



Świdwin, dn. 22 grudnia 2018 r.

**Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa**

Zamawiający:

Gmina Świdwin
Gminny Ośrodek Pomocy Społecznej
ul. Kościuszki 15
78-300 Świdwin
e-mail: sekretariat@gops-swidwin.pl

Odwołujący:

Bar Samoobsługowy „Smakosz” Henryk Dziubak
Pl. Lotników 1
78-300 Świdwin
e-mail: hdsmakosz@o2.pl

Odwołanie

W imieniu własnym tj. Baru Samoobsługowego „Smakosz” Henryk Dziubak zwanym dalej „odwołującym”, działając na podstawie art. 180 ust. 4 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy z 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zmian.), zwanej dalej ustawą, wnoszę odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn: „*Dożywianie uczniów na terenie gminy Świdwin w 2019 r.*”, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego poniżej równowartości 30 000 euro, znak sprawy: GOPS.K.271.4.2018, zwanym dalej „postępowaniem”.

I.

Zamawiającemu zarzucam działanie niezgodne z przepisami ustawy poprzez podjęcie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie fakultatywnej przesłanki wykluczenia tj. rzekomego nienależytego wykonania umowy na rzecz zamawiającego, przy jednoczesnym braku wskazania na stosowanie powyższej podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

II.

Powyższe czynności stanowią naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieprawidłowe zastosowanie art. 24 ust. 5 pkt. 4 w związku z niedochowaniem ustawowego wymogu, o którym mowa w art. 24 ust. 6 ustawy.

III.

Mając na względzie powyższe wnoszę o unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania oraz powtórzenie czynności badania ofert, a wobec braku wykazania innych przesłanek wykluczenia odwołującego, wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

IV.

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego wyżej wymienionych przepisów ustawy, polegającą na braku udzielenia odwołującemu zamówienia publicznego w przedmiotowym postępowaniu, zważywszy na fakt, że oferta odwołującego uzyskała największą ilość punktów w kryteriach oceny ofert.

V.

Wiadomość o przyczynach i okolicznościach stanowiących uzasadnioną podstawę do wniesienia odwołania odwołujący powziął w dniu 20 grudnia 2018 roku. Zatem ustawowy termin wniesienia odwołania wynikający z przepisu art. 182 ust. 1 pkt. 2 ustawy został zachowany.

VI.

Odwołujący przesyła kopię odwołania zamawiającemu w dniu 24.12.2018 roku tj. z zachowaniem terminu o którym mowa w przepisie art. 180 ust. 5 ustawy.

Uzasadnienie odwołania

Odwołujący, w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu nr 651988-N-2018 z dnia 22 listopada 2018 roku - treść w załączeniu, złożył zamawiającemu ofertę na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Dożywianie uczniów na terenie gminy Świdwin w 2019 r.”, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego poniżej równowartości 30 000 euro, znak sprawy: GOPS.K.271.4.2018. Oferta została złożona zgodnie z wymaganiami zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, którą zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej w dniu 22 listopada 2018 r.

Postępowanie prowadzone jest w „procedurze odwróconej”, o której mowa w przepisie art. 24aa ust. 1 ustawy, stąd odwołujący wnioskuję, że skoro nastąpiło badanie ofert (na co wskazuje zawiadomienie o wykluczeniu), to jego oferta została oceniona najwyżej.

W dniu 20 grudnia 2018 roku odwołujący otrzymał zawiadomienie o wykluczeniu z postępowania – pismo w załączeniu. Z treści dokumentu wynikało, że zamawiający wykluczył odwołującego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt. 4 ustawy, tj. uznając, że odwołujący wykonał nienależycie wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego zawartą z zamawiającym, co doprowadziło do jej rozwiązania. Zamawiający, w przedmiotowym zawiadomieniu z dnia 20 grudnia 2018 roku nie wskazał, że odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu czy nie wykazał braku podstaw do wykluczenia. Zamawiający w ogóle nie przywołał art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy jako podstawy prawnej wykluczania. Z enigmatycznych wyjaśnień zawartych w zawiadomieniu, zamawiający wskazuje, że domniemywa, iż odwołujący mógł poświadczать nieprawdziwe informacje w przeszłości i w obecnie prowadzonym postępowaniu, nie przedstawiając na tę okoliczność żadnych dowodów. Podane w zawiadomieniu informacje nie odnoszą się wprost do przywołanej podstawy prawnej tj. do art. 24 ust. 5 pkt. 4 ustawy.



W tych okolicznościach, po pierwsze odwołujący jednoznacznie oświadcza, że nie zgadza się z podniesionym przez zamawiającego nieprawdziwym argumentem rzekomego nienależytego wykonania poprzednio zawartej z nim umowy. Natomiast, po drugie, co istotne z punktu widzenia zasadności odwołania zauważa i podnosi jako zarzut, że możliwość wykluczenia wykonawcy z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt. 4 ustawy nie została w ogóle przez zamawiającego przewidziana w ogłoszeniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia. To oznacza, że nie może być skutecznie zastosowana w związku z kategoriycznym brzmieniem przepisu art. 24 ust. 6 ustawy.

Z przepisu tego bowiem wynika, że **jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 5, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji.**

Stwierdzić zatem należy, że w przedmiotowej sprawie wymóg wynikający z art. 24 ust. 6 ustawy nie został przez zamawiającego spełniony, gdyż zamawiający nie zastrzegł w postępowaniu skutecznie tej fakultatywnej przesłanki wykluczenia z której następnie skorzystał wykluczając odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zasadność odwołania i racje odwołującego potwierdzają również zapadłe już wyroki KIO na kanwie identycznych lub bardzo podobnych stanów faktycznych.

I tak wyłącznie dla przykładu wskazać należy wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 maja 2018 r. KIO 899/18 w którym stwierdzono, że:

możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986) uzależniona jest od wskazania tej podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji (art. 24 ust. 6 Prawa zamówień publicznych). Wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 8 Prawa zamówień publicznych jest zatem przesłanką fakultatywną wykluczenia, lecz charakter tej fakultatywności wynika z tego, iż zamawiający może, lecz nie musi wskazywać tej przesłanki w s.i.w.z. Niemniej jednak, w sytuacji, gdy zamawiający zdecyduje się na jej wskazanie, w sytuacji jej zaistnienia jest już obowiązany do jej zastosowania i wykluczenia każdego wykonawcy, wobec którego przesłanka ta się ziści.

W innym wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 marca 2018 r. KIO 434/18 stwierdzono wprost że:

brak wykazania chociażby jednej z przesłanek uregulowanych przez ustawodawcę w art. 24 ust. 5 pkt. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wyłącza możliwość wykluczenia wykonawcy na tej podstawie. Sam fakt rozwiązania umowy (rozwiązanie umowy obejmuje wypowiedzenie lub odstąpienie, na podstawie postanowień umownych, lub z przyczyn ustawowych) należy uznać za niewystarczający. Przy badaniu ww. przesłanki wykluczenia należy rozważyć czy odstąpienie od umowy było spowodowane przyczynami leżącymi wyłącznie po stronie wykonawcy, czy też nie oraz czy niewykonanie lub nienależyte wykonanie było istotne.

Z ostrożności procesowej, odwołujący wskazuje również na brak możliwości wskazania dowodów na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w tak zwanej „procedurze naprawczej”, o której mowa w art. 24 ust. 8 ustawy, bowiem odwołujący nie miał wiedzy (poprzez brak wskazania przesłanki do wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt. 4 ustawy w ogłoszeniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia), że może być wobec niego zastosowana przesłanka wykluczenia w związku z

brakiem należytego wykonania poprzednich umów.

Nie mniej jednak również z ostrożności odwołujący wskazuje, że aby możliwe było wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, kumulatywnie muszą być spełnione przesłanki określone w tym przepisie, tj.:

- 1) niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia,
- 2) stopień niewykonania lub nienależytego wykonania musi być istotny
- 3) niewykonanie czy nienależyte wykonanie doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

Odwołujący wskazuje, iż zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 stycznia 2018 r. KIO 54/18: „Brak wykazania choćby jednej z tych powyższych przesłanek wyłącza możliwość zastosowania przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp (...)”. W przedmiotowej sprawie żadna z powyższych przesłanek nie została w sposób rzetelny i obiektywny odwołującemu udowodniona. Twierdzenia zamawiającego są wyłącznie jego przypuszczeniami a nie faktami, które mogłyby odnieść skutki prawne. Ponadto zarzucany bezpodstawnie stopień nienależytego wykonania umowy absolutnie nie miałby istotnego charakteru.

Jednocześnie Odwołujący zważył, iż przepis art. 24 ust. 5 pkt. 4 ustawy Pzp stanowi implementację do porządku prawnego art. 57 ust. 4 lit. g Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE. Nr 94, str. 65), zgodnie z treścią którego wykluczeniu może podlegać wykonawca, który wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji.

W świetle powyższych faktów, a przede wszystkim nie budzącego żadnych wątpliwości twierdzenia, iż możliwości wykluczenia wykonawcy z powodu zaistnienia fakultatywnych przesłanek wykluczenia pojawia się wyłącznie wtedy, gdy zamawiający w danym postępowaniu zdecyduje się na ich wprowadzenie sprawia, że niniejsze odwołanie z punktu widzenia prawnego jest w pełni zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

BAR SAMOOBŚŁUGOWY
„SMAKOSZ”
Henryk Dziubak
Pl. Lotników 1, 78-800 Swidwin
NIP 672-103-06-32 REGON 330411259

załączniki:

- 1/ ogłoszenie o zamówieniu
- 2/ pismo z dnia 20.12.2018 roku - zawiadomienie o wykluczeniu