUD posiada całą bazę techniczną potrzebną do realizacji przedmiotowego zamówienia jak również posiada doświadczenie w zakresie realizacji zamówień polegających na przygotowaniu, dostarczaniu i wydawaniu wyżywienia dzieciom przedszkolnym. Wykonawca ten nie posiada jednak doświadczenia w realizacji zamówień polegających na przygotowaniu, dostarczaniu i wydawaniu wyżywienia uczniom szkół podstawowych w liczbie minimum 300. Doświadczenie przy realizacji takich zamówień posiada natomiast D.S. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą D.D..*

Mając powyższe na uwadze oświadczamy, iż

1. Ł.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Ł.Z. MODERNBUD kompleksowo zrealizuje usługę żywienia zbiorowego objętą zamówieniem (zarówno w Przedszkolu nr 19 we Wrocławiu jak i w Szkole Podstawowej nr 47 we Wrocławiu), w tym będzie przygotowywał i wydawał wyżywienie,

2. D.S. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą D.D. będzie sprawować stały nadzór i kontrolę nad kompleksowym wykonywaniem przez Ł.Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Ł.Z. MODERNBUD usług żywienia zbiorowego objętego zamówieniem; nadzór i kontrola sprawowana przez Dorotę Szaor obejmować będzie całość procesu świadczenia usługi w tym przygotowywania i wydawania wyżywienia; nadzór i kontrola D.S. (przedsiębiorcy posiadającego doświadczenie przy realizacji zamówień polegających na przygotowaniu, dostarczaniu i wydawaniu wyżywienia uczniom szkół podstawowych w liczbie minimum 300) ma na celu zapewnienie, iż usługa świadczona przez Łukasz Zdębą prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Ł.Z. MODERNBUD będzie świadczona w sposób odpowiadający wymaganiom Zamawiającego. Ponadto oświadczamy, iż:

1. bezpośredni udział Ł.Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Ł.Z. MODERNBUD w realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego polegał będzie na kompleksowej realizację usługi żywienia zbiorowego objętego zamówieniem (zarówno w przedszkolu nr 19 we Wrocławiu jak i w szkole Podstawowej nr 47 we Wrocławiu), w tym obejmował będzie przygotowanie i wydawanie wyżywienia,

2. bezpośredni udział D.S. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą DIAPOLCATERING D.S. (przedsiębiorcy posiadającego doświadczenie przy realizacji zamówień polegających na przygotowaniu, dostarczaniu i wydawaniu wyżywienia uczniom szkół podstawowych w liczbie minimum 300) w realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego polegał będzie na sprawowaniu stałego nadzoru i kontroli nad kompleksowym wykonywaniem przez Ł.Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Ł.Z. MODERNBUD usługi żywienia zbiorowego objętego zamówieniem, tak aby realizacja usługi następowała zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.".

Pismem z dnia 28 czerwca 2024 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp odrzucił ofertę Odwołującego, wskazując „*że wykonawcy występujący wspólnie nie spełniają warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, tj. doświadczenia w należytym wykonaniu lub wykonywaniu przez okres przynajmniej 1 roku szkolnego lub okres obejmujący co najmniej 10 miesięcy - minimum 2 usług związanych z:*

- przygotowywaniem, dostarczaniem i wydawaniem wyżywienia dla min. 160 dzieci przedszkolnych (w ramach pojedynczego zamówienia)

oraz

- przygotowywaniem, dostarczaniem i wydawaniem wyżywienia dla min. 300 uczniów szkół podstawowych (w ramach pojedynczego zamówienia)

Wykonawcy w celu spełnienia wyżej wymienionego warunku wspólnie złożyli ofertę celem połączenia posiadanych zasobów - doświadczenia w realizacji przedmiotowych usług. O ile Wykonawcy dochowali obowiązku samego złożenia wymaganych dokumentów - to nie określili w ich treści, który zakres potencjalnie realizowanego zamówienia, każdy z nich

by wykonywał i za spełnianie jakich warunków w postępowaniu każdy z nich odpowiada - mimo tego, że z powyższego wskazania wynika, że taką informację na składanych oświadczeniach należało zawrzeć.

Zamawiający w dniu 14 czerwca 2024 r. (wezwanie z datą 14 maja 2024 było oczywistą omyłką Zamawiającego), wezwał lidera konsorcjum do uzupełnienia oświadczenia wynikającego z art. 117, ust 4. (…) Jednak dopuszczenie takiego sposobu łączenia doświadczenia wykonawców w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jak wynika z treści złożonego oświadczenia, może naruszać zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 16, pkt 1 ustawy Pzp. (…) W zaistniałej sytuacji przynajmniej jeden z wykonawców wchodzących w skład konsorcjum powinien legitymować się całością doświadczenia wynikającym z Rozdziału IX, ust. 1, pkt lit. a).

Odnosząc się do sposobu udziału członka konsorcjum D.D. w realizacji niniejszego zamówienia -„poprzez stały nadzór i kontrolę" - to stwierdzić należy, że biorąc pod uwagę obecne uregulowania prawne wynikające z ustawy PZP - taki rodzaj uczestnictwa w wykonywaniu zamówienia jest obecnie dalece niewystarczający. (…)

Zgodnie z brzmieniem art. 118 ust. 2 ustawy PZP oraz zapisami SWZ, w przypadku warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby tylko, jeżeli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. (…) skorzystanie z potencjału podmiotu trzeciego, podwykonawcy, konsorcjanta, nie może mieć na celu tylko formalnego potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Musi ono przekładać się również na realny, rzeczywisty udział tego podmiotu w realizacji zamówienia - o ile zamówienie dotyczy robót budowlanych lub usług.".

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp stanowi, że „*Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (…) została złożona przez wykonawcę: (…) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu*".

Oznacza to więc, że treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia. Przez warunki zamówienia, zgodnie z art. 7 pkt 29 ustawy Pzp, należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Istota aktualnego rozwiązania polega na odniesieniu przesłanki odrzucenia oferty do określonych wymagań zamawiającego, a nie do określonego dokumentu, w którym pewne rozwiązania powinny być zawarte. Tak więc odrzucenie oferty na podstawie tego przepisu może mieć miejsce w przypadku, kiedy treść oferty, rozumianej jako oświadczenie woli wykonawcy, nie odpowiada warunkom zamówienia opisanym lub określanym w dokumentach zamówienia w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że Odwołujący ubiegał się o realizację zamówienia będącego przedmiotem tego postępowania w ramach konsorcjum a więc porozumienia dwóch samodzielnych podmiotów, tj. Ł.Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Ł.Z. MODERNBUD i D.S prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą D.D..

Wykonawcy ci, co jest bezsporne, zostali wezwani przez Zamawiającego do złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp. Artykuł ten bowiem stanowi, że „*w przypadku, o którym mowa w ust. 2 i 3, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy*.". Zobowiązani byli więc podać za spełnienie, którego warunku udziału w postepowaniu, odpowiadają poszczególni wykonawcy wchodzący w skład podmiotu składającego ofertę, jak również jaki zakres przedmiotowej usługi będzie bezpośrednio realizowany przez poszczególnych wykonawców wchodzących w skład podmiotu składającego ofertę oraz na czym ma polegać bezpośredni udział poszczególnych wykonawców w realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego. I takie oświadczenie, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, wykonawcy złożyli. Tak więc „*bezpośredni udział Ł.Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Ł.Z. MODERNBUD w realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego polegabędzie na kompleksowej realizację usługi żywienia zbiorowego objętego zamówieniem (zarówno w przedszkolu nr 19 we Wrocławiu jak i w szkole Podstawowej nr 47 we Wrocławiu), w tym obejmował będzie przygotowanie i wydawanie wyżywienia*", a „*bezpośredni udział D.S. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą DIAPOLCATERING D.S. (przedsiębiorcy posiadającego doświadczenie przy realizacji zamówień polegających na przygotowaniu, dostarczaniu i wydawaniu wyżywienia uczniom szkół podstawowych w liczbie minimum 300) w realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego polegał będzie na sprawowaniu stałego nadzoru i kontroli nad kompleksowym wykonywaniem przez Ł.Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Ł.Z. MODERNBUD usługi żywienia zbiorowego objętego zamówieniem, tak aby realizacja usługi następowała zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.*".

Niewątpliwym jest, że regułą jest sumowanie potencjałów wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia. Niemniej jednak Zamawiający może określić szczególny, a zarazem obiektywny i uzasadniony sposób

spełniania warunków udziału w postępowaniu, co też w niniejszym postępowaniu miało miejsce. Sposób ten (sposób spełniania warunków udziału w postępowaniu) dotyczy wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Ustawa Pzp wymaga bowiem od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia określenia, za realizację których części zamówienia odpowiedzialni są poszczególni wykonawcy. A ponieważ w tym stanie faktycznym zastosowanie znajduje art. 117 ust. 4 ustawy Pzp wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (konsorcjum) powinni złożyć oświadczenie dotyczące wykonania poszczególnych części zamówienia (usług objętych tym zamówieniem) przez konkretnego wykonawcę. Tylko ten spośród wykonawców, który wykazuje spełnienie warunku określonego w SWZ, może bowiem realizować część zamówienia (usługę), do wykonania którego określone zdolności są wymagane. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mają obowiązek wskazania, który wykonawca zrealizuje daną usługę. Zamawiający musi poznać sposób realizacji zamówienia już na etapie oceny i badania ofert. Tylko bowiem wtedy Zamawiający będzie mógł prawidłowo ocenić spełnianie warunku udziału w postępowaniu i ustalić czy w sytuacji powierzenia realizacji zamówienia wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia przedmiot zamówienia będzie przez nich wykonywany w sposób należyty.

Wykonawca Ł.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Ł.Z. MODERNBUD – jak wykonawcy oświadczyli w treści złożonego oświadczenia – „*posiada całą bazę techniczną potrzebną do realizacji przedmiotowego zamówienia jak również posiada doświadczenie w zakresie realizacji zamówień polegających na przygotowaniu, dostarczaniu i wydawaniu wyżywienia dzieciom przedszkolnym. Wykonawca ten nie posiada jednak doświadczenia w realizacji zamówień polegających na przygotowaniu, dostarczaniu i wydawaniu wyżywienia uczniom szkół podstawowych w liczbie minimum 300. Doświadczenie przy realizacji takich zamówień posiada natomiast D.S. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą D.D.*.”.

Każdy z wykonawców posiada więc doświadczenie w realizacji jednej z usług składających się na przedmiot tego zamówienia i doświadczenia w realizacji, której oczekiwał Zamawiający, określając warunek udziału w postępowaniu. Skoro więc Ł.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Ł.Z. MODERNBUD nie posiada doświadczenia w realizacji zamówień polegających na przygotowaniu, dostarczeniu i wydawaniu wyżywienia uczniom szkół podstawowych w liczbie minimum 300, co wykonawca przyznał w złożonym oświadczeniu to usługę w tej części powinien wykonać podmiot, który posiada doświadczenie w tym zakresie a więc D.S. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą D.D.. Tymczasem wykonawca D.S. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą D.D. – jak wynika z treści złożonego oświadczenia – nie będzie wykonywał wymaganych czynności w tym zakresie (polegających na przygotowaniu, dostarczeniu i wydawaniu wyżywienia uczniom szkół podstawowych w liczbie minimum 300) a jedynie będzie wykonywał stały nadzór i kontrolę. Oznacza to więc, że przedmiot zamówienie w tej części będzie wykonywał jedynie wykonawca, który nie posiada doświadczenia w tym zakresie, mimo że usługi powinny być wykonane przez wykonawcę posiadającego doświadczenie a więc Dorotę Szaor prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą D.D.. Wykonawca nie spełni warunku udziału w postępowaniu, choćby dysponował doświadczonym wykonawcą, jeśli ten wykonawca faktycznie nie wykona w tej części zamówienia. Zasadnicze wykonanie tej części zamówienia musi opierać się bowiem na doświadczonym wykonawcy i to on będzie ponosił odpowiedzialność za wykonanie tej części. Tak więc wykonawca ten musi rzeczywiście realizować usługę, do realizacji której doświadczenie jest wymagane. Nie wystarczy więc sam nadzór i kontrola. Dlatego też Izba uznała, że zarzuty odwołania nie potwierdziły się.

W kontekście powyższego zarzut naruszenia art. 239 ustawy Pzp poprzez wybór oferty najkorzystniejszej (zarzut 2 odwołania) nie potwierdził się.

Art. 239 ustawy Pzp stanowi bowiem, że:

„1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.”.

Oznacza to, że podstawową zasadą związaną z wyborem najkorzystniejszej oferty jest zasada wyboru wyłącznie w oparciu o kryteria oceny ustalone przez zamawiającego dla danego, konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, określone w dokumentach zamówienia. Zamawiający musi zastosować do wyboru najkorzystniejszej oferty wszystkie kryteria, które zostały wskazane w dokumentach zamówienia, i odpowiednio w ogłoszeniu o zamówieniu, i jednocześnie nie może zastosować żadnych innych kryteriów. A ponieważ Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny i badania ofert, prawidłowo odrzucając ofertę Odwołującego, co powyżej zostało stwierdzone, to konsekwencją tego prawidłowego działania Zamawiającego był wybór najkorzystniejszej oferty. Dlatego też Izba uznała, iż zarzut ten także nie potwierdził się.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez Odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 2) lit. a) i b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodnicząca:……..…….……