

WYROK
z dnia 10 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 października 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11.09.2017 r. przez wykonawcę **TRONUS POLSKA Spółka z o.o., ul. Ordona 2a, 01-237 Warszawa** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego - **Służba Kontrwywiadu Wojskowego, ul. W. Oczki 1, 02-007 Warszawa** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa mebli gabinetowych” (znak ZP-37-SKW-2017).

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania w wysokości **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych i zero groszy) obciąża Odwołującego - **TRONUS POLSKA Spółka z o.o., ul. Ordona 2a, 01-237 Warszawa** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych i zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **TRONUS POLSKA Spółka z o.o., ul. Ordona 2a, 01-237 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

1

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 22 grudnia 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

2

Uzasadnienie

do wyroku z dnia 10 października 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1894/17

Zamawiający – Służba Kontrwywiadu Wojskowego, ul. W. Oczki 1, 02-007 Warszawa prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa mebli gabinetowych” (znak ZP-37-SKW-2017).

Izba ustaliła, iż postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 24.07.2017 r. Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 555754-N-2017.

Powyższe oznacza, iż do przedmiotowego postępowania mają zastosowanie przepisy znowelizowanej ustawy Prawo zamówień publicznych tj. ustawy zmienionej w związku z wejściem w życie z dniem 28.07.2016 r. nowelizacji zawartej w ustawie z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020).

W dniu **06.09.2017 r.** Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty firmy Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Szkół „CEZAS” Sp. z o.o. na podstawie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. art. 94 ust. 3 ustawy Pzp w związku brakiem wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

W dniu **11.09.2017 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wykonawca TRONUS POLSKA Spółka z o.o., ul. Ordona 2a, 01-237 Warszawa wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego tj. Służby Kontrwywiadu Wojskowego dokonanych w toku postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: „Dostawa mebli gabinetowych”, znak postępowania ZP-37-SKW-2017, o wartości nieprzekraczającej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 24.07.2017 r., numer ogłoszenia 555754-N-2017.

Zamawiającemu w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

3

1) Art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. art. 94 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty firmy Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Szkół „CEZAS” Sp. z o.o. (dalej Cezas) w związku z uznaniem, że Odwołujący uchyła się od podpisania umowy;

IV. ŻĄDANIA

Z uwagi na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty firmy Cezas jako oferty najkorzystniejszej,
- 2) ponowne wyznaczenie terminu podpisania umowy z firmą Tronus Polska Sp. z o.o.

Wniósł także o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wpisu oraz innych kosztów, zgodnie z rachunkami, które zostaną przedstawione na rozprawie.

V. ZACHOWANIE TERMINU I WYMOGÓW FORMALNYCH.

- 1) Informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej Odwołujący otrzymał w dniu 06.09.2017 r. drogą elektroniczną.
- 2) Odwołujący uiścił wpis od odwołania w wymaganej wysokości, a Zamawiający otrzymał kopię odwołania.

VI. INTERES I SZKODA.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego i potwierdzenia się zarzutów Odwołania, Zamawiający zawarłby umowę z Odwołującym. Biorąc powyższe pod uwagę, w ocenie Odwołującego, nie ulega wątpliwości, że wskutek niezgodnych z przepisami ustawy działań i zaniechań Zamawiającego, Odwołujący może ponieść szkodę, gdyż nie uzyska przedmiotowego zamówienia.

UZASADNIENIE I. Informacje wstępne i uzasadnienie zarzutów odwołania
Przedmiotem zamówienia pn. „dostawa mebli gabinetowych”, znak postępowania ZP-37-SKW-2017, jest dostawa mebli i innych elementów wyposażenia wnętrz.

W dniu 11.08.2017 r. Zamawiający przesłał do Odwołującego drogą elektroniczną „Informację o wyborze najkorzystniejszej oferty” z dnia 11.08.2017 r. W tej decyzji Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty nr 1 złożonej przez wykonawcę Tronus Polska Sp. z o.o.

Dowód:

4

- informacja o wyborze oferty z dnia 11.08.2017 r. (w aktach postępowania)

Dnia 17.08.2017 r. Zamawiający przesłał do Odwołującego drogą elektroniczną zaproszenie do podpisania umowy z dnia 17.08.2017 r. wyznaczając termin podpisania umowy na dzień 24-25.08.2017 r. oraz poinformował o konieczności wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Odwołujący niezwłocznie wystąpił do firmy ubezpieczeniowej z

wnioskiem o wystawienie wzoru gwarancji ubezpieczeniowej na zabezpieczenie należytego wykonania umowy do akceptacji Zamawiającego. Wzór gwarancji ubezpieczyciel przekazał Odwołującemu dnia 22.08.2017 r. Tego samego dnia Odwołujący pismem z dnia 22.08.2017 r. przekazał Zamawiającemu wzór gwarancji do akceptacji informując jednocześnie, że od zatwierdzenia przez Zamawiającego wzoru gwarancji ubezpieczyciel potrzebuje 2 dni na wystawienie oryginału. Zamawiający dnia 24.08.2017 r. drogą korespondencji elektronicznej zatwierdził wzór gwarancji. Ze względu na brak zachowania dwudniowego terminu na wystawienie oryginału gwarancji podpisanie umowy w wyznaczonym terminie okazało się niemożliwe.

Dowód:

- zaproszenie do podpisania umowy z dnia 17.08.2017 r. (w aktach postępowania)
- pismo Odwołującego z dnia 22.08.2017 r. (w aktach postępowania)
- mailowa akceptacja wzoru gwarancji przez Zamawiającego z dnia 24.08.2017 r.

Pismem z dnia 28.08.2017 r. Odwołujący zwrócił się z prośbą do Zamawiającego o informacje dotyczące wstępu na teren siedziby Zamawiającego pracowników Odwołującego z obywatelstwem ukraińskim. Zamawiający pomimo ponawiania prośby o informacje pismami w dniach 29.08.2017 r. oraz 01.09.2017 r. dopiero pismem z dnia 05.09.2017 r. poinformował, że weryfikacja pracowników nie jest warunkiem podpisania umowy i Zamawiający udzieli w tej sprawie odpowiedzi po podpisaniu umowy. Powyższa odpowiedź nie dała jednak Odwołującemu wyjaśnienia tej istotnej kwestii. Odwołujący pismem z dnia 05.09.2017 r. poinformował Zamawiającego, że kwestia możliwości wstępu pracowników Odwołującego z obywatelstwem ukraińskim jest dla Odwołującego kluczowa dla realizacji umowy oraz o konieczności posiadania tej informacji.

Dowód:

- pismo Odwołującego z dnia 28.08.2017 r. (w aktach postępowania)
- ponowna prośba Odwołującego z dnia 29.08.2017 r. oraz 01.09.2017 r. (w aktach postępowania)
- pismo Zamawiającego z dnia 05.09.2017 r. (w aktach postępowania)
- pismo Odwołującego z dnia 05.09.2017 r. (w aktach postępowania)

Pismem z dnia 28.08.2017 r. Zamawiający ponownie zaprosił Odwołującego na podpisanie umowy wyznaczając termin na dzień 29.08.2017 r. W odpowiedzi, pismem z dnia 29.08.2017 r. Odwołujący zwrócił się z prośbą do Zamawiającego o zmianę terminu podpisania umowy. Swoją prośbę Odwołujący umotywował opóźnieniem w wydaniu gwarancji ubezpieczeniowej po stronie ubezpieczyciela, a także konieczną obecność upoważnionego przedstawiciela Odwołującego na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą. Jednocześnie Odwołujący zwrócił uwagę Zamawiającego na fakt, że niestawienie się przedstawiciela Odwołującego na podpisanie umowy w wyznaczonym terminie nie może być uznane jako uchylanie się od jej zawarcia. Powyższe zostało poparte wyrokami Sądu Najwyższego i KIO. Dowód:

- zaproszenie do podpisania umowy z dnia 28.08.2017 r. (w aktach postępowania)
- pismo Odwołującego z dnia 29.08.2017 r. (w aktach postępowania)

Pismem z dnia 05.09.2017 r. Zamawiający ponownie zaprosił Odwołującego na podpisanie umowy wyznaczając termin na dzień 06.09.2017 r. W odpowiedzi, pismem z dnia 05.09.2017 r. Odwołujący poinformował o braku możliwości stawienia się w wyznaczonym terminie ze względu na obowiązkowe przesłuchanie osoby upoważnionej w sądzie. Wskazał jednocześnie termin, w jakim bez przeszkód mógłby stawić się w siedzibie Zamawiającego w celu podpisania umowy. Wskazał także, że brak stawiennictwa zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego oraz KIO nie może być traktowany jako uchylanie się od jej zawarcia. Równocześnie Odwołujący poinformował, że wypełniając obowiązek wykonania pomiarów dnia 07.09.2017 r. w siedzibie Zamawiającego stawi się pracownik Odwołującego celem dokonania pomiarów. W wyznaczonym dniu pracownik Odwołującego stawił się w siedzibie Zamawiającego celem wykonania pomiarów, jednak nie został on wpuszczony. Zamawiający twierdził, że nie wie nic na temat wykonania pomiarów.

Dowód:

- pismo Zamawiającego z dnia 05.09.2017 r. (w aktach postępowania)
- pismo Odwołującego z dnia 05.09.2017 r. (w aktach postępowania)

Pismem z dnia 06.09.2017 r. Zamawiający poinformował, że dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty firmy Cezas w związku z zastosowaniem art. 94 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący pismem z dnia 07.09.2017 r. nie zgodził się z decyzją Zamawiającego oraz wykazał, że wywiązał się z wszystkich ciężących na nim obowiązków niezbędnych przed podpisaniem umowy.

Dowód:

- informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 06.09.2017 r. (w aktach postępowania)

6

- pismo Odwołującego z dnia 07.09.2017 r. (w aktach postępowania)

Jak wskazał Odwołujący w podsumowaniu biorąc pod uwagę wyżej przedstawione okoliczności faktyczne oraz wskazane naruszenia przepisów ustawy Pzp odwołanie winno zostać uwzględnione, a czynności zamawiającego w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty firmy Cezas w związku z zastosowaniem art. 94 ust. 3 Pzp powinny zostać wycofane zgodnie z zakresem przedstawionych przez Odwołującego żądań. Z tego powodu Odwołujący wniósł, jak we wstępie.

Odwołujący w piśmie uzupełniającym datowanym na dzień 02.10.2017 r. uzupełnił swoją argumentację składając szereg wniosków dowodowych i wnosząc o ich dopuszczenie, w tym przeprowadzenie dowodów z następujących dokumentów:

1) Korespondencja mailowa z dnia 25.08.2017 r. oraz 26.08.2017 r.,

2) Korespondencja mailowa z dnia 28.08.2017 r. oraz 29.08.2017 r.,

3) Decyzja Ministra Obrony Narodowej nr 19/MON,

4) Informacja o posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23.08.2017 r.,

5) Protokół z rozprawy przed Sądem Rejonowym dla m. st. Warszawy z dnia 29.03.2017 r.,

6) Protokół odbioru końcowego dostawy do Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej z dnia 05.09.2017 r.,

7) Notatka służbowa z dnia 28.09.2017 r. wystosowana przez S. Y-N.,

- na okoliczność tego, że upoważniony przedstawiciel Odwołującego nie mógł stawić się w siedzibie Zamawiającego w wyznaczonych terminach w związku z innymi obowiązkami służbowymi a także, że Odwołujący dążył do uzyskania niezbędnych informacji dotyczących wstępu na teren jednostki Zamawiającego pracowników Odwołującego z ukraińskim obywatelstwem.

Jak wskazał Odwołujący z dokumentów tych jednoznacznie wynika, że Odwołujący mailem z dnia 25.08.2017 r. po raz pierwszy zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o informacje dotyczące wstępu pracowników Odwołującego z obywatelstwem ukraińskim na teren jednostki Zamawiającego. Dnia 26.08.2017 r. Odwołujący ponowił swoją prośbę jednak bezskutecznie. W związku z brakiem odpowiedzi dnia 28.08.2017 r. Odwołujący złożył pismo do Zamawiającego w tej sprawie (wskazane w odwołaniu) oraz ponowił prośbę drogą

7

mailową dnia 29.08.2017 r. Zamawiający nie wskazał w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia obowiązku złożenia wniosku o wstęp na teren Zamawiającego, natomiast na wielokrotne prośby Odwołującego nie przedstawił jasnej odpowiedzi. W związku z realizacją innego postępowania przetargowego Odwołujący powziął informacje o obowiązku składania wniosku o wstęp cudzoziemców na obszar chronionego obiektu wojskowego określone w Decyzji Nr 19/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 24 stycznia 2017 r. zgodnie z Rozdziałem 6 Decyzji. W związku z brakiem stosownych informacji w SIWZ Odwołujący próbował uzyskać informacje bezpośrednio od Zamawiającego, jednak bezskutecznie.

Dot. dowodu z pkt 4

Z dokumentu tego, zdaniem Odwołującego, jednoznacznie wynika, że na dzień wyznaczony przez Zamawiającego przedstawiciel Odwołującego nie mógł stawić się w celu podpisania umowy w związku z wyznaczonym na ten sam dzień posiedzeniem Krajowej Izby Odwoławczej.

Dot. dowodów z pkt 5-6

Zamawiający wyznaczył kolejny termin podpisania umowy na dzień 06.09.2017 r. na godzinę 11:00. Jak wskazane zostało w odwołaniu, przedstawiciel Odwołującego w związku z obowiązkowym stawiennictwem na rozprawie sądowej nie mógł stawić się w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie. Powyższe potwierdza protokół z dnia 29.03.2017 r. wydany przez Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy. Przedstawiciel Odwołującego nie mógł stawić się na podpisaniu umowy przed rozpoczęciem rozprawy w związku z koniecznością odpoczynku po nocnym powrocie z procedur odbiorowych po realizacji zamówienia w Krakowie. Przeprowadzenie odbioru dostaw potwierdza protokół odbioru końcowego z dnia 05.09.2017 r.

Dot. dowodu z pkt 7

Zgodnie z informacją przekazaną Zamawiającemu pismem z dnia 05.09.2017 r. w dniu 07.09.2017 r. w siedzibie Zamawiającego stawił się pracownik Odwołującego celem wykonania pomiarów niezbędnych przed podpisaniem umowy. Zgodnie z przedstawioną notatką służbową pracownik Odwołującego nie został przez Zamawiającego dopuszczony do wykonania pomiarów.

8

Zamawiający pismem z dnia 06.10.2017 r. wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc jego oddalenie w całości. W ramach uzasadnienia Zamawiający wskazał, że na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. „Prawo zamówień publicznych” (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) zwanej dalej „ustawą” przedstawia w niniejszym piśmie swoją odpowiedź na odwołanie wniesione w dniu 12 września 2017 r. przez Wykonawcę TRONUS POLSKA Sp. z o.o. ul. Ordona 2a, 01-237 Warszawa (dalej jako „Wykonawca” lub „Odwołujący się”) w postępowaniu - udzielnie zamówienia publicznego pod nazwą „dostawa mebli gabinetowych”, nr referencyjny ZP-37-SKW-2017.

Po zapoznaniu się z treścią odwołania (str. 301-316 kopii dokumentacji przetargowej przekazanej do KIO), Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości z braku podstaw do jego uwzględnienia. Odwołujący w odwołaniu zawarł jeden zarzut (str. 302 kopii dokumentacji przetargowej przekazanej do KIO), a mianowicie zarzut naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 ustawy w zw. z art. 94 ust. 3 ustawy poprzez wybór oferty najkorzystniejszej firmy Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Szkół „CEZAS” Sp. z o.o. w związku z uznaniem, że Odwołujący uchyła się od podpisania umowy.

Zdaniem Zamawiającego, w sytuacji faktycznej stanowiącej podstawę odwołania oraz okolicznościach wykonania przepisu art. 94 ust. 3 ustawy, który stanowi, iż Zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, nie znajduje zastosowania przepis art. 91 ust. 1 ustawy. Odwołujący, przedstawiając przyczyny braku swojego działania nie wskazał jakichkolwiek sprecyzowanych faktów i nie odniósł do żadnej sytuacji na poparcie zarzutu naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 ustawy. Brak określenia zarzutów naruszenia przepisów prawa w odwołaniu poza podstawą prawną (art. 91 ust. 1 ustawy), brak wskazania uzasadnienia faktycznego leżącego u podstaw wnoszonego środka ochrony prawnej, zdaniem Zamawiającego, powinien stanowić podstawę oddalenia odwołania z uwagi na brak możliwości jego rozpoznania.

Ponadto, podstawą sformułowania zarzutu, zdaniem Odwołującego, jest czynność Zamawiającego polegająca na uznaniu, że Odwołujący uchyła się od podpisania umowy. Odwołujący nie wskazał jakichkolwiek dowodów na poparcie swoich twierdzeń, jakoby Zamawiający uznał, że Odwołujący uchyła się od podpisania umowy. Sam fakt wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert, na podstawie art. 94 ust. 3 ustawy, czyli zgodnie z literą prawa, nie stanowi dowodu w wymienionej kwestii. Istnieją bowiem dwie enumeratywnie określone przesłanki zastosowania art. 94 ust. 3 ustawy, które nie muszą

9

wystąpić łącznie. Obie przesłanki znajdują także odzwierciedlenie w podstawie zatrzymania wadium, wymienione w art. 46 ust. 5 pkt. 1 i 2 ustawy. Jedną z nich jest brak wniesienia

przez Wykonawcę wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zamawiający wybrał ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, z powodu okoliczności, iż Wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy (str. 285 kopii dokumentacji przetargowej przekazanej do KIO).

Zamawiający nie może więc zająć stanowiska w zakresie zarzutu dotyczącego czynności, których Zamawiający nie dokonał. Zamawiający zaprzecza twierdzeniom Wykonawcy, jakoby takie okoliczności zaistniały.

Należy podkreślić, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań. W tym przypadku zarzut nie znajduje potwierdzenia. Podobne stanowisko znajduje się m.in. w wyroku KIO z 9.09.2016 r., sygn. KIO 1610/16.

Z ostrożności procesowej Zamawiający informuje, że w dniu 11.08.2017 r. przekazał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej (str. 230-233 kopii dokumentacji przetargowej przekazanej do KIO) i po upływie terminu na wniesienie odwołania tj. w dniu 17.08.2017 r. przesłał do Odwołującego drogą elektroniczną zaproszenie do podpisania umowy (str. 235-23 kopii dokumentacji przetargowej przekazanej do KIO), wyznaczając termin na dzień 24-25.08.2017 r. oraz jedynie informacyjnie przypomniał o konieczności wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy (dalej „zabezpieczenie”). Podkreślenia wymaga, że informacja o wymogu wniesienia zabezpieczenia została umieszczona w Rozdziale XV Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) (str. 96-97 kopii dokumentacji przetargowej przekazanej do KIO). Odwołujący jednak twierdzi w uzasadnieniu odwołania (strona 2) (str. 303 kopii dokumentacji przetargowej przekazanej do KIO), że w wyżej wymienionym zaproszeniu do podpisania umowy Zamawiający poinformował o konieczności wniesienia zabezpieczenia i Wykonawca niezwłocznie wystąpił do firmy ubezpieczeniowej z wnioskiem o wystawienie wzoru gwarancji ubezpieczeniowej. Odwołujący sugeruje zatem, jakoby wcześniej nie wiedział o konieczności wniesienia zabezpieczenia. Nic nie stało bowiem na przeszkodzie, aby Odwołujący odpowiednio się przygotował do zawarcia umowy, tj. wcześniej poczynił działania i ustalenia w celu uzyskania wzoru gwarancji ubezpieczeniowej zwłaszcza, że składając ofertę na Formularzu ofertowym

10

pkt. III oświadczył (str. 169-170 kopii dokumentacji przetargowej przekazanej do KIO), iż w przypadku wybrania jego oferty zobowiązuje się do zawarcia umowy na warunkach zawartych w SIWZ w siedzibie Zamawiającego i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego. Tym samym, zgodnie z wymogami SIWZ, działając jako profesjonalny podmiot gospodarczy, powinien być gotowy wnieść zabezpieczenie przed terminem wyznaczonym na podpisanie umowy.

Odwołujący w piśmie przesłanym drogą elektroniczną w dniu 22.08.2017 r. (str. 239-240 kopii dokumentacji przetargowej przekazanej do KIO) twierdzi, że na wystawienie oryginału gwarancji niezbędny jest termin 2 dni do podpisania umowy. Po akceptacji w dniu 24.08.2017 r., przez Zamawiającego wzoru gwarancji ubezpieczeniowej (str. 238 kopii dokumentacji przetargowej przekazanej do KIO), Odwołujący przez kolejne 4 dni nadal nie wnosił wymaganego zabezpieczenia. Zamawiający w dniu 28.08.2017 r., ponownie wystosował drogą elektroniczną pismo zawierające zaproszenie do podpisania umowy (str. 242-243 kopii dokumentacji przetargowej przekazanej do KIO), wyznaczając termin na jej podpisanie na dzień 29.08.2017 r., jednocześnie przypominając o konieczności wniesienia zabezpieczenia. Następnie, stwierdzając w dniu 05.09.2017 r. brak wniesienia przez Odwołującego wymaganego zabezpieczenia, Zamawiający po raz trzeci wystosował drogą elektroniczną pismo zawierające zaproszenie do podpisania umowy (str. 262-263 kopii dokumentacji przetargowej przekazanej do KIO), wyznaczając termin na jej podpisanie na godz. 11.00 w dniu 06.09.2017 r., jednocześnie przypominając o konieczności wcześniejszego wniesienia zabezpieczenia.

Biorąc pod uwagę fakt, iż Odwołujący się w wyznaczonym kolejnym terminie na podpisanie umowy tj. w dniu 06.09.2017 r. do godz. 11.00 nie wniósł wymaganego zabezpieczenia,

Zamawiający podjął decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, na podstawie art. 94 ust. 3 ustawy. Informacja o dokonanej czynności została przekazana Odwołującemu drogą elektroniczną w dniu 06.08.2017 r. o godz. 15.57. W przekazanej w dniu 06.08.2017 r. informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania (str. 285-288 kopii dokumentacji przetargowej przekazanej do KIO), Zamawiający wyraźnie jako podstawę swojej decyzji wskazuje, iż Odwołujący nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, co nie zostało podniesione w przedstawionych w odwołaniu zarzutach. Brak wniesienia wymaganego zabezpieczenia przez okres kolejnych 26 dni od przekazania informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Odwołującego świadczy o jego celowym działaniu, zwłaszcza biorąc pod uwagę składane wyjaśnienia Odwołującego o

trudnościach związanych z uzyskaniem gwarancji ubezpieczeniowych, mimo przewidzianych przepisami ustawy innych form wnoszenia zabezpieczenia. Dodatkowo o celowym działaniu przemawia fakt, iż Odwołujący dokonał jednak przelewu gotówkowego jako zabezpieczenie, które zostało zaksięgowane na koncie Zamawiającego dopiero w dniu 07.09.2017 r. o godz. 9.50 (str. 296 kopii dokumentacji przetargowej przekazanej do KIO). Zamawiający domniema, iż nastąpiło to niezwłocznie po otrzymaniu informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert, stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania. Tym samym sam Odwołujący *per facta concludentia* dowiódł, że nie stało nic na przeszkodzie, aby wnieść wymagane zabezpieczenie. W piśmie z dnia 07.09.2017 r. (str. 289-295 kopii dokumentacji przetargowej przekazanej do KIO) Odwołujący wyjaśnia, że ubezpieczyciel odmówił mu wydania gwarancji ubezpieczeniowej w związku z osiągnięciem limitów kwotowych Wykonawcy związanych z innymi kontraktami i wniesienie zabezpieczenia w formie pieniądza było konieczne. Należy tu zauważyć, iż zgodnie z postanowieniami SIWZ, z chwilą wszczęcia postępowania było wiadomo, że wymagane jest wniesienie zabezpieczenia przed terminem podpisania umowy w jednej z dopuszczalnych form, a Zamawiający nie preferował formy gwarancji ubezpieczeniowej. Wyjaśnienia Odwołującego nie są spójne, potwierdzeniem jest wcześniejsza korespondencja kierowana do Zamawiającego, w której Odwołujący twierdzi, iż ubezpieczyciel potrzebuje 2 dni na wystawienie oryginału gwarancji - e-mail z dnia 22.08.2017 r. (str. 239-240 kopii dokumentacji przetargowej przekazanej do KIO), następnie w piśmie przesłanym drogą elektroniczną w dniu 29.08.2017 r. (str. 247-251 kopii dokumentacji przetargowej przekazanej do KIO); informuje, że potrzebuje 3 dni na wystawienie oryginału gwarancji, kolejny raz w dniu 06.09.2017 r. (str. 280 kopii dokumentacji przetargowej przekazanej do KIO) e-mailowo informuje, że na otrzymanie oryginału gwarancji potrzebne są 2 dni, proponując podpisanie umowy dopiero w dniu 12.09.2017 r. Brak stawiennictwa na podpisanie umowy w dniu 29.08.2017 r. Odwołujący, w piśmie przesłanym drogą elektroniczną w dniu 29.08.2017 r. (str. 247-251 kopii dokumentacji przetargowej przekazanej do KIO), tłumaczy koniecznością udziału upoważnionego przedstawiciela Wykonawcy na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą (sygn. akt. KIO 1694/17), w piśmie przesłanym drogą elektroniczną w dniu 05.09.2017 r. (str. 268-272 kopii dokumentacji przetargowej przekazanej do KIO), wyjaśnia, iż wyznaczony na dzień 06.09.2017 r. termin na podpisanie umowy również jest niemożliwy z uwagi na udział upoważnionego przedstawiciela Wykonawcy w tym terminie na przesłuchaniu do sprawy sądowej. Zamawiający nie kwestionował, w uzasadnieniu swojej decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert, braku stawiennictwa w wyznaczonych terminach na podpisanie umowy i tym samym uchylanie się od jej zawarcia, co wielokrotnie 12

podnosi Odwołujący, a jedynie brak wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, którego Odwołujący nie uczynił. Nie ulega wątpliwości, iż w celu wniesienia wymaganego zabezpieczenia nie jest konieczne stawiennictwo upoważnionego przedstawiciela Wykonawcy w siedzibie Zamawiającego. Nie znajduje również uzasadnienia brak wniesienia wymaganego zabezpieczenia, jak tłumaczy Odwołujący, że nie uzyskał w odpowiedzi na e-mail z dnia 25.08.2017 r. (str. 238 kopii dokumentacji przetargowej przekazanej do KIO), pismo przesłane drogą elektroniczną w dniu 28.08.2017 r. (str. 244-246 kopii dokumentacji przetargowej przekazanej do KIO) i w dniu 29.08.2017 r. (str. 247-251 kopii dokumentacji przetargowej przekazanej do KIO), e-mail z dnia 29.08.2017 r. (str. 255

kopii dokumentacji przetargowej przekazanej do KIO), pismo przesłane drogą elektroniczną w dniu 01.09.2017 r. (str. 259-261 kopii dokumentacji przetargowej przekazanej do KIO), pismo przesłane drogą elektroniczną w dniu 05.09.2017 r. (str. 268-272 kopii dokumentacji przetargowej przekazanej do KIO) oraz e-mail z dnia 06.09.2017 r. (str. 282 kopii dokumentacji przetargowej przekazanej do KIO), w zakresie wydania pozwolenia wejścia na teren Zamawiającego montażystów z ukraińskim obywatelstwem.

Dodatkowo Odwołujący w piśmie przesłanym drogą elektroniczną w dniu 07.09.2017r. (str. 289-295 kopii dokumentacji przetargowej przekazanej do KIO) twierdzi, że istotnym dla Wykonawcy aspektem mającym wpływ na realizację umowy była możliwość wstępu pracowników Wykonawcy pochodzenia ukraińskiego na teren jednostki Zamawiającego i że nie uzyskał satysfakcjonującej odpowiedzi. Zamawiający w żadnym dokumencie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie wskazał, że zakazuje wstępu pracowników Wykonawcy pochodzenia ukraińskiego lub innego, niż obywateli polskich na teren Zamawiającego. Obecność pracownika Odwołującego w siedzibie Zamawiającego w dniu 07.09.2017 r. celem dokonania pomiarów stała się bezpodstawną, gdyż miało to miejsce po dokonaniu wyboru oferty innego Wykonawcy.

W toku postępowania o udzielenia zamówienia publicznego Wykonawca, przed upływem terminu składania ofert, może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący mając wątpliwości co do możliwości wejścia na teren Zamawiającego pracowników z obywatelstwem ukraińskim zobowiązany był wszystkie istotne elementy mające, zdaniem Odwołującego, wpływ na realizację umowy, wyjaśnić na odpowiednio wczesnym etapie - przed złożeniem oferty, czego nie uczynił. Bezspornym pozostaje fakt, iż powyższa kwesta pracowników — obcokrajowców na obecnym etapie postępowania nie wpływa na dokonanie czynności wniesienia wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Przeciąganie terminu podpisania umowy przez Odwołującego i jego opieszałość we wnoszeniu wymaganego zabezpieczenia oraz w wykonaniu niezbędnych pomiarów przed podpisaniem umowy należy potraktować jako celowe i 13

nieuczciwe w kontekście kryteriów oceny ofert i zadeklarowanym terminie wykonania zamówienia. Zgodnie bowiem z SIWZ i treścią ogłoszenia, jednym z kryteriów oceny ofert był termin realizacji 1-szej transzy dostawy z wagą 20% (str. 94-95, 140 kopii dokumentacji przetargowej przekazanej do KIO). Odwołujący zaoferował termin realizacji 1-szej transzy dostawy na 4 tygodnie od dnia podpisania umowy, za co otrzymał maksymalną ilość punktów w tym kryterium.

Powołując się na stanowisko wynikające z orzecznictwa, w tym na wyrok z dnia 3 października 2016 r., sygn. akt: KIO 1785/16, należy uznać, że odwołanie zasługuje na oddalenie w całości. Zamawiający nie miał obowiązku zgodzić się na terminy zawarcia umowy czy wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy wyznaczane przez Odwołującego. W przytoczonym wyroku Izba wzięła pod uwagę, że Zamawiający wykazał się dobrą wolą i wyznaczył odwołującemu ostateczny termin zawarcia umowy, a odwołujący „chwycił się” wszelkich sposobów, aby moment zawarcia umowy przedłużyć. Zdaniem Izby "Odwołujący jest osobą prawną i ma obowiązek takiego zorganizowania własnej działalności, aby przejściowa nieobecność osób decyzyjnych, nie uniemożliwiała funkcjonowania podmiotu, np. poprzez pozostawienie pełnomocnictw. "

Gdyby jednak hipotetycznie uznać zmianę kwalifikacji zarzutów i przyjąć za nieuprawnione uznanie przez Zamawiającego uchylenie się Odwołującego od podpisania umowy, przytoczone szczegółowo powyżej fakty również potwierdzają, że doszło do zaniedbania ze strony Odwołującego na tyle poważne, iż można uznać, że uchyła się on od podpisania umowy. Działania Odwołującego były bowiem pozorne, nakierowane na przedłużenie procedury zawarcia umowy i wyczerpywały przesłankę art. 94 ust. 3 ustawy. Zamawiający dodatkowo zwraca uwagę, że w wyniku wyboru kolejnej oferty było zatrzymanie wadium, a co jest jedynie konsekwencją czynności uznania, że Wykonawca nie wnosi wymaganego zabezpieczenia lub uchyła się od zawarcia umowy.

Ponadto Wykonawca jest zobowiązany do wskazania w odwołaniu wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych, jakie są mu znane na dzień złożenia odwołania, a jakie mogą mieć wpływ na wynik postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą. Tu Zamawiający zobowiązany jest poinformować, iż Odwołujący w dniu 08.09.2017 r. (str. 298-300 kopii dokumentacji przetargowej przekazanej do KIO) przesłał pismo drogą elektroniczną, którego

forma pisemna wpłynęła do Zamawiającego w dniu 11.09.2017 r., zgodnie z którym Odwołujący zwraca się z prośbą o zwrot wadium wpłaconego w przedmiotowym postępowaniu.

14

Tym samym Odwołujący wycofał się ze związania swoją ofertą, bowiem przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium na przedłużony okres związania ofertą. Przedłużenie terminu związania ofertą dokonane zostało po wyborze oferty najkorzystniejszej i obowiązek przedłużenia wadium dotyczy jedynie Wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w tym przypadku Odwołującego. Istotą wadium jest to, że winno ono zabezpieczać ofertę przez pełen okres związania ofertą, w tym także w czasie zawieszenia biegu terminu związania ofertą. Ponadto niemożliwym stało się wypełnienie przez Zamawiającego dyspozycji art. 184 ustawy. Odwołujący swoim działaniem dowodzi, że rozstrzygnięcie odwołania na jego korzyść jest bezzasadne, a Zamawiający może spotkać się z sytuacją, w której nie będzie mógł zrealizować swoich, wynikających z ustawy, uprawnień do zatrzymania wadium, gdy Odwołujący uchylił się od podpisania umowy do czego najwyraźniej zmierza.

Poza powyższym, za formalnie spóźnione i tym samym nie mające wpływu na ocenę odwołania, należy uznać pismo z dnia 2 października 2017 r. w zakresie rzekomych wniosków dowodowych na poparcie tez wysuwanych przez Wykonawcę. Jedynie na marginesie należy podnieść, iż m.in. powoływanie się na dokonywanie dostawy dla innego zamawiającego w zbieżnym terminie, jako wytłumaczenia braku własnych działań w stosunku do postępowania przetargowego Zamawiającego potwierdza jedynie przypuszczenia o braku dochowania należytego profesjonalizmu po stronie Odwołującego w niniejszej sprawie. Podsumowując, Zamawiający wniósł jak na wstępie, o oddalenie odwołania w całości, wniesionego przez TRONUS POLSKA Sp. z o. o., ul. Ordona 01-237

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, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

15

Izba w niniejszym składzie, kierując się wykładnią przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp dokonaną przez sądy okręgowe w wyniku kontroli instancyjnej orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, uznała, że wniesione odwołanie dotyczy czynności objętej zakresem normy prawnej wyrażonej w powyższym przepisie.

Jak wskazał w wyroku z dnia 25 kwietnia 2017 r. Sąd Okręgowy w Warszawie w sprawie rozpoznawanej pod sygn. akt XXIII Ga 365/17 *W ocenie Sądu Okręgowego dokonując wykładni art. 180 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, zaskarżeniu odwołaniem w postępowaniach przed Krajową Izbą Odwoławczą podlegają wszystkie zachowania zamawiającego w ramach badania i oceny ofert prowadzące do wadliwego, niezgodnego z przepisami prawa – ustawy Pzp wyboru oferty najkorzystniejszej. Analogiczna argumentacja została przedstawiona również przez Sąd Okręgowy w Lublinie w wyroku z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie rozpoznawanej pod sygn. akt IX Ga 502/16.*

Tym samym Izba stwierdziła z urzędu, że wniesione odwołanie nie spełnia przesłanek z art. 189 ust. 2 ustawy, w tym art. 189 ust. 2 pkt 6 w związku z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy. Izba wzięła pod uwagę wynik kontroli instancyjnej Sądów Okręgowych właściwych dla siedziby zamawiającego, które z mocy art. 198 a ust. 1 ustawy sprawują nadzór instancyjny nad orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej. Izba ustaliła stan znany Izbie z urzędu, że

Sądy Okręgowe wydały 22 orzeczenia uwzględniające skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę, która została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą ekonomicznie. Następnie Zamawiający uznając, że Odwołujący nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, dokonał wyboru oferty wykonawcy sklasyfikowanego w postępowaniu na drugim miejscu w rankingu ofert. Powyższą czynność w drodze odwołania zakwestionował wykonawca TRONUS POLSKA Spółka z o.o. W przypadku zaś uwzględnienia odwołania wykonawca ten ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Jednocześnie Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie przystąpienia nie zgłosił żaden wykonawca.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy

16

w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego.

Izba dopuściła również, przeprowadziła i poddała ocenie dowody zawnioskowane przez Odwołującego wraz z odwołaniem oraz w piśmie procesowym z dnia 02.10.2017 r. Dowody obejmują:

1. Informację o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 11.08.2017 r. (w aktach postępowania);
2. Zaproszenie do podpisania umowy z dnia 17.08.2017 r. (w aktach postępowania);
3. Pismo Odwołującego z dnia 22.08.2017 r. (w aktach postępowania);
4. Dokonana mailem z dnia 24.08.2017 r. akceptacja wzoru gwarancji przez Zamawiającego;
5. Pismo Odwołującego z dnia 28.08.2017 r. (w aktach postępowania);
6. Wniosek Odwołującego z dnia 29.08.2017 r. oraz 01.09.2017 r. (w aktach postępowania);
7. Pismo Zamawiającego z dnia 05.09.2017 r. (w aktach postępowania);
8. Pismo Odwołującego z dnia 05.09.2017 r. (w aktach postępowania);
9. Zaproszenie do podpisania umowy z dnia 28.08.2017 r. (w aktach postępowania);
10. Pismo Odwołującego z dnia 29.08.2017 r. (w aktach postępowania);
11. Pismo Zamawiającego z dnia 05.09.2017 r. (w aktach postępowania);
12. Pismo Odwołującego z dnia 05.09.2017 r. (w aktach postępowania);
13. Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 06.09.2017 r. (w aktach postępowania);
14. Pismo Odwołującego z dnia 07.09.2017 r. (w aktach postępowania);
15. Korespondencja mailowa z dnia 25.08.2017 r. oraz 26.08.2017 r.;
16. Korespondencja mailowa z dnia 28.08.2017 r. oraz 29.08.2017 r.;
17. Decyzja Ministra Obrony Narodowej nr 19/MON;
18. Informacja o posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23.08.2017 r.;
19. Protokół z rozprawy przed Sądem Rejonowym dla m. st. Warszawy z dnia 29.03.2017 r.;
20. Protokół odbioru końcowego dostawy do Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej z dnia 05.09.2017 r.;
21. Notatka służbowa z dnia 28.09.2017 r. wystosowana przez p. S. Y.-N.

17

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Izba w ramach analizy stanu faktycznego ustaliła, iż co do zasady pomiędzy Stronami nie było sporu w zakresie stanu faktycznego, lecz jedynie w zakresie interpretacji jego skutków w postaci dokonania przez Zamawiającego tzw. zastępczego wyboru oferty najkorzystniejszej.

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, że przedmiotem postępowania jest dostawa mebli gabinetowych.

Zgodnie z Rozdziałem IV SIWZ zatytułowanym „Termin wykonania zamówienia” Zamawiający określił, że termin wykonania zamówienia zamyka się datą 30.11.2017 r., zaś wykonanie I transzy dostawy ma nastąpić w terminie 6 tygodni od dnia podpisania umowy.

W Rozdziale IX SIWZ Zamawiający określił 30 – dniowy termin związania ofertą.

Termin składania ofert został określony w Rozdziale XI SIWZ na dzień 01.08.2017 r. do godziny 12.00. Otwarcie ofert nastąpiło w tym samym dniu o godzinie 13.30.

Izba ustaliła również, że w ramach kryteriów oceny ofert (Rozdział XIII SIWZ) Zamawiający wśród kryteriów pozacenowych przewidział kryterium „termin realizacji I transzy dostawy” z wagą na poziomie 20%.

W Rozdziale XIV SIWZ zatytułowanym „Informacje o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego” wskazał, co następuje.

1. Zamawiający (niezależnie dla każdej części) poinformuje Wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza o terminie i miejscu zawarcia umowy. Umowa w sprawie zamówienia publicznego zawarta będzie w terminie wskazanym przez Zamawiającego, tj. zgodnie z art. 94 ust. 1 pkt. 2 lub ust. 2 pkt. 1 lit. a) lub ust. 2 pkt. 3 ustawy
2. Osoby reprezentujące Wykonawcę przy podpisywaniu umowy powinny posiadać ze sobą dokumenty potwierdzające ich umocowanie do podpisania umowy, o ile umocowanie to nie będzie wynikać z dokumentów załączonych do oferty lub którymi dysponuje Zamawiający.
3. Przed podpisaniem umowy Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, których oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, w wypadku dołączenia do oferty pełnomocnictwa (o którym mowa w art. 23 ust. 2 ustawy) tylko do reprezentowania

18

ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożą stosowne pełnomocnictwo do podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

4. W przypadku wyboru oferty złożonej przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Zamawiający może żądać przed zawarciem umowy przedstawienia umowy regulującej współpracę tych Wykonawców. Umowa taka winna określać strony umowy, cel działania, sposób współdziałania, zakres prac przewidzianych do wykonania każdemu z nich, solidarną odpowiedzialność za wykonanie zamówienia, oznaczenie czasu trwania konsorcjum (obejmującego okres realizacji przedmiotu zamówienia, gwarancji i rękojmi), wykluczenie możliwości wypowiedzenia umowy konsorcjum przez któregośkolwiek z jego członków do czasu wykonania zamówienia.

5. W przypadku, gdy Wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, uchyli się od zawarcia umowy lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, Zamawiający, na podstawie art. 24aa ust.2 zbada, czy nie podlega wykluczeniu oraz czy spełnia warunki udziału w postępowaniu Wykonawca, który złożył ofertę najwyższej ocenianą spośród pozostałych ofert. Zamawiający w takiej sytuacji wybierze ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert, chyba że będą zachodziły przesłanki, o których mowa w art. 93 ust. 1 ustawy.

6. Zawarcie umowy nastąpi wg wzoru Zamawiającego. Umowa jest nieważna w części wykraczającej poza określenie przedmiotu zamówienia, zawarte w SIWZ. Postanowienia ustalone we wzorze umowy nie podlegają negocjacjom. Zakres świadczenia Wykonawcy wynikający z umowy musi być tożsamy z zobowiązaniem zawartym w złożonej przez niego ofercie.

7. W przypadku nie przedłożenia przez Wykonawcę dokumentów określonych w pkt. 2), 3) i 4) w wymaganym terminie, czy też niewniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, Zamawiający uzna ten fakt za uchylenie się od zawarcia umowy. Zamawiający będzie uprawniony do dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych (za szkodę spowodowaną uchyleniem się od zawarcia umowy).

W Rozdziale XV SIWZ zatytułowanym „Wymagania dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy” zostało wskazane, że:

1. Wykonawca, którego oferta zostanie wybrana zobowiązany jest wnieść zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 10% wartości brutto oferty, które to Wykonawca wniesie nie później niż w dniu podpisania umowy, przed jej podpisaniem.
2. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy może być wnoszone w jednej lub w kilku formach:
 - a) pieniądzu;

19

-
- b) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że zobowiązanie kasy jest zawsze zobowiązaniem pieniężnym;
 - c) gwarancjach bankowych;
 - d) gwarancjach ubezpieczeniowych;
 - e) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. z 2016 r., poz. 359).
 3. Zamawiający nie wyraża zgody na wniesienie zabezpieczenia w formach określonych art. 148 ust. 2 ustawy.
 4. Sposób wniesienia zabezpieczenia:
 - a) zabezpieczenie wnoszone w pieniądzu należy wpłacić na konto NBP o/W-wa 51 1010 1010 0055 4213 9120 0000 z zaznaczeniem „Zabezpieczenie należytego wykonania umowy dot. Dostawa mebli gabinetowych., spr. nr ZP-37-SKW-2017”;
 - b) zabezpieczenie wnoszone w innej formie niż w pieniądzu należy złożyć w kasie Zamawiającego przy ul. Oczki I w Warszawie, w godzinach 11:00-14:00 - w formie oryginału, a kserokopię załącza się do umowy.
 5. Gwarancja lub poręczenie musi zawierać następujące elementy:
 - a) nazwę Wykonawcy i jego siedzibę (adres),
 - b) nazwę Beneficjenta (Zamawiającego),
 - c) nazwę Gwaranta lub Poręczyciela,
 - d) określać wierzytelność, która ma być zabezpieczona gwarancją, tj.:
 - z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy (przez okres jej wykonania plus 30 dni) do kwoty w wysokości 100% zabezpieczenia,
 - roszczenia z tytułu rękojmi za wady (przez okres rękojmi liczony od następnego dnia po dniu przewidzianym na zakończenia wykonania umowy z uwzględnieniem dodatkowego okresu 15 dni) do kwoty w wysokości 30% zabezpieczenia.

Z treści zabezpieczenia przedstawionego w formie gwarancji/poręczenia winno wynikać, że bank, ubezpieczyciel, poręczyciel zapłaci, na rzecz Zamawiającego w terminie maksymalnie 30 dni od pisemnego żądania kwotę zabezpieczenia, na pierwsze wezwanie Zamawiającego, bez odwołania, bez warunku, niezależnie od kwestionowania czy zastrzeżeń Wykonawcy i bez dochodzenia czy wezwanie Zamawiającego jest uzasadnione czy nie.

Gwarant nie może uzależniać dokonania zapłaty od spełnienia jakichkolwiek dodatkowych warunków lub też od przedłożenia jakiejkolwiek dodatkowej dokumentacji, w tym Zamawiający nie zaakceptuje gwarancji lub poręczenia zawierającego m.in. zastrzeżenie, że wezwanie do zapłaty musi zostać złożone do Gwaranta za pośrednictwem banku prowadzącego rachunek Beneficjenta umowy, bądź zastrzeżenie, że do żądania zapłaty musi zostać dołączone potwierdzenie banku Beneficjenta stwierdzające, że podpisy na żądaniu

20

zapłaty zostały złożone przez osoby upoważnione do reprezentowania Beneficjenta (ewentualnego potwierdzenia podpisów złożonych na żądaniu zapłaty Gwarant dokonuje we własnym zakresie).

W przypadku przedłożenia gwarancji nie zawierającej wymienionych w lit. a) - d) elementów, bądź posiadającej nieakceptowane przez Zamawiającego zastrzeżenia. Zamawiający uzna, że Wykonawca nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania urno

6. W przypadku, gdy zabezpieczenie, będzie wnoszone w formie innej niż pieniądz, Zamawiający zastrzega sobie prawo do akceptacji projektu ww. dokumentu.

7. Potwierdzenie wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy (np.: dowód wpłaty, potwierdzenie przelewu, potwierdzenie przyjęcia zabezpieczenia przez kasę Zamawiającego) należy przekazać Zamawiającemu w miejscu i terminie wyznaczonym na podpisanie umowy, przed jej podpisaniem. Jeżeli zabezpieczenie zostało wniesione w innej formie niż w pieniądzu, jego kserokopię przekazuje się wraz z potwierdzeniem i załącza do umowy.

8. Zabezpieczenie wniesione w pieniądzu będzie przechowywane na oprocentowanym rachunku bankowym i zostanie zwrócone wraz z odsetkami naliczonymi według umowy wynikającej z rachunku bankowego pomniejszonymi o koszty prowadzenia rachunku oraz prowizji bankowej za przelew pieniędzy na rachunek Wykonawcy.

9. 70% zabezpieczenia zostanie zwrócone przez Zamawiającego w terminie 30 dni od daty odbioru dostawy. Pozostała kwota zabezpieczenia zwrócona zostanie Wykonawcy w terminie 15 dni po upływie terminu roszczeń z tytułu rękojmi.

Jak zostało wskazane w załączniku nr 2 do SIWZ zatytułowanym „Opis techniczny” (...) Wykonawca, który złożył najkorzystniejszą ofertę przed podpisaniem umowy przedstawi co najmniej 6 dekorów kolorystycznych płyty synchronicznej 3D spośród których zamawiający dokona wyboru – wymagana kolorystyka od tzw. odcieni jasnych do bardzo ciemnych. (...) Wykonawca, którego oferta będzie najkorzystniejsza, zobowiązany jest przed podpisaniem umowy do wykonania własnych pomiarów mebli i po akceptacji przez zamawiającego, korekty wymiarów przystąpi do realizacji przedmiotu umowy. Dostarczone przez wykonawcę wymagane ww. wzory płyt, zamków, stopek, uchwytów itd. wykonaniu wyboru przez zamawiającego pozostaną w zasobach zamawiającego do momentu zakończenia realizacji umowy.

W dniu 11.08.2017 r. Zamawiający przesłał do Odwołującego drogą elektroniczną „Informację o wyborze najkorzystniejszej oferty” z dnia 11.08.2017 r. W tej decyzji Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty nr 1 złożonej przez wykonawcę Tronus Polska Sp. z o.o.

Zamawiający pismem z dnia 17.08.2017 r. przesłał do Odwołującego drogą elektroniczną zaproszenie do podpisania umowy wyznaczając termin jej podpisania na dzień 24 - 25.08.2017 r. oraz poinformował o konieczności wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Odwołujący dnia 22.08.2017 r. przekazał Zamawiającemu wzór gwarancji do akceptacji informując jednocześnie, że od zatwierdzenia przez Zamawiającego wzoru gwarancji ubezpieczyciel potrzebuje 2 dni na wystawienie oryginału.

Zamawiający dnia 24.08.2017 r. drogą korespondencji elektronicznej zatwierdził wzór gwarancji.

Pismem z dnia 28.08.2017 r. Odwołujący zwrócił się z prośbą do Zamawiającego o informacje dotyczące wstępu na teren siedziby Zamawiającego pracowników Odwołującego z obywatelstwem ukraińskim.

Odwołujący ponowił swoją prośbę o informacje pismami w dniach 29.08.2017 r. oraz 01.09.2017 r.

Zamawiający pismem z dnia 05.09.2017 r. poinformował, że weryfikacja pracowników nie jest warunkiem podpisania umowy i Zamawiający udzieli w tej sprawie odpowiedzi po podpisaniu umowy.

Odwołujący pismem z dnia 05.09.2017 r. poinformował Zamawiającego, że kwestia możliwości wstępu pracowników Odwołującego z obywatelstwem ukraińskim jest dla Odwołującego kluczowa dla realizacji umowy oraz o konieczności posiadania tej informacji.

Pismem z dnia 28.08.2017 r. Zamawiający ponownie zaprosił Odwołującego na podpisanie umowy wyznaczając termin na dzień 29.08.2017 r.

W odpowiedzi na powyższe Odwołujący pismem z dnia 29.08.2017 r. zwrócił się z prośbą do Zamawiającego o zmianę terminu podpisania umowy. Swoją prośbę Odwołujący umotywował opóźnieniem w wydaniu gwarancji ubezpieczeniowej po stronie ubezpieczyciela, a także konieczną obecność upoważnionego przedstawiciela Odwołującego na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Pismem z dnia 05.09.2017 r. Zamawiający ponownie zaprosił Odwołującego na podpisanie umowy wyznaczając termin na dzień 06.09.2017 r.

W odpowiedzi na powyższe Odwołujący pismem z dnia 05.09.2017 r. poinformował Zamawiającego o braku możliwości stawienia się w wyznaczonym terminie ze względu na obowiązkowe przesłuchanie osoby upoważnionej do reprezentowania spółki w sądzie. Wskazał jednocześnie termin, w jakim bez przeszkód mógłby stawić się w siedzibie Zamawiającego w celu podpisania umowy. Równocześnie Odwołujący poinformował Zamawiającego, że wypełniając obowiązek wykonania pomiarów dnia 07.09.2017 r. w siedzibie Zamawiającego stawi się pracownik Odwołującego celem dokonania pomiarów.

22

Zamawiający pismem z dnia 06.09.2017 r. poinformował Odwołującego, że dokonał wyboru jako najkorzystniejszej drugiej w kolejności oferty, tj. oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Szkół „CEZAS” Spółka z o.o. działając na podstawie art. 94 ust. 3 ustawy Pzp. W uzasadnieniu powyższej decyzji Zamawiający wskazał, że wykonawca TRONUS POLSKA Spółka z o.o. nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Ponadto Zamawiający podniósł, że zaproszenie do podpisania umowy zostało wystosowane w dniu 17.08.2017 r. zgodnie z którym wyznaczono termin na podpisanie umowy na dzień 24 – 25.08.2017 r. Jak wskazał Zamawiający w powyższym piśmie kolejne zaproszenie do podpisania umowy zostało wystosowane w dniu 28.08.2017 r., zgodnie z którym wyznaczono termin na podpisanie umowy na dzień 29.08.2017 r. W dalszej części powyższego pisma Zamawiający wskazał, co następuje. Następne zaproszenie do podpisania umowy zostało wystosowane w dniu 05.09.2017 r. zgodnie z którym wyznaczono termin na podpisanie umowy na dzień 06.09.2017 r. Wykonawca w żadnym z wyznaczonych terminów na podpisanie umowy nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Wykonawca także w żadnym z wyznaczonych terminów na podpisanie umowy nie dopełnił czynności niezbędnych przed podpisaniem umowy określonych w opisie przedmiotu zamówienia, w szczególności nie dostarczył wymaganych wzorów płyt, zamków, stopek, uchwytów oraz nie wykonał własnych pomiarów.

Odwołujący pismem z dnia 07.09.2017 r. przekazał Zamawiającemu zastrzeżenia w przedmiocie podjętej decyzji oraz wskazując, że wywiązał się z wszystkich ciążących na nim obowiązków niezbędnych przed podpisaniem umowy.

Jednocześnie w oparciu o zgromadzony materiał dowodowy Izba ustaliła, iż Odwołujący w dniu 06.09.2017 r. złożył w banku polecenie przelewu kwoty stanowiącej zabezpieczenie należytego wykonania umowy. Uznanie rachunku Zamawiającego powyższą kwotą nastąpiło w dniu 07.09.2017 r.

Odwołujący w dniu 11.09.2017 r. wniósł odwołanie wobec czynności wyboru w ramach niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Szkół „CEZAS” Spółka z o.o.

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 nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

23

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż podniesione w treści odwołania zarzuty w postaci art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. art. 94 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty firmy Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Szkół „CEZAS” Spółka z o.o. Odwołujący odniósł do podstawy faktycznej, która nie stanowiła uzasadnienia podjętej przez Zamawiającego czynności.

Jak bowiem wynika z uzasadnienia czynności zakomunikowanej pismem z dnia 06.09.2017 r. dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej drugiej w kolejności oferty, tj. oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Szkół „CEZAS” Spółka z o.o. w oparciu o art. 94 ust. 3 ustawy Pzp było podyktowane faktem, że wykonawca TRONUS POLSKA Spółka z o.o. nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Odwołujący zaś całą argumentację zawartą w odwołaniu zbudował na założeniu, że podstawą czynności tzw. zastępczego wyboru oferty najkorzystniejszej był fakt uchylania się

Odwołującego od podpisania umowy.

Izba w tym miejscu wskazuje, że zgadza się z Zamawiającym, że art. 94 ust. 3 ustawy Pzp zawiera w swojej treści dwie niezależne przesłanki umożliwiające podmiotowi zamawiającemu dokonanie tzw. „zastępczego wyboru oferty najkorzystniejszej”. Jedną z tych przesłanek jest uchylenie się wybranego wykonawcy od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub (podkreślenie Izby) brak wniesienia wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Jak wskazał Zamawiający, i co wynika jednoznacznie z treści pisma z dnia 06.07.2017 r., główną przesłanką, która zdecydowała o zastosowaniu instytucji uregulowanej w treści art. 94 ust. 3 ustawy Pzp było nie wniesienie przez Odwołującego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Dopiero w dalszej kolejności Zamawiający w uzasadnieniu zwrócił uwagę na uchybienie przez Odwołującego kolejnych obowiązków.

Niezależnie jednak od powyższego, tj. która z przesłanek została przez Odwołującego uznana za podstawę faktyczną czynności Zamawiającego, w ocenie Izby, w niniejszym wypadku mieliśmy do czynienia z dwiema przesłankami uprawniającymi zastosowanie art. 94 ust. 3 ustawy Pzp. Nie ulega bowiem wątpliwości, iż zgodnie z postanowieniami SIWZ, wykonawca, którego oferta została wybrana w danym postępowaniu winien przed podpisaniem umowy dokonać szeregu czynności. Po pierwsze wykonawca winien wnieść zabezpieczenie należytego wykonania umowy w dopuszczanej przepisami formie, która w żaden sposób nie została przez Zamawiającego ograniczona. Po drugie wykonawca winien dostarczyć Zamawiającemu wymagane wzory płyt, zamków, stopek, uchwytów. Wykonawca winien również wykonać w tym czasie własne pomiary.

Jednakże odnosząc się do argumentacji Odwołującego, w tym treści korespondencji prowadzonej przez Niego z Zamawiającym wskazać należy, że Odwołujący nie spełnił ciężących na nim obowiązków, nie dołożył również staranności aby w odpowiednim

wyprzedzeniem uzyskać istotne, w jego ocenie, informacje. Izba wskazuje, iż przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte w dniu 24.07.2017 r. Zamawiający jest zaś jednostką, która ze względu na swoją funkcję w systemie bezpieczeństwa Państwa, dysponuje określonymi procedurami reglamentującymi wstęp osób postronnych do swojej siedziby. W tym zakresie Izba zatem podzieliła w całej rozciągłości argumentację podniesioną na rozprawie przez Zamawiającego. Otóż Odwołujący mając świadomość powyższego faktu oraz fakt zatrudnienia w swoim przedsiębiorstwie cudzoziemców winien z wyprzedzeniem poczynić działania zamierzającego do uzyskania zgody na wstęp takich osób na teren jednostki Zamawiającego lub przynajmniej uzyskać w tym zakresie konieczne informacje pozwalające mu na przygotowanie odpowiednich zezwoleń.

Izba odniosła się do powyższej kwestii, gdyż Odwołujący uczynił z niej w treści odwołania zasadniczy argument stanowiący usprawiedliwienie braku podstaw do podjęcia przez Zamawiającego decyzji w oparciu o treść art. 94 ust. 3 ustawy Pzp. Jednakże w ocenie Izby kwestia nieuzyskania zgody na wstęp takich osób na teren jednostki Służby Kontrwywiadu Wojskowego pozostaje bez jakiegokolwiek związku z przesłankami, które legły u podstaw decyzji Zamawiającego. Otóż Odwołujący, w ocenie Izby, nie złożył Zamawiającemu w wymaganym terminie, tj. przed podpisaniem umowy, który to termin był trzykrotnie wyznaczany przez Zamawiającego na dzień 24 – 25 .08.2017 r., 29.08.2017 r. oraz na dzień 06.09.2017 r., zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Co istotne od dnia wyboru oferty najkorzystniejszej mającej miejsce 17.08.2017 r. Odwołujący miał bowiem 3 tygodnie na wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy i mógł dokonać jego wniesienia w dowolnej przewidzianej przepisami SIWZ formie. Mając na uwadze powyższe działania Zamawiającego, w postaci zastosowania art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, miały swoje normatywne podstawy w ustawie Pzp, postanowieniach SIWZ oraz w ustalonych przez Izbę okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy.

Dodatkowo Izba wskazuje, jak wynika ze stanowiska Odwołującego przedstawionego na rozprawie, że uzależniał On, co do zasady, podpisanie umowy od zgody Zamawiającego na wstęp na teren jego jednostki pracowników spółki posiadających obywatelstwo ukraińskie. Odwołujący stwierdził również, że od tego faktu uzależniał podpisanie umowy i gdyby takiej zgody nie otrzymał, w jego ocenie, do niepodpisania umowy doszłoby z winy Zamawiającego. Izba w tym miejscu wskazuje, że kwestia podpisania umowy jest zasadniczo kwestią woli stron i tylko w wyjątkowych przypadkach, tj. ze względów losowych, ze względu na czynniki zewnętrzne, w tym siłę wyższą, może nie nastąpić w oderwaniu od woli stron.

Jednakże w niniejszym wypadku sam Odwołujący ujawnił jakie było źródło braku po jego stronie woli do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy i podpisania samej umowy w wyznaczonych przez Zamawiającego trzech kolejnych terminach. Otóż w ocenie Izby Odwołujący nie mógł uzależniać podpisania umowy od wyrażenia przez Zamawiającego

25

zgody na wstęp na teren jego jednostki pracowników spółki posiadających obywatelstwo ukraińskie. Gdyby Odwołujący chciał swoją wolę w tym zakresie zmanifestować na zewnątrz winien złożyć wraz z ofertą zastrzeżenie w postaci warunku, że od tego faktu uzależnia podpisanie umowy. Wówczas, gdyby Zamawiający przyjął takie zastrzeżenie, tj. dopuścił złożenie oferty warunkowej, miałby świadomość w przedmiocie warunków, od których Odwołujący uzależnia zawarcie umowy. Pomijając kwestię możliwości wyboru takiej oferty w niniejszym postępowaniu Izba wskazuje, że Odwołujący na etapie rozprawy wyjawiał przesłanki, od których uzależniał podpisanie umowy w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odnosząc się do ogólnych reguł prawa cywilnego, uregulowanych w Dziale II

zatytułowanym „Zawarcie umowy” ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny i stosowanych odpowiednio na mocy art. 14 ustawy Pzp, złożenie oferty stanowi wolę zawarcia umowy na warunkach określonych w ofercie (art. 66 § 1 ww. ustawy). Zgodnie z art. 66 § 2 ustawy Kodeks cywilny oferty nie można odwołać, jeżeli wynika to z jej treści lub określono w niej termin przyjęcia. Rolę tego ostatniego elementu w zamówieniach publicznych pełni termin związania ofertą, który w niniejszym postępowaniu został ustalony na 30 dni. Zamawiający zaś w niniejszym postępowaniu przyjął ofertę Odwołującego w tym terminie dokonując jej wyboru jako najkorzystniejszej. Ponadto zgodnie z treścią Art. 70 § 1 ustawy kodeks cywilny *Oferta złożona w toku przetargu przestaje wiązać, gdy została wybrana inna oferta albo gdy przetarg został zamknięty bez wybrania którejkolwiek z ofert, chyba że w warunkach przetargu zastrzeżono inaczej*. Jak wynika z § 3 ww. przepisu *Do ustalenia chwili zawarcia umowy w drodze przetargu stosuje się przepisy dotyczące przyjęcia oferty, chyba że w warunkach przetargu zastrzeżono inaczej*. Ustawa Kodeks cywilny przewiduje również konsekwencje związane z uchylaniem się od podpisania umowy. Art. 70 § 1 stanowi, że: *W warunkach aukcji albo przetargu można zastrzec, że przystępujący do aukcji albo przetargu powinien, pod rygorem niedopuszczenia do nich, wpłacić organizatorowi określoną sumę albo ustanowić odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty (wadium). § 2. Jeżeli uczestnik aukcji albo przetargu, mimo wyboru jego oferty, uchyla się od zawarcia umowy, której ważność zależy od spełnienia szczególnych wymagań przewidzianych w ustawie, organizator aukcji albo przetargu może pobraną sumę zachować albo dochodzić zaspokojenia z przedmiotu zabezpieczenia. W pozostałych wypadkach zapłacone wadium należy niezwłocznie zwrócić, a ustanowione zabezpieczenie wygasa. Jeżeli organizator aukcji albo przetargu uchyla się od zawarcia umowy, ich uczestnik, którego oferta została wybrana, może żądać zapłaty podwójnego wadium albo naprawienia szkody*.

Analizując powyższe regulacje wskazać należy, że zarówno ustawa Prawo zamówień publicznych, jak również ustawa Kodeks cywilny wprowadzają regulacje, w ramach których może dojść do uznania, że oferent uchyla się od podpisania umowy, gdy nie spełni

26

szczególnych wymagań przewidzianych w ustawie, do których na mocy art. 94 ust. 3 ustawy Pzp należy zaliczyć konieczność wniesienia przed podpisaniem umowy zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że Zamawiający w ustalonych okolicznościach faktycznych miał prawo do dokonania zastępczego wyboru oferty najkorzystniejszej i tym samym nie doszło do naruszenia w ramach niniejszego postępowania art. 91 ust. 1 w związku z art. 94 ust. 3 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, 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. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych

w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie 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 (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

.....