

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Irmina Pawlik

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 maja 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 kwietnia 2025 r. przez wykonawcę CATERMED sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zespół Szpitali Powiatu Gliwickiego sp. z o.o. z siedzibą w Knurowie przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: FOOD4MED sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu Zespół Szpitali Powiatu Gliwickiego sp. z o.o. z siedzibą w Knurowie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 1 zamówienia oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy FOOD4MED sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Zespół Szpitali Powiatu Gliwickiego sp. z o.o. z siedzibą w Knurowie i:
 - 2.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 22 zł 00 gr (dwadzieścia dwa złote zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem dojazdu na rozprawę;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego Zespół Szpitali Powiatu Gliwickiego sp. z o.o. z siedzibą w Knurowie na rzecz odwołującego CATERMED sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi kwotę 18 622 zł 00 gr (osiemnaście tysięcy sześćset dwadzieścia dwa złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

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 1429/25

Uzasadnienie

Zespół Szpitali Powiatu Gliwickiego sp. z o.o. z siedzibą w Knurowie (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na usługę przygotowywania i dostarczania posiłków do Zespołu Szpitali Powiatu Gliwickiego sp. z o.o. (wewnętrzny identyfikator: DZ/5/2025). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 31 stycznia 2025 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej S: 22/2025 pod numerem 66952-2025. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320, dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 14 kwietnia 2025 r. wykonawca CATERMED sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie w ww. postępowaniu w zakresie części 1 zamówienia (Pakiet 1) wobec czynności wyboru oferty wykonawcy FOOD4MED sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej jako „Przystępujący”) jako najkorzystniejszej oraz wobec zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy z powodu złożenia jej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji; ewentualnie zaniechanie wezwania wykonawcy na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do poprawienia lub uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego – wykazu usług. Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego:

1. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2022.1233 t.j. z dnia 2022.06.09, dalej jako „u.z.n.k.”) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego pomimo tego, że została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż Przystępujący posłużył się referencjami, które w sposób nieprawdziwy bądź nierzetelny wskazują na spełnienie przez niego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, a ponadto Wykonawca zataił okoliczność, że wykonywanie przez niego usługi w ramach konsorcjum z Meridian's sp. z o.o. na rzecz Śląskiego Centrum Chorób

Serca w Zabrze oraz Małopolskiego Szpitala Rehabilitacyjnego w Krzeszowicach nie obejmowało części cateringowej, a jedynie część organizacyjną, niezdatną do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, co stanowi naruszenie prawa i dobrych obyczajów, a w konsekwencji jest czynem nieuczciwej konkurencji i stanowi przesłankę odrzucenia oferty;

ewentualnie w przypadku uznania przez Izbę powyższego zarzutu za bezzasadny:

art. 128 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 117 ust. 3 i 4 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust 3 pkt 2) oraz ust. 1 pkt 2) rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. 2020 poz. 2415) poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do poprawienia lub uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu usług wykonanych lub wykonywanych oraz dowodu określającego czy usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należyście podczas gdy są one niekompletne lub zawierają błędy, gdyż z załączonego do oferty przez tego wykonawcę wykazu usług wykonanych lub wykonywanych oraz referencji nie wynika, że Przystępujący wykonując usługę w konsorcjum z MERIDIAN'S sp. z o. o. na rzecz Śląskiego Centrum Chorób Serca w Zabrze oraz Małopolskiego Szpitala Rehabilitacyjnego w Krzeszowicach nabył adekwatne doświadczenie w zakresie, w jakim deklaruje w wykazie usług oraz referencji a więc w konsekwencji nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej tj. że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał/wykonyuje należyście 2 usługi kompleksowego, całodobowego żywienia pacjentów lub podopiecznych w zakładach opieki zdrowotnej lub zakładach całodziennej opieki, o liczbie łóżek minimum 90;

2.art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej podczas gdy jego oferta podlega odrzuceniu ewentualnie wezwaniu do poprawienia lub uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu usług wykonanych lub wykonywanych oraz dowodu określającego czy usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należyście.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; 2) odrzucenia oferty Przystępującego jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, ewentualnie wezwania Przystępującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu usług wykonanych lub wykonywanych oraz dowodu określającego czy usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należyście celem wykazania, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, tj. w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał/wykonyuje należyście co najmniej 2 usługi kompleksowego, całodobowego; 3) dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający w dniu 7 maja 2025 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 7 maja 2025 r. pismo w sprawie złożył Przystępujący, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Odwołujący w dniu 9 maja 2025 r. złożył pismo będące repliką wobec stanowisk pisemnych Zamawiającego i Przystępującego.

Ponadto Odwołujący w dniu 9 maja 2025 r. złożył pismo zatytułowane „głos do protokołu”. Pismo to Izba rozpoznając sprawę pominęła, mając na uwadze, że zostało ono złożone już po zamknięciu rozprawy. Izba wskazuje, że w przepisach ustawy Pzp regulujących postępowanie odwoławcze przed Izbą nie funkcjonuje instytucja załącznika do protokołu stosowana w procedurze cywilnej.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę FOOD4MED sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący, jako podmiot, który złożył ofertę na część 1 zamówienia, a w drodze wniesionego środka ochrony prawnej dąży do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty wybranego wykonawcy, posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez

Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba rozstrzygając sprawę uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ, oferty wykonawców, podmiotowe środki dowodowe składane przez Przystępującego, wyjaśnienia Przystępującego, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba ponadto dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów:

a)załączonych do odwołania:

- oferta wykonawców FOOD4MED sp. z o. o. oraz MERIDIAN'S sp. z o. o., w tym oświadczenie z art. 117 ustawy Pz dot. usługi referencyjnej wykonywanej dla Śląskiego Centrum Chorób Serca w Zabrze wskazanej przez Przystępującego w wykazie usług;
- oferta wykonawców FOOD4MED sp. z o. o. oraz MERIDIAN'S sp. z o. o., w tym oświadczenie z art. 117 ustawy Pz dot. usługi referencyjnej wykonywanej dla Małopolskiego Szpitala Rehabilitacyjnego w Krzeszowicach wskazanej przez Przystępującego w wykazie usług;
- umowa nr 1074/243/EZP/ZU/2023 z dnia 31 października 2023 r. zawarta przez Śląskie Centrum Chorób Serca w Zabrze z konsorcjum FOOD4MED sp. z o. o., MERIDIAN'S sp. z o. o.;
- SWZ na usługi przygotowywania i dostarczania posiłków dla pacjentów szpitala (znak sprawy 6/EZP-US/23) w postępowaniu prowadzonym przez Śląskie Centrum Chorób Serca w Zabrze;
- Decyzja Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego z dnia 12 grudnia 2024 r. o zatwierdzeniu zakładu – kuchni cateringowej w Tarnowskich Górach przy ul. Zamkowej 10.
- protokół kontroli sanitarnej z 14 czerwca 2023 roku w sprawie zatwierdzenia lokalu gastronomicznego MERIDIAN'S przy ul. Żeromskiego 7 w Bytomiu;
- Dodatkowe informacje i objaśnienia do bilansu Food4Med Sp. z o. o. za rok 2023;

b)załączonych do pisma Przystępującego:

- pismo Śląskiego Centrum Chorób Serca w Zabrze z dnia 18 marca 2025 r.

na okoliczności wynikające z treści tych pism, powołane odpowiednio przez Odwołującego i Przystępującego.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest usługa przygotowywania i dostarczania posiłków do Zespołu Szpitali Powiatu Gliwickiego Sp. z o.o. Przedmiot zamówienia został podzielony na 2 części tzw. pakiety, z których każdy stanowi oddzielny przedmiot zamówienia. Pakiet 1 – usługa przygotowywania i dostarczania posiłków do Zespołu Szpitali Powiatu Gliwickiego Sp. z o.o. – do placówki zlokalizowanej w Knurowie, ul. Niepodległości 8.

Zamawiający w Rozdziale 7 SWZ opisał warunki udziału w postępowaniu wskazując, że warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat lub jeżeli okres wykonywania działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał lub wykonuje 2 usługi kompleksowego, całodobowego żywienia pacjentów lub podopiecznych w zakładach opieki zdrowotnej lub zakładach całodziennej opieki, o liczbie łóżek minimum 90. W celu potwierdzenia spełnienia ww. warunku Zamawiający wymagał od wykonawcy, którego ofertę najwyżej oceniono, złożenia wykazu usług wykonanych (Załącznik nr 6 do SWZ), a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych (jeżeli nie znajduje się w JEDZ), w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów (referencji) określających, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.

W postępowaniu w zakresie pakietu nr 1 złożono trzy oferty, w tym oferty Odwołującego i Przystępującego.

Przystępujący w celu spełnienia wyżej opisanego warunku udziału w postępowaniu powołał się w JEDZ na: 1) usługę całodobowego żywienia pacjentów szpitala wraz z dostarczeniem własnym transportem do miejsca dystrybucji realizowaną dla Śląskiego Centrum Chorób Serca w Zabrze w okresie 3.11.2023 – 3.03.2025 r. oraz 2) usługę kompleksowej usługi przygotowania i dostarczania posiłków realizowaną dla Małopolskiego Szpitala Rehabilitacyjnego w Krzeszowicach w okresie 1.08.2024 – 20.02.2025.

Na wezwanie Zamawiającego Przystępujący złożył poświadczenie należytego wykonania usługi wystawione 27 lutego 2025 r. przez Śląskie Centrum Chorób Serca w Zabrze o treści: „Śląskie Centrum Chorób Serca w Zabrze,

SPZOZ ul. M. Curie-Skłodowskiej 9, 41-800 Zabrze, potwierdza, że firma FOOD4MED sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie realizuje od 03.11.2023 do 03.03.2025 podpisaną umowę nr 1074/243/EZP/ZU/2023 r na usługę w zakresie całodziennego żywienia pacjentów szpitala wraz z dostarczeniem do punktu dystrybucji. Średnia dzienna ilość dostarczanych posiłków wynosi od 250 do 300. Usługa jest realizowana należycie zgodnie z wymogami podpisanej umowy. Wartość wykonywanej usługi do 31.01.2025 wynosi 2.866.595,50 PLN.”, a ponadto poświadczenie należytego wykonania usługi wystawione 4 marca 2025 r. przez Małopolski Szpital Rehabilitacyjny w Krzeszowicach o treści: „Małopolski Szpital Rehabilitacyjny w Krzeszowicach SPZOZ w Krzeszowicach potwierdza, że firma FOOD4MED sp. o.o. z siedzibą w Krakowie, działając w konsorcjum z MERIDIAN'S sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, zrealizowała usługę w zakresie całodziennego żywienia pacjentów szpitala wraz z dystrybucją do pacjenta od 01.08.2024 do 20.02.2025. Średnia ilość osobodni/pacjentów wynosiła ok. 170. Usługa została zrealizowana należycie. Wartość wykonanej usługi wynosi 969 479,58 zł.”

W toku badania i oceny ofert Zamawiający wezwał Przystępującego do ustosunkowania się do treści pisma Odwołującego zawierającego informacje o tym, że Przystępujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. W odpowiedzi Przystępujący złożył wyjaśnienia zaprzeczając twierdzeniom Odwołującego. Wskazał:

1. „W swoim piśmie zatytułowanym jako plik „notatka” Catermed sp. z o.o. wskazuje na wykonywanie przez nas usług na rzecz Śląskiego Centrum Chorób Serca w Zabrzu oraz Małopolskiego Szpitala Rehabilitacyjnego. Prawdą jest, że posiadamy poświadczenia wykonania usług dla tych podmiotów ale nie są to referencje na które wskazuje Catermed sp. z o.o.
2. Zakres wzajemnych obowiązków i wykonywanych części obowiązków związku z umowy o wykonanie zamówienia publicznego wynika, nie tylko z oświadczenia, ale z faktycznie wykonywanego zakresu zadań oraz z treści umowy konsorcjum. Twierdzenia Catermed sp. z o.o. nie są podparte żadną rzeczywistą dokumentacją dotyczącą zadań i zakresu wykonywanych prac przez FOOD4MED sp. z o.o.
3. W tym miejscu wskazuję, że w związku z referencjami faktycznie złożonymi w niniejszym postępowaniu FOOD4MED sp. z o.o. złożył oświadczenia podmiotom wskazanym w akapicie 1, jakie zadania i jaki zakres zadań wykonywał FOOD4MED sp. z o.o. W tym miejscu oświadczenia te przedkładam.
4. Zgadzam się z Catermed sp. z o.o., że w orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, że referencja musi odnosić się w granicach prac wykonany przez dany podmiot. Jak wynika bowiem z oświadczeń i referencji to właśnie FOOD4MED sp. z o.o. w całości posiłków oraz pozostałym zakresie w całości realizował usługę w zakresie codziennego żywienia pacjentów szpitala.
5. Twierdzenia Catermed sp. z o.o. dotyczące wykonania jedynie wycinka usług nie jest podparty żadnymi dowodami czy dokumentami i stanowczo zaprzeczam takim twierdzeniom.
6. Twierdzenia Catermed i zarzuty co do wymogu posiadania i wynajmowaniu kuchni przy otrzymywaniu referencji czy przygotowaniu żywności nie znajduje oparcia ani w praktyce ani w przepisach prawa. Fakt, że kuchnia była wynajęta na rzecz członka konsorcjum w żaden sposób nie niweczy tego, że to drugi z członków wykorzystywał tę przestrzeń do przygotowywania posiłków przed dniem 12 grudnia 2024 roku. Co więcej właśnie to był jeden z powodów dla których konsorcjum na tamtym etapie było konieczne.
7. Nie wdając się w kwestie zasadności załączania uznania odwołania przez Zespół Opieki Zdrowotnej w Świętochłowicach to wskazuję, że po uznaniu tego odwołania ponownie została wybrana oferta FOOD4MED sp. z o.o.
8. Reasumując oświadczam, że FOOD4MED nie tylko wykazuje spełnianie warunków technicznych, zawodowych i innych warunków niezbędnych do udziału w niniejszym postępowaniu. Jesteśmy również podmiotem, który wykonuje pracę solidnie i prawidłowo o czym świadczą referencje wskazane w niniejszym postępowaniu.”

Do pisma załączono:

1. oświadczenie MERIDIAN'S sp. z o.o. dotyczące umowy 43/VII/U/ZP/2024 z dnia 29.07.2024 z Małopolskim Szpitalem Rehabilitacyjnym w Krzeszowicach o treści: „W zawartej umowie dotyczącej przygotowywania i dystrybucji posiłków do łóżka pacjenta, Firma MERIDIAN'S sp. z o.o. posiadał status członka konsorcjum. W trakcie postępowania przetargowego przedłożono podział prac Konsorcjum. Jednakże w praktyce całość zamówienia Lider Konsorcjum: FOOD4MED sp. z o.o. wykonywał usługę w 95-98 % całości usługi. Taka sytuacja jest wynikiem niezależnej i autonomicznej decyzji Konsorcjum.”
2. oświadczenie MERIDIAN'S sp. z o.o. dotyczące umowy 1074/243/EZP/ZU/2023 z dnia 31.10.2023o treści: „ W zawartej umowie dotyczącej przygotowywania i dostarczania posiłków dla pacjentów Szpitala, Firma MERIDIAN'S sp z o.o. posiadał status członka konsorcjum. W trakcie postępowania przetargowego przedłożono podział prac Konsorcjum. Jednakże w praktyce całość zamówienia wykonuje Lider Konsorcjum: FOOD4MED sp. z o.o. Taka

sytuacja jest wynikiem niezależnej i autonomicznej decyzji Konsorcjum.”

Zamawiający w dniu 4 kwietnia 2025 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w części 1 zamówienia (Pakiet 1).

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba za zasadny uznała zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 u.z.n.k. przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego pomimo tego, że została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji oraz naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp przez wybór oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej podczas gdy jego oferta podlega odrzuceniu.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Ustawa Pzp nie definiuje czynu nieuczciwej konkurencji odsyłając w tym zakresie do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W art. 3 ust. 1 u.z.n.k. zawarto ogólną definicję czynu nieuczciwej konkurencji, którym jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ust. 2 tego przepisu wskazuje na otwarty katalog przypadków, w których działanie danego podmiotu może zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji, przy czym za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu tej ustawy może być uznane także działanie niewymienione wśród przypadków stypizowanych w art. 5 - 17g u.z.n.k., jeżeli tylko odpowiada wymaganiom wskazanym w ogólnym określeniu czynu nieuczciwej konkurencji w art. 3 ust. 1 u.z.n.k. Zarzut złożenia przez wykonawcę oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji powinien być udowodniony. Uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu ujętego w Rozdziale 2 u.z.n.k. albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 u.z.n.k.

W wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych z dnia 11 maja 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 31/22, stwierdzono, że *czyn nieuczciwej konkurencji to nie tylko zachowanie niezgodne z prawem, czy warunkami postępowania o udzielenie zamówienia, ale także takie zachowanie wykonawcy, która podlega nagannej ocenie moralnej z punktu widzenia klauzuli generalnej jakimi są dobre obyczaje.*” W orzecznictwie Sądu Zamówień Publicznych (por m.in. wyrok z dnia 21 marca 2024 r., sygn. akt XXIII Zs 20/24, wyrok z dnia 24 maja 2024 r., sygn. akt XXIII Zs 43/24, wyrok z dnia 21 października 2024 r., sygn. akt XXIII Zs 84/24) wskazuje się także, że: *„celem zakazu nieuczciwej konkurencji sformułowanego w klauzuli generalnej (art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) jest zatem eliminacja wszelkich zachowań sprzecznych z prawem lub dobrymi obyczajami, zagrażających interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta bądź naruszających go. Podmiot odwołujący się do klauzuli generalnej musi wykazać, jaki przepis prawa bądź dobry obyczaj został naruszony oraz że nieprzestrzeganie tej normy prawnej czy tego obyczaju zagroziło lub naruszyło jego interes, a zastosowanie klauzuli generalnej wymaga spełnienia wszystkich przesłanek wymienionych w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (por. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 stycznia 2008 roku, sygn. akt II CSK 363/07). Sprzeczność z przepisami prawa zachodzi wtedy, gdy konkretne zachowanie jest sprzeczne z przepisami prawa powszechnie obowiązującego, zarówno z zakresu prawa karnego, prawa cywilnego, jak i prawa administracyjnego, jak również normami pozasystemowymi (np. normami wynikającymi z zasad współżycia społecznego lub kształtującymi dobre obyczaje), do których przepisy prawa odsyłają bezpośrednio lub pośrednio (Sąd Apelacyjny w Poznaniu, wyrok dnia 20 lutego 2008 roku, sygn. akt I ACa 93/08). Ponieważ ustawa nie definiuje pojęcia „dobrych obyczajów” należy odnieść się do definicji wypracowanych w toku stosowania tej ustawy. Za adekwatny do rozpatrywanego przypadku można uznać wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 28 czerwca 2007 roku (sygn. akt V ACa 371 / 07), zgodnie z którym: „Dobre obyczaje to normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych (tzw. uczciwość kupiecka), a więc reguły znajdujące się poza ramami systemu prawa. Wyrażają się pozaprawnymi normami postępowania, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy. Ich treści nie da się określić wiążąco w sposób wyczerpujący, ponieważ kształtowane są przez ludzkie postawy uwarunkowane zarówno przyjmowanymi wartościami moralnymi, jak i celami ekonomicznymi i związanymi z tym praktykami życia gospodarczego. Ocena określonego zachowania jako naruszającego dobre obyczaje pozostawiona jest orzecznictwu, gdyż istotne znaczenie mają tu oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo”. Według wyroku Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2019 roku wydanego w sprawie o sygn. akt I NSK 61/18 za sprzeczne z dobrymi obyczajami uznaje się takie działanie, które*

potocznie określa się jako nieuczciwe, nierzetelne, odbiegające in minus od przyjętych standardów postępowania. Poszukując zatem treści pojęcia dobrych obyczajów i ustalając, czy określony czyn stanowi ich naruszenie, należy brać pod uwagę całokształt okoliczności danego przypadku, w szczególności cel, użyte środki i konsekwencje przedsięwziętych działań (Wyrok Sądu Najwyższego Z dnia 26 września 2002 roku, sygn. akt III CKN 213/01, niepubl.). (...) za czyn nieuczciwej konkurencji, powinno być uznane każde zachowanie rynkowe, któremu można przypisać cechy nieuczciwej konkurencji wskazane w ustawie. Przy tym zasadnicza rola art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji polega na uzupełnianiu katalogu stypizowanych deliktów nieuczciwej konkurencji i dotyczy sytuacji, w których konkretne zachowanie, choć nie spełnia znamion czynu nieuczciwej konkurencji na podstawie art. 5 i n. ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jest bezprawne lub sprzeczne z dobrymi obyczajami, godząc zarazem w interes innego przedsiębiorcy lub klienta (por. Wyroki Sądu Najwyższego dnia 24 lipca 2003 roku, sygn. akt I CKN 477/01, dnia 2 lutego 2001 roku, sygn. akt IV CKN 255/00 oraz dnia 29 stycznia 2021 roku, sygn. akt V CSKP 4/21)(...) celem ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest zapobieganie i zwalczanie nieuczciwej konkurencji. Dlatego czyny nieuczciwej konkurencji ustawa uznaje za popełnione nie tylko w razie naruszenia interesów innego przedsiębiorcy lub klienta, co jest oczywiste, lecz także w przypadku zagrożenia ich interesów (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach dnia 22 listopada 2000 roku, sygn. akt ACa 688/00). Pojęcie „interes przedsiębiorcy” rozumieć należy szeroko jako określony, korzystnie z punktu widzenia przedsiębiorcy ukształtowany stan bądź stan, który dopiero w przyszłości może stać się dla niego źródłem korzyści (zob. wyrok Sądu Najwyższego Z dnia 25 lutego 1995 roku, sygn. akt III CZP 12/95). Z kolei grożące naruszenie powinno dotyczyć interesu mającego pewną wagę gospodarczą. Wreszcie zagrożenie musi być realne, a więc musi zachodzić prawdopodobieństwo naruszenia tych interesów. O tym, czy przesłanki te są lub nie są spełnione, nie decyduje subiektywne przekonanie jednej ze stron postępowania. Oceny dokonuje sąd rozpoznający sprawę, stosując kryteria obiektywne (I. Szwaja (red.), Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz. Wyd. 5, Warszawa 2019).”

Kontynuując rozważania natury ogólnej należy podkreślić, że zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Uprawnienie do określenia w dokumentach zamówienia warunków udziału w postępowaniu jest jednym z przewidzianych w ustawie Pzp narzędzi służących zamawiającemu do wyboru oferty takiego wykonawcy, którego potencjał pozwala na należyłą realizację zamówienia na oczekiwanym poziomie jakości. Ustawa Pzp wprowadza także inne mechanizmy chroniące zamawiającego przed sytuacją, w której zamówienie realizować miałby podmiot nieposiadający dostatecznych kwalifikacji, wykształcenia czy doświadczenia. Szczególną uwagę należy tu zwrócić na sytuację wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. 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 wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Ust. 4 tego przepisu stanowi, iż 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. Podobne regulacje przewidziano w przypadku powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego (art. 118 ust. 2 ustawy Pzp - w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane).

W świetle art. 117 ust. 3 ustawy Pzp możliwość powołania się na wykształcenie, kwalifikacje zawodowe lub doświadczenie jednego z wykonawców z grona wspólnie ubiegających się o zamówienie warunkowana jest wykonaniem przez tego wykonawcę tej części zamówienia, do realizacji której dane doświadczenie, wykształcenie, czy kwalifikacje są wymagane. Istotne znaczenie dla dokonywanej przez zamawiającego w tym zakresie oceny ma treść oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, zawierającego deklaracje o podziale zadań pomiędzy poszczególnych członków konsorcjum. Pomiedzy oświadczeniem z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp oraz podmiotowymi środkami dowodowymi wykazującymi spełnienie warunków udziału w postępowaniu musi zachodzić korelacja, pozwalająca na właściwe przyporządkowanie określonych elementów zamówienia temu wykonawcy, który legitymuje się wymaganymi zdolnościami. Udział podmiotu, na którego potencjał się powołano w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w realizacji zamówienia musi być rzeczywisty i powinien odpowiadać deklaracjom złożonym uprzednio w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Udział wykonawcy, na którego doświadczenie się powołano w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a co za tym idzie w celu uzyskania zamówienia, nie może mieć charakteru fikcyjnego - wykonawca taki powinien czynnie uczestniczyć w realizacji usług objętych zakresem określonym w warunku udziału

w postępowaniu, to na jego doświadczenie powołano się bowiem w celu wykazania, że konsorcjum daje rękojmię należytego wykonania zamówienia, spełniając określone jako warunki udziału w postępowaniu minimalne poziomy zdolności.

Przenosząc powyższe na realia rozpoznawanej sprawy należy wskazać, że okolicznością bezsporną było to, że Przystępujący w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej opisanego w Rozdziale 7 SWZ powołał się na usługi realizowane na rzecz Śląskiego Centrum Chorób Serca w Zabrze oraz Małopolskiego Szpitala Rehabilitacyjnego w Krzeszowicach. Realizacja obu ww. usług była wynikiem zawarcia umów w sprawie zamówienia publicznego, poprzedzonego postępowaniami o udzielenie zamówienia. Przy czym podkreślenia wymaga okoliczność, że ofert w tych postępowaniach nie złożył sam Przystępujący, lecz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: konsorcjum Przystępującego i MERIDIAN'S sp. z o.o. Nie było także sporne, że konsorcjum w celu wykazania spełnienia warunków udziału w ww. postępowaniach w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej powołało się na doświadczenie partnera konsorcjum – MERIDIAN'S sp. z o.o. W oświadczeniu z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp o podziale zadań pomiędzy członków konsorcjum złożonym w postępowaniu prowadzonym przez Śląskie Centrum Chorób Serca w Zabrze usługi przygotowywania i dostarczania posiłków dla pacjentów szpitala (6/EZP-US/23) konsorcjum wskazało, że lider konsorcjum (Przystępujący) wykona „odpowiednie zarządzanie wykonywaną usługą, nadzór nad dostawami produktów i towarów do produkcji posiłków, organizacja całości usługi i pracy na poszczególnych stanowiskach, potencjał osobowy”, a partner konsorcjum (MERIDIAN'S) wykona „zakres odpowiadający warunkowi udziału w postępowaniu, w szczególności potencjał gastronomiczny, zaplecze kuchenne, dostarczanie posiłków, transport/logistyka.” Również w oświadczeniu z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp o podziale zadań pomiędzy członków konsorcjum złożonym w postępowaniu prowadzonym przez Małopolski Szpital Rehabilitacyjny w Krzeszowicach pn. „Kompleksowa usługa przygotowania i dostarczania posiłków” (5/VI/ZP/2024) konsorcjum wskazało, że lider konsorcjum (Przystępujący) wykona „odpowiednie zarządzanie wykonywaną usługą, nadzór nad dostawami produktów i towarów do produkcji posiłków, organizacja całości usługi i pracy na poszczególnych stanowiskach, potencjał osobowy”, a partner konsorcjum (MERIDIAN'S) wykona „zakres odpowiadający warunkowi udziału w postępowaniu, w szczególności potencjał gastronomiczny, zaplecze kuchenne, dostarczanie posiłków, transport/logistyka”. W obu tych dokumentach konsorcjum oświadczyło, że wszystkie informacje podane w powyższych oświadczeniach są aktualne i zgodne z prawdą.

Mając na uwadze treść tych dokumentów, jak i obowiązek wynikający z art. 117 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym możliwość powołania się na wykształcenie, kwalifikacje zawodowe lub doświadczenie jednego z wykonawców z grona wspólnie ubiegających się o zamówienie warunkowana jest wykonaniem przez tego wykonawcę tej części zamówienia, do realizacji której dane doświadczenie, wykształcenie, czy kwalifikacje są wymagane, nie może być uznane za zgodne z rzeczywistym stanem rzeczy twierdzenie Przystępującego, że to on zrealizował usługi referencyjne podane w wykazie usług. W świetle złożonych w postępowaniach prowadzonych przez Śląskie Centrum Chorób Serca w Zabrze oraz Małopolski Szpital Rehabilitacyjny w Krzeszowicach oświadczeń o podziale zadań pomiędzy członków konsorcjum, obowiązkiem członków konsorcjum było to, aby zakres odpowiadający warunkowi udziału w postępowaniu – a więc kluczowy zakres w tego typu postępowaniach, obejmujący potencjał gastronomiczny, przygotowanie i dostarczenie posiłków, wykonała – a przynajmniej w znacznej mierze czynnie wykonywała - firma MERIDIAN'S. Za niewiarygodne w takim stanie rzeczy należy uznać złożone przez Przystępującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia wyjaśnienie, że to właśnie Przystępujący odpowiadał w całości za przygotowywanie posiłków oraz w pozostałym zakresie w całości realizował usługę codziennego żywienia pacjentów szpitala. Zgodnie z przedstawionymi oświadczeniami Przystępujący co do zasady miał tylko zarządzać usługą, czuwać nad organizacją i nadzorować dostawy towarów.

Za całkowicie niezrozumiałe i sprzeczne z oświadczeniami o podziale zadań pomiędzy członków konsorcjum - składanymi przecież w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i realnego udziału firmy MERIDIAN'S, na której potencjał się powołano, w wykonywaniu zamówienia, a konsekwencji w celu uzyskania zamówienia – należy uznać oświadczenia firmy MERIDIAN'S załączone do wyjaśnień Przystępującego złożonych w przedmiotowym postępowaniu, w których wskazano odpowiednio, że „W trakcie postępowania przetargowego przedłożono podział prac Konsorcjum. Jednakże w praktyce całość zamówienia Lider Konsorcjum: FOOD4MED sp. z o.o. wykonywał usługę w 95- 98% całości usługi. Taka sytuacja jest wynikiem niezależnej i autonomicznej decyzji Konsorcjum.” (dot. usługi dla Małopolskiego Szpitala Rehabilitacyjnego w Krzeszowicach) oraz, że „w trakcie postępowania przetargowego przedłożono podział prac Konsorcjum. Jednakże w praktyce całość zamówienia wykonuje Lider Konsorcjum: FOOD4MED sp. z o.o. Taka sytuacja jest wynikiem niezależnej i autonomicznej decyzji Konsorcjum.” (dot. usługi dla Śląskiego Centrum Chorób Serca w Zabrze). Izba podkreśla, że nie po to w postępowaniu o udzielenie

zamówienia składa się oświadczenia o podziale zadań pomiędzy członków konsorcjum mające wykazać, że podmiot posiadający wymagane doświadczenie, przesądzające o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, weźmie czynny udział w realizacji zamówienia, aby następnie, po zawarciu umowy, „autonomiczną decyzją konsorcjum” od podziału tego odstąpić i doprowadzić do sytuacji, w której faktycznie w całości wykonuje zamówienie pomiot, który nie legitymuje się minimalnym poziomem zdolności wymaganym w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Takie działania stanowiłyby naruszenie podstawowych zasad systemu zamówień publicznych i zasad uczciwej konkurencji. Stanowisko Przystępującego świadczy o niezrozumieniu przez niego celu, jakiemu służy składanie oświadczeń o podziale zadań między członków konsorcjum w postępowaniach o udzielenie zamówienia.

W przedmiotowej sprawie, jak słusznie zauważył Odwołujący, mamy do czynienia z sytuacją, w której w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a zatem również w celu uzyskania zamówienia, Przystępujący powołał się na doświadczenie w wykonaniu dwóch usług referencyjnych, które w praktyce – w świetle deklaracji składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia prowadzonych przez Śląskie Centrum Chorób Serca w Zabrzu oraz Małopolski Szpital Rehabilitacyjny w Krzeszowicach – w kluczowym zakresie obejmującym przygotowanie i dostarczenie posiłków, potencjał gastronomiczny świadczyć miał partner konsorcjum (MERIDIAN'S). Przy czym Przystępujący, jako podmiot profesjonalny, niejednokrotnie uczestniczący w postępowaniach o udzielenie zamówienia, niewątpliwie miał świadomość zarówno treści złożonych na potrzeby postępowań prowadzonych przez Śląskie Centrum Chorób Serca w Zabrzu i Małopolski Szpital Rehabilitacyjny w Krzeszowicach przez konsorcjum oświadczeń o podziale zadań, jak i faktu, że konsorcjum wówczas powołało się w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu na doświadczenie MERIDIAN'S. Mimo tego Przystępujący w przedmiotowym postępowaniu wykazał się usługami kompleksowego, całodobowego żywienia pacjentów – jako zrealizowanymi faktycznie przez niego – podczas gdy nie odpowiadał on za przygotowanie i dostarczanie posiłków, lecz za nadzór nad dostawami produktów i towarów do produkcji posiłków oraz kwestie organizacyjne. Takie działanie niewątpliwie stanowi naruszenie dobrych obyczajów w stosunkach gospodarczych (uczciwości kupieckiej), zakłócające uczciwą konkurencję, wprowadza Zamawiającego w błąd w zakresie posiadania przez Przystępującego wymaganego doświadczenia, narusza interes innych przedsiębiorców, którzy konkurując z nieuczciwym wykonawcą tracą szansę na uzyskanie zamówienia, narażony jest także interes Zamawiającego, który może udzielić zamówienia podmiotowi niemającemu odpowiednich kompetencji do jego zrealizowania. Spełniona jest więc dyspozycja art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 u.z.n.k.

Ponadto Izba wskazuje, że nawet gdyby uznać za prawdziwe stanowisko Przystępującego, że to Przystępujący faktycznie wykonywał niemal w całości usługi na rzecz Śląskiego Centrum Chorób Serca w Zabrzu i Małopolskiego Szpitala Rehabilitacyjnego w Krzeszowicach (które to twierdzenia są w ocenie Izby nieweryfikowalne, ponieważ Przystępujący nie złożył w tym zakresie wiarygodnych dowodów dotyczących *stricte* realizacji tych usług), to posłużenie się tym doświadczeniem przez Przystępującego w celu wykazania spełnienia warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu, również świadczyłoby o złożeniu oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Doświadczenie takie Przystępujący nabyłby bowiem w sposób ewidentnie sprzeczny z deklaracjami składanymi w postępowaniach o udzielenie zamówienia o podziale zadań pomiędzy członków konsorcjum, które to deklaracje, jak wskazano już wyżej, miały bardzo istotne znaczenie z perspektywy oceny, czy konsorcjum spełnia warunki udziału określone w tych postępowaniach, a zatem miały bezpośrednie przełożenie na uzyskanie przez konsorcjum tych zamówień. Takie działanie nie mogłoby zasługiwać na pozytywną ocenę, świadczyłoby o nierzetelności oświadczeń składanych w postępowaniach prowadzonych przez Śląskie Centrum Chorób Serca w Zabrzu i Małopolski Szpital Rehabilitacyjny w Krzeszowicach, oświadczeń o istotnym znaczeniu, wpływających na ocenę oferty i uzyskanie zamówienia. Prawidłowo spostrzegł Odwołujący, że nie do pogodzenia z zasadami uczciwego obrotu jest składanie nieprawdziwych informacji zamawiającemu co do zakresu zamówienia, które poszczególni wykonawcy wykonają w ramach konsorcjum, a następnie wykonanie zamówienia przez wykonawcę nie spełniającego warunku, tak aby ten wykonawca mógł się samodzielnie wylegitymować wykonaniem tego zamówienia w kolejnym postępowaniu. Tego rodzaju praktyka naruszałaby przepisy prawa, dobre obyczaje i zagrażała interesom innych wykonawców, którzy uczciwie konkurują na rynku zamówień publicznych, jak i interesom instytucji zamawiających.

Mając na uwadze powyższe Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 1 zamówienia oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Izba bez rozpoznania pozostawiła zarzut nr 2 dotyczący zaniechania wezwania Przystępującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do poprawienia lub uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu usług wykonanych lub wykonywanych oraz dowodu określającego czy usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Zarzut ten został w odwołaniu sformułowany jako zarzut ewentualny, podlegający rozpoznaniu wyłącznie w

przypadku oddalenia przez Izbę zarzutu dalej idącego, tj. zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Mając na względzie, że Izba uwzględniła zarzut główny, co skutkowało nakazaniem Zamawiającemu odrzucenia oferty Przystępującego, nie zaktualizowała się przesłanka do rozpoznania zarzutu ewentualnego.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega uwzględnieniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Z uwagi na uwzględnienie odwołania w całości Izba kosztami postępowania obciążyła Zamawiającego, zasądzając od niego na rzecz Odwołującego kwotę w łącznej wysokości 18 622 zł stanowiącą koszty postępowania poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania (15 000 zł), wynagrodzenia pełnomocnika (3600 zł) oraz dojazdu na rozprawę (22 zł), potwierdzone złożonym do akt sprawy spisem kosztów i biletem kolejowym.

Jedynie na marginesie – odnosząc się do wniosku Przystępującego o zasądzenie na jego rzecz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika - Izba wskazuje, że w przypadku gdyby odwołanie zostało oddalone, to wniosek ten i tak nie zasługiwałby na uwzględnienie jako pozbawiony podstawy prawnej i faktycznej. Jak stanowi § 8 ust. 2 ww. rozporządzenia w przypadku oddalenia odwołania Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego (pkt 1) albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw, który przystąpił po stronie zamawiającego, jeżeli uczestnik ten wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości (pkt 2), albo zamawiającego i uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw, który przystąpił po stronie zamawiającego, jeżeli uczestnik ten wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w części, gdy zamawiający uwzględnił część zarzutów, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów odwołania (pkt 3). Zwrot kosztów postępowania należy się zatem Przystępującemu wyłącznie w sytuacji, gdy doszło do całościowego lub częściowego uwzględnienia zarzutów odwołania przez Zamawiającego i wniesienia przez Przystępującego sprzeciwu wobec tej czynności. W rozpoznawanej sprawie nie mamy do czynienia z taką sytuacją. Zamawiający nie uwzględnił odwołania, lecz wniósł o jego oddalenie w całości.

Przewodnicząca:.....