

Sygn. akt: KIO 3410/23

WYROK

z dnia 28 listopada 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Danuta Dziubińska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 listopada 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 listopada 2023 r. przez wykonawcę **Naprzód Catering Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Łodzi, ul. Traktorowa 126/301, 91-204 Łódź w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej im. prof. E.W.** w Gostyninie, ul. Zalesie 1, 09-500 Gostynin

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: **BC KONESER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, B.K.** prowadząca działalność gospodarczą pod firmą **PPH „KUDASZEWICZ” B.K.** z siedzibą lidera w Sierpcu, ul. Bojanowska 2B, 09-200 Sierpc zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od Naprzód Catering Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi na rzecz Wojewódzkiego Samodzielnego Zespołu Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej im. prof. E.W. w Gostyninie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika strony.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) 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:.....

Sygn. akt: KIO 3410/23

Uzasadnienie

Wojewódzki Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej im. prof. E.W. w Gostyninie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp” lub „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługa żywienia w zakresie przygotowania i dostarczania całodziennych posiłków na bazie kuchni Wykonawcy dla pacjentów WSZPZOZ w Gostyninie-Zalesiu”, numer referencyjny: SZP.26.22.2023.US.MJ. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 11 października 2023 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem: 2023/BZP 00437983.

W dniu 8 listopada 2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: BC KONESER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, B.K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą PPH „KUDASZEWICZ” B.K. (dalej wspólnie „Wykonawcy” lub „Konsorcjum”). Wykonawca Naprzód Catering sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie na tę czynność, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10) Pzp. w zw. z art. 359 pkt 2) Pzp. poprzez zaniechanie

odrzućenia oferty Wykonawców, pomimo że Wykonawcy w formularzu ofertowym złożyli oświadczenie, że wykonali usługę na rzecz Szpitala Mazowieckiego w Garwolinie Sp. z o.o. i zataili informację, że usługę tę wykonał jedynie członek konsorcjum PPH „KUDASZEWICZ” B.K., co wprowadziło Zamawiającego w błąd co do faktu, że BC KONESER Sp. z o.o. posiada zdolność zawodową wymaganą do wykonania zamówienia;

2)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 117 ust. 3 Pzp w zw. z art. 359 pkt 2) Pzp poprzez zaniechanie odrzućenia oferty Konsorcjum, pomimo że Wykonawcy w uzupełnionym oświadczeniu z art. 117 Pzp. wskazali, że obaj zrealizują usługę żywienia zbiorowego w zakresie objętym warunkiem udziału w postępowaniu dotyczącym doświadczenia wykonawcy, pomimo że BC KONESER Sp. z o.o. nie spełnia tego warunku udziału w postępowaniu;

3)art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 359 pkt 2) Pzp poprzez wybór oferty Wykonawców, pomimo iż nie została zweryfikowana w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

2)odrzućenie oferty Wykonawców na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10) Pzp.;

3)odrzućenie oferty Wykonawców na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp w zw. z art. 117 ust. 3 Pzp;

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z umowy nr 63/2022 z dnia 22 lipca 2022 roku, zawartej pomiędzy Szpitalem Mazowieckim w Garwolinie Sp. z o.o. a PPH „KUDASZEWICZ” B.K. na okoliczność, iż zamówienie wskazane przez Wykonawców w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej nie zostało wykonane przez BC KONESER Sp. z o.o.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał w szczególności, że w rozdziale XI ust. 2 pkt 4) Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, w tym wykazanie, że *„w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonują lub wykonali co najmniej 1 główną usługę polegającą na dostarczaniu posiłków z kuchni zewnętrznej do kuchенок oddziałowych w żywieniu zbiorowym przez okres co najmniej 12 miesięcy na sumę nie mniejszą niż 800 000 PLN”.* W rozdziale XI ust. 4 pkt 2) SWZ Zamawiający wskazał, że w przypadku wspólnego ubiegania się wykonawców o udzielenie zamówienia *„warunki określone przez Zamawiającego w niniejszej SWZ powinny być spełnione przez Wykonawców wspólnych łącznie. Należy zaznaczyć jednocześnie w ofercie, który z Wykonawców odpowiada za spełnienie jakich warunków”.* Wykonawcy wskazali w punkcie IV formularza ofertowego, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonują lub wykonali co najmniej 1 główną usługę polegającą na dostarczaniu posiłków z kuchni zewnętrznej do kuchенок oddziałowych w żywieniu zbiorowym przez okres co najmniej 12 miesięcy na sumę nie mniejszą niż 800 000 PLN - tj. usługę przygotowania i dostawy całodziennego wyżywienia dla pacjentów Szpitala Mazowieckiego w Garwolinie sp. z o.o. w okresie od 01-09-2022 do 31-08-2023 o wartości 1.092.131,10 zł brutto. Wykonawcy zaniechali wskazania, który z wykonawców odpowiada za spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej. Jednocześnie Wykonawcy złożyli w dniu 20 października 2023 roku ofertę wraz z oświadczeniem z art. 117 ust. 4 Pzp. W oświadczeniu tym Wykonawcy wskazali, że kompleksowe świadczenie usług żywienia zbiorowego zrealizuje Lider Konsorcjum BC KONESER sp. z o.o., a członek konsorcjum PPH „KUDASZEWICZ” B.K. zrealizuje usługi przygotowywania produkcji wyrobów mącznych do świadczenia usług żywienia Zamówienie publiczne w przedmiocie usługi przygotowania i dostawy całodziennego wyżywienia dla pacjentów Szpitala Mazowieckiego w Garwolinie sp. z o.o. w okresie od 01-09-2022 do 31-08-2023 zrealizowała wyłącznie PPH „KUDASZEWICZ” B.K.. Zamówienia tego nie wykonał BC KONESER sp. z o.o. ~~Zatem to PPH „KUDASZEWICZ” B.K.~~ spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej, ale nie będzie wykonywać kompleksowego świadczenia usług żywienia zbiorowego (jedynie przygotowywanie wyrobów mącznych). Wykonawca BC KONESER Sp. z o.o., który będzie wykonywał kompleksowe świadczenie usług żywienia zbiorowego nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej.

Następnie Odwołujący podał, że 25 października 2023 roku Zamawiający poinformował o wyborze oferty Wykonawców jako najkorzystniejszej. Odwołujący w dniu 30 października 2023 roku wniósł odwołanie zarzucając naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10) Pzp poprzez zaniechanie odrzućenia oferty Wykonawców, pomimo że Wykonawcy w formularzu ofertowym złożyli oświadczenie, że wykonali usługę na rzecz Szpitala Mazowieckiego w Garwolinie Sp. z o.o. i zataili informację, że usługę tę wykonał jedynie członek konsorcjum PPH „KUDASZEWICZ” B.K., co wprowadziło Zamawiającego w błąd co do faktu, że BC KONESER Sp. z o.o. posiada zdolność zawodową wymaganą do wykonania zamówienia. Postępowanie przez Krajową Izbą Odwoławczą w sprawie KIO 3234/23 zostało umorzone na skutek unieważnienia przez Zamawiającego czynności wyboru oferty

najkorzystniejszej. W dniu 8 listopada 2023 roku Zamawiający ponownie dokonał wyboru oferty Wykonawców BC KONESER sp. z o.o. oraz PPH „KUDASZEWICZ” B.K.. Jak wynika z protokołu postępowania, przekazane Odwołującemu w dniu 13 listopada 2023 roku, Zamawiający w dniu 3 listopada 2023 roku wezwał Wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia / dokumentów (formularza oferty, oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, oświadczenia z art. 117 Pzp.). W dniu 6 listopada 2023 roku Wykonawcy złożyli wyjaśnienia wskazując, że „w wyniku niezamierzonej omyłki osób odpowiedzialnych za złożenie oferty, Wykonawca załączył roboczą wersję dokumentu powstałą na etapie ustaleń w zakresie podziału zadań między członków Konsorcjum, w której podział części zamówienia realizowany przez poszczególnych wykonawców został wskazany w sposób inny niż finalnie przyjęty przez członków Konsorcjum. Zaznaczyć przy tym należy, że oświadczenie składane w trybie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp jest podmiotowym środkiem dowodowym który zgodnie z dyspozycją art. 128 ust. 1 ustawy Pzp podlega uzupełnieniu.” Wykonawcy przedłożyli nowe oświadczenie z art. 117 ust. 4 Pzp.

W uzasadnieniu pierwszego zarzutu odwołania Odwołujący wskazał, że niewskazanie (zatajenie) w formularzu ofertowym informacji, który z członków konsorcjum wykonał zamówienie na rzecz Szpitala Mazowieckiego w Garwolinie Sp. z o.o. (a więc odpowiada za spełnienie warunku udziału w postępowaniu) wywołało po stronie Zamawiającego błędne przekonanie, że zamówienie to zostało wykonane przez obu członków konsorcjum. Działanie Wykonawców miało charakter zamierzony. Świadczy o tym fakt, że w przypadku podania tej informacji, Zamawiający miałby możliwość zweryfikowania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, co skutkowałoby uznaniem, że Wykonawcy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Stosownie do art. 117 ust. 3 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 usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Jak wskazuje się w doktrynie, „pomiędzy oświadczeniem z art. 117 ust. 4 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” (A. Gawrońska-Baran i inni, Komentarz do Prawa zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, opubl. w Lex 2023). Informacja ta miała istotny wpływ na ocenę przez Zamawiającego, że Wykonawcy spełnili warunek udziału w postępowaniu. Gdyby Wykonawcy wskazali w formularzu ofertowym – tak jak wymagał tego Zamawiający – że zamówienie na rzecz Szpitala Mazowieckiego w Garwolinie sp. z o.o. zostało wykonane wyłącznie przez PPH „KUDASZEWICZ” B.K. (bez udziału BC KONESER Sp. z o.o.), to Zamawiający otrzymałby klarowną informację pozwalającą na dokonanie oceny, czy Wykonawcy wykazali spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Mając na uwadze fakt, że Zamawiający wyraźnie zastrzegł konieczność wskazania informacji o tym, który z wykonawców odpowiada za spełnienie warunku udziału w postępowaniu, to niepodanie tej informacji należy ocenić jako zatajenie. Podstawy wykluczenia nie uchyla fakt, że Zamawiający – na skutek odwołania z dnia 30 października 2023 roku – unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i wezwał Wykonawców do poprawienia oświadczenia z art. 117 ust. 4 Pzp. Gdyby nie odwołanie Zamawiający nie wystąpiłby z wezwaniem, a Wykonawcy nie uzupełniliby oświadczenia. Zatem zatajona informacja miała istotny charakter, a jej zatajenie miałoby wpływ na decyzje Zamawiającego. Zatajenie informacji godzi w rzetelność wykonawcy, czego efektem powinno być wykluczenie takiego wykonawcy, a w konsekwencji uniemożliwienie udzielenia temu podmiotowi zamówienia i odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp.

W uzasadnieniu drugiego zarzutu odwołania Odwołujący podał, że niezależnie od faktu wprowadzenia przez Wykonawców Zamawiającego w błąd poprzez zatajenie istotnej informacji w formularzu ofertowym, Wykonawcy - pomimo złożenia wyjaśnień i uzupełnienia oświadczenia z art. 117 Pzp. - nadal nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Sposób podziału zadań wskazany w uzupełnionym oświadczeniu z art. 117 Pzp z dnia 6 listopada 2023 roku jest nadal niezgodny z art. 117 ust. 3 Pzp. W uzupełnionym oświadczeniu wskazane zostało, że:

1.PPH „Kudaszewicz” B.K. zrealizuje, w szczególności niżej wymienione usługi odpowiadające zakresowi spełnianiu warunków udziału w Postępowaniu przez ten podmiot:

- 1)Kompleksowe świadczenie usług żywienia zbiorowego;
- 2)Nadzór nad całością świadczenia usług żywienia zbiorowego świadczonego przez Konsorcjum;

2.BC KONESER sp. z o.o. zrealizuje niżej wymienione usługi:

- 1) Świadczenie usług żywienia zbiorowego pod nadzorem Członka Konsorcjum;
- 2) Czynności organizacyjne, logistyczne, kadrowo-płacowe oraz rozliczanie usług.

Zatem obaj członkowie konsorcjum zrealizują usługę żywienia zbiorowego, pomimo że BC KONESER Sp. z o.o. nie

spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia w realizacji głównej usługi polegającej na dostarczaniu posiłków z kuchni zewnętrznej do kuchенок oddziałowych w żywieniu zbiorowym przez okres co najmniej 12 miesięcy na sumę nie mniejszą niż 800 000 PLN. Fakt, że BC KONESER sp. z o.o. wykona usługę żywienia zbiorowego pod nadzorem PPH „KUDASZEWICZ” B.K. nie uchyła faktu, że nie on spełnia warunku udziału w postępowaniu. Nie jest dopuszczalne świadczenie usług objętych warunkiem przez obu członków konsorcjum, tj. zarówno tego, który warunek udziału w postępowaniu spełnia, jak i tego, który warunku nie spełnia. Taki sposób podziału zadań powoduje, że należy uznać Wykonawców za niespełniających warunku udziału w postępowaniu, a ich ofertę za podlegającą odrzuceniu.

Do odwołania została załączona kopia umowy nr 63/2022 z dnia 22 lipca 2022 roku, zawartej pomiędzy Szpitalem Mazowieckim w Garwolinie sp. z o.o. a PPH „KUDASZEWICZ” B.K..

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m.in., że dopełnił wszelkich obowiązków przewidzianych ustawą Pzp, w dniu 3.11.2023 r. wezwał Konsorcjum do wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 Pzp oraz w dniu 06.11.2023 r. wezwał Konsorcjum do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Dodatkowo Zamawiający w dniu 07.11.2023 r. wezwał Konsorcjum do złożenia oświadczenia Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia składane na podstawie art. 117 ust. 4 Pzp. Złożone dokumenty i wyjaśnienia potwierdziły spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez Konsorcjum oraz rozwiały wątpliwości co do części realizowanego przedmiotu zamówienia przez poszczególnych Wykonawców, dlatego też Zamawiający dokonał wyboru i nie odrzucił oferty Konsorcjum. W złożonym w dniu 13.11.2023 r. odwołaniu Odwołujący pomija fakt, że rozdział IV formularza ofertowego stanowi podmiotowy środek dowodowy na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, określonych w rozdziale XI ust. 2 pkt 4 lit. a) SWZ, który podlega wyjaśnieniu w trybie art. 128 ust. 4 oraz w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z powyższym Zamawiający skorzystał z możliwości wezwania do wyjaśnień. Z treści uzupełnionych dokumentów i wyjaśnień wynika, iż BC KONESER Sp. z o.o. Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe „KUDASZEWICZ” B.K. nie wprowadzili Zamawiającego w błąd. Ponadto ni sposób przyjąć, że rozdział IV formularza ofertowego stanowi treść oferty, która nie została zmieniona, sam fakt zamieszczenia tych informacji w formularzu ofertowym nie przesądza, czy nie zmienia rodzaju tych oświadczeń i faktu, że stanowią one podmiotowy środek dowodowy – wykaz doświadczenia, wykaz osób, wykaz narzędzi.

Następnie Zamawiający podniósł, że w rozdziale XI ust. 2 pkt 4) SWZ określił sześć elementów składających się na spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, przy czym Lider Konsorcjum zgodnie ze złożonymi dokumentami spełnia cztery z nich. Nie sposób zatem przyjąć, że spełniając warunki samodzielnie w części, Lider Konsorcjum w ogóle nie może uczestniczyć w realizacji przedmiotu zamówienia. Takie rozumienie art. 117 ust. 3 ustawy Pzp, prowadziłoby do niweczenia celu w jakim wykonawcy wspólnie składają ofertę w postępowaniu. Celem konsorcjum nie jest wyłącznie spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a możliwość wspólnego wykonania przedmiotu zamówienia, chociażby ze względu na możliwości techniczne. Za konsorcjum uważa się formę współpracy gospodarczej pomiędzy kilkoma podmiotami, którzy dążą do zrealizowania określonego wspólnego celu gospodarczego. Z instytucji konsorcjum najczęściej korzystają podmioty, które chcą przystąpić do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie dużych i szczególnie ryzykownych przedsięwzięć. Podmioty należące do grupy konsorcjum realizują wówczas jednocześnie obowiązki wynikające z zawartej współpracy, jak i niezależnie inne, własne zadania. Do zawiązania konsorcjum dochodzi często między wykonawcami, którzy samodzielnie nie spełniają warunków określonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Biorąc pod uwagę charakter konsorcjum, zawiązanego na potrzeby danego postępowania należy wskazać, iż przedstawienie przez jednego z członków doświadczenia co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu należy uznać za deklarację w imieniu całego konsorcjum a nie poszczególnych jego członków. Oświadczenie ma zatem stanowić rekonstrukcję przewidywanego sposobu realizacji zamówienia, z podziałem podmiotowym. Względ na powyższe nakazuje przyjęcie, że celem wspomnianego oświadczenia jest zilustrowanie Zamawiającemu podmiotowego rozkładu obowiązków między poszczególnymi wykonawcami jeszcze przed zapoznaniem się z kopią umowy, łączącą wykonawców wspólnie mających zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego. Jak wynika z powyższego, taka deklaracja nie może mieć charakteru wiążącego, a w zasadzie informacyjny.

Ponadto zdaniem Zamawiającego w postępowaniu nie zachodzi okoliczność przewidziana w art. 58 ust. 4 ustawy Pzp. Zgodnie z tą normą, w odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zamawiający może określić wymagania związane z realizacją zamówienia w inny sposób niż w odniesieniu do pojedynczych wykonawców, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne do jego przedmiotu. Zgodnie z treścią art. 117 ust. 3 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. Celem weryfikacji powyższego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia zobligowani są do złożenia oświadczenia, które roboty budowlane, lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy. W przypadku, gdy zamawiający nie określił, działając na podstawie art. 117 ust. 1 Pzp "szczególnego, obiektywnie uzasadnionego, sposobu spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu", dając temu wyraz w treści dokumentów zamówienia, za wiążące należy uznać wymagania wynikające z art. 117 ust. 3 Pzp. Skoro zamawiający nie wymagał, aby obaj członkowie konsorcjum spełniali oddzielnie wymagania dotyczące odpowiedniego doświadczenia (w zasadzie takiego wymogu nie mógłby stosować) to wystarczające było oświadczenie o spełnieniu tego wymogu przez jednego, dowolnego członka konsorcjum. W takiej sytuacji nie może być mowy o wprowadzeniu w błąd zamawiającego, skoro jedynym oczekiwaniem było spełnienie tego warunku, bez względu kogo konsorcjum wskazało, a w niniejszej sprawie nie było konieczne, by wymagane doświadczenie posiadali obaj członkowie konsorcjum. O jakimkolwiek błędzie można rozmawiać, gdy żaden z członków konsorcjum tego warunku nie spełnił.

W oświadczeniu wskazano wprost, że Członek Konsorcjum wykazujący się doświadczeniem, będzie wykonywał usługi objęte przedmiotem zamówienia oraz będzie pełnił nadzór nad usługami świadczonymi przez Lidera Konsorcjum, zatem doświadczenie Członka Konsorcjum i jego funkcja w realizacji przedmiotu zamówienia gwarantuje należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, tym bardziej, że oba podmioty ponoszą odpowiedzialność solidarną za realizację przedmiotu zamówienia. Wykazanie się doświadczeniem, służy potwierdzeniu, że dany podmiot jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia, że w szczególności ma wiedzę na temat procesu niezbędnego do realizacji przedmiotu zamówienia, jego przebiegu, czynności niezbędnych do podjęcia w tym procesie, że tę wiedzę jest w stanie wykorzystać realizując usługi, co umożliwia mu taki nadzór nad całością świadczonych usług, który zapewni zamawiającemu otrzymanie usług na należyłym poziomie. Co więcej oczekiwanie, aby tylko podmiot, który wykazał się doświadczeniem w postępowaniu mógł tylko samodzielnie realizować przedmiot zamówienia, stało by w sprzeczności z innymi przepisami ustawy Pzp czy postanowień wzoru umowy, bowiem oznaczałoby brak możliwości skorzystania z usług podwykonawcy, nad którym właśnie Wykonawca w każdym przypadku ma nadzór, czy na zdolności podmiotu trzeciego, który użycza doświadczenia i też bierze udział w realizacji zamówienia a wykonawca sprawuje nad nim kontrolę/nadzór; stawałoby to w gorszej sytuacji konsorcjanta niż podwykonawcę, czy podmiot użyczający zasoby. Konsorcjanci muszą wspólnie realizować zamówienia, w przeciwnym wypadku byłoby to konsorcjum pozorne, gdzie jeden z uczestników konsorcjum nie realizowałby zamówienia w ogóle. Jest to niezgodne z ideą konsorcjum i przepisami Pzp.

Zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem w realizacji jednej usługi żywienia, tym bardziej wykazanie przez jednego członka konsorcjum jest wystarczające do wykazania doświadczenia całego konsorcjum, zaś realizacja zamówienia musi być wspólna w zakresie określonym przez konsorcjantów. Treść zarzutów przedstawionych przez Odwołującego jest wewnętrznie sprzeczna, z jednej strony wskazuje na zaniechanie wezwania do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu z drugiej zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, które to zarzuty wzajemnie się wykluczają. Odwołujący w większości powołuje się na te same okoliczności faktyczne, jak w odwołaniu wniesionym w dniu 30 października 2023 r., w wyniku którego zamawiający podjął czynności zmierzające do wyjaśnienia treści złożonych przez Konsorcjum dokumentów oraz ich uzupełnienia na podstawie przepisów ustawy Pzp.

Z zachowaniem wymogów ustawowych wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: BC KONESER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, B.K. prowadząca działalność gospodarczą po firmą PPH „KUDASZEWICZ” B.K. z siedzibą lidera w Sierpcu, zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stając się uczestnikami postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska zaprezentowane w sprawie, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy Pzp.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały bowiem wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, przekazanej przez Zamawiającego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty odwołania, w granicach których Izba orzeka.

Ad zarzut naruszenia przepis art. 226 ust. 1 pkt 2a ustawy Pzp, w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp

Art. 226 ust. 1 pkt 2a ustawy Pzp stanowi: *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania*

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp: 1. *Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:*

8) *który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.*

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp: 1. *Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:*

10) *który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.*

Zdaniem Odwołującego naruszenie ww. przepisów nastąpiło poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawców, pomimo że w formularzu ofertowym złożyli oświadczenie, że wykonali usługę na rzecz Szpitala Mazowieckiego w Garwolinie Sp. z o.o. i zataili informację, że usługę tę wykonał jedynie członek konsorcjum PPH „KUDASZEWICZ” B.K., co wprowadziło Zamawiającego w błąd co do faktu, że BC KONESER Sp. z o.o. posiada zdolność zawodową wymaganą do wykonania zamówienia.

W związku z tym zauważenia wymaga, że pkt IV. oferty złożonej przez Wykonawców zostało wskazane:

Oświadczamy, iż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonujemy lub wykonaliśmy co najmniej 1 główną usługę wskazaną poniżej polegającą na dostarczaniu posiłków z kuchni zewnętrznej do kuchенок oddziałowych w żywieniu zbiorowym przez okres co najmniej 12 miesięcy na sumę nie mniejszą niż 800 000 PLN.

Nazwa zamówienia, miejsce realizacji, nazwa i adres Zamawiającego	Wartość zamówienia	Rodzaj i zakres zamówienia	Czas realizacji	
			początek	koniec
1	2	3	4	5
-Przygotowanie i dostawa całodziennego wyżywienia dla pacjentów Szpitala Mazowieckiego w Garwolinie Sp. z o.o. -Szpital Mazowiecki w Garwolinie Sp. z o.o. al. Legionów 11 08-400 Garwolin -Szpital Mazowiecki w Garwolinie Sp. z o.o. al. Legionów 11 08-400 Garwolin	1 092 131,10 zł brutto	Przygotowanie i dostawa posiłków w ramach całodziennego wyżywienia w formie czterech posiłków	01-09-2022	31-08-2023

Nie jest sporne, że Zamawiający w rozdziale XI ust. 4 pkt 2) SWZ określił, że w przypadku wspólnego ubiegania się wykonawców o udzielenie zamówienia warunki określone w SWZ powinny być spełnione przez nich łącznie oraz że wykonawcy byli zobowiązani podać w ofercie, który z wykonawców odpowiada za spełnienie jakich warunków.

Odwołujący kwestionuje wybór oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, działających w ramach Konsorcjum. Odwołujący nie neguje przy tym, że Konsorcjum spełnia warunki udziału w postępowaniu, w tym warunek dotyczący doświadczenia. Nie ma zatem sporu co do tego, że Konsorcjum, które jest wykonawcą w analizowanym postępowaniu składając oświadczenie o spełnianiu warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia nie podało nieprawdy. Spór w tym zakresie dotyczy natomiast skutku braku podania w ofercie, który z członków Konsorcjum odpowiada za jego spełnienie.

Zdaniem Odwołującego Konsorcjum nie podając informacji w pkt IV oferty, który z członków konsorcjum odpowiada za spełnienie poszczególnych warunków, zataił, że usługę referencyjną potwierdzającą spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonał jedynie jeden członek konsorcjum, tj. B.K. – PPH „KUDASZEWICZ”, co godzi w rzetelność Wykonawców, czego efektem powinno być ich wykluczenie z postępowania, a

w konsekwencji odrzucenie złożonej przez nich oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp. Zatajona informacja miała istotny charakter, a jej zatajenie miałoby wpływ na decyzje Zamawiającego, bowiem gdyby nie odwołanie Zamawiający nie wystąpiłby z wezwaniem, a Wykonawcy nie uzupełniliby oświadczenia.

Według Zamawiającego natomiast nie wystąpiły postawy do wykluczenia Konsorcjum z postępowania, a w konsekwencji do odrzucenia jego oferty. Wykonawcy uzupełnili bowiem w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp podmiotowe środki dowodowe oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu. Brak wypełnienia pkt IV formularza ofertowego przez Przystępującego w pełnym zakresie nie stwarzał dla niego problemu, ponieważ nie ma korelacji pomiędzy podziałem zadań w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia, a postawionym warunkiem udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Zamawiający nie skorzystał bowiem z możliwości, o której mowa w art. 58 ust. 4 Pzp i nie ustalił podziału na role w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W ocenie Izby nie sposób uznać stanowisko Odwołującego za uzasadnione.

W sytuacji, gdy nie ma sporu co do tego, że Konsorcjum spełnia warunki udziału w postępowaniu, to brak podania w ofercie Wykonawców, który z członków Konsorcjum odpowiada za spełnienie warunku udziału w zakresie doświadczenia nie oznacza zatajenia informacji w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz wprowadzenia w błąd Zamawiającego w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Oświadczenie dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu jest bowiem zgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, dotyczy ono Konsorcjum, a warunki udziału w postępowaniu powinny być spełnione przez Wykonawców łącznie. W tych okolicznościach nie ma podstaw do badania zaistnienia pozostałych przesłanek o którym mowa w tych przepisach, a które muszą zaistnieć łącznie.

Nie ma sporu co do tego, że oświadczenie składane w pkt IV oferty w ww. zakresie podlega uzupełnieniu w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na to, że stanowi ono podmiotowy środek dowodowy. W związku z tym ocena zarzutów odwołania winna być dokonana z uwzględnieniem uzupełnionych przez Konsorcjum oświadczeń. Stosownie bowiem do art. 552 ustawy Pzp wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

W okolicznościach analizowanej sprawy zauważenia wymaga, że Zamawiający w dniu 3 listopada 2023 r. unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, a następnie wezwał Wykonawców do wyjaśnień na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp i uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, tj. oświadczeń składanych na podstawie art. 125 ust. 1 i art. 117 ust. 4 ustawy Pzp. Wykonawcy w zakreślonym terminie złożyli wymagane dokumenty.

W oświadczeniu złożonym na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp Wykonawcy wskazali w szczególności, że warunki udziału w postępowaniu określone w rozdziale XI ust. 2 pkt 4 SWZ członkowie Konsorcjum, tj. BC KONESEF sp. z o.o. oraz PPH „KUDASZEWICZ” B.K. spełniają łącznie. Jednocześnie wskazali, że poszczególni członkowie konsorcjum spełniają warunki udziału w zakresie: BC KONESER sp. z o.o. – warunki określone w rozdziale XI ust. 2 pkt 4 lit. c, d, e, f, zaś PPH „KUDASZEWICZ” B.K. - warunki określone w rozdziale XI ust. 2 pkt 4 lit. a, b, c, d, e, f.

W oświadczeniu z 6 listopada 2023 r., złożonym na podstawie art. 117 ust. 1 ustawy Pzp Wykonawcy oświadczyli, że:

1. Wykonawca: PPH „Kudaszewicz” B.K. (Członek Konsorcjum), zrealizuje, w szczególności niżej wymienione usługi odpowiadające zakresowi spełnianiu warunków udziału w Postępowaniu przez ten podmiot:

- 1) Kompleksowe świadczenie usług żywienia zbiorowego;*
- 2) Nadzór nad całością świadczenia usług żywienia zbiorowego świadczonego przez Konsorcjum;*

2. Wykonawca: BC KONESER sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), zrealizuje niżej wymienione usługi:

- 1) Świadczenie usług żywienia zbiorowego pod nadzorem Członka Konsorcjum;*
- 2) Czynności organizacyjne, logistyczne, kadrowo-płacowe oraz rozliczanie usług.*

Z dokumentów tych wynika, że Wykonawcy spełnili wymogi określone w SWZ. W świetle oświadczenia Konsorcjum z 6 listopada 2023 r. złożonego przez Konsorcjum na wezwanie Zamawiającego, to ten członek Konsorcjum będzie świadczył kompleksowe usługi żywienia zbiorowego. Trudno zatem dopatrzeć się spełnienia przesłanek wykluczenia określonych w ww. przepisach, które muszą wystąpić łącznie. W szczególności zaznaczenia wymaga, że brak podania informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego. Trudno też przyjąć, że doszło do zatajenia informacji, skoro brak podania określonych informacji podlegał uzupełnieniu na podstawie 128 ust. 1 ustawy Pzp i takie uzupełnienie nastąpiło.

Ad zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 117 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 359 pkt 2) ustawy Pzp

Zdaniem Odwołującego naruszenie ww. przepisów nastąpiło poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo że Wykonawcy w uzupełnionym oświadczeniu z art. 117 ustawy Pzp wskazali, że obaj zrealizują usługę żywienia zbiorowego w zakresie objętym warunkiem udziału w postępowaniu dotyczącym doświadczenia wykonawcy, pomimo że BC KONESER Sp. z o.o. nie spełnia tego warunku udziału w postępowaniu.

Według Zamawiającego natomiast treść oświadczenia nie budzi zastrzeżeń, nadto jest ono zgodne z celem zawiązywania współpracy w ramach konsorcjum.

Zgodnie z art. 117 ustawy Pzp 1. *Zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne.* 2. *Warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o którym mowa w , jest spełniony, jeżeli co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej i zrealizuje roboty budowlane, dostawy lub usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane.* 3. *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.* 4. *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.*

Jak wyżej zostało podane, w oświadczeniu Wykonawców, z 6 listopada 2023 r. złożonym na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp zostało wskazane, że to członek Konsorcjum: PPH „KUDASZEWICZ” BARBARA KUDASZEWICZ zrealizuje usługi odpowiadające zakresem spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, tj. kompleksowe świadczenie usług żywienia zbiorowego oraz nadzór nad całością świadczenia usług żywienia zbiorowego świadczonego przez Konsorcjum. W związku z tym kompleksowe świadczenie usług żywienia zbiorowego będzie wykonywane przez tego członka Konsorcjum, który spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia.

Celem art. 117 ust. 4 jest umożliwienie weryfikacji, czy planowany podział zadań pomiędzy członków konsorcjum zapewnia realne wykorzystanie deklarowanych przez nich zasobów.

W ocenie Izby ww. podział zadań Zamawiający mógł uznać za potwierdzający realne wykorzystanie deklarowanych przez członków konsorcjum zasobów. Złożone przez Konsorcjum oświadczenie umożliwia weryfikację w tym zakresie i pozwala na przyjęcie, że zamówienie będzie wykonywane przez podmiot posiadający odpowiednie doświadczenie.

Jak zauważył Zamawiający nie skorzystał z możliwości jaką przewiduje art. 58 ust. 4 Pzp zgodnie z którym. 4. *W odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zamawiający może określić wymagania związane z realizacją zamówienia w inny sposób niż w odniesieniu do pojedynczych wykonawców, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne do jego przedmiotu.*

W związku z tym, w sytuacji, gdy usługi będzie wykonywał członek Konsorcjum posiadający wymagane doświadczenie, który mogłyby korzystać z podwykonawców (co nie jest sporne), to okoliczność, że usługi te będzie wykonywał obok tego członka Konsorcjum i pod jego nadzorem także drugi członek tego Konsorcjum, trudno uznać za naruszenie przepisu art. 117 ust. 3 ustawy Pzp.

Ad zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 359 pkt 2) ustawy Pzp

W ocenie Odwołującego naruszenie ww. przepisów nastąpiło poprzez wybór oferty Wykonawców, pomimo iż nie została zweryfikowana w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Wbrew stanowisku Odwołującego oferta Konsorcjum została zweryfikowana przez Zamawiającego w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący nie zaprzecza temu, że Konsorcjum spełnia te warunki, w tym warunek w zakresie doświadczenia.

W związku z tym także ten zarzut nie znajduje potwierdzenia.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie nie stwierdzono naruszenia przepisów Pzp, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Izba oddaliła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Odwołujący.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437) w wysokości określonej w złożonej przez Zamawiającego fakturze.

Przewodniczący: