Sygn. akt: KIO 2332/18

WYROK
z dnia 26 listopada 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 listopada 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 listopada 2018 r. przez wykonawcę: **R.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ALLGAST R.J. 85-022 Bydgoszcz, ul. Gdańska 145**
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **21 Wojskowy Oddział Gospodarczy 82-300 Elbląg, Kwiatkowskiego 15**

orzeka:

1.**uwzględnia odwołanie** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności podjętej na podstawie art. 94 ust. 3 ustawy Pzp oraz ponowne wyznaczenie odwołującemu terminu zawarcia umowy dla części 1 i 2 Zamówienia, nie krótszego niż 5 dni roboczych od daty przekazania odwołującemu wezwania do podpisania umowy;

2.kosztami postępowania w wysokości **11 825 zł. 40 gr** (słownie: jedenaście tysięcy osiemset dwadzieścia pięć złotych czterdzieści groszy) obciąża zamawiającego:
21 Wojskowy Oddział Gospodarczy 82-300 Elbląg, Kwiatkowskiego 15, i:

1)zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **7 500 zł. 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych i zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **R.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ALLGAST R.J. 85-022 Bydgoszcz, ul. Gdańska 145** tytułem wpisu od odwołania;

2)zasądza od zamawiającego: **21 Wojskowego Oddziału Gospodarczego 82-300 Elbląg, Kwiatkowskiego 15**na rzecz wykonawcy: **R.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ALLGAST R.J. 85-022 Bydgoszcz, ul. Gdańska 145** kwotę w wysokości **11 825 zł. 40 gr** (słownie: jedenaście tysięcy osiemset dwadzieścia pięć złotych czterdzieści groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania, kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu, noclegu i opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r., poz. 1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Elblągu.**

Przewodniczący:

……

Sygn. akt: KIO 2332/18

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – **21 Wojskowy Oddział Gospodarczy 82-300 Elbląg, Kwiatkowskiego 15**prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie
o udzielenie zamówienia publicznego na: Dostawę sprzętu gastronomicznego – środki trwałe na rzecz 21 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Elblągu,numer referencyjny: 38/SZP/2018, zwanedalej: „Postępowanie” lub „Zamówienie”, które zostało podzielone
na dwie części: część I – zmywarka tunelowa m. Elbląg; część II – zmywarka tunelowa
m. Morąg.
Wartość zamówienia jest poniżej kwot określonych w przepisach wykonawczych, wydanych
na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986) – dalej „ustawa Pzp”.
W dniu 12 października 2018 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 635426-N-2018.

R.J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ALLGAST R.J. 85-022 Bydgoszcz, ulGdańska 145 (zwany dalej „odwołującym”), działając na podstawie art 182 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, wniósł odwołanie w zakresie części pierwszej i drugiej postępowania, na czynność zamawiającego, polegającą na wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy Weindich Sp. j. 41-503 Chorzów, ul. Adamieckiego 8.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1)art. 24aa ust. 2 w zw. z art. 93 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez dokonanie tzw. zastępczego wyboru oferty najkorzystniejszej – wykonawcy Weindich Sp. j., pomimo braku zaistnienia po temu jakichkolwiek przesłanek tj. pomimo tego, iż odwołujący, którego oferta została wybrana pierwotnie jako najkorzystniejsza, nie uchylał się od zawarcia umowy;
2)art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez celowe wyznaczenie odwołującemu pierwszego i drugiego terminu do podpisania umowy w taki sposób, aby możliwie czynność tę utrudnić, ew. uniemożliwić jej realizację;
3)art. 24aa ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez zamawiającego czynności, do której był zobowiązany tj.: nie dokonanie prawidłowego zbadania, czy wykonawca, który złożył ofertę najwyżej ocenioną spośród pozostałych ofert tj. wykonawca Weindich Sp. j. nie podlega wykluczeniu oraz czy spełnia warunki udziału w postępowaniu;
4)art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez zamawiającego czynności do której był zobowiązany tj.: nie odrzucenie oferty Weindich Sp.j. pomimo, iż treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków

zamówienia – dalej „SIWZ" (nie spełnia wymogów SIWZ) a tym samym winna ulec odrzuceniu.
Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności podjętej na podstawie art. 94 ust. 3 ustawy Pzp oraz ponowne wyznaczenie odwołującemu terminu zawarcia umowy dla części 1 i 2, nie krótszego niż 5 dni roboczych.
Podnosząc powyższe odwołujący wskazywał, że w Postępowaniu, dla części pierwszej i drugiej oferta odwołującego została pierwotnie wybrana jako najkorzystniejsza. Wobec czego zamawiający, pismem z 31 października 2018 r. wezwał odwołującego
do podpisania umowy 6 listopada 2018 r. o godz. 14:00. Dzień 31 października 2018 r. przypadał tuż przed długim weekendem, w dniach 1-4 listopada 2018 r., a odwołujący nie zdążył się zapoznać z zaproszeniem (dotarło do jego siedziby o godz. 14:38) w tym samym dniu - a dopiero po długim weekendzie tj. 5 listopada 2018 r. W nocy z 5 na 6 listopada
2018 r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego o zmianę terminu podpisania umowy, proponując 12 listopada 2018 r. (w dniu składania propozycji nie było pewności czy będzie to dzień wolny), na co zamawiający odpowiedział, dokonując zmiany na dzień 7 listopada
2018 r. Do podpisania umowy w dniu 7 listopada 2018 r. nie doszło, gdyż odwołujący
(z przyczyn obiektywnych, a wskazanych w prowadzonej z zamawiającym korespondencji) nie dotarł do siedziby zamawiającego. Zamawiający potraktował zaistniałą sytuację jako uchylanie się odwołującego od zawarcia umowy. Z takim działaniem zamawiającego nie można się zgodzić. Odwołujący przedstawił swoją argumentację w tym zakresie w dwóch pismach z 6 listopada 2018 r., argumentacja ta zachowała swoją aktualność.

Odwołujący podnosił, że jest wieloletnim dostawcą sprzętu gastronomicznego dla Wojska Polskiego, a koniec roku kalendarzowego to niezwykle napięty okres, w którym rozstrzygana jest znaczna liczba postępowań przetargowych, prowadzonych w różnych jednostkach wojskowych na terenie całego kraju. Dodatkową komplikacją jest fakt, iż listopad rozpoczynał się długim weekendem (od 1 do 4 listopada), co wymiernie utrudniło realizację wszelkich czynności biznesowych w tym okresie. W późniejszym czasie okazało się, iż listopad rozpoczął się dwoma (następującymi po sobie) długimi weekendami, co jest sytuacją niespotykaną i niezmiernie komplikującą tę i tak bardzo napiętą terminowo część roku;
w pierwszym tygodniu listopada odwołujący przebywał w zachodniej części Polski
(m.in. w Krośnie Odrzańskim, Świętoszowie, Skwierzynie i Wędrzynie), jak również
w Bydgoszczy - uczestnicząc w rozprawach sądowych. W obu w/w pismach odwołujący podkreślał chęć zawarcia umowy i wskazywał, iż w żaden sposób nie uchyla się od jej podpisania, a jedynie zachodzą obiektywne trudności w dotarciu do Elbląga w dniach 6 i 7 listopada 2018 r.

Zamawiający, prowadząc niniejsze postępowanie zastrzegł, iż korzystał będzie
#x200ez instytucji uregulowanej w art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp (punkt II ppkt 1 SIWZ - strona 2).
#x200eW niniejszej sprawie zastosowanie ma również art. 24aa ust. 2 ustawy Pzp, stanowiący swego rodzaju lex specialis wobec art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, wobec czego zamawiający dokonał czynności niezgodnej z przepisami ustawy tj. dokonał czynnościwyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Weindich Sp.j. (tzw. zastępczego wyboru oferty najkorzystniejszej), pomimo braku zaistnienia po temu jakichkolwiek przesłanek tj. pomimo tego, iż odwołujący, którego oferta została wybrana pierwotnie jako najkorzystniejsza, nie uchylał się od zawarcia umowy - czym naruszył art. 24aa ust. 2 w zw. z art. 93 ust. 4 ustawy Pzp. Opisana powyżej sytuacja faktyczna, w żaden sposób nie uzasadnia decyzji zamawiającego, gdyż nie sposób przyjąć aby odwołujący uchylał się od zawarcia umowy.

Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej konsekwentnie przyjmuje, iż uchylanie się od zawarcia umowy to działan rozmyślne, zmierzające do nie zawarcia umowy (tak też wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 maja 2013 r. o sygı KIO 1123/13). Odwołujący nie zmierzał do nie zawarcia umowy, przeciwnie chciał i chce ją zawrzeć oraz zrealizowa zamówienie. Odwołujący podkreślał, iż działania zamawiającego miały na celu jego faktyczną eliminację z postępowani przetargowego. Po pierwsze pismo wyznaczające termin zawarcia umowy wysłano 31 października 2018 r., tuż prze długim weekendem, co samo w sobie jest działaniem sprzecznym z zasadami logiki i elementarnego poszanowania dl partnera biznesowego - w realiach niniejszej sprawy odwołujący miał faktycznie jeden dzień roboczy (5 listopada) n organizację wyjazdu do Elbląga (przesunięcie spotkań, ew. znalezienie i umocowanie pełnomocnika). Jeden dzie roboczy to zdecydowanie zbyt mało czasu - niezależnie od stopnia profesjonalizmu i doświadczenia odwołującegc Następnie zamawiający, w reakcji na prośbę odwołującego o zmianę terminu podpisania umowy na dzień 12 listopad 2018 r., wyznaczył nowy termin podpisania umowy na 7 listopada 2018 r. - dając odwołującemu mniej jak dobę na reakcję organizację tej czynności. Działania zamawiającego są swoistym
kuriozum i dobitnie pokazują złą wolę, jak również celowe działanie w celu uniemożliwienia odwołującemu podpisania umowy. Oczywistym jest, iż skoro odwołujący wnosił o zmianę terminu podpisania umowy na 12 listopada 2018 r., to nowy termin w dniu 7 listopada 2018 r. był dla niego całkowitym zaskoczeniem, jeszcze trudniejszym do zorganizowania, niż podpisanie umowy w dniu 6 listopada 2018 r. Prawidłowa reakcja zamawiającego, na wniosek o zmianę terminu podpisania umowy, to wysłanie pisma akceptującego ten termin (bądź proponującego późniejszy, ze względu, iż nie było wiadomym czy 12 listopada będzie dniem wolnym od pracy) z wyraźnym zastrzeżeniem, iż przekroczenie nowego terminu podpisania umowy będzie traktowane jako uchylanie się od jej podpisania. Jeżeli odwołujący nie przystąpiłby do podpisania umowy, w terminie o który sam wnosił, bądź ustalonym zgodnie przez obie Strony, to takie zachowanie mogłoby być tratowane jako uchylanie się od podpisania umowy. W realiach niniejszej sprawy odwołujący nie uchylał się od podpisania umowy, a działania zamawiającego są w istotnym stopniu nieprawidłowe, tym samym zarzuty w tym zakresie zasługują na uwzględnienie.

W dalszej treści odwołania wywodził, że zamawiający, prowadząc niniejsze postępowanie, zastrzegł, iż korzystał będzie z instytucji uregulowanej w art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp (punkt II ppkt 1 SIWZ - strona 2). Zgodnie z tą procedurą podmiot zamawiający może, po ustaleniu rankingu ofert, ograniczyć się do badania pod względem podmiotowym jedynie tego wykonawcy, którego oferta została sklasyfikowana na pierwszym miejscu. Oznacza to, że podmiot zamawiający nie ma obowiązku poddania badaniu pozostałych ofert
i tak też uczynił zamawiający w ramach niniejszego postępowania. Tym samym tzw. zastępczy wybór oferty, w ramach procedury uregulowanej w treści art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp, nie ogranicza się tylko i wyłącznie do czynności formalnej, wynikającej z samego faktu niepodpisania umowy przez pierwotnie wyłonionego wykonawcę, ale pociąga za sobą konieczność oceny pod względem podmiotowym kolejnego wykonawcy, tj. ustalenia czy spełnia on warunki udziału w postępowaniu (ocena pod względem pozytywnym) oraz, czy nie podlega on wykluczeniu (ocena pod względem negatywnym). Z dalece posuniętej ostrożności procesowej, jak również faktu, iż termin na sporządzenie niniejszego odwołania pokrył się z drugim listopadowym długim weekendem, co uniemożliwiło wgląd do akt postępowania przetargowego, odwołujący formułuje zarzut, iż zamawiający zaniechał czynności do której był zobowiązany tj.: nie dokonał prawidłowego zbadania, czy nie podlega wykluczeniu oraz czy spełnia warunki udziału w postępowaniu wykonawca, który złożył ofertę najwyżej ocenioną spośród pozostałych ofert tj. wykonawca Weindich Sp.j. - czym naruszył art. 24aa ust. 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp wskazywał, że wykonawca Weindich Sp. j. zaoferował zmywarki tunelowe Winterhalter STR130, mające dysze myjące i płuczące-nabłyszczające wykonane z tworzywa sztucznego, a nie jak żądał zamawiający w SIWZ, wykonane ze stali nierdzewnej. Wymagania konstrukcyjne w SIWZ brzmią: „3. Wykonane w całości (łącznie z dyszami myjącymi i płuczącymi) ze stali nierdzewnej kwasoodpornej min. AIS1304, OH 18 N9." Wobec czego stwierdzić należy, iż zamawiający zaniechał czynności do której był zobowiązany
tj.: nie odrzucił oferty Weindich Sp. j. pomimo, iż treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ
a tym samym winna ulec odrzuceniu.

Zamawiający, w dniu 14 listopada 2018 r. poinformował wykonawców, zgodnie
z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając ich do przystąpienia
do postępowania odwoławczego.

Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Zamawiający, przed otwarciem posiedzenia wyznaczonego na dzień 26 listopada 2018 r., złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości.

W treści złożonego pisma procesowego podnosił, że w dniu 12 października 2018 r. opublikował w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamówieniu w przetargu nieograniczonym na dostawę sprzętu gastronomicznego (znak sprawy 38/SZP/2018).
W ramach postępowania wyznaczono następujące kryteria oceny ofert: cena – 60%, termin realizacji dostawy – 40%. Jednocześnie zamawiający zastrzegł, że termin realizacji zamówienia powinien wynosić nie krócej niż 2 dni robocze, nie dłużej niż 15 dni roboczych od dnia złożenia zamówienia przez zamawiającego, nie później niż do dnia 30 listopada 2018 r. Ofertę w Postępowaniu, w zakresie części pierwszej i drugiej złożyło trzech wykonawców, spośród nich tylko odwołujący skrócił termin dostawy do 4 dni roboczych, pozostali wykonawcy zaproponowali termin realizacji 15 dni.

Mając na uwadze opisane wyżej kryteria oceny ofert zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, złożonej przez odwołującego. Po upływie 5 dni na ewentualne wniesienie odwołania, zamawiający pismem z 31 października 2018 r. wezwał odwołującego do podpisania umowy w dniu 6 listopada 2018 r. do godz. 14.00. Odwołujący nie powinien jako argumentu wskazywać, że nie mógł przygotować się do podpisania umowy w tak krótkim czasie z powodu „długiego weekendu", bowiem tylko 1 listopada br. był dniem wolnym od pracy, natomiast dzień 2 i 5 listopada były dniami pracującymi a organizacja pracy odwołującego jest jego sprawą. Tym samym fakt, że odwołujący faktycznie zapoznał się
z treścią pisma zamawiającego z 31 października 2018 r. dopiero 5 listopada 2018 r., które do jego siedziby dotarło 31 października 2018 r., nie stanowi obiektywnej przesłanki usprawiedliwiającej brak możliwości przyjazdu do siedziby zamawiającego w dniu 6 listopada 2018 r.

Tymczasem odwołujący pismem z 6 listopada 2018 r. wyraził wolę zawarcia umowy dopiero 12 listopada 2018 r. Zamawiający, wskutek powyższego, wyznaczył odwołującemu ostateczny termin do wykonania przedmiotowej czynności do dnia 7 listopada 2018 r. godz. 9.00. W przesłanym piśmie podkreślił, że możliwe jest podpisanie umowy przez osobę ustanowioną przez wykonawcę na podstawie umocowania do reprezentowania go i zawarcia umowy. Tego samego dnia odwołujący podtrzymał wolę podpisania umowy 12 listopada 2018 r. Argumentował przy tym, że nie jest to możliwe we wcześniejszym terminie, albowiem przebywa obecnie w Węgrzynie, natomiast 7 listopada br. będzie on w WOG Świętoszów celem podpisania umowy, nie ma też możliwości upoważnić innej osoby do wykonania tej czynności. W ocenie zamawiającego argumentacja odwołującego była chybiona
i wskazywała na uchylanie się od podpisania umowy. Należy bowiem zauważyć,
że odwołujący o terminie podpisania umowy dowiedział się 31 października 2018 r., tym samym dysponował wystarczającą ilością czasu na ustanowienie pełnomocnika. Ponadto zamawiający ustalił, że w dniu 7 listopada 2018 r. odwołujący, wbrew temu co twierdził, nie przebywał w Świętoszowie celem podpisania umowy (na potwierdzenie złożył pismo zamawiającego – WOG Świętoszów z 19 listopada 2018 r.). Również propozycja odwołującego co do wyznaczenia terminu zawarcia umowy 12 listopada 2018 r. wydaje się jedynie pozorną. Jak powszechnie wiadomo już 6 listopada br., a nawet wcześniej było niemal pewne, iż dzień ten będzie ustawowo wolny od pracy z okazji 100-lecia Święta Niepodległości. Można zatem domniemywać, że odwołujący wskazał celowo taką datę licząc, że najprawdopodobniej również w tym dniu nie będzie możliwe podpisanie umowy,
co dodatkowo przedłuży termin realizacji umowy z zamawiającym.

Mając to na uwadze, zdaniem zamawiającego, działania odwołującego wskazują,
że świadomie opóźniał datę zawarcia umowy. W złożonej ofercie zadeklarował bowiem
4- dniowy termin realizacji zamówienia, a zatem należało domniemywać, że jest faktycznie do tego przygotowany i dokona należytej staranności, aby dostarczyć zamówiony sprzęt niezwłocznie. Niczym nieuzasadnione dążenie do przedłużania terminu zawarcia umowy
i wyrażenie na to zgody przez zamawiającego powodowałoby, że odwołujący zyskałby na czasie i w rzeczywistości również miałby 15 dni na dostawę zamówienia, jak pozostali wykonawcy. Tym samym gdyby zamawiający uwzględnił argumentację odwołującego
i przedłużył termin zawarcia umowy mógłby narazić się na zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 24aa ust. 2 ustawy Pzp, poprzez brak dokonania oceny podmiotowej kolejnego wykonawcy, który został wybrany tj. Weindich Sp. j. zamawiający wyjaśnił, że w ramach prowadzonego postępowania żądał złożenia przez wykonawców oświadczenia (zgodnie z treścią stanowiącą załącznik nr 3 do SIWZ), między innymi w zakresie braku podstaw do wykluczenia z postępowania. Wykonawca ten oświadczenie takie złożył. Ponadto złożył on również oświadczenie o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp, w terminie wskazanym przez zamawiającego w SIWZ. Tym samym zarzut, że zamawiający zaniechał zbadania czy oferta wykonawcy Weindich Sp. j. jest poprawna formalnie, nie znajduje oparcia w rzeczywistości.

W zakresie podnoszonego przez odwołującego zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty nie spełniającej wymagań SIWZ, zamawiający wyjaśnił, że w swojej ofercie wykonawca Weindich Sp. j. zadeklarował, że oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia na warunkach opisanych w SIWZ, w tym w szczególności zgodnie
z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SIWZ), w pkt 7 Formularza oferty oświadczył, że przedmiot zamówienia wykona zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 i 5 do SIWZ). Ponadto zamawiający skierował do tego wykonawcy 25 października 2018 r. pismo wzywające go do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp czy oferowana przez niego zmywarka tunelowa Winterhalter STR 130 jest zaopatrzona w strefę suszenia. W odpowiedzi na powyższe wykonawca złożył wyjaśnienia, że proponowane przez niego urządzenia są wyposażone w strefy suszenia,
w postaci dodatkowej opcji wykonywanej na zamówienie. Do pisma załączył informacje techniczne o produkcie. Tym samym zamawiający uznał, że oferowany przez wykonawcę produkt spełnia wymagania SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu
się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym
w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, postanowieniami SIWZ, treścią oferty wykonawcy Weindich Sp. j., korespondencją prowadzoną pomiędzy zamawiającym a wykonawcami w postępowaniu, zapoznaniu się z odwołaniem,
po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu
w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał interes w złożeniu środka ochrony prawnej - odwołania, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący złożył ofertę w niniejszym postępowaniu, dla części pierwszej i drugiej zamówienia. Jego oferta oceniona została jako najkorzystniejsza. Zamawiający uznał, że wykonawca uchyla się od zawarcia umowy i dokonał powtórnie wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej przez wykonawcę Weindich Sp. j., i jak podnosił odwołujący wyboru tej oferty dokonał bez uprzedniego zbadania czy wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz czy spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz pomimo, że oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, treści oferty wykonawcy Weindich Sp. j., korespondencji prowadzonej pomiędzy zamawiającym a wykonawcami w postępowaniu a także dopuściła dowody złożone przez odwołującego na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, iż przedmiotem postępowania, zgodnie z opisem zawartym w Rozdziale III pkt 1 SIWZ jest dostawa sprzętu gastronomicznego – środki trwałe na rzecz 21 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Elblągu. Zamówienie zostało podzielone na dwie części: część I - zmywarka tunelowa dla m. Elbląg; część II - zmywarka tunelowa dla m. Morąg. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarto w załącznikach nr 1 i nr 5 do SIWZ. Zgodnie z Rozdziałem II – Tryb udzielenia zamówienia, pkt 2: zamawiający informuje, że w niniejszym postępowaniu zastosowanie ma art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp, tj. zamawiający najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. W Rozdziale IV SIWZ zamawiający wskazał wymagany termin wykonania zamówienia: nie wcześniej niż 2 dni robocze i nie później niż 15 dni roboczych od dnia złożenia zamówienia przez zamawiającego, jednakże nie później niż do 30 listopada 2018 r. Zgodnie z Rozdziałem VI – Wykaz oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia, część B – oświadczenia lub dokumenty potwierdzające okoliczności o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp; pkt 1. Wykonawca w terminie 3 dni od zamieszczenia na stronie internetowej informacji, o której mowa w art. 86 ust. 5 ustawy Pzp, przekazuje zamawiającemu oświadczenie o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp. Wraz ze złożeniem oświadczenia, Wykonawca może przedstawić dowody, że powiązania z innym Wykonawcą nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wzór oświadczenia stanowi załącznik nr 4 do SIWZ; pkt 2. Zamawiający w terminie, o którym mowa w art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, tj. nie krótszym niż 5 dni, wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających: 2.1. Brak postaw wykluczenia, tj. do złożenia z zastrzeżeniem art. 26 ust. 6 ustawy Pzp: odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp.
W Rozdziale XIII zamawiający opisał kryteria i sposób oceny ofert przewidując, że przy wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami: cena brutto oferty – 60%, termin realizacji dostawy – 40%. Jako uwaga dopisał, że minimalny termin realizacji dostawy nie może być krótszy niż 2 dni robocze od dnia złożenia zamówienia przez zamawiającego do dnia dostarczenia do miejsc dostawy wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia; maksymalny termin realizacji dostawy nie może przekroczyć 15 dni roboczych od dnia złożenia zamówienia przez zamawiającego do dnia dostarczenia do miejsc dostawy wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia.

W postępowaniu zostały złożone trzy oferty dla części I i II zamówienia przez wykonawców: Weindich Sp. j. 41-530 Chorzów, ul. Adamieckiego 8; Conrad Company R.K. 16-070 Choroszcz, Porosły – Kolonia 55; Allgast R.J. 85-022 Bydgoszcz, ul. Gdańska 145. W kryterium termin dostawy odwołujący zadeklarował (dla obu części) realizację zamówienia w terminie 4 dni roboczych, pozostali wykonawcy w terminie 15 dni roboczych. W dniu 31 października 2018 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty dla części I i II zamówienia, dokonując wyboru oferty złożonej przez odwołującego.

Pismem z 31 października 2018 r. zamawiający wezwał odwołującego do podpisania umowy, wyznaczając termin 6 listopada 2018 r. do godz. 14.00. poinformował również, że nie dopuszcza zawarcia umowy drogą korespondencyjną, zaś brak stawiennictwa w tym terminie będzie przez zamawiającego traktowane jako odmowa podpisania umowy. Przedmiotowe pismo zostało przesłane odwołującemu drogą mailową o godz. 14.37. Odwołujący, 6 listopada 2018 r. (mail przesłany o godz. 3.39.) poinformował zamawiającego, że nie może stawić się w wyznaczonym przez niego terminie z powodu zaplanowanych wcześniej na ten dzień wizyt w innych jednostkach wojskowych. Wyjaśniał, że również na dni 8 i 9 listopada br. ma już zaplanowane zadania, jednakże proponuje wizytę u zamawiającego 12 listopada 2018 r. W przedmiotowym piśmie zwraca się również do zamawiającego z prośbą o umożliwienie mu dokonania wizji lokalnej, celem potwierdzenia przygotowania infrastruktury niezbędnej do montażu maszyn. W odpowiedzi na przedmiotowe pismo zamawiający 6 listopada 2018 r. wyznaczył ostateczny termin zawarcia umowy w dniu następnym tj. 7 listopada br. (mail przesłany o godz. 12.34.). Odwołujący, w reakcji na pismo zamawiającego, w dniu 6 listopada 2018 r. (mail przesłany o godz. 12.35.) ponownie wyraził wolę podpisania umowy 12 listopada 2018 r., podkreślał też, że nie jest możliwe umocowanie innej osoby do dokonania tej czynności, bowiem aktualnie przebywa poza miejscem prowadzenia działalności i nie może udzielić stosowanego pełnomocnictwa. Ponownie

wskazywał także na konieczność sprawdzenia i uzgodnienia wymagań co do montażu
w obiektach docelowych. Zamawiający pismem z 7 listopada 2018 r. (mail przesłany o godz. 14.52.) poinformował odwołującego, że ostateczny termin podpisania umowy upływa tego dnia. W dniu 8 listopada 2018 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, spośród pozostałych ofert bez przeprowadzenia ich ponownego badania
i oceny, na podstawie art. 94 ust. 3 ustawy Pzp tj. wykonawcy Weindich Sp. j.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła
do przekonania, iż sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują częściowo oparcie
w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.
Izba uznała za zasadne zarzuty naruszenia przepisów ustawy Pzp poprzez dokonanie tzw. zastępczego wyboru oferty najkorzystniejszej – wykonawcy Weindich Sp. j., pomimo braku zaistnienia po temu jakichkolwiek przesłanek tj. pomimo tego, iż odwołujący, którego oferta została wybrana pierwotnie jako najkorzystniejsza, nie uchylał się od zawarcia umowy oraz poprzez celowe wyznaczenie odwołującemu terminów do podpisania umowy w taki sposób, aby możliwie czynność tę utrudnić, ew. uniemożliwić jej realizację.

Zgodnie z art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, chyba że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania, o których mowa w art. 93 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W stanie faktycznym niniejszej sprawy zamawiający po uznaniu, że odwołujący uchyla się od zawarcia umowy, dokonał ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty – wykonawcy Weindich Sp. j. Nie było sporne między stronami, że odwołujący został dwukrotnie wezwany do siedziby zamawiającego celem podpisania umowy, sporne jest natomiast czy terminy te wyznaczane były przez zamawiającego w sposób umożliwiający odwołującemu stawiennictwo się na wezwanie i czy zachowanie odwołującego może być uznane jako „uchylanie się" od zawarcia umowy.

W tym zakresie Izba zwraca uwagę, że zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 2005 r., III CK 344/05 przez uchylanie się od zawarcia umowy, będące przesłanką dochodzenia m.in. roszczenia o jej zawarcie, należy rozumieć tylko bezpodstawną odmowę zawarcia umowy przyrzeczonej. Uchylanie się od zawarcia umowy przyrzeczonej, będące przejawem niewykonania umowy przedwstępnej, powinno więc być rozumiane jako świadome działanie lub zaniechanie, zmierzające do bezpodstawnego nie zawarcia umowy przyrzeczonej, a przynajmniej godzenie się z takim skutkiem. Interpretacja terminu „uchyla się od zawarcia umowy" została dokonana również przez Sąd Okręgowy w Białymstoku
w wyroku z dnia 6 października 2005 r., II Ca 460/05, który przyjmując pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w wyroku z dnia 9 maja 2001 r., II CKN 440/00, stwierdził, że „za uchylenie się od zawarcia umowy należy rozumieć tylko bezpodstawną odmowę jej zawarcia. Za odmowę podpisania umowy uznać można tylko oświadczenie woli wykonawcy zawierające negatywne stanowisko w przedmiocie zaproszenia go przez zamawiającego ewentualnie takie działanie skarżącego, z którego wynikałaby dla zamawiającego informacja, iż takiego rodzaju oświadczenie woli skarżący rzeczywiście złożył. Odmowa podpisania umowy jest tożsama ze stanowiskiem podjętym świadomie przez wykonawcę i przekazanym do wiadomości zamawiającego. (...) Brak stawiennictwa w siedzibie zamawiającego pracownika wykonawcy, spowodowany zaniedbaniem przez niego obowiązków, nie jest tożsamy z uchyleniem się". Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że przez uchylanie się od zawarcia umowy należy rozumieć tylko bezpodstawną odmowę zawarcia umowy wyrażoną przez wykonawcę, który złożył zamawiającemu oświadczenie woli
w przedmiocie zaproszenia go przez zamawiającego do podpisania umowy - wprost lub przez zachowanie ujawniające jego wolę w sposób wystarczający. Nie każde zatem zachowanie wykonawcy powodujące brak natychmiastowego stawiennictwa celem podpisania umowy, może być utożsamiane z uchylaniem się od jej podpisania. Także zamawiający powinien dochować należytej staranności przy wzywaniu wykonawcy do zawarcia umowy. Sam wyznacza on termin zawarcia umowy z wykonawcą, w miarę możliwości winien to jednak uczynić w porozumieniu z wykonawcą, którego zaprasza do swojej siedziby. Może też dokonać zmiany pierwotnie ustalonego terminu, jeśli zaistnieją obiektywne okoliczności powodujące, że wykonawca nie może stawić się na wezwanie zamawiającego w określonym dniu.

W ocenie Izby analiza korespondencji prowadzonej pomiędzy zamawiającym
a odwołującym w przedmiocie wyznaczenia terminu zawarcia umowy o zamówienie publiczne, prowadzi do wniosku, że zamawiający wyznaczając kolejne terminy nie brał pod uwagę sugestii odwołującego, dotyczących możliwych terminów stawienia się w siedzibie zamawiającego. Pierwsze pismo zamawiającego skierowane było do odwołującego w dniu 31 października 2018 r., w godzinach popołudniowych i wskazywało dzień 6 listopada 2018 r. godz. 14:00. Należy zgodzić się z odwołującym, że biorąc pod uwagę termin, w jakim został zaproszony do siedziby zamawiającego (dni 1, 3 i 4 listopada br. były dniami wolnymi), miał on niewystarczającą ilość czasu aby mógł zaplanować swoje zadania i zadośćuczynić wezwaniu lub też udzielić pełnomocnictwa do dokonania tej czynności (jak podnosił odwołujący był on poza miejscem prowadzonej działalności a pełnomocnictwo do zawarcia umowy musi być w oryginale). Dał zresztą temu wyraz, zwracając się do zamawiającego
z prośbą (w nocy z 5 na 6 listopada 2018 r.) o zmianę terminu podpisania umowy, proponując 12 listopada 2018 r. (w dniu składania propozycji nie było pewności czy będzie to dzień wolny, gdyż jak ustaliła Izba ustawa o ustanowieniu Święta Narodowego z okazji setnej Rocznicy Odzyskania Niepodległości Rzeczypospolitej Polskiej – Dz. U. z 2018 r., poz. 2117 została podpisana przez Prezydenta RP w dniu 7 listopada br. i w tym dniu opublikowana – przebieg procesu legislacyjnego, druk nr 2931). Zamawiający, po zapoznaniu się z treścią pisma, wyraził zgodę na zmianę terminu, jednakże wskazał odwołującemu dzień następny tj. 7 listopada 2018 r. jako ostateczny termin stawienia się w jego siedzibie. Już następnego dnia tj. 8 listopada br. zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy Weindich Sp. j.

W ocenie Izby zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp dokonując wyboru oferty wykonawcy Weindich Sp. j., albowiem z zachowania odwołującego nie wynikało, aby nie chciał zawrzeć umowy. Gdyby nie miał takiego zamiaru nie pisałby pism i nie prosiłby
o przesunięcie terminu. Należy też zwrócić uwagę, iż odwołujący w swoich pismach zawarł wniosek, by termin zawarcia umowy przesunąć o kilka dni, złożył dokładne wyjaśnienia
z jakich powodów nie może stawić się w siedzibie zamawiającego w określonej dacie oraz wskazał konkretny dzień, w którym gotów jest stawić się w siedzibie zamawiającego. Dwukrotnie w pismach podkreślał również, że przed rozpoczęciem montażu urządzeń konieczne są uzgodnienia z zamawiającym polegające na sprawdzeniu miejsca montażu. Nie sposób zatem uznać, że odwołujący uchylał się on od podpisania umowy z zamawiającym.

Co więcej, odwołujący podejmował czynności celem przygotowania się do instalacji oferowanych zmywarek w siedzibie zamawiającego. Zgodnie ze złożoną notatką sporządzoną 8 listopada 2018 r. – Raport z weryfikacji przygotowania obiektów 21 WOG (JW w Morągu oraz JW w Elblągu) pracownicy serwisu odwołującego udali się do

obiektów zamawiającego celem ustalenia czy możliwy jest montaż urządzeń w obiektach zamawiającego. Z notatki tej wynika, że stan instalacji elektrycznej zmywalni uniemożliwia przystąpienie do realizacji zamówienia, konieczna jest jej modernizacja. Zamawiający nie zaprzeczał, że odwołujący był obecny w siedzibie zamawiającego, jednakże zwracał uwagę, że wizja lokalna obiektów winna być dokonana przed złożeniem oferty, nie zaprzeczył też że obecny stan instalacji elektrycznej uniemożliwia niezwłoczne przystąpienie do instalacji urządzeń.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, w ocenie Izby, zamawiający z niezrozumiałych powodów nie przychylił się do wniosku odwołującego o wyznaczenie mu terminu zawarcia umowy w dacie późniejszej. Nawet jej podpisanie 13 listopada 2018 r. nastąpiłoby bowiem w terminie związania ofertą oraz w terminie wyznaczonym przez zamawiającego jako maksymalny termin realizacji zamówienia tj. nie później niż do dnia 30 listopada 2018 r. Jak słusznie zwrócił uwagę odwołujący zamawiający w Rozdziale IV SIWZ wskazał wymagany termin wykonania zamówienia: nie wcześniej niż 2 dni robocze i nie później niż 15 dni roboczych od dnia złożenia zamówienia przez zamawiającego, jednakże nie później niż do 30 listopada 2018 r. Tym samym po zawarciu umowy konieczne było jeszcze złożenie zamówienia przez zamawiającego i dopiero od tej daty liczone być miały 4 dni robocze, zadeklarowane przez odwołującego w ofercie jako termin realizacji zamówienia. Skoro zamawiający nie podjął czynności niezbędnych do przystosowania instalacji w obiektach, w których miały być zamontowane urządzenia, samo podpisanie umowy w dniu 7 listopada br. nie umożliwiłoby przystąpienia do realizacji umowy.

Izba nie może zgodzić się z argumentacją zamawiającego, że wyrażenie przez niego zgody na zmianę terminu podpisania umowy w dacie postulowanej przez odwołującego, skutkowałoby zarzutem ze strony innych wykonawców naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Powszechną praktyką jest, że termin zawarcia umowy jest, w miarę możliwości, uzgadniany pomiędzy stronami. Z kolei wyznaczanie terminu na dzień następny należy uznać za naruszające naczelne zasady udzielania zamówień publicznych, zwłaszcza jeśli sankcją za niestawiennictwo w siedzibie zamawiającego jest uznanie, że odwołujący uchyla się od zawarcia umowy i wybór następnego wykonawcy. Nie ma tu również znaczenia okoliczność, że odwołujący zaproponował krótszy, w stosunku do innych wykonawców którzy złożyli oferty w postepowaniu, termin wykonania zamówienia. To bowiem zamawiający ustalił kryteria oceny ofert i ich wagi, dopuszczając takie skrócenie czasu realizacji, które spowoduje, że kryterium to zdecyduje o wyłonieniu wykonawcy. Nie można tylko z tej przyczyny, że odwołujący zaproponował termin krótszy niż inni wywodzić, że celowo zmierzał on do przesunięcia terminu zawarcia umowy aby przedłużyć czas pozostały mu na realizację zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności podjętej na podstawie art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, polegającej na wyborze oferty Weindich Sp. j., oraz ponowne wyznaczenie odwołującemu terminu zawarcia umowy dla części 1 i 2 Zamówienia, nie krótszego niż 5 dni roboczych od daty przekazania odwołującemu wezwania do podpisania umowy.

Za niezasadne należy uznać zarzuty naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności, do której był zobowiązany tj.: nie dokonanie prawidłowego zbadania, czy wykonawca, który złożył ofertę najwyżej ocenioną spośród pozostałych ofert tj. Weindich Sp. j. nie podlega wykluczeniu oraz czy spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz poprzez zaniechanie przez zamawiającego czynności do której był zobowiązany tj.: nie odrzucenie oferty Weindich Sp.j. pomimo, iż treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ

W tym zakresie odwołujący podnosił, że zamawiający naruszył przepis art. 24aa ust. 2 ustawy Pzp, gdyż przed dokonaniem wyboru oferty wykonawcy Weindich Sp. j. zaniechał czynności zbadania czy wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz czy nie podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący w tym zakresie wskazał, że przedmiotowy zarzut został przez niego sformułowany z ostrożności procesowej, sam bowiem z uwagi na krótki termin na złożenie odwołania, nie zapoznał się z aktami postępowania.

Izba nie stwierdziła naruszenia cytowanych przepisów. Zamawiający, w ramach prowadzonego postępowania, nie żądał złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, opisanych w Rozdziale V pkt 2 SIWZ. W zakresie wykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawców z postępowania żądał złożenia (zgodnie z Rozdziałem VI, pkt 2 ppkt 2.2.), z zastrzeżeniem art. 26 ust. 6 ustawy Pzp: odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp.

Na podstawie przekazanej przez zamawiającego dokumentacji postepowania Izba stwierdziła, że zamawiający nie był zobligowany żądać złożenia dodatkowych dokumentów, przed dokonaniem wyboru oferty wykonawcy Weindich Sp. j. na podstawie art. 94 ust. 3 ustawy Pzp. Z zapisów SIWZ wynika, że zamawiający nie żądał złożenia dokumentów na potwierdzanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W zakresie w jakim wskazał, że badał będzie istnienie braku podstaw do wykluczenia z postępowania zaznaczył, iż wezwie wykonawcę do złożenia odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp, z zastrzeżeniem art. 26 ust. 6 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2014 r. poz. 1114 oraz z 2016 r. poz. 352). Jednocześnie, zgodnie z § 10 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia w przypadku wskazania przez wykonawcę dostępności oświadczeń lub dokumentów, w formie elektronicznej pod określonymi adresami internetowymi ogólnodostępnych i bezpłatnych baz danych, zamawiający pobiera samodzielnie z tych baz danych wskazane przez wykonawcę oświadczenia lub dokumenty. Takim dokumentem jest odpis z Krajowego Rejestru Sądowego. W omawianej sprawie dokument ten został złożony wraz z ofertą przez wykonawcę Weindich Sp. j. Jest to również dokument, który można pozyskać ze strony internetowej. Tym samym zarzut, że zamawiający zaniechał zbadania czy oferta wykonawcy Weindich Sp. j. jest poprawna formalnie, nie znajduje oparcia w rzeczywistości.

W zakresie, w jakim odwołujący wskazywał na niezgodność treści oferty wykonawcy Weindich Sp. j. z treścią SIWZ tj. podnosił, że wykonawca zaoferował zmywarki tunelowe Winterhalter STR130, mające dysze myjące i płucząco-nabłyszczające wykonane z tworzywa sztucznego a nie jak żądał zamawiający w SIWZ wykonane ze stali nierdzewnej, Izba zwraca uwagę, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą jest postępowaniem kontradyktoryjnym. Z jego istoty wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek przedstawiania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Ponadto, zgodnie z art. 14 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny (dalej „KC"), jeżeli przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej. Zgodnie z art. 6 KC ciężar

udowodnienia faktu spoczywa
na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Przepis ten wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Reguła ta z kolei znajduje swoje odzwierciedlenie w przepisie regulującym zasady prowadzenia postępowania odwoławczego przez Krajową Izbą Odwoławczą tj. w art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym to Strony
i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Na te zasady zwracały również uwagę w swoich wyrokach sądy powszechne tak np. Sąd Okręgowy w Warszawie
V Wydział Cywilny Odwoławczy, w Wyroku z dnia 8 kwietnia 2008 r. (sygn. akt V Ca 571/08) stwierdzając, że kontradyktoryjny charakter postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą pozostawia inicjatywę dowodową stronom, nie nakładając na Izbę obowiązku ustalenia prawdy materialnej, podobnie Sąd Okręgowy w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy w Wyroku z 19 marca 2008 r. (sygn. akt XIX Ga 92/08) stwierdza, że w postępowaniu odwoławczym przed KIO to strony postępowania, a nie Izba winna poszukiwać i wykazać dowody na poparcie swoich twierdzeń.

Przenosząc to na realia niniejszej sprawy należy stwierdzić, że rolą odwołującego jest przedstawienie argumentów wskazujących, że oferta wykonawcy Weindich Sp. j. winna być uznana za niezgodną z treścią SIWZ i jako taka odrzucona, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący tymczasem podnosił, że oferta ta jest niezgodna z wymaganiami, gdyż wynika to z jego wiedzy na temat produktów oferowanych na rynku, w tym w zakresie właściwości produktu zaproponowanego w ofercie przez tego wykonawcę. Odwołujący nie przedłożył żadnego dowodu świadczącego o tym, że zmywarki tunelowe Winterhalter STR130, mają dysze myjące i płucząco-nabłyszczające wykonane z tworzywa sztucznego
a nie ze stali nierdzewnej, gdyż jak sam przyznał parametr ten nie jest opisany w karcie katalogowej produktu. Za dowód taki nie może być również uznany fakt, że inny zamawiający, który ogłosił postępowanie w 2015 r. odrzucił ofertę innego wykonawcy ubiegającego się wówczas o udzielenie zamówienia z tej przyczyny, że oferowany sprzęt (zmywarka tunelowa STR 130 WinterHalter) nie spełnił wymagań w opisywanym zakresie. Izba podziela argumentację zamawiającego, że od czasu unieważnienia tamtego postepowania minęły dwa lata, nie da się wykluczyć, że właściwości i cechy produktu uległy zmianie. Ponadto wykonawca Weindich Sp. j. złożył w swojej ofercie oświadczenie,
że oferowane przez niego urządzenie spełnia wymagania opisu przedmiotu zamówienia. Jednocześnie, w odpowiedzi na zapytanie zamawiającego, skierowane do tego wykonawcy w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie spełnienia innego wymagania stwierdził,
że parametr ten jest dodatkową opcją, wykonywaną na zamówienie. Nie jest zatem wykluczone, że ramiona myjące w oferowanym urządzeniu również wykonywane są, na specjalne zamówienie, ze stali nierdzewnej. W toku postepowania odwołujący nie wykazał, że takie rozwiązanie jest technicznie niemożliwe.

Biorąc pod uwagę powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak
w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Częściowe potwierdzenie się zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości
i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972). Izba zaliczyła na poczet niniejszego postepowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania, uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty: zastępstwa procesowego i noclegu, na podstawie faktur VAT złożonych na rozprawie,
kosztów dojazdu w wysokości 510 zł. (posługując się posiłkowo Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z 25 marca 2002 r. w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli
i motorowerów niebędących własnością pracodawcy – tj. Dz. U. z 2002 r., poz. 271 ze zm.)
i opłaty skarbowej od pełnomocnictwa

Przewodniczący:

……