

WYROK

Warszawa, 28 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 5 listopada 2024 r. przez odwołującą: M.L. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą M.M., ul. Gdańska 65, 84 – 120 Władysławowo w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Zespół Kształcenia i Wychowania w Swarzędzie

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i 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, 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego oraz 1 720 zł 40 gr (jeden tysiąc siedemset dwadzieścia złotych czterdzieści groszy) stanowiącą koszt dojazdu pełnomocnika zamawiającego na rozprawę.
3. Zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego 1 720 zł 40 gr (jeden tysiąc siedemset dwadzieścia złotych czterdzieści groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

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.

Przewodniczący

Uzasadnienie

Zespół Kształcenia i Wychowania w Swarzędzie (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: Pzp) postępowanie w trybie podstawowym pn.: „Sukcesywna dostawa nabału i mrożonek dla Zespołu Kształcenia i Wychowania w Swarzędzie z podziałem na dwie części zamówienia” numer postępowania: ZP.ZKiW.1.2024, zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 8 października 2024 roku, numer publikacji ogłoszenia: 2024/BZP 00536699/01.

5 listopada 2024 r. wykonawca M.L. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą M.M., ul. Gdańska 65, 84 – 120 Władysławowo (dalej: Odwołujący), wniosła odwołanie. Odwołująca zaskarżyła czynności Zamawiającego: „polegające na:

1. Odrzuceniu oferty Wykonawcy M.M. ul. Gdańska, nr 65, 84 – 120 Władysławowo w zakresie części nr 1, w sytuacji gdy, oferta Wykonawcy jest ważna i niepodległa odrzuceniu.
2. Zaniechaniu przez Zamawiającego podania podstawy prawnej odrzucenia oferty Wykonawcy M.M. ul. Gdańska, nr 65, 84 – 120 Władysławowo zgodnie z przepisami ustawy Pzp;
3. Ewentualnym zaniechaniu przez Zamawiającego wezwania do wyjaśnień w/w postępowaniu w zakresie treści złożonej oferty Wykonawcy M.M. ul. Gdańska, nr 65, 84 – 120 Władysławowo zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, w przypadku wątpliwości Zamawiającego;
4. Błędym zastosowaniu przez Zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt. 5), art. 109 ust. 1 pkt. 7) oraz art. 109 ust. 1 pkt. 8) ustawy Pzp;
5. Błędnych ustaleniach faktycznych dotyczących Wykonawcy M.M. ul. Gdańska, nr 65, 84 – 120 Władysławowo;

W związku z powyższym, Zamawiającemu zarzucam naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1.art. 226 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Wykonawcy bez podania podstawy prawnej odrzucenia oferty.
Zamawiający nie wskazał podstawy prawnej
- 1.odrzucenia oferty poprzez co jednocześnie naruszył art. 253 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.
- 2.art. 109 ust. 1 pkt. 5), art. 109 ust. 1 pkt. 7) oraz art. 109 ust. 1 pkt. 8) ustawy Pzp poprzez ich błędne zastosowanie, poprzez błędne wskazanie, iż są to przepisy ustawy Pzp, które stanowią podstawę prawną odrzucenia oferty Wykonawcy;
- 3.art. 239 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty pozornie najkorzystniejszej, podczas gdy, oferta Wykonawcy M.M. ul. Gdańska, nr 65, 84 – 120 Władysławowo powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu.

Wskazując na powyższe zarzuty, wnoszę o:

- 1.Nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy – Hurtownia Artykułów Spożywczych AGAWA P.S., ul. Chmieleńska 61, 83-300 Kartuzy w zakresie części nr 1 oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert w w/w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Wykonawcy M.M. ul. Gdańska, nr 65, 84 – 120 Władysławowo;
- 2.Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, według rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu lub rozprawie”.

Zarzuty i żądania zostały przytoczone wprost z odwołania, ze względu na fakt, że sposób ich sformułowania miał istotne znaczenie dla wyniku postępowania.

Z tej samej przyczyny poniżej zostaje przytoczone uzasadnienie zarzutów odwołania:

„W dniu 08.10.2024 roku Zamawiający opublikował za pośrednictwem platformy e-zamówienia (pod adresem https://ezamowienia.gov.pl/mp-client/tenders/ocds-14861055e_0c401-0323-40b5-9ccd-65dce1798b6c ogłoszenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji o wartości zamówienia nie przekraczającej progów unijnych na dostawy pn. „Sukcesywna dostawa nabiалу i mrożonek dla Zespołu Kształcenia i Wychowania w Swarozynie z podziałem na dwie części zamówienia” Jednocześnie Zamawiający opublikował Specyfikację Warunków Zamówienia (dalej SWZ) wraz z załącznikami.

Dowód:

- SWZ wraz z załącznikami (w aktach postępowania);

W dniu 16 października 2024 roku nastąpiło otwarcie ofert z czego informację Zamawiający opublikował na platformie e-zamówienia w tym samym dniu.

Dowód:

- informacja z otwarcia ofert (w aktach postępowania);

W dniu 31 października 2024 roku Odwołujący otrzymał od Zamawiającego informację z przez platformę e-zamówienia ZAWIADOMIENIE O WYBORZE NAJKORZYSTNIEJSZEJ OFERTY W CZĘŚCI NR 1 ZAMÓWIENIA

Dowód:

- pismo Zamawiającego z dnia 31.10.2024 r. (w załączeniu do Odwołania)

Jednocześnie w dniu 31 października 2024 roku Zamawiający opublikował na platformie e-zamówienia informację o wyborze najkorzystniejszej oferty; Dowód:

- informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty (w aktach postępowania)

Uzasadnienie prawne

Ad 1)

Ustawa określa przesłanki odrzucenia oferty uregulowanych w art. 226 p.z.p. Zamawiający, stwierdzając wystąpienie jednej z przesłanek odrzucenia oferty, nie może odstąpić

od dokonania tej czynności. Zamawiający w uzasadnieniu prawnym nie wskazał podstawy prawnej odrzucenia oferty poprzez co jednocześnie naruszył art. 253 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp. Zgodnie z doktryną prawa zakres rzeczowy informacji został precyzyjnie określony w art. 235 ust. 1. Wątpliwości mogą wiązać się jedynie z obowiązkiem podania uzasadnienia faktycznego i prawnego rozstrzygnięć. Poprawne sformułowanie podstawy prawnej i faktycznej rozstrzygnięć jest warunkiem koniecznym skutecznego zakończenia postępowania

o udzielenie zamówienia. Jak zauważyła trafnie Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku

w sprawie dotyczącej formułowania uzasadnienia odrzucenia oferty: „Zamawiający podaje podstawy prawne (przepis Prawa zamówień publicznych) oraz faktyczne (jaka treść złożonej oferty nie odpowiada jakiej treści SIWZ). Tak opisany obowiązek ustawowy służy celom nie tylko informacyjnym, ale ma doniosłe skutki dla postępowania – wykonawca, znając powody odrzucenia złożonej przez siebie oferty, może albo z nimi się zgodzić, albo polemizować z nimi w drodze środków ochrony prawnej” . Jest to zasada uniwersalna, dająca się odnieść

do każdego rozstrzygnięcia zamawiającego, które jest komunikowane wykonawcom.

Z technicznego punktu widzenia zamawiający powinien dokonać subsumpcji zaistniałego stanu faktycznego do

odpowiedniej normy prawnej. Z uzasadnienia sporządzonego przez zamawiającego winien zatem wynikać precyzyjny opis zaistniałego stanu faktycznego oraz wykazanie, iż w owym stanie faktycznym zaistniały przesłanki uzasadniające zastosowanie określonej (wskazanej precyzyjnie) normy prawnej. Przykładowo jeżeli zamawiający dokonuje odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p. z uwagi na fakt, iż zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, to „musi w sposób pełny przedstawić podstawy swojej oceny, w tym wyczerpujące uzasadnienie faktyczne. Musi uzasadnić, dlaczego jego zdaniem wykonawca nie wykazał w złożonych wyjaśnieniach, że cena nie jest rażąco niska” . I nie może w tym zakresie oprzeć się wyłącznie na rozkładzie ciężaru dowodu wynikającym z art. 224 ust. 5 p.z.p. Zamawiający będzie zatem zobowiązany do szczegółowego wyjaśnienia, dlaczego złożone wyjaśnienia nie uzasadniają rażąco niskiej ceny (art. 224 ust. 6 p.z.p.).

Uzasadnione jest zatem twierdzenie, że nie wystarczy przedstawienie jakiegokolwiek uzasadnienia, czy to tak skrótowego, że nie wynikają z niego faktyczne motywy

podjęcia decyzji, czy to lakonicznego, niewskazującego sedna problemu. Takie uzasadnienie nie spełnia bowiem kryterium pełnego i wyczerpującego przedstawienia motywów działania zamawiającego. Kwestia prawidłowego i wyczerpującego uzasadnienia czynności dokonanych przez zamawiającego, w tym w szczególności odrzucenia oferty jest o tyle istotna, iż to właśnie uzasadnienie stanowi punkt odniesienia zarówno dla podejmowania przez wykonawcę decyzji o skorzystaniu ze środka ochrony prawnej, jak i dla formułowania zarzutów odwołania. Wskazała na to wyraźnie KIO w wyroku z 1.02.2022 r., KIO 122/22, zauważając,

iż „to na podstawie informacji przekazanej zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 p.z.p. wykonawca

po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie – jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować. W związku z powyższym zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność odrzucenia oferty może być oceniana wyłącznie

w zakresie tych okoliczności, które zostały przez zamawiającego przedstawione jako uzasadniające odrzucenie oferty. Ocena dokonywana przez Izbę w tym zakresie nie może więc wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez zamawiającego i polegać na badaniu istnienia podstaw do odrzucenia oferty w szerszym aspekcie” .

Wadliwość uzasadnienia może sama w sobie być podstawą do wniesienia odwołania przez wykonawcę. Będzie ono skuteczne, jeżeli uzasadnienie sporządzone przez zamawiającego nie pozwoli na odczytanie faktycznych podstaw rozstrzygnięć dokonanych przez zamawiającego. Jak podkreśla się w orzecznictwie, zamawiający nie może przedstawić wyłącznie wniosków, wyniku swoich działań, ale jest zobowiązany do zaprezentowania przyczyn swojej decyzji i ich analizy, która doprowadziła do takich, a nie innych rozstrzygnięć w postępowaniu Ad 2)

Wskazujemy, że art. 109 ust. 1 pkt 5 p.z.p. z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności, gdy wykonawca

w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych Pierwsza przesłanka dotyczy możliwości wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy naruszającego swoje obowiązki zawodowe.

W zakres zawinionego naruszenia obowiązków zawodowych wchodzi m.in. niewykonanie

lub nienależyte wykonanie zobowiązania, w tym umowy o udzielenie zamówienia publicznego. W celu uznania, że zachodzi wskazana okoliczność uprawniająca do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający powinien wykazać łącznie, że:

- wykonawca nie wykonał zamówienia lub wykonał je nienależycie (niewykonanie zamówienia ma miejsce wtedy, gdy świadczenie określone w umowie nie zostało w ogóle zrealizowane;

z kolei nienależytym wykonaniem będzie sytuacja, w której wykonawca przykładowo uchybia terminowi spełnienia świadczenia, spełnia świadczenie w części, spełnia świadczenie w innym miejscu lub w inny sposób niż to przewiduje umowa, czy też spełnia świadczenie wadliwe),

- niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy jest wynikiem działania poważnego i zawinionego.

Przesłanka wykluczenia określona w art. 109 ust. 1 pkt 5 p.z.p. abstrahuje od tego, co jest przyczyną naruszenia obowiązków wykonawcy, zawiązując jednak odpowiedzialność wykonawców do poważnego i zawinionego naruszenia tych obowiązków. Z kolei „wina” zgodnie ze stanowiskiem doktryny oraz orzecznictwa może być kwalifikowana jako umyślna (wykonawca chce wywołać określone skutki lub godzi się na ich wystąpienie) lub jako nieumyślna (niedbalstwo, lekkomyślność) – wykonawca przewidywał możliwość wystąpienia bezprawnych następstw swego zachowania, lecz

bezasadnie przypuszczał, że ich uniknie lub nawet nie przewidywał możliwości wystąpienia takich skutków, ale powinien i mógł je przewidzieć.

Warto w tym miejscu odnieść się do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lipca 2021 r. (sygn. akt KIO 1482/21), w którym to Izba stwierdza, że odstąpienie od umowy czy naliczenie kar umownych są jednym z elementów konstrukcji przepisu art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. i to elementami wtórnymi oraz wynikowymi. Najistotniejsze i konieczne do wykazania w ocenie KIO przez zamawiającego jest niewykonanie lub nienależyte wykonanie w znacznym stopniu lub zakresie umowy albo jej długotrwałe nienależyte wykonywanie w cywilistycznym rozumieniu tych pojęć oraz jednocześnie wykazanie, że odnosi się ono do istotnej części umowy i, że odpowiedzialność za taki stan rzeczy ponosi wykonawca.

O ile zatem w orzecznictwie przyjmuje się, że naliczenie kary umownej nie może być automatycznie utożsamiane z nienależytym wykonaniem zamówienia (wymaga to analizy dokonanej przez zamawiającego), to już (biorąc pod uwagę wytyczne dyrektywy klasycznej) uporczywe uchybienia wykonawcy (skutkujące naliczaniem kilku kar umownych) mogą być już podstawą do uznania wykonawcy za nierzetelnego.

W związku z powyższym wskazujemy, że M.M. wykonuje prawidłowo i w sposób należyty umowę w części nr 6 zamówienia na Sukcesywna dostawa warzyw i owoców dla Zespołu Kształcenia i Wychowania w Swarzędzie. Zamawiającym, nigdy nie wskazywał, że przedmiotowa umowa jest nienależycie wykonywana w sposób zawiniony przez Wykonawcę, w związku z tym przesłanka wykluczenia w art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy p.z.p. nie znajduje zastosowania w niniejszym postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Zamawiający monitorował do Wykonawcy w sprawie złej jakości dostarczanego towaru tylko w e-mailu z dnia: 20.03.2024 r. x 2 odrębne e-maile + fotografia przedstawiająca dostarczony towar, 27.05.2024 r. oraz z dnia 17.09.2024 r. jednakże były to e-maile w ramach składanej reklamacji zgodnie z zapisami umowy a nie w ramach niedbalstwa lub zawinionego naruszenia obowiązków zawodowych.

Ad 3)

Ponadto wskazujemy, że zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p. (drugi przepis nawiązujący do nierzetelności wykonawców) z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu

lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwałe nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

W związku z powyższym wykluczenie może nastąpić wyłączenie wtedy, jeżeli w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonywaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji podjęte zostały określone czynności prawne (wypowiedzenie

lub odstąpienie od umowy, zasądzenie odszkodowania, wykonanie zastępcze lub realizacja uprawnień z tytułu rękojmi za wady) – czyli działanie bądź zaniechanie wykonawcy musi wywołać określoną reakcję zamawiającego oraz konkretny skutek (w przypadku art. 109

ust. 1 pkt 5 p.z.p. skutek nierzetelności wykonawcy jest mniej skonkretyzowany i polega na podważeniu jego uczciwości).

Zgodnie z art. 111 pkt 4 p.z.p. wykluczenie wykonawcy następuje w przypadkach, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 oraz pkt 7 p.z.p. na okres 3 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Konkluzja jest taka, że w przypadku czynności tak doniosłej

dla wykonawcy jak wykluczenie go z postępowania obowiązkiem zamawiającego jest staranne uzasadnienie dokonanej czynności.

W związku z powyższym wskazujemy, że Zamawiający Zespół Kształcenia i Wychowania

w Swarzędzie ul. Wyzwolenia 18 83-115 Swarzędz nigdy nie wypowiedział lub nie nastąpiło odstąpienie od umowy, lub również nie miało miejsca zasądzenie odszkodowania, wykonanie zastępcze lub realizacja uprawnień z tytułu rękojmi za wady wobec Wykonawcy M.M., tak więc Zamawiający bezpodstawnie zastosował jako podstawę odrzucenia art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy p.z.p.

Ponadto wskazujemy, że zgodnie z zapisami Ogłoszenie o zamówieniu z dnia 8.10.2024

nr 2024/BZP 00536699/01 SEKCJA I – Zamawiający pkt 1.1.) Rola zamawiającego zostało zapisane, że Postępowanie prowadzone jest samodzielnie przez zamawiającego. Według ogłoszenia i SWZ Zamawiającym jest Zespół Kształcenia i Wychowania w Swarzędzie

ul. Wyzwolenia 18 83-115 Swarzędz, a nie szkoła w Dąbrowce. W związku z tym, nie znajduje faktycznego uzasadnienia odrzucenie oferty Wykonawcy w związku z rozwiązaniem umową

ze Szkołą Podstawową w Dąbrowce, która jest innym Zamawiającym.

W związku z powyższym w stosunku do Wykonawcy M.M. nie ma również zastosowania przesłanka wykluczenia z art.

109 ust. 1 pkt. 8) ustawy PZP, z uwagi na fakt,

iż Wykonawca nie wprowadził Zamawiającego w błąd. Tak więc w przypadku tej przesłanki stosowania art. 109 ust. 1 pkt 8 p.z.p. należy potwierdzić, że informacje wprowadzające w błąd rzeczywiście były w stanie spowodować, że Zamawiający podjąłby decyzje inne niż w sytuacji gdyby wykonawca przedstawił mu informacje zgodne ze stanem faktycznym”.

18 listopada 2024 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wnioś o jego oddalenie.

Zamawiający wnioś o przeprowadzenie dowodów z następujących dokumentów:

1. Dowód nr 1 - Umowa nr ZP.SPD.230.1.2023.3 z dnia 08.12.2023 r. zawarta między Gminą Tczew – Szkołą Podstawową w Dąbrówce, a M.M.,
2. Dowód nr 2 - Aneks nr 1 do umowy nr ZP.SPD.230.1.2023.3 z dnia 08.12.2023 r. zawarta między Gminą Tczew – Szkołą Podstawową w Dąbrówce, a M.M. – stawka podatku VAT,
3. Dowód nr 3 - Umowa nr ZP.SPD.230.1.2023.6 z dnia 08.12.2023 r. zawarta między Gminą Tczew – Szkołą Podstawową w Dąbrówce, a M.M.,
4. Dowód nr 4 - Aneks nr 1 do umowy nr ZP.SPD.230.1.2023.6 z dnia 08.12.2023 r. zawarta między Gminą Tczew – Szkołą Podstawową w Dąbrówce, a M.M. – stawka podatku VAT,
5. Dowód nr 5 - Oferta Wykonawcy M.M. – 2023 rok,
6. Dowód nr 6 - E-mail z dnia 28.02.2024 r. Szkoła Podstawowa w Dąbrówce do M.M. wraz z:
 - 1) protokołem odbioru towaru do faktury nr 1648/2024 z dnia 19.02.2024 r.,
 - 2) protokołem odbioru towaru do faktury nr 1986/2024 z dnia 26.02.2024 r.,
 - 3) zdjęcia banany x 2,
7. Dowód nr 7 - E-mail z dnia 04.03.2024 r. Szkoła Podstawowa w Dąbrówce do M.M. wraz z:
 - 1) protokołem odbioru towaru do faktury nr 2292/2024 z dnia 04.03.2024 r.,
 - 2) zdjęcie jogurtów po terminie przydatności do spożycia,
8. Dowód nr 8 - E-mail z dnia 11.03.2024 r. Szkoła Podstawowa w Dąbrówce do M.M. wraz z:
 - 1) protokołem odbioru towaru do faktury nr 2583/2024 z dnia 11.03.2024 r.,
 - 2) zdjęcia bananów x 2
 - 3) zdjęcia kartonu, potwierdzającego dostawę towaru II klasy, a nie I jak tego wymaga umowa,
9. Dowód nr 9 - E-mail z dnia 25.03.2024 r. Szkoła Podstawowa w Dąbrówce do M.M. wraz z:
 - 1) protokołem odbioru towaru do faktury nr 3224/2024 i 3225/2024 z dnia 25.03.2024 r.,
10. Dowód nr 10 - E-mail z dnia 08.04.2024 r. Szkoła Podstawowa w Dąbrówce do M.M.,
11. Dowód nr 11 - E-mail z dnia 07.06.2024 r. Szkoła Podstawowa w Dąbrówce do M.M. wraz z:
 - 1) protokołem odbioru towaru do faktury nr 6167/2024 i 6168/2024 z dnia 03.06.2024 r.,
 - 2) zdjęcia kapusty x 2,
12. Dowód nr 12 - E-mail z dnia 24.06.2024 r. Szkoła Podstawowa w Dąbrówce do M.M.,
13. Dowód nr 13 - E-mail z dnia 01.07.2024 r. Szkoła Podstawowa w Dąbrówce do M.M. wraz z:
 - 1) protokołem odbioru towaru do faktury nr 7432/2024 z dnia 01.07.2024 r.,
 - 2) zdjęcia arbuzy x 2,
14. Dowód nr 14 - E-mail z dnia 01.07.2024 r. Szkoła Podstawowa w Dąbrówce do M.M.,
15. Dowód nr 15 - E-mail z dnia 03.07.2024 r. Szkoła Podstawowa w Dąbrówce do M.M. wraz z:
 - 1) protokołem odbioru towaru do faktury nr 7292/2024 z dnia 27.06.2024 r.,
 - 2) zdjęcia sery x 2,
16. Dowód nr 16 - E-mail z dnia 08.07.2024 r. Szkoła Podstawowa w Dąbrówce do M.M. wraz z:
 - 1) protokołem odbioru towaru do faktury nr 7600/2024 z dnia 08.07.2024 r.,
 - 2) zdjęcie marchew x 1,
 - 3) zdjęcie kiwi x 1,
 - 4) zdjęcie ogórki x 1,
17. Dowód nr 17 - Pismo skierowane przez Szkołę Podstawową w Dąbrówce do M.M. w dniu 11.03.2024 w tym:
 - 1) potwierdzenie wysłania e-mail,
 - 2) zwrotne potwierdzenie odbioru (ZPO),
18. Dowód nr 18 - Pismo skierowane przez Szkołę Podstawową w Dąbrówce do M.M. w dniu 15.07.2024 dotyczące wypowiedzenia umowy i naliczenia kar umownych w tym: 1) zwrotne potwierdzenie odbioru (ZPO),
19. Dowód nr 19 - Wyciąg bankowy – dowód wpłaty kary umownej,
20. Dowód nr 20 - Raport z realizacji umowy – Szkoła Podstawowa w Dąbrówce,
21. Dowód nr 21 - Ogłoszenie o wykonaniu umowy nr 2024/BZP 00455112/01 z dnia 12.08.2024r.,
22. Dowód nr 22 - Umowa nr ZP.ZKiW.3.6.2023 z dnia 05.12.2023 r. zawarta między Gminą Tczew – Zespołem

- Kształcenia i Wychowania w Swarzędzie, a M.M.,
23. Dowód nr 23 - Aneks nr 1 do umowy nr ZP.ZKiW.3.6.2023 z dnia 05.12.2023 r. zawarta między Gminą Tczew – Zespołem Kształcenia i Wychowania w Swarzędzie, a M.M. – stawka podatku VAT,
24. Dowód nr 24 - Oferta Wykonawcy M.M. – 2023 rok,
25. Dowód nr 25 - E-mail z dnia 20.03.2024 r. Zespół Kształcenia i Wychowania w Swarzędzie do M.M. wraz z:
- 1) protokołem odbioru towaru do faktury nr 2660/2024 z dnia 12.03.2024 r.,
 - 2) fakturą VAT nr 2660/2024,
26. Dowód nr 26 - E-mail z dnia 20.03.2024 r. Zespół Kształcenia i Wychowania w Swarzędzie do M.M. wraz z:
- 1) zdjęciami dostarczonych bananów x 2,
 - 2) protokołem odbioru towaru do faktury nr 2982/2024 z dnia 19.03.2024 r.,
 - 3) fakturą VAT nr 2989/2024,
27. Dowód nr 27 - E-mail z dnia 27.05.2024 r. Zespół Kształcenia i Wychowania w Swarzędzie do M.M. wraz z:
- 1) zamówieniem na 28.05.2024 r.,
 - 2) fakturą VAT 5913/2024 z dnia 28.05.2024 r.
 - 3) fakturą VAT 6589/2024 z dnia 11.06.2024 r.
 - 4) protokołem odbioru towaru do faktury nr 5913/2024 z dnia 28.05.2024 r.,
28. Dowód nr 28 - E-mail z dnia 12.06.2024 r. Zespół Kształcenia i Wychowania w Swarzędzie do M.M. wraz z:
- 1) zamówieniem na 13.06.2024 r.
 - 2) protokołem odbioru towaru do faktury nr 6589/2024 z dnia 11.06.2024,
 - 3) fakturą VAT nr 6589/2024 z dnia 11.06.2024 r.
29. Dowód nr 29 - E-mail z dnia 17.09.2024 r. Zespół Kształcenia i Wychowania w Swarzędzie do M.M. wraz z:
- 1) fakturą VAT nr 9810/2024 z dnia 17.09.2024 r.
 - 2) protokołem odbioru towaru do faktury nr 9810/2024 z dnia 17.09.2024,
30. Dowód nr 30 - E-mail z dnia 30.10.2024 r. Zespół Kształcenia i Wychowania w Swarzędzie do M.M. wraz z:
- 1) zdjęciami cytryny,
 - 2) protokołem odbioru towaru do faktury nr 11995/2024 z dnia 29.10.2024,
31. Dowód nr 31 - Pismo skierowane przez Zespół Kształcenia i Wychowania w Swarzędzie do M.M. w dniu 04.11.2024 w tym:
- 1) potwierdzenie wysłania e-mail.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podtrzymał stanowisko wyrażone w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z postępowania. Zamawiający podkreślił również, że sam fakt nie podania podstawy prawnej odrzucenia oferty Odwołującego, wobec jego wykluczenia z postępowania nie mał żadnego znaczenia dla wyniku postępowania.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Izba przeprowadziła dowód z dokumentacji postępowania oraz wszystkie wnioskowane przez Strony dowody pisemne.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała zarzuty odwołania, uznając, że nie zasługuje one na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

31 października 2024 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty oraz poinformował o wykluczeniu

Odwolującego z postępowania. W uzasadnieniu czynności Zamawiający wskazał:

„Uzasadnienie prawne odrzucenia oferty:

- a) art. 109 ust. 1 pkt. 5) ustawy PZP – Wykonawca podlega wykluczeniu, gdyż w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość,
w szczególności gdy Wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów,
- b) art. 109 ust. 1 pkt. 7) ustawy PZP – Wykonawca podlega wykluczeniu, gdyż z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał, istotne obowiązki wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego (...), co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady,
- c) art. 109 ust. 1 pkt. 8) ustawy PZP – Wykonawca podlega wykluczeniu, gdyż w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu (...), 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.

Uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty:

Zamawiający jest jedną z jednostek organizacyjnych Gminy Tczew. Do jednostek organizacyjnych Gminy Tczew wchodzi m.in. 5 szkół w tym:

- Zespół Kształcenia i Wychowania w Swarzędzie,
- Zespół Kształcenia i Wychowania w Turzu,
- Szkoła Podstawowa w Miłobądzu,
- Szkoła Podstawowa w Dąbrówce,
- Szkoła Podstawowa w Lubiszewie.

Zamawiający tj. Zespół Kształcenia i Wychowania w Swarzędzie ma zawartą z Wykonawcą umowę w części nr 6 zamówienia na „Sukcesywna dostawa warzyw i owoców dla Zespołu Kształcenia i Wychowania w Swarzędzie”. Umowa jest długotrwale realizowana w sposób nienależyty. Wykonawca nie wykonuje postanowień zawartej umowy w szczególności narusza postanowienia umowy w zakresie jakości towaru w tym jego świeżości i przydatności do spożycia.

Zamawiający wielokrotnie monitował do Wykonawcy w sprawie złej jakości dostarczanego towaru (e-mail z dnia: 20.03.2024 r. x 2 odrębne e-maile + fotografia przedstawiająca dostarczony towar, 27.05.2024 r. oraz z dnia 17.09.2024 r.

Dostarczany przez Wykonawcę towar jest przeznaczony do wyżywienia dzieci w wieku przedszkolnym i szkolnym (szkoła podstawowa). Zamawiający odpowiada za zdrowie i życie uczniów i podopiecznych, korzystających ze stołówki (wyżywienia) w przedszkolu i szkole. Zamawiający jako placówka oświatowa zobowiązana jest do przestrzegania wszystkich norm prawnych w zakresie żywienia i stosowanych produktów do produkcji potraw i dań. Natomiast dostarczany przez Wykonawcę towar jest złej jakości i nie nadaje się do podania dzieciom i przygotowania na ich bazie posiłków. To powoduje całkowitą dezorganizację i konieczność zmiany jadłospisu, a tym samym przekłada się na niedochowanie przepisów prawa powszechnie obowiązującego.

Ponadto Wykonawca wykonuje swoje obowiązki umowne w sposób nienależyty u innych Zamawiających podlegających temu samemu organizatorowi co Zespół Kształcenia i Wychowania w Swarzędzie m.in. Szkoła Podstawowa w Dąbrówce, która rozwiązała w trybie natychmiastowym z winy Wykonawcy tj. MLH Marity Laga umowę w dniu 19.07.2024 r. (data doręczenia wykonawcy oświadczenia o odstąpieniu od umowy).

Okoliczności rozwiązania umowy z Wykonawcą były następstwem długotrwałego, uporczywego i nienależytego wykonywania obowiązków umownych.

Zamawiający jak i Szkoła Podstawowa w Dąbrówce są jednostkami organizacyjnymi tego samego organizatora, dlatego też posiadają wiedzę i dostęp do środków dowodowych na daną okoliczność związaną z nienależytym wykonywaniem obowiązków umownych przez Wykonawcę.

Zamawiający dysponuje dowodami, materiałami potwierdzającymi świadome naruszenie przez Wykonawcę obowiązków umownych, co należy zakwalifikować do długotrwałego rażącego niedbalstwa Wykonawcy przy realizacji umowy m.in. e-maile kierowane przez Szkołę Podstawową w Dąbrówce do M.M. z dnia 28.02.2024 r., 11.03.2024 r., 25.03.2024 r., 08.04.2024 r., 07.06.2024 r., 24.06.2024 r., 01.07.2024 r. x 2 (dot. różnych sytuacji związanych z nienależytą dostawą towarów), 08.07.2024 r. lub protokoły odbioru towaru

z uwagami z dnia 26.02.2024 r., 11.03.2024 r., 25.03.2024 r., 03.06.2024 r., 01.07.2024 r., 08.07.2024 r. Dodatkowym dowodem jest ogłoszenie o wykonaniu umowy nr 2024/BZP 00455112/01 z dnia 12.08.2024 r., gdzie w sekcji VI ogłoszenia wskazano, że umowa w części 6 zamówienia została z winy Wykonawcy rozwiązana.

W wyniku rozwiązania przez Szkołę Podstawową w Dąbrówce umowy z Wykonawcą M.M. zostały naliczone i nałożone na Wykonawcę kary umowne, które Wykonawca wpłacił w terminie wskazanym przez Szkołę Podstawową w Dąbrówce (...).

W związku z powyższym Wykonawca podlega wykluczeniu nie tylko na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 5) i 7) ustawy PZP, ale również art. 109 ust. 1 pkt. 8) gdyż w oświadczeniu złożonym wraz z ofertą Wykonawca oświadczył, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 109

ust. 1, co wprowadziło Zamawiającego w błąd, a to mogło wpłynąć na decyzję Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i skutkować zawarciem umowy

i wpłynąć na zachwianie równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Zachowania Wykonawcy kwalifikują się do wszystkich przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt. 5) i 7) ustawy PZP, gdyż działania Wykonawcy nie były przypadkowe, jednorazowe, a wręcz przeciwnie pomimo wielu upomnień, pouczeń Wykonawca nie wykazywał i nie wykazuje chęci poprawy w swoim działaniu tj. dostarczaniu towaru na czas i odpowiedniej jakości, zgodnej

z wymogami umowy i opisu przedmiotu zamówienia.

Wykonawca narażał Zamawiającego na stres, obawę przed tym, że nie będzie miał jak

i z czego przygotować dla dzieci posiłku, co spowodowało całkowity brak zaufania

do Wykonawcy. Wykonawca nie wprowadził, żadnych działań naprawczych, poczynił

w kierunku należytego wykonywania postanowień zawartych umów, wręcz przeciwnie doprowadził do sytuacji ostatecznej tj. rozwiązania umowy i to z jego winy, a tym samym zapłacił nałożone na niego kary umowne (...).

Natomiast komentarz do ustawy PZP wydany przez Urząd Zamówień Publicznych wskazuje, że zastosowanie ma art. 109 ust. 1 pkt. 7) ustawy PZP, gdy „wykluczeniu podlega Wykonawca, który z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał umowy w sprawie zamówienia publicznego (...) lub też długotrwale nienależycie ją wykonywał, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy (...)”.

Komentarz do ustawy PZP Urzędu Zamówień Publicznych wskazuje, że zastosowanie

ma art. 109 ust. 1 pkt. 8) ustawy PZP, gdy Wykonawca „w wyniku zamierzonego działania

lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu (...), co mogło mieć wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto

w komentarzu wskazano, że mogą to być informacje zawarte w JEDZ, w podmiotowych środkach dowodowych, a takim podmiotowym środkiem dowodowym jest oświadczenie składane z art. 125 ust. 1 ustawy PZP (...).

Ponadto Wykonawca składając ofertę i dodatkowo oświadczając, że nie podlega wykluczeniu z art. 109 ust. 1 jest zamierzonym działaniem lub też rażącym niedbalstwem, bo sprawa związana z nienależytym wykonywaniem postanowień umownych, rozwiązanej z nim umowy i naliczenia kar umownych jest stosunkowo świeżą sprawą, a Wykonawca jako podmiot profesjonalny działający na rynku zamówień publicznych powinien wiedzieć, że w sytuacji zastosowania przez Zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 5) i 7) podlega wykluczeniu

z udziału w postępowaniu. Ponadto dokumentach zamówienia, w ogłoszeniu o zamówieniu zostały wskazane przez Zamawiającego podstawy wykluczenia z udziału w postępowaniu

z art. 109 ust. 1, a także dodatkowo wzór oświadczenia składanego z art. 125 ust. 1 zawierał w sobie podstawę wykluczenia i ewentualną możliwość wskazania podstawy wykluczenia

i podjętych działań naprawczych, a Wykonawca w swoim oświadczeniu wskazuje na brak takich okoliczności.

W związku z powyższym Wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie

art. 109 ust. 1 pkt. 5), 7) i 8) ustawy PZP”.

Kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania miał sam sposób ich sformułowania oraz art. 555 Pzp, zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

W tym zarzutach, które zostały sformułowane w sposób jednoznaczny Odwołujący nie zakwestionował czynności wykluczenia go z postępowania:

„zarzucam naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1.art. 226 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Wykonawcy bez podania podstawy prawnej odrzucenia oferty. Zamawiający nie wskazał podstawy prawnej odrzucenia oferty poprzez co jednocześnie naruszył art. 253 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

1.art. 109 ust. 1 pkt. 5), art. 109 ust. 1 pkt. 7) oraz art. 109 ust. 1 pkt. 8) ustawy Pzp poprzez ich błędne zastosowanie, poprzez błędne wskazanie, iż są to przepisy ustawy Pzp, które stanowią podstawę prawną odrzucenia oferty

Wykonawcy”.

Oba zarzuty nie są wymierzone w czynność wykluczenia. Pierwszy zarzut dotyczy braku podania podstawy prawnej odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania – zarzut ten jest jednak o tyle chybiony, że dotyczy czynności wtórnej wobec wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a Pzp zamawiający odrzuca ofertę została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania. Pierwotna jest więc czynność wykluczenia wykonawcy z postępowania, a odrzucenie jego oferty jest następstwem wykluczenia. Zamawiający przyznał, że nie podał w uzasadnieniu podstawy prawnej odrzucenia oferty Odwołującego, słusznie jednak wskazał, że fakt ten nie miał wpływu na wynik postępowania. Odrzucenie oferty wynika wprost z przepisu ustawy i jest to jedyny przepis, który miał w tej sprawie zastosowania. Mowa tu oczywiście o art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a Pzp. Stąd twierdzenia Odwołującego o doniosłych skutkach niepodania podstawy prawnej odrzucenia oferty były bezpodstawne. Sytuacja Odwołującego byłaby taka sama niezależnie od tego, czy Zamawiający podałby czy nie, numer przepisu, który był podstawą odrzucenia oferty.

Zarzut nr 2 jest z kolei o tyle bezprzedmiotowy, że wskazane w zarzucie przepisy nie były podstawą odrzucenia oferty, a podstawą wykluczenia Odwołującego z postępowania.

W konsekwencji oba zarzuty podstawowe odwołania podlegały oddaleniu już na wstępie ich badania ze względu na sam sposób ich postawienia. O ile można się domyślać, że intencją Odwołującego było zakwestionowanie wykluczenia go z postępowania, to w odwołaniu brak jest jednoznacznie sformułowanych zarzutów.

Wobec oczywistego dążenia Odwołującego do przywrócenia swojej oferty do postępowania Izba przeprowadziła dowód z dokumentacji postępowania w zakresie podstaw wykluczenia Odwołującego z postępowania. Izba uznała, że decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania była w pełni zasadna dla każdej z podstaw prawnych podanych w uzasadnieniu. Przesłanki wykluczenia Odwołującego z postępowania zostały w prawidłowy i szczegółowy sposób przedstawione w uzasadnieniu z 31 października 2024 r. Znalazły one potwierdzenie w dowodach złożonych przez Zamawiającego w toku postępowania odwoławczego.

Z kolei Odwołujący w swoim stanowisku (w takim zakresie w jakim mieściło się ono w zakresie zarzutów odwołania) nie przedstawił żadnych argumentów, które miałyby wskazywać

na błędną decyzję Zamawiającego. Polemika Odwołującego sprowadzała się do prostego zaprzeczenia. Abstrahując zatem od tego, że odwołanie nie zawierało zarzutów jednoznacznie skierowanych przeciwko czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, to nie podjął on choćby próby udowodnienia, że wykluczeniu nie podlegał. Dowody z referencji wystawionych przez inne podmioty, które Odwołujący złożył wraz z pismem procesowym nie przeczyły stanowisku Zamawiającego. Ocena zasadności wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Pzp nie sprowadza się do wyciągnięcia średniej opinii na temat sposobu realizacji zadań przez danego wykonawcę. Zamawiający miał podstawy do uznania, że z jego perspektywy przesłanki określone w tych przepisach zaistniały, co w sposób należyty uzasadnił, a następnie udowodnił na etapie postępowania odwoławczego. Nie miały więc znaczenia referencje wystawione na rzecz Odwołującego przez podmioty trzecie.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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).

Przewodniczący