

WYROK

z dnia 25 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Kisiel
Magdalena Grabarczyk
Emil Kawa**

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 stycznia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 stycznia 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum firm: 1. Ratownik M. W. Sp. J. z siedzibą w Jabłonnej, 2. Auto-Form Distribution Sp. z o. o. z siedzibą w Mysłowicach, 3. Paramedica Polska Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej z siedzibą w Celestynowie**

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Wojskowemu Ośrodkowi Farmacji i Techniki Medycznej z siedzibą w Celestynowie:
 - a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;**
 - b) unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. Ratownik M. W. Sp. J. z siedzibą w Jabłonnej, 2. Auto-Form Distribution Sp. z o. o. z****

siedzibą w Mysłowicach, 3. Paramedica Polska Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Warszawie;

- c) ponowienie czynności badania i oceny ofert, złożonych w ramach prowadzonego postępowania, z uwzględnieniem oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. Ratownik M. W. Sp. J. z siedzibą w Jabłonnej, 2. Auto-Form Distribution Sp. z o. o. z siedzibą w Mysłowicach, 3. Paramedica Polska Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Warszawie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej z siedzibą w Celestynowie** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum firm: 1. Ratownik M. W. Sp. J. z siedzibą w Jabłonnej, 2. Auto-Form Distribution Sp. z o. o. z siedzibą w Mysłowicach, 3. Paramedica Polska Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Warszawie**, tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Wojskowego Ośrodka Farmacji i Techniki Medycznej z siedzibą w Celestynowie** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum firm: 1. Ratownik M. W. Sp. J. z siedzibą w Jabłonnej, 2. Auto-Form Distribution Sp. z o. o. z siedzibą w Mysłowicach, 3. Paramedica Polska Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu: wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa Praga w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej z siedzibą w Celestynowie (dalej: „Zamawiający” lub „WOFITM”) - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w celu zawarcia umowy ramowej pod nazwą „Dostawa samochodów sanitarnych 1-noszowych", Nr postępowania: WOFiTM/19/2017/PN.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu nr 2017/S 106-211978 zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 czerwca 2017 r. oraz zostało umieszczone na stronie internetowej Zamawiającego: www.wofitm.wp.mil.pl.

W dniu 29 grudnia 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum firm: 1. Ratownik M. W. Sp. J. z siedziba w Jabłonnej, 2. Auto-Form Distribution Sp. z o. o. z siedzibą w Mysłowicach, 3. Paramedica Polska Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Konsorcjum Ratownik” lub „Odwołujący”) o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp.

W dniu 8 stycznia 2018 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

1. zaniechania czynności wykonania, powtórzenia i unieważnienia przez Zamawiającego czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu Konsorcjum Ratownik z dnia 27 października 2017 r., polegających na:
 - a) unieważnieniu czynności wyboru oferty złożonej przez AMZ Kutno S.A., jako oferty wykonawcy, z którym Zamawiający zawrze umowę ramową (oferty najkorzystniejszej);
 - b) odrzuceniu oferty wykonawcy AMZ Kutno S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;
 - c) wykluczeniu wykonawcy AMZ Kutno S.A. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp;
2. czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp;

3. zaniechania czynności wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień lub dowodów w trybie art. 24 ust. 8 Pzp.

W związku z tym Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 186 ust. 2 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, przez ich niezastosowanie i w konsekwencji nie wykonanie, powtórzenie i unieważnienie przez Zamawiającego czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniem, zawartym w odwołaniu Konsorcjum Ratownik z dnia 27 października 2017 r., pomimo tego, że Zamawiający uwzględnił odwołanie;
2. art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, przez jego niewłaściwe zastosowanie i w konsekwencji wykluczenie Odwołującego z postępowania na tej podstawie pomimo tego, że w stosunku do Konsorcjum Ratownik nie zaistniała sytuacja, polegająca na niewykonaniu albo nienależytym wykonaniu w istotnym stopniu wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego - z przyczyn leżących po stronie wykonawcy - zawartej z Zamawiającym, co doprowadziłoby do rozwiązania umowy;
3. art. 26 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 8 oraz art. 23 ust. 2 i 3 Pzp, przez jego niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie czynności wezwania Odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 8 Pzp.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę AMZ Kutno S.A., jako oferty wykonawcy, z którym Zamawiający zawrze umowę ramową (oferty najkorzystniejszej);
- odrzucenie oferty wykonawcy AMZ Kutno S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;
- wykluczenie wykonawcy AMZ Kutno S.A. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp;
- unieważnienie czynności wykluczenia Konsorcjum Ratownik z postępowania i zawarcia z nim umowy w sprawie zamówienia;
- ewentualnie zwrócenia się do Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp o złożenie wyjaśnień lub dowodów w trybie art. 24 ust. 8 Pzp.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania wyjaśniał, że:

a) Zarzut niewykonania przez Zamawiającego czynności zgodnie z żądaniami zawartymi w uwzględnionym odwołaniu

Odwołujący wskazywał, że pismem z dnia 9 listopada 2017 r. Zamawiający uwzględnił odwołanie Konsorcjum Ratownik z dnia 27 października 2017 r. w całości.

W odwołaniu Odwołujący określił swoje żądania w następujący sposób: „W związku z powyższym, w imieniu Odwołującego wnoszę o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości poprzez nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez AMZ Kutno S.A., jako oferty Wykonawcy, z którym Zamawiający zawrze umowę ramową (oferty najkorzystniejszej);
2. odrzucenia oferty AMZ Kutno S.A. na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp;
3. wykluczenia AMZ Kutno S.A. z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp”.

Zdaniem Konsorcjum Ratownik, w związku z uwzględnieniem odwołania Zamawiający jest zobowiązany na podstawie art. 186 ust. 2 Pzp do wykonania powyższych czynności. Dopuszczając się ich zaniechania narusza art. 186 ust. 2 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Odwołujący twierdził, że ponieważ do dnia otrzymania od Zamawiającego informacji o wykluczeniu Konsorcjum Ratownik z postępowania nie otrzymał informacji o wykonaniu tych czynności, dlatego też w jego ocenie należy przyjąć, iż Zamawiający zaniechał ich wykonania.

b) Zarzut dotyczący wykluczenia z postępowania Odwołującego na podstawie art. 24 ust.5 pkt 4 Pzp

Odwołujący wskazywał, że aby Zamawiający mógł wykluczyć z postępowania Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp musi on obowiązkowo wykazać zaistnienie wszystkich przesłanek opisanych ww. przepisie.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający w ogóle nie wskazał na to, w jaki sposób rzekomo doszło do nienależytego wykonania przez wykonawców: Paramedica Mil-Sys K. Posmyk Spółka J. i Paramedica Polska Sp. z o.o. Spółka K. (dalej: „Konsorcjum” lub „Konsorcjum Paramedica”) umowy nr 189/FIN/2015 z 11 sierpnia 2015 r. (dalej: „umowa”), a tym bardziej tego nie udowodnił. Podkreślał, że zgodnie z przepisami Pzp Zamawiający powinien dodatkowo wykazać, iż nienależyte wykonanie umowy cechował istotny stopień jej niewykonania. Odwołujący stanowczo zaprzeczał, iż w ogóle miało miejsce nienależyte

wykonanie umowy, realizowanej przez Konsorcjum Paramedica, a tym bardziej w istotnym stopniu. Odwołujący twierdził, że Konsorcjum Paramedica wykonało umowę w terminie, a objęta nią dostawa namiotów (będących przedmiotem zamówienia) została przez Zamawiającego odebrana bez zastrzeżeń. Sprzęt dostarczony pierwotnie na podstawie umowy przez Konsorcjum Paramedica spełniał wszelkie wymagania niezawodnościowe i jakościowe, określone w umowie, siwz i Wymaganiach Taktyczno-Technicznych. Powyższe zostało stwierdzone dokonaniem protokolarnego odbioru tego sprzętu przez szerokie grono przedstawicieli Zamawiającego, Rejonowego Przedstawicielstwa Wojskowego a także odbiorców końcowych przedmiotowego sprzętu, którzy nie zgłaszali doń jakichkolwiek zastrzeżeń jakościowych czy wytrzymałościowych. Tym samym, Konsorcjum Paramedica wykonało umowę dostawy w terminie oraz zgodnie z wymaganiami Zamawiającego przewidzianymi w dokumentach składających się na umowę. Ponadto Odwołujący twierdził, że Konsorcjum Paramedica reagowało rzetelnie i sprawnie na wszystkie zgłoszenia Zamawiającego, związane z eksploatacją przedmiotu umowy. Uszkodzenia jakie powstały w przedmiotowym sprzęcie wynikały wyłącznie z nieprawidłowej i niezgodnej z instrukcją użytkowania eksploatacji tego sprzętu, na co Konsorcjum Paramedica wskazywało wielokrotnie Zamawiającemu, a sprzęt po przeprowadzeniu napraw i modernizacji był gotowy do przekazania na rzecz jego odbiorców końcowych, zgodnie z postanowieniami umowy już w dniu 16 marca 2017 r. Z wyłącznej winy Zamawiającego oraz z nieznanych Konsorcjum Paramedica pobudek, sprzęt jednak nie był odbierany, pomimo wielokrotnych wezwań kierowanych przez Konsorcjum Paramedica. W konsekwencji Konsorcjum Paramedica podjęło decyzję o złożeniu sprzętu do depozytu sądowego. Postępowanie w tym przedmiocie jest nadal w toku, a strony oczekują na jego rozstrzygnięcie. Zdaniem Odwołującego wskazać jednak z całą mocą należy, iż powyższe okoliczności wykluczają rozwiązanie przez Zamawiającego umowy z Konsorcjum Paramedica rzekomo z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Odwołujący wskazywał, że co prawda w dniu 16 października 2017 r. Zamawiający złożył pismo, w którego treści oświadczył, że odstępuje od umowy, zawartej z Konsorcjum Paramedica, to jednak z uwagi na to, że umowa została wykonana należycie i skonsumowana oraz nie doszło do jej nienależytego wykonania, oświadczenie woli Zamawiającego jest nieskuteczne i nie wywołuje jakichkolwiek skutków prawnych. W opinii Odwołującego w związku z powyższym, także i ta przesłanka nie wystąpiła i Zamawiający nie odstąpił skutecznie od umowy z Konsorcjum Paramedica. Nadto, nawet jeżeli Zamawiający skutecznie odstąpiłby od umowy z Konsorcjum Paramedica - czemu Odwołujący zaprzecza - to mając na względzie należyte wykonywanie umowy przez Konsorcjum Paramedica, nie istnieje związek przyczynowo - skutkowy pomiędzy

odstąpieniem od umowy przez Zamawiającego, a wykonywaniem tej umowy przez Paramedica.

Ponadto, Odwołujący twierdził, że także w piśmie Zamawiającego o odstąpieniu od umowy nie wskazał on i nie udowodnił jakichkolwiek konkretnych rzekomo ukrytych wad przedmiotu umowy, ale powołał się na ogólne twierdzenia niepoparte jakimikolwiek dowodami czy też ekspertyzami, które wskazałyby na to, że dostarczone namioty posiadały wady. Tymczasem Konsorcjum Paramedica w piśmie z dnia 26 października 2017 r. szczegółowo odniosło się do twierdzeń Zamawiającego i wskazał, że wszelkie uszkodzenia w przedmiocie umowy powstały z niewłaściwej eksploatacji namiotów przez Zamawiającego. Stanowisko to Odwołujący podtrzymuje w całości i wskazuje, jako własne i objęte niniejszym odwołaniem.

W sytuacji, w której Konsorcjum Paramedica:

- a) dostarczył namioty zgodne z siwz i Wymaganiami Taktyczno-Technicznymi Zamawiającego i które zostały odebrane bez zastrzeżeń;
- b) a następnie - przy sporze w zakresie, czy namioty posiadają wady (stanowisko Zamawiającego) lub uszkodzenia powstały wskutek niewłaściwego eksploataowania namiotów przez Zamawiającego (stanowisko Konsorcjum Paramedica) - podjął się wszelkich działań zmierzających do dostawy namiotów, które z punktu widzenia technicznego zaspokoilyby nowe wymagania Zamawiającego, a nadto są w pełni zgodne z siwz i Wymaganiami Taktyczno-Technicznymi, na podstawie których to dokumentów zawarta została umowa z Konsorcjum Paramedica;
- c) natomiast Zamawiający, pomimo dokonania przez Konsorcjum Paramedica naprawy uszkodzonych przez Zamawiającego - wskutek niewłaściwej eksploatacji - namiotów i ich modernizacji, odmówił odbioru namiotów z przyczyn pozornych i formalnych a następnie odstąpił od umowy, które to odstąpienie w ocenie Konsorcjum Paramedica nie wywołuje skutków prawnych.

Zdaniem Odwołującego z pewnością stwierdzenie, że doszło do nienależytego wykonania umowy z Konsorcjum Paramedica w stopniu istotnym jest nieuprawnione. W ocenie Odwołującego, nienależyte wykonanie umowy w istotnym stopniu stanowi kwalifikowany poziom nienależytego wykonania umowy, sprowadzający się do świadomego działania albo rażącego niedbalstwa wykonawcy. Konsorcjum Paramedica wykazuje zaś daleko posuniętą staranność w wykonywaniu umowy i zadośćuczynił wszelkim obowiązkom z niej wynikającym. Odwołujący twierdził, że Konsorcjum Paramedica podjęło się wszelkich możliwych działań celem spełnienia oczekiwań Zamawiającego, nawet jeżeli były one nieuprawnione. W opinii Odwołującego analiza całokształtu podejmowanych przez Zamawiającego działań w stosunku do Konsorcjum Paramedica w sposób jednoznaczny

dowodzi, iż działania te są nieuprawnione jak również pozbawione jakichkolwiek podstaw prawnych i faktycznych, a zmierzają wyłącznie do spowodowania daleko idących szkód finansowych po stronie Konsorcjum Paramedica. Zdaniem Odwołującego z wyłącznej winy Zamawiającego od dnia 16 marca 2017 r. naprawiony i zmodernizowany sprzęt, stanowiący element przedmiotu umowy nie był przyjmowany przez podmioty do tego uprawnione. Natomiast gdy Zamawiający oraz uprawnione do odbioru sprzętu podmioty w końcu przyznali słuszność stanowisku Konsorcjum Paramedica, co do miejsca przekazania naprawionego pozagwarancyjnie i zmodernizowanego sprzętu, pomimo braku jakichkolwiek przesłanek, Zamawiający złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy. Kolejnym krokiem Zamawiającego było wykluczenie Odwołującego z rozpoznawanego postępowania, co w jego opinii wyłącznie potwierdza złą wolę Zamawiającego i brak przesłanek do uznania za skuteczną czynność wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania.

Odwołujący podnosił, że Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia Konsorcjum Ratownik z postępowania wyjaśniał, że celem dochowania należytej, staranności i uczciwej konkurencji umożliwił wykonawcy, zgodnie z art. 24 ust. 6 Pzp, przedstawienie dowodów na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, jednakże wykonawca nie skorzystał z tego prawa. Przedstawione przez wykonawcę pismo z wyjaśnieniami nie zasługuje na uwzględnienie albowiem treść wyjaśnień nie przedstawia żadnych dowodów mogących świadczyć o jego rzetelności. Zdaniem Konsorcjum Ratownik oświadczenie Zamawiającego w tym zakresie jest nieprawdziwe i wprowadzające w błąd.

Odwołujący oświadczył, że w ramach postępowania nie otrzymał od Zamawiającego jakiegokolwiek pisma, związanego z umową zawartą z Konsorcjum Paramedica, a tym bardziej Zamawiający nie podjął jakiegokolwiek próby wyjaśnienia z Odwołującym przedmiotowej sprawy. W jego ocenie znamienne jest także to, że termin składania ofert w postępowaniu upłynął w dniu 8 sierpnia 2017 r., wybór oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej nastąpił w dniu 17 października 2017 r., a Zamawiający rzekomo odstąpił od umowy z Konsorcjum Paramedica w dniu 16 października 2017 r. Z uwagi na to, Odwołujący nie miał jakiegokolwiek możliwości złożenia wyjaśnień w ramach art. 24 ust. 8 Pzp wraz z swoją ofertą, a ponieważ wybór oferty Odwołującego nastąpił w następnym dniu po rzekomym odstąpieniu od umowy z Konsorcjum Paramedica przez Zamawiającego o godz. 13:09, to Odwołujący nie miał możliwości wypowiedzenia się w tym zakresie także przed wyborem ofert najkorzystniejszych.

Odwołujący zwracał, że w ramach Konsorcjum Ratownik wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, wykonawca Paramedica Polska Sp. z o.o. Sp. k. (dalej: „wykonawca Paramedica”) jest tylko jednym z trzech członków Konsorcjum. Pełnomocnikiem Odwołującego zgodnie z art. 23 ust. 2 Pzp jest spółka Ratownik M. W. Sp.

J. i w zw. z art. 23 ust. 3 Pzp do niego winna być kierowana wszelka korespondencja przez Zamawiającego. Już po otrzymaniu od Zamawiającego pisma z dnia 29 grudnia 2017 r. o wykluczeniu Konsorcjum Ratownik z postępowania, pozostali członkowie Konsorcjum tj. Ratownik M. W. Sp. J. oraz Auto-Form Distribution Sp. z o.o. otrzymali Informację ze strony wykonawcy Paramedica, iż w dniu 19 grudnia 2017 r. wykonawca Paramedica otrzymał od Zamawiającego wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 8 Pzp. Należy jednak zauważyć, iż Zamawiający skierował wezwanie jedynie do wykonawcy Paramedica, a więc nie do Odwołującego, jako Konsorcjum Ratownik. Zdaniem Odwołującego wezwanie zostało więc nieskutecznie doręczone i uniemożliwiło pozostałym członkom Konsorcjum Ratownik zajęcie stanowiska w sprawie. Stąd też czynność ta winna zostać co najmniej powtórzona albo uznana przez Krajową Izbę Odwoławczą za nieuprawnioną.

Odwołujący twierdził, że w odpowiedzi na pismo Zamawiającego, wykonawca Paramedica, działając w imieniu własnym, a nie w imieniu całego Konsorcjum Ratownik przedłożył wyjaśnienia, wskazujące na to, że nie doszło ze strony Konsorcjum Paramedica do nienależytego wykonania umowy. Odwołujący twierdził, że w całości podtrzymuje stanowisko wykonawcy Paramedica, wyrażone w tym piśmie, w zakresie bezpodstawności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz w zakresie twierdzenia wykonawcy Paramedica o tym, że nie doszło do nienależytego wykonania umowy z Konsorcjum Paramedica. Stanowisko to Odwołujący wskazywał jako własne i objęte składanym odwołaniem.

W dniu 22 stycznia 2018 r. do Izby wpłynęła ze strony Zamawiającego odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wnosil o oddalenie odwołania w calosci. W jego ocenie zarzuty Odwołującego są bezzasadne, a działania Zamawiającego kwestionowane przez Odwołującego zostały dokonane zgodnie z przepisami prawa. Szczegółowo odnosił się do poszczególnych zarzutów:

Zarzut nr 1

Zamawiający twierdził, że dokonał czynności, których zaniechanie zarzucał Odwołujący. Zamawiający w piśmie z dnia 29 grudnia 2017 r. poinformował wszystkich wykonawców o dokonaniu powtórzenia czynności oceny i wyboru oferty oraz o wykluczeniu z postępowania wykonawcy AMZ Kutno S.A. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy oraz odrzuceniu oferty AMZ Kutno S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Powyższa informacja znalazła się w tym samym piśmie w którym także poinformowano o wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

Zarzut nr 2

Zamawiający twierdził, że wykonawca Paramedica - jednocześnie uczestnik Konsorcjum Ratownik - nie wykonał wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego co doprowadziło do rozwiązania umowy.

Zamawiający wobec braku dokonania naprawy gwarancyjnej, dostarczonego przez Konsorcjum Paramedica wadliwego przedmiotu umowy oraz braku dostarczenia przedmiotu umowy zgodnego ze wszystkimi wymaganiami określonymi w siwz, w tym przede wszystkim wymaganiami technicznymi dotyczącymi wytrzymałości i odporności na oddziaływanie czynników środowiskowych, mimo wielokrotnych wezwań WOFITM, na podstawie 10 ust. 1 i ust. 2 umowy z Konsorcjum Paramedica, jak również art. 560 1 kodeksu cywilnego, odstąpił w całości od umowy. Jednocześnie wobec odstąpienia od umowy WOFITM wezwał do zwrotu kwoty stanowiącej wynagrodzenie za dostarczony sprzęt w wysokości 9 123 771,00 zł w terminie do 14 dni od otrzymania oświadczenia.

Zamawiający wyjaśniał, że zawarł z Konsorcjum Paramedica umowę na kwotę 9 123 771,00 zł, której przedmiotem była dostawa modułu łóżkowego szpitala polowego - 2 kompletów modułu łóżkowego szpitala polowego 25 łóżkowego oraz rozbudowa 1 kompletu modułu łóżkowego szpitala polowego. Umowa była dwukrotnie aneksowana w dniu 27 października 2015 r. i w dniu 26 listopada 2015 r.

Zgodnie z § 1 ust. 4 umowy, Wykonawca oświadczył, że oferowany towar, o którym mowa w ust. 1 jest dopuszczony do obrotu na terenie Rzeczypospolitej Polskiej oraz zapewnił, że sprzedawany towar jest wolny od jakichkolwiek wad, a także spełnia wszystkie wymogi zawarte w siwz oraz w uwagach ujętych w zestawieniu asortymentowo ilościowo — cenowym, stanowiącym załącznik nr 1 do umowy, oraz w załączniku nr 4 do umowy - Wymagania Taktyczno-Techniczne (WTT). Z ww. zapisu umowy wynika wprost, że Konsorcjum zobowiązało się do dostarczenia przedmiotu umowy o ściśle określonych parametrach. W tym w szczególności, zgodnie z warunkami techniczno- eksploatacyjnymi przedmiot umowy powinien spełniać wymagania dotyczące warunków pogodowych i warunków klimatycznych, w tym odporność na opady (konstrukcja namiotu nie pozwala na zbieranie się i gromadzenie wody na powierzchni namiotu), przedmiot umowy musi cechować się dużą wytrzymałością na uszkodzenia mechaniczne (rozdzieranie w kierunku poprzecznym i wzdłużnym wg PN-EN ISO 4674-1:2005).

Odbiorcy końcowi zgłosili Konsorcjum Paramedica wnioski o dokonanie napraw gwarancyjnych:

- pismem z dnia 8 czerwca 2016 r.- 1 Wojskowy Szpital Polowy zgłosił Konsorcjum Paramedica wniosek o realizację naprawy gwarancyjnej namiotów bazowych oraz

izolacyjnych wchodzących w skład Modułów Łóżkowych Szpitali Polowych, wskazując na wady w/w namiotów.

W nawiązaniu do w/w pisma dotyczącego realizacji naprawy gwarancyjnej namiotów bazowych oraz izolacyjnych wchodzących w skład Modułów Łóżkowych Szpitali Polowych, WOFiTM wystosował do Konsorcjum Paramedica pismo, w którym poprosił o zweryfikowanie, czy w pozostałych modułach dostarczonych na podstawie umowy, możliwe jest wystąpienie podobnych wad.

- pismem z dnia 9 sierpnia 2016 r. - 2 Wojskowy Szpital Polowy we Wrocławiu zgłosił Konsorcjum żądanie dokonania napraw gwarancyjnych namiotów bazowych oraz izolacyjnych wchodzących w skład Modułu Łóżkowego Szpitala Polowego. Załączniki do w/w pism stanowiły wykazy wad, które ujawniły się w trakcie użytkowania namiotów. Jak wynika z treści pism, w/w wady nie powstały na skutek nieprawidłowego użytkowania namiotów.

- pismem z dnia 5 sierpnia 2016 r. - 1 Wojskowy Szpital Polowy w Bydgoszczy, a następnie Pismem z dnia 17 sierpnia 2017 r. Skarb Państwa - Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej w Celestynowie, poinformowali Konsorcjum, że we wszystkich namiotach, które były wykorzystywane w trakcie Świątowych Dni Młodzieży, ujawniły się te same wady: przecieki powłok, poważne uszkodzenia konstrukcji i zaleganie wody na dachu namiotów.

Zdaniem Zamawiającego oznacza to, że wady sprzętu dostarczonego przez Konsorcjum są oczywiste i dotyczą zarówno wadliwej konstrukcji, jak również wadliwych materiałów użytych do produkcji namiotów. Pismem z dnia 24 sierpnia 2016 r. Centrum Reagowania Epidemiologicznego Sił Zbrojnych RP (CRESZ), przesłało do Konsorcjum Paramedica pismo wzywające do usunięcia usterek namiotów: bazowego oraz izolacyjnych wchodzących w skład Rozbudowy Modułu Łóżkowego Szpitala Polowego.

Pismem z dnia 1 września 2016 r. WOFiTM wezwał Konsorcjum Paramedica do odbioru namiotów celem wykonania napraw gwarancyjnych. Lider Konsorcjum, pismem z tego samego dnia, wskazał, że w najbliższych dniach namioty zostaną odebrane. Konsorcjum początkowo odebrało 2 namioty, nieodebrana pozostawała rozbudowa znajdująca się w Centrum Reagowania Epidemiologicznego Sił Zbrojnych RP (CRESZ). WOFiTM pismem z dnia 25 października 2016 r. podtrzymał swoje stanowisko co do konieczności usunięcia wad, następnie, pismem z dnia 27 października 2016 r. potwierdził gotowość do przekazania namiotów do naprawy. W odpowiedzi na ww. pismo, Konsorcjum Paramedica zadeklarowało gotowość odbioru uszkodzonych namiotów w dniach 02-04 listopada 2016 r. Konsorcjum Paramedica odebrało w ww. terminie namioty celem wykonania naprawy gwarancyjnej.

W związku z bezpodstawnym przedłużaniem przez Konsorcjum Paramedica, procedury zwrotu naprawianych namiotów przy jednoczesnym zapewnieniu, że namioty są naprawiane, WOFiTM pismem z dnia 21 sierpnia 2017 r. po raz kolejny wezwał Konsorcjum

Paramedica do zwrotu naprawianych namiotów, w terminie do dnia 11 września 2017 r. w siedzibie Zamawiającego, pod rygorem odstąpienia od umowy.

Po dalszej wymianie pism, ustalono, że WOFiTM przystąpi do odbioru naprawianych namiotów w dniu 5 października 2017 r. o godz. 09.00 w siedzibie jednego z odbiorców końcowych- Centrum Reagowania Epidemiologicznego SZ RP w Warszawie.

W komisyjnym odbiorze w dniu 5 października 2017 r. wzięli udział: przedstawiciele: WOFiTM, przedstawiciele wszystkich odbiorców końcowych, tj. przedstawiciele Centrum Reagowania Epidemiologicznego Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej z siedzibą w Warszawie, 1 Wojskowego Szpitala Polowego w Bydgoszczy, 2 Wojskowego Szpitala Polowego we Wrocławiu, przedstawiciele Konsorcjum Paramedica. Jako obserwatorzy wzięli udział przedstawiciele 79 RPW oraz niezależny ekspert.

W dniu 5 października 2017 r., rozpoczęto odbiór, ale jego przeprowadzenie i zakończenie było niemożliwe z uwagi na zachowanie Konsorcjum Paramedica. Jak wynika z treści protokołu z dnia 5 października 2017 r., Konsorcjum Paramedica m.in. nie było w stanie wskazać zakresu wykonanych prac naprawczych. Konsorcjum Paramedica, wbrew wcześniejszemu stanowisku dostarczyło inny rodzajowo sprzęt niż ten, który odebrało celem wykonania napraw gwarancyjnych (tj. inny niż dostarczony na podstawie umowy nr 189/FIN/2015 z dnia 11 sierpnia 2015 r.), ponadto dostarczone w dniu 5 października 2017 r. namioty nie posiadały dokumentacji pozwalającej na zweryfikowanie właściwości technicznych sprzętu.

Z uwagi na charakter przedmiotu świadczenia - naprawianych namiotów, warunkiem prawidłowego odbioru namiotów po dokonanej naprawie, mającego na celu weryfikację, czy zostały one naprawione w sposób prawidłowy i nadają się do wykorzystania, jest ich sprawdzenie. Natomiast sprawdzenie prawidłowości dokonanej naprawy możliwe jest wyłącznie w sytuacji rozłożenia namiotów w obecności komisji. Tym samym, dopiero w dniu 5 października 2017 r. możliwe było sprawdzenie prawidłowości dokonanej naprawy. Jak się okazało, w dniu 5 października 2017 r., komisja odbiorowa stwierdziła, że Konsorcjum Paramedica nie tylko popadło w zwłokę z wykonaniem napraw gwarancyjnych przedmiotu umowy, ale de facto do dnia kierowania niniejszego oświadczenia umowa nie została należycie wykonana.

W wielokrotnie kierowanej korespondencji Konsorcjum Paramedica zapewniało, że dokonuje napraw sprzętu. W rezultacie rozpoczętego w dniu 5 października 2017 r., odbioru potwierdzono, że naprawa sprzętu, odebranego celem dokonania napraw w listopadzie 2016 r., nie jest możliwa, z powodu rodzaju wad tkwiących w sprzęcie i zatajonych przez Konsorcjum Paramedica, a które to wady nie nadają się do usunięcia. Co więcej w trakcie rozpoczętego odbioru, Konsorcjum Paramedica, usiłowało przekazać sprzęt, który jest rodzajowo inny od tego, który miał być dostarczony w wyniku realizacji umowy.

Jak wynika wprost z pisma Konsorcjum Paramedica z dnia 11 października 2017 r., odebrane od użytkowników w listopadzie 2016 r. namioty bazowe nie nadawały się do przeprowadzenia napraw, ze względu na stopień uszkodzeń, natomiast dostarczony w dniu 5 października 2017 r. sprzęt to zmodernizowane namioty, które stanowią ulepszoną konstrukcję. Powyższe oznacza, że Konsorcjum Paramedica, dopiero na tym etapie, tj. w trakcie usuwania wad sprzętu zgłoszonych w ramach realizacji naprawy gwarancyjnej, starało się dostarczyć sprzęt, który spełniałby wymogi zawarte w siwz oraz w uwagach ujętych w zestawieniu asortymentowo — ilościowo — cenowym, stanowiącym załącznik nr 1 do umowy, oraz w załączniku nr 4 do umowy- Wymagania Taktyczno- Techniczne (WTT). Tego typu działanie należy uznać za niedopuszczalne.

Zgodnie z 6 ust. 6 pkt 7 umowy: (Wykonawca) wymieni wadliwy asortyment na nowy w terminie 14 dni, od daty rozpatrzenia „Protokołu reklamacji”, w sytuacji gdy usunięcie wad wyrobu w tym zakresie będzie niemożliwe lub nieopłacalna. Zgodnie z 6 ust. 3 umowy: Wykonawca jest zobowiązany do usunięcia wad fizycznych wyrobów albo do dostarczenia w zamian odpowiedniej ilości wyrobów nowych - wolnych od wad, jeżeli te wady ujawnią się w okresie gwarancji. W ww. zapisach umowy, mowa jest o możliwości dostarczenia wyrobu nowego, wolnego od wad, z tym tylko, że musi być to taki sam sprzęt, jak ten dostarczony pierwotnie w ramach realizacji umowy. Dopiero w trakcie odbioru w dniu 5 października 2017 r., stwierdzono, że dostarczony pierwotnie przez Konsorcjum Paramedica sprzęt w żaden sposób nie może być uznany za sprzęt niewadliwy i zgody z warunkami określonymi w siwz i umowie, m.in. z uwagi na fakt, że Konsorcjum Paramedica zrezygnowało z możliwości dostarczenia wyrobu nowego, wolnego od wad, a zarazem takiego jak ten dostarczony pierwotnie w ramach realizacji umowy.

WOFiTM, twierdziło, że nie jest uprawniony, a tym bardziej zobowiązany do dokonania odbioru jakiegokolwiek sprzętu dostarczonego przez Konsorcjum, a jedynie tego, który został odebrany w listopadzie 2016 r. przez Konsorcjum Paramedica celem dokonania napraw gwarancyjnych, ewentualnie takiego samego wyrobu nowego, wolnego od wad. Ubocznie należy wskazać, że niedopuszczalne jest żądanie przez Konsorcjum Paramedica przyjęcia przez WOFiTM sprzętu dostarczonego w dniu 5 października 2017 r., w ramach przeprowadzanego odbioru, do którego nie załączono żadnej dokumentacji technicznej.

Zgodnie z § 10 ust. 1 umowy: W przypadku opóźnienia w wykonaniu umowy w terminach określonych niniejszą umową co najmniej 30 dni lub nienależytego wykonania umowy przez Wykonawcę Zamawiający może odstąpić od umowy w terminie 6 miesięcy od powzięcia wiadomości o powyższych okolicznościach i dochodzić od Wykonawcy kar umownych. Zgodnie z § 10 ust. 2 umowy: Za nienależyte wykonanie umowy przez Wykonawcę, które może stanowić przyczynę odstąpienia od umowy przez Zamawiającego z powodu okoliczności, za które odpowiada Wykonawca rozumie się między innymi

niewypełnienie obowiązków Wykonawcy określonych w § 1 ust. 4-5 lub § 4 ust. 4 lub § 4 ust. 7 pkt 3-6 lub § 6 ust 6 pkt 2-3 lub § 6 ust. 6 pkt 7 lub § 12 ust 3 pkt 2-3 lub § 12 ust. 3 pkt 7.

Zdaniem Zamawiającego w świetle niniejszej sprawy oczywistym jest dostarczone przez Konsorcjum Paramedica namioty, nie mają właściwości, o których istnieniu Konsorcjum zapewniło Zamawiającego, deklarując z pełną odpowiedzialnością, że dostarczone wyroby są zgodne z wymaganiami określonymi w siwz w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (nr spr. WOFiTM/39/2015/PN).

Jak wynika z ustaleń poczynionych w trakcie rozpoczętego w dniu 5 października 2017 r. odbioru, wady sprzętu uniemożliwiają normalną eksploatację sprzętu, zgodnie z zawartą umową. Jak potwierdziło Konsorcjum Paramedica, w piśmie z dnia 11 października 2017r. dostarczony pierwotnie sprzęt celem wykonania umowy (odebrany następnie w listopadzie 2016 r. celem dokonania naprawy), nie nadaje się do dalszego wykorzystywania, jak również z uwagi na rodzaj ujawnionych wad, nie nadaje się do naprawy. Co więcej, zgodnie z zapewnieniami Konsorcjum Paramedica, sprzęt powinien spełniać wymagania niezawodnościowe stawiane w siwz, w tym czas użytkowania namiotów ustalony został na co najmniej 20 lat. Tym samym niemożliwym jest, by sprzęt zawierający tak istotne wady mógł być eksploatowany w sposób prawidłowy przez tak długi okres czasu.

Zamawiający wskazywał, że wielokrotnie Konsorcjum Paramedica potwierdzało zgodność dostarczonego przez siebie sprzętu z warunkami toczącego się w trybie nieograniczonym postępowania przetargowego. Począwszy od składanej przez Konsorcjum w postępowaniu oferty, deklaracji, iż posiadany przez Konsorcjum sprzęt spełnia wszelkie warunki techniczno-eksploatacyjne (wpisując słowo TAK bądź konkretne wielkości oferowanych parametrów w tabeli), w tym wymagania dotyczące wytrzymałości i odporności na oddziaływanie czynników środowiskowych. Jednocześnie w składanej ofercie Konsorcjum Paramedica oświadczyło iż złożona oferta jest zgodna z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w siwz. Tym samym Konsorcjum zapewniało WOFiTM o właściwościach sprzętu, których on nie posiada, co stanowi wadę fizyczną rzeczy w rozumieniu art. 556 kc.

Zdaniem Zamawiającego podkreślenia wymaga, iż Konsorcjum Paramedica było wielokrotnie wzywane do zwrotu namiotów po dokonanych naprawach gwarancyjnych. Natomiast za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego należy uznać zachowanie Konsorcjum Paramedica, które pomimo woli odbioru przedmiotu świadczenia po dokonanej naprawie gwarancyjnej przez WOFiTM, wyrażonej wielokrotnie w kierowanej korespondencji, nie spełniło świadczenia, tj. nie przystąpiło przez okres od marca 2017 r. do października 2017 r. do przekazania naprawianych (natomiast w kierowanej korespondencji zapewniało, że sprzęt jest naprawiany) namiotów, pomimo gotowości komisyjnego ich odebrania przez drugą stronę. Takie zachowanie zdaniem Zamawiającego wskazuje jedynie na stwarzanie przez Konsorcjum Paramedica pozorów gotowości do przekazania naprawianych namiotów.

Natomiast, jak wynika z treści protokołu odbioru z dnia 5 października 2017 r., usunięcie ujawnionych wad przedmiotu umowy nie było możliwe, gdyż wymagało dokonania gruntownych napraw (wady, które ujawniły się we wszystkich namiotach, takie jak między innymi przecieki powłok, poważne uszkodzenia konstrukcji i zaleganie wody na dachu namiotów, wskazują jednoznacznie na wadliwą konstrukcję przedmiotu umowy, jak również użycie wadliwych materiałów do produkcji namiotów).

Zamawiający twierdził, że z uwagi na powyższe, tj., wykazanie istnienia przez WOFiTM wad fizycznych, polegających przede wszystkim na braku właściwości, o których Konsorcjum zapewniło WOFiTM, wobec braku naprawy gwarancyjnej sprzętu, jak również braku dokonania wymiany sprzętu na wolny od wad na warunkach, określonych w umowie, oświadczenie o odstąpieniu od zawartej z Konsorcjum Paramedica umowy było w pełni zasadne. W przedmiotowej sprawie zostały spełnione wszystkie przesłanki wykluczenia wykonawcy wskazane w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp tj. wykonawca nie wykonał wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego co doprowadziło do rozwiązania umowy.

Zamawiający twierdził, że przyczyny leżące po stronie wykonawcy, do których odwołał się ustawodawca w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, obejmuje swym zakresem szerokie spektrum sytuacji, gdyż w jego zakres wchodzi nie tylko zdarzenia wynikające ze zwykłego niedbalstwa czy lekkomyślności wykonawcy ale również te, których zaistnienie nie wynika z winy wykonawcy. Jak wskazywano w orzecznictwie KIO „przyczyny leżące po stronie wykonawcy” nie muszą być zawsze przez niego zawinione, pojęcie „przyczyny leżące po stronie wykonawcy” jest pojęciem szerszym niż pojęcie „wina”, gdyż przyczyny te nie muszą wynikać z winy wykonawcy, ale mogą być również wynikiem działań osób trzecich. Możliwość zastosowania omawianej przesłanki wykluczenia, aktualizuje się zarówno, jeżeli nastąpiło: rozwiązanie umowy sensu stricto (na podstawie umowy rozwiązującej), wypowiedzenie kontraktu lub odstąpienie od niego. Rozwiązanie umowy, o którym mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp należy zatem postrzegać szeroko, a nie wyłącznie jako zawarcie umowy rozwiązującej bądź wydanie stosownego orzeczenia sądowego.

Zamawiający wyjaśniał, że umożliwił wykonawcy zgodnie z art. 24 ust. 8 Pzp przedstawienie dowodów na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, jednakże wykonawca nie skorzystał z tego prawa. Przedstawione przez niego dowody i wyjaśnienia nie zasługują na uwzględnienie albowiem w ogóle nie odnoszą się merytorycznie do tej sprawy.

Zamawiający twierdził, że rozpoznanie kwestii, podnoszonej przez Odwołującego tj. domniemanej przez Odwołującego nieskuteczności odstąpienia Zamawiającego od umowy nie może podlegać badaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą, gdyż jest to kompetencja sądów powszechnych. Podnoszoną więc przez Odwołującego kwestia tj. domniemanej przez

Odwołującego nieskuteczności odstąpienia Zamawiającego od umowy będzie podlegała badaniu przez sąd powszechny.

Zamawiający twierdził, że wezwał wykonawcę do przedstawienia dowodów na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności wykonawca mógł udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Jednakże wykonawca nie skorzystał z tego prawa. Przedstawione przez niego dowody i wyjaśnienia nie zasługują na uwzględnienie albowiem w ogóle nie odnoszą się merytorycznie do tej sprawy.

Zdaniem Zamawiającego przy wykładni przepisu 24 ust. 5 Pzp należy stosować wykładnię celowościową tego przepisu, wskazującą, iż tylko wykonawca którego dotyczą zarzuty może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności (niemniej w tej sprawie wykonawca w piśmie w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do przedstawienia dowodów na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności wymienił wszystkich uczestników Konsorcjum Ratownik). Inna jego wykładnia prowadziłaby do absurdalnych wyników, gdyż inni wykonawcy wchodzący w skład konsorcjum nawet hipotetycznie takich działań nie mogą podjąć, co więcej mogą nie mieć wiedzy, iż jeden z uczestników konsorcjum nienależycie wykonał daną umowę.

Ponadto nawet gdyby hipotetycznie uznać, iż Zamawiający wezwałby wszystkich uczestników konsorcjum, w tym także tych którzy nigdy wcześniej nie zawierali żadnej umowy z Zamawiającym do przedstawienia wyjaśnień to nie zmieniłoby to w żaden sposób stanu faktycznego sprawy, gdyż wykonawca Paramedica kwestionował zasadność rozwiązania z nim uprzedniej umowy, a nie przedstawił żadnych dowodów na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Wraz z odpowiedzią na odwołanie Zamawiający złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy oraz wniosek o wszczęcie postępowania sądowego.

Odwołujący w toku posiedzenia z udziałem stron oświadczył, że cofa zarzuty, dotyczące zaniechania czynności wykonania powtórzenia czynności Zamawiającego, zgodnie z żadaniami, zawartymi w odwołaniu z dnia 27 października 2017 r. (pkt 1 lit. a, b i c odwołania str.11).

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez Zamawiającego, dowody, stanowiska i oświadczenia stron, złożone na posiedzeniu i rozprawie, Izba ustaliła co następuje.

Wraz z odwołaniem Odwołujący złożył m. in. następujące dowody:

1. Wyciąg ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ” lub specyfikacja”).
2. Pismo Zamawiającego z dnia 29.12.2017 r.
3. Umowa nr 189/FIN/2015 z 11.08.2015 r.
16. Pismo Zamawiającego z dnia 16.10.2017 r. – oświadczenie o odstąpieniu od umowy.
17. Pismo Konsorcjum Paramedica z dnia 26.10.2017 r.
18. Pismo Zamawiającego z dnia 19.12.2017 r.
19. Pismo wykonawcy Paramedica z dnia 21.12.2017 r.

Natomiast w toku rozprawy złożono następujące dowody:

1. Protokół z przyjęcia – przekazania wyrobów NR 1/2015/MILSYS z dnia 2.12.2015 r.
2. Protokół z przyjęcia – przekazania wyrobów NR 2/2015/MILSYS z dnia 3.12.2015 r.
3. Protokół z przyjęcia – przekazania wyrobów NR 3/2015/MILSYS z dnia 2.12.2015 r.
4. Protokoły ze szkolenia w zakresie obsługi sprzętu, warunków eksploatacji i usuwania podstawowych niesprawności z dnia 2.12.2015 r. i 3.12.2015 r. (3 szt.).
5. Wydruk ze strony internetowej <https://www.weatheronline.pl>.
6. Komplet zdjęć namiotów z dnia 26 lipca 2016 r., wykonanych podczas Światowych Dni Młodzieży w Krakowie.
7. Instrukcja obsługi i eksploatacji Modułu łóżkowego szpitala polowego, Wydanie I, Październik 2015.
8. Pismo Wojskowego Szpitala Wojskowego z Bydgoszczy z dnia 5.08.2016 r. w sprawie naprawy namiotów Modułu Łóżkowego Szpitala Polowego.
9. Pismo Jednostki Wojskowej nr 1488/16 z Wrocławia Wojskowego Szpitala Wojskowego z Bydgoszczy z dnia 9.08.2016 r. w sprawie naprawy namiotów Modułu Łóżkowego Szpitala Polowego.
10. Pismo Konsorcjum Paramedica z dnia 10.10.2016 r. w sprawie naprawy namiotów Modułu Łóżkowego Szpitala Polowego.
11. Pismo Konsorcjum Paramedica z dnia 26.10.2016 r. w sprawie naprawy namiotów Modułu Łóżkowego Szpitala Polowego.
12. Pismo WOFiTM z dnia 27.10.2016 r. w sprawie potwierdzenia terminów odbioru uszkodzonych namiotów modułu łóżkowego szpitala polowego.

13. Pismo Konsorcjum Paramedica z dnia 8.12.2016 r. w sprawie naprawy namiotów Modułu Łóżkowego Szpitala Polowego.
14. Wezwanie WOFiTM z dnia 2.01.2017 r. do zapłaty noty obciążeniowej nr 62/FIN/2016 z dnia 30.12.2016 r.
15. Pismo Konsorcjum Paramedica z dnia 9.01.2017 r. w sprawie wezwania do zapłaty noty obciążeniowej nr 62/FIN/2016.
16. Wezwanie WOFiTM z dnia 23.01.2017 r. do zapłaty noty obciążeniowej nr 62/FIN/2016 z dnia 30.12.2016 r.
17. Pismo Konsorcjum Paramedica z dnia 27.01.2017 r. w sprawie wezwania do zapłaty noty obciążeniowej nr 62/FIN/2016.
18. Pismo Konsorcjum Paramedica z dnia 2.02.2017 r. w sprawie wezwania do zapłaty noty obciążeniowej nr 62/FIN/2016.
19. Pismo Konsorcjum Paramedica z dnia 16.03.2017 r. w sprawie zwrotu namiotów Modułu Łóżkowego Szpitala Polowego.
20. Pisma Konsorcjum Paramedica z dnia 17.03.2017 r. w sprawie zwrotu namiotów Modułu Łóżkowego Szpitala Polowego(2 szt.).
21. Pismo Wojskowego Szpitala Wojskowego w Bydgoszczy z dnia 17.03.2017 r. w sprawie odbioru namiotów Modułu Łóżkowego Szpitala Polowego po naprawie reklamacyjnej.
22. Pismo Centrum Reagowania Epidemiologicznego Sił Zbrojnych RP z dnia 20.03.2017 r. w sprawie zwrotu namiotów Modułu Łóżkowego Szpitala Polowego.
23. Pismo Jednostki Wojskowej z Wrocławia nr 5111 z dnia 24.03.2017 r. w sprawie zwrotu namiotów Modułu Łóżkowego Szpitala Polowego.
24. Pismo Konsorcjum Paramedica z dnia 27.03.2017 r. w sprawie zwrotu namiotów Modułu Łóżkowego Szpitala Polowego (2 szt.).
25. Pismo Konsorcjum Paramedica z dnia 28.03.2017 r. w sprawie zwrotu namiotów Modułu Łóżkowego Szpitala Polowego.
26. Pismo Konsorcjum Paramedica z dnia 6.04.2017 r. w sprawie zwrotu namiotów Modułu Łóżkowego Szpitala Polowego (2 szt.).
27. Pismo Konsorcjum Paramedica z dnia 6.04.2017 r. w sprawie Rozbudowy Modułu Łóżkowego Szpitala Polowego.
28. Pismo WOFiTM z dnia 20.09.2017 r. w sprawie odbioru namiotów – umowa 189/FIN/2015.
29. Pismo Konsorcjum Paramedica z dnia 25.09.2017 r. – wezwanie do zwrotu sprzętu - umowa 189/FIN/2015.
30. Pismo WOFiTM z dnia 26.09.2017 r. w sprawie odbioru namiotów – umowa 189/FIN/2015.

31. Pismo Wojskowego Szpitala Wojskowego w Bydgoszczy z dnia 27.09.2017 r. w zwrotu namiotów Modułu Łózkowego Szpitala Polowego.
32. Pismo Jednostki Wojskowej z Wrocławia nr 5111 z dnia 27.03.2017 r. w sprawie zwrotu namiotów Modułu Łózkowego Szpitala Polowego.
33. Protokół z dnia 5.10.2017 r. , dotyczący odbioru namiotów po naprawie reklamacyjnej według umowy nr 189/FIN/2015.
34. Pismo Konsorcjum Paramedica z dnia 11.10.2017 r. w sprawie zwrotu sprzętu – umowa 189/FIN/2015.
35. Nota obciążeniowa Nr 2/2017 z dnia 2.11.2017 r.
36. Wniosek o wszczęcie postępowania sądowego z dnia 30.11.2017 r.
37. Żądanie zapłaty Gwarancji bankowej z dnia 23.11.2017 r.
38. Gwarancja Bankowa z dnia 7.08.2015 r.

Izba w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający w specyfikacji w rozdziale VIII w ust. 2 przewidział przesłanki wykluczenia wykonawcy z prowadzonego postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp.

W dniu 11 sierpnia 2015 r. została zawarta umowa nr 189/FIN/2015 pomiędzy Zamawiającym a Konsorcjum Paramedica. Przedmiotem umowy była dostawa modułu łózkowego szpitala polowego - 2 kompletów modułu łózkowego szpitala polowego 25 łózkowego oraz rozbudowa 1 kompletu modułu łózkowego szpitala polowego i opiewała na kwotę 9 123 771,00 zł. Strony potwierdziły, że umowa była dwukrotnie zmieniana w formie aneksów: w dniu 27 października 2015 r. i w dniu 26 listopada 2015 r.

W dniach 2 i 3 grudnia 2015 r. zamówiony przez WOFITM sprzęt został Odebrany przez Zamawiającego bez uwag (Protokoły odbioru z dnia 2 i 3.12.2015 r.). W tej samej dacie Konsorcjum Paramedica przeprowadziło szkolenia w zakresie obsługi sprzętu, warunków eksploatacji i usuwania podstawowych niesprawności z udziałem Odbiorców końcowych w Bydgoszczy (2.12.2015 r. zostało przeszkolonych 6 osób), we Wrocławiu (3.12.2015 r. zostało przeszkolonych 19 osób), w Warszawie (2.12.2015 r. zostało przeszkolonych 6 osób).

W Instrukcji obsługi i eksploatacji modułu łózkowego na str. od 56 do 62 zawarto informacje na temat „Montażu systemu namiotowego”. Zamieszczono również informację: „Uwaga: poniższe procedury muszą być przestrzegane, aby prawidłowo rozłożyć namioty. Nie przestrzeganie wytycznych może utrudniać prawidłowe rozłożenie i w efekcie

doprowadzić do uszkodzenia namiotów”. Strona 62 instrukcji zawiera schemat rozmieszczenia śledzi (czarne kropki) i odciągów wiązanych na pętli na namiocie typu 6S i MX.

Izba ustaliła, że namioty przekazane przez Konsorcjum Paramedica były wykorzystywane w czasie imprezy pn. Światowe Dni Młodzieży, odbywającej się w dniach 26-31 lipca 2016 r. w Krakowie. Powyższej imprezie towarzyszyły intensywne opady deszczu, co nie było kwestionowane przez Strony. Natomiast przekazane przez Odwołującego dowody, w postaci zdjęć namiotów (od nr 1 do 10), obrazują sposób rozłożenia namiotów, będących w posiadaniu Zamawiającego, a także ustalone przez Konsorcjum Paramedica usterki namiotów.

Kolejko Izba ustaliła, że Odbiorcy końcowi (1 Wojskowy Szpital Polowy w Bydgoszczy oraz Jednostka Wojskowa nr 5111 we Wrocławiu) zgłosili Konsorcjum Paramedica pismami z dnia 5 i 8 sierpnia 2016 r. wnioski o dokonanie napraw gwarancyjnych namiotów bazowych oraz izolacyjnych wchodzących w skład Modułów Łóżkowych Szpitali Polowych. W pismach podano również: „Wyżej wymieniony sprzęt służby zdrowia użytkowany był w ramach „zabezpieczenia medycznego Światowych dni Młodzieży, kiedy to warunki atmosferyczne (deszcz) uwydatniły usterki, które nie pozwalają na eksploatację namiotów w warunkach polowych. Wykaz usterek w załączeniu”.

W piśmie z dnia 10 października 2016 r. Konsorcjum Paramedica twierdziło, że podjęło niezwłoczne działania, mające na celu zdefiniowanie zakresu koniecznych prac oraz przyczyn powstałych uszkodzeń. Odebrane 2 namioty z 1 Wojskowego Szpitala Polowego w Bydgoszczy zostały przekazane do oceny producenta (firmy M. S., Niemcy), która pozwoli określić przyczyny powstania uszkodzeń oraz ewentualny zakres koniecznych napraw. Ponadto w piśmie Konsorcjum Paramedica podtrzymało dotychczasowe stanowisko, iż namioty uległy istotnym uszkodzeniom w trakcie rozwinięcia Modułów w Krakowie w trakcie ŚDM, wykonanego w sposób niezgodny z instrukcją oraz przeprowadzonymi szkoleniami, co istotnie wpłynęło na sztywność i wytrzymałość konstrukcji, a w połączeniu z intensywnymi opadami deszczu doprowadziło do powstania kolejnych uszkodzeń. Wykonawca w piśmie podał również: „Nie możemy zgodzić się z twierdzeniami WOFiTM, zawartymi w piśmie z dnia 4.10.2016 r. jakoby rozwijania i składania namiotów dokonał „wyspecjalizowany” personel, zgodnie z zawartymi w instrukcji wskazówkami, gdyż zgodnie z informacją uzyskaną w Krakowie w dniu 21 lipca 2016 r. od p. płk. W. W., były to osoby przypadkowe i wcześniej nie przeszkolone z zakresu składania i rozkładania namiotów. Jak wynika z uzyskanych przez nas informacji przy rozkładaniu namiotów w czasie ŚDM w Krakowie jedyną osobą, która była właściwie przeszkolona z zakresu obsługi sprzętu, warunków eksploatacji i usuwania podstawowych niesprawności MŁSP, co potwierdza certyfikat udziału

w szkoleniu z dnia 02 grudnia 2015 roku, był p. chor. J. K. z 1 WSZP. Sprawował on wyłącznie nadzór nad rozkładaniem przedmiotowych namiotów, co w żadnym wypadku nie jest tożsame ze stwierdzeniem, iż osoby rozwijające i składające namioty były odpowiednio przeszkolone i stanowiły personel wyspecjalizowany w zakresie tych czynności. W efekcie, w trakcie rozwijania namiotów wchodzących w skład MŁSP dochodziło do rażących naruszeń procedury ich rozwijania co skutkowało łamaniem elementów konstrukcyjnych i osłabianiem wytrzymałości namiotów. Niemniej jednak mając na uwadze dobro naszej dotychczasowej oraz przyszłej współpracy, oraz troskę o poprawne funkcjonowanie sprzętu będącego na wyposażeniu 1 i 2 WSzP oraz CRE SZ RP, podtrzymujemy gotowość do kontynuacji procesu fabrycznej weryfikacji stanu technicznego namiotów, w których stwierdzone zostały nieprawidłowości, a w przypadku stwierdzenia, że nieprawidłowości te stanowią wady fabryczne namiotów, deklarujemy gotowość przeprowadzenia koniecznych napraw, mających na celu przywrócenie pełnej użyteczności tych systemów namiotowych Modułów Łózkowych. W tym celu deklarujemy gotowość odebrania namiotów, w których stwierdzone zostały nieprawidłowości od ich użytkowników końcowych w ciągu najbliższych dwóch tygodni od daty niniejszego pisma, oraz wykonanie ewentualnych prac naprawczych w możliwie najkrótszym terminie, który będzie mógł zostać ustalony dopiero po przeprowadzeniu niezbędnych weryfikacji fabrycznych stanu technicznego namiotów. Prosimy o akceptację powyższej propozycji jako podstawy dalszych działań serwisowych”.

W kolejnym piśmie z dnia 26 października 2016 r. Konsorcjum Paramedica podtrzymało stanowisko co do przyczyny uszkodzeń namiotów i nadal wyrażało zadeklarowaną gotowość do kontynuacji procesu fabrycznej weryfikacji stanu technicznego namiotów jak również gotowość do przeprowadzenia koniecznych napraw. W piśmie wykonawca prosił o pilną akceptację przedstawionej propozycji jako podstawy do dalszych działań serwisowych.

Z ustaleń dokonanych przez Izbę w oparciu o treść odpowiedzi na odwołanie, co nie było sporne, że Konsorcjum Parmedica początkowo odebrało 2 namioty, nieodebrana pozostawała rozbudowa znajdująca się w Centrum Reagowania Epidemiologicznego Sił Zbrojnych RP (CRESZ). WOFiTM pismem z dnia 27 października 2016 r. potwierdził gotowość do przekazania namiotów do naprawy. W odpowiedzi na ww. pismo, Konsorcjum Paramedica zadeklarowało gotowość odbioru uszkodzonych namiotów w dniach 2-04 listopada 2016 r. Konsorcjum odebrało w ww. terminie namioty celem wykonania naprawy gwarancyjnej.

W piśmie z dnia 8 grudnia 2016 r. Konsorcjum Paramedica podało informacje na temat ustalonych przez Konsorcjum przyczyn uszkodzenia namiotów jak również określiło zakres naprawy „ (...) pragniemy poinformować, iż namioty wchodzące w skład MŁSP zostały już przekazane do producenta, który przeprowadził wnikliwą analizę uszkodzeń stelaży i poszyc powstałych w namiotach wchodzących w skład MŁSP. Jak wynika z udzielonych nam informacji, przedmiotowa analiza uszkodzeń wykazała następujące przyczyny ich powstania:

1. Część z przekazanych namiotów wchodzących w skład MŁSP posiadała uszkodzenia dolnego pasa stelaża o ułożeniu asymetrycznym w stosunku do osi namiotu. Powyższe potwierdza jednoznacznie, iż namiot był rozstawiany w sposób niezgodny z zaleceniami i instrukcją obsługi, poprzez jednoczesne podnoszenie środka namiotu - wypychanie konstrukcji w górę (działanie prawidłowe), oraz jednoczesne podnoszenie niektórych fragmentów bocznych namiotu (działanie nieprawidłowe), przez co dochodziło do zbyt intensywnych naprężeń konstrukcji, a w konsekwencji pęknięcia fragmentów stelaża. Ostatecznie wynikiem powstałych uszkodzeń był brak stabilizacji i sztywności konstrukcji namiotów w pasie dolnym co spowodowało brak możliwości zapewnienia przewidzianej przez producenta odporności na zewnętrzne warunki atmosferyczne. Ugięcie konstrukcji pod naporem deszczu w obszarach uszkodzeń, powodowało dalsze przenoszenie obciążeń w sposób nierównomierny na części szczytowe konstrukcji, doprowadzając do pęknięcia stelaża w pasie dachu.
2. Przeciekanie namiotu poprzez plastikowe wkręty mocujące poszycie było spowodowane niedokręceniem tychże do stelaża namiotu. Brak szczelności stanowił jedyny powód przecieków. Namioty te ze względu na swoją konstrukcję i powstawanie ciągłych naprężeń wymagają starannego przygotowania do użytkowania, w tym sprawdzenia szczelności i dokręcenia plastikowych śrub na całej ich powierzchni. Pominięcie tego elementu będzie zawsze skutkowało naciekaniem wody i w konsekwencji przeciekaniem namiotów.
3. Podciekanie wody dołem na łączeniach namiotu z podłogą nie jest wadą konstrukcyjną, ale wadą użytkową spowodowaną posadowieniem namiotu bezpośrednio na nierównym podłożu. Wszystkie namioty, niezależnie od konstrukcji powinny być umieszczane na platformach elewacyjnych, co wynika z instrukcji użytkowania namiotów.
4. Przedarcia powłoki zostały uwidocznione wyłącznie na poszyciach wewnętrznych i noszą wyraźne ślady liniowego rozrywania, co wskazuje na przeciąganie namiotu bezpośrednio po twardym podłożu, a nie po podłodze namiotu. Jest to działanie niezgodne z przeznaczeniem i instrukcją użytkowania namiotów.

Wskazane wyżej wnioski z przeprowadzonej przez producenta analizy uszkodzeń namiotów wchodzących w skład MŁSP, stanowią potwierdzenie wskazywanych przez nas dotychczas okoliczności, iż przyczyną powstania uszkodzeń w namiotach wchodzących w skład MŁSP było ich nieprawidłowe rozkładanie przez nieprzeszkolony personel, ale również rozkładanie niezgodne z instrukcją użytkowania dołączoną do tych namiotów.

Całokształt okoliczności faktycznych sprawy wskazuje zatem jednoznacznie, że nie możemy ponosić odpowiedzialności za uszkodzenia powstałe w wyniku nieprawidłowego użytkowania namiotów, tym bardziej w kontekście przesłanego pisma z dnia 5 grudnia 2016 roku, nie widzimy podstaw do obciążania nas jakimikolwiek karami umownymi.

Pomimo wskazanych wyżej okoliczności, wyłącznie w geście dobrej woli i chęci podtrzymania dobrych stosunków i perspektyw dalszej współpracy podjęliśmy czynności zmierzające do naprawy stelaży i poszyć uszkodzonych przez użytkowników końcowych. (...) Pragnę jednak zapewnić, że wdrożony proces naprawczy odbywa się w sposób ciągły i obejmuje również wprowadzanie modyfikacji konstrukcyjnych, mających na celu zniwelowanie powstawania uszkodzeń spowodowanych nieprawidłowym użytkowaniem namiotów przez użytkowników końcowych.

W kontekście wskazanych wyżej powodów powstania uszkodzeń w namiotach wchodzących w skład MŁSP wdrażane są następujące czynności naprawcze i modyfikacje:

1. konstrukcja stelaży namiotów zostanie wzmocniona,
2. wprowadzone zostaną osłony wkrętów mocujących powłokę zewnętrzną,
3. dodane zostaną wsporniki dachowe w osi pośrodkowej namiotów,
4. konstrukcja namiotów bazowych zostanie zmodyfikowana w celu uzyskania

lepszej funkcjonalności dla użytkowników końcowych.

Z uwagi na zakres powyższych prac, przewidujemy, iż szacunkowy czas przeprowadzenia napraw i modyfikacji oraz gotowość do zwrotu wszystkich namiotów to koniec lutego/początek marca 2017 roku”.

Pismami z dnia 16 i 17 marca 2017 r. Konsorcjum Paramedica poinformowało: 1 Wojskowy Szpital Polowy, 2 Wojskowy Szpital Polowy oraz Centrum Reagowania Sił Zbrojnych RP o gotowości zwrotu namiotów po przeprowadzonych naprawach. Natomiast dalsza korespondencja przedstawiona w toku postępowania odwoławczego dotyczyła ustalenia przede wszystkim miejsca i terminu odbioru namiotów w kontekście postanowień umownych.

Pismem z dnia 26 września 2017 r. po dalszej wymianie pism, ustalono, że WOFiTM przystąpi do odbioru naprawianych namiotów w dniu 5 października 2017 r. o godz. 09.00 w siedzibie jednego z Odbiorców końcowych - Centrum Reagowania Epidemiologicznego RP w Warszawie. W komisyjnym odbiorze w dniu 5 października 2017 r. wzięli udział: przedstawiciele: WOFiTM, przedstawiciele wszystkich odbiorców końcowych, tj.

przedstawiciele Centrum Reagowania Epidemiologicznego Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej z siedzibą w Warszawie, 1 Wojskowego Szpitala Polowego w Bydgoszczy, 2 Wojskowego Szpitala Polowego we Wrocławiu, przedstawiciele Konsorcjum Paramedica. Jako obserwatorzy wzięli udział przedstawiciele 79 RPW. Z powyższego odbioru sporządzono protokół, który został podpisany przez jego uczestników. W trakcie ww. odbioru namioty nie zostały odebrane. W treści protokołu podano m. in. „W trakcie sprawdzenia przedmiotu reklamacji Strony złożyły następujące uwagi:

1. Przewodniczący komisji na wstępie poprosił Wykonawcę o przedstawienie zakresu prac naprawczych i modernizacyjnych. Wykonawca stwierdził, że taki zakres jest w stanie przekazać odbiorcom końcowym do dnia 11.10.2017 r.
2. Komisja po rekomendacji przedstawicieli 79 RPW określiła, że nadzorowanie jakości może odbyć się po warunkiem uznania przez Wykonawcę naprawy jako gwarancyjnej lub nadzorowania zamówienia na inną naprawę. Naprawa sprzętu musi obejmować sprzęt wojskowy, którego odbiór był objęty nadzorem jakościowym RPW a nie może dotyczyć wymiany sprzętu na nowy o innych parapetach technicznych.
3. Namiot bazowy został wymieniony na nowy, przedstawiony namiot nie posiadał dokumentacji umożliwiającej sprawdzenie czy spełnia wymagania taktyczno techniczne. Z uwag odbiorców końcowych wynika, że aby wejście ewakuacyjne, w dostarczonym namiocie, spełniało swoje właściwości musi zostać wymontowany stelaż, co natomiast może skutkować osłabieniem całej konstrukcji, czego komisja nie jest w stanie sprawdzić.
4. Zmianie uległa konstrukcja dachu namiotu izolacyjnego, wstawiono 6 tyczek, co spowodowało podniesienie części górnej namiotu, umożliwiające odpływ gromadzących się na nim opadów atmosferycznych. Ograniczone możliwości zamknięcia drzwi suwakiem w namiocie izolacyjnym.
5. Przy rozkładaniu, w namiocie izolacyjnym, popękały rurki stelaża.
6. Przy łączeniu podłogi z białą ścianą boczną występują ok 5 cm przerwy, którymi wpływa woda do środka.
7. Po modyfikacji konstrukcji dachu namiotów izolacyjnych, występują naprężenia ścian bocznych, które utrudniają połączenie.

Ze względu na powyższe komisja nie jest w stanie w dniu dzisiejszym dokonać oceny stanu technicznego namiotów. Po uzupełnieniu brakującej dokumentacji oraz ponownym sprawdzeniu namiotów rekomenduje kontynuowanie procedury odbioru. Wykonawca powinien powiadomić odbiorców końcowych oraz zamawiającego o planowanym odbiorze co najmniej 5 dni roboczych wcześniej.

Wykonawca po zapoznaniu się z powyższym zgłasza następujące uwagi:

1. Wszelkie działania w tym naprawy i zmiany konstrukcyjne namiotów były prowadzone w trybie poza gwarancyjnym, o czym Wykonawca informował Zamawiającego w trakcie trwania całej procedury naprawczej.
2. Zmiany konstrukcyjne wymagane w zakresie prowadzonych napraw i modernizacji były wskazane przez Zamawiającego w piśmie nr 2819/16 z dnia 01.09.2016r i potwierdzone jako zakres prac przez Wykonawcę pismem nr 16/2016/MIL-SYS/JP z dnia 01.09.2016 r.
3. W ramach modernizacji, namioty bazowe zostały w całości wymienione na nowe, o ulepszonej konstrukcji z zachowaniem bazowych wymogów określonych w WTT do umowy nr 189/FIN/2015. Nowe namioty posiadają dokumentację techniczną w tym w zakresie umożliwiającym sprawdzenie zgodności z wymaganiami WTT. Mimo obecności przedstawicieli Zamawiającego oraz Użytkowników, a także przedstawicieli 79 RPW, nie została podjęta decyzja o sprawdzeniu przedmiotowych nowych namiotów (typu MX namioty bazowe) z wymaganiami WTT.
4. Wyjścia ewakuacyjne z namiotów MX są w chwili dostawy zasłonięte elementami stelaża, gdyż w intencji Wykonawcy było pozostawienie do decyzji Użytkownika, czy będzie chciał korzystać z wyjścia ewakuacyjnego czy nie. Wykonawca od razu zadeklarował, że elementy stelaża mogą zostać wymontowane zapewniając możliwość korzystania z wyjścia ewakuacyjnego bez utraty sztywności czy funkcjonalności konstrukcji namiotu. Na miejscu przedstawiciele CRE SZ RP zadeklarowali chęć posiadania obu wyjść ewakuacyjnych, natomiast przedstawiciele 1 WSzP zadeklarowali chęć posiadania tylko jednego wyjścia. W tym względzie Wykonawca zadeklarował, iż zgodnie z życzeniem Użytkowników zapewni demontaż części konstrukcji, co w żaden sposób nie wpłynie negatywnie na konstrukcję nośną namiotu.
5. Wstawienie tyczek unoszących dach w namiotach izolacyjnych zapewnia odpływ wody z dachu, ale nie wpływa w żaden sposób na konstrukcję namiotu ani nie wpływa na możliwości zamykania drzwi w namiotach. Długość tyczek dachowych została określona przez producenta namiotów, nie ma zatem możliwości wskazywania negatywnych skutków takiej modyfikacji.
6. Pękanie rurek stelaża przy rozkładaniu lub składaniu stanowi w namiotach tego typu ewentualność, której nie można wyeliminować w 100%, gdyż w znacznej mierze procedura rozkładania i zdolność personelu obsługującego namioty do synchronicznego rozkładania wpływa na powstawanie uszkodzeń. Namioty przed wyjęciem ich z toreb transportowych były w 100% sprawdzone i nie posiadały żadnych uszkodzeń.

7. Przerwy pomiędzy ścianami a podłogą są przerwami technicznymi, umożliwiającymi właściwe pozycjonowanie stelaża względem podłogi. Pojawienie się wody w tych przerwach może być spowodowane jedynie brakiem wcześniejszego okopania namiotu (zapewnienia drenażu wodnego).
8. Konstrukcja dachu w namiotach nie została zmodyfikowana, dlatego nie można mówić o powstawaniu nowych, dodatkowych naprężeń ścian bocznych.
9. Należy zwrócić uwagę, iż Wykonawca od połowy marca 2017r. wzywał Użytkowników do odbioru naprawionych namiotów. Pod koniec września 2017r., zamawiający zgodził się odebrać namioty w siedzibie jednego z Użytkowników, na co zgodę wyrazili także pozostali Użytkownicy. Twierdzenie, jakoby Zamawiający nie miał możliwości dokonania oceny zgodności zmodyfikowanych namiotów z wymaganiami bazowymi WTT jest sytuacją kuriozalną. To Zamawiający, zgadzając się na proponowany termin odbioru był zobligowany do zapewniania sobie wszelkich koniecznych instrumentów przeprowadzenia oceny zgodności. Rozstawione namioty umożliwiały wykonanie takich czynności, jednakże z niezrozumiałych dla Wykonawcy przyczyn, Zamawiający nie skorzystał z przysługujących Mu uprawnień. W efekcie nie zdecydował się także na odbiór 10 z 13 namiotów, co do których nie było żadnych zastrzeżeń i stanowiły one przedmiot dostawy z 2015 r. W efekcie tych działań, naprawione i gotowe do działania Moduły Łóżkowe nadal nie zostały przekazane Użytkownikom. Brak przygotowania do odbioru namiotów przez Zamawiającego skutkuje zwrotem namiotów do depozytu w oczekiwaniu na decyzję Sądu, co będzie skutkowało zablokowaniem namiotów na szacunkowy okres 3-5 lat.
10. Ponadto Zamawiający nie przedstawił żadnych zamierzeń co do dalszych działań w zakresie odbioru naprawionych poza gwarancyjnie namiotów, czym wykazuje jednoznacznie w ocenie Wykonawcy, złą wolę i brak chęci ugodowego zakończenia sporu oraz przywrócenia zdolności operacyjnych Szpitali Polowych i CRE SZ RP”.

Pismem z dnia 11 października 2017 r. Konsorcjum Paramedica przesłało dokumenty jakościowe dla naprawionych i zmodyfikowanych konstrukcyjnie namiotów. Ponadto w treści pisma podano: „W nawiązaniu do przeprowadzonych oględzin namiotów przez członków Komisji, stwierdzamy co następuje:

- odebrane od Użytkowników w listopadzie 2016 r. namioty bazowe nie nadawały się do przeprowadzenia napraw, ze względu na stopień uszkodzeń.
- w następstwie poczynionych ustaleń z WOFiTM (pismo nr 2819/16 z dnia 01.09.2016r) zobowiązaliśmy się do przeprowadzenia napraw i modyfikacji konstrukcyjnych w koniecznym zakresie.

- zmodernizowane namioty stanowią ulepszoną konstrukcję, przy zachowaniu bazowych wymagań jakościowych określonych w WTT do Umowy nr 189/FIN/2015

- w zmodernizowanych namiotach została zachowana możliwość uzyskania wyjść ewakuacyjnych po obu stronach na długich bokach namiotów, co jednak w chwili obecnej pozostawiliśmy do decyzji użytkowników końcowych czy takie wyjścia są w ich praktyce działań wymagane. Jeśli Użytkownicy wyrażą taką wolę, namioty bazowe zostaną dostosowane w zakresie wyjść ewakuacyjnych. (...)

Wszystkie namioty zostały gruntownie sprawdzone i przygotowane do ponownego wykorzystania przez Użytkowników końcowych. Zostały także przygotowane zalecenia dla Użytkowników, aby błędy z rozstawiania i wykorzystania namiotów skutkujące tak rozległymi uszkodzeniami nie powtórzyły się. Namioty tego typu (lekkie stelaże do szybkiego rozkładania bez użycia narzędzi), jakie wyspecyfikował Gestor (Zarząd WSZ) a zakupił Zamawiający, odznaczają się wysoką podatnością na uszkodzenia przy braku szczególnej dbałości o procedurę rozstawiania, składania i użytkowania. W związku z powyższym, oraz z uwagi na fakt iż w trakcie podjętej procedury odbioru z dnia 5.10br. namioty zostały fizycznie przez Komisję zweryfikowane, wzywamy Zamawiającego oraz Użytkowników do definitywnego odbioru namiotów znajdujących się na terenie CRE SZ RP. (...) W załączeniu przesyłamy dokumenty specyfikacyjne zmodernizowanych namiotów bazowych, umożliwiające ich weryfikację pod kątem zgodności z wymaganiami zasadniczymi Umowy 189/FIN/2015. W przypadku pojawienia się wątpliwości jesteśmy oczywiście gotowi do składania dodatkowych wyjaśnień lub dokumentów. (...)"

Pismem z dnia 16 października 2017 r. Zamawiający odstąpił od umowy z Konsorcjum Paramedica. Powody odstąpienia zostały szeroko i szczegółowo przytoczone przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie.

W dniu 17 października 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców, iż jako najkorzystniejsze uznał wszystkie złożone oferty i zamierza zawrzeć umowę ramową ze wszystkimi wykonawcami.

Pismem z dnia 19 grudnia 2017 r. Zamawiający na podstawie art. 24 ust. 8 Pzp zwrócił się do wykonawcy Paramedica (jednego z członków Konsorcjum Ratownik) celem złożenia wyjaśnień w ramach procedury samooczyszczenia w związku z rozwiązaniem umowy nr 189/FIN/2015, zawartej w dniu 15 sierpnia 2015 r/ z Zamawiającym. Zamawiający wskazał, że wykonawca może przedstawić wyjaśnienia i dowody, o których mowa w art. 24 ust. 8 Pzp w terminie do dnia 22 grudnia 2017 r. do godz. 10.000.

W odpowiedzi na powyższe pismo wykonawca Paramedica złożył wyjaśnienia w piśmie z dnia 21 grudnia 2017 r. podtrzymując argumentację prezentowaną dotychczas przez Konsorcjum Paramedica.

W dniu 29 grudnia 2017 r. Odwołujący został poinformowany przez Zamawiającego o wykluczeniu Konsorcjum Ratownik z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. Zamawiający wskazał, że: „Działając na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku (tekst jedn. Dz. U. z 2017 roku poz. 1579) Prawo zamówień publicznych, dalej ustawa Pzp, Zamawiający zawiadamia o wykluczeniu z postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, prowadzonego w celu zawarcia umowy ramowej pod nazwą „Dostawa samochodów sanitarnych 1-noszpwyeh” nr WOFiTM/19/2017/PN Wykonawcę: tj. konsorcjum firm na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależyte wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

Zamawiający przewidział w SIWZ przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania wskazaną w art. 24 ust. 5 pkt-4 ustawy Pzp.

Wykonawca - uczestnik konsorcjum (partner) tj. Paramedica Polska sp. z o.o. sp. k. nie wykonał wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego co doprowadziło do rozwiązania (odstąpienia) od tej umowy tj.; umowy nr 1B9/FIN/2015 z 11 sierpnia 2015 roku. Od wskazanej umowy zamawiający odstąpił w dniu 16.10.2017 roku.

Zamawiający, celem dochowania należytej staranności i uczciwej konkurencji umożliwił wykonawcy, zgodnie z art, 24 ust. 8 ustawy Pzp, przedstawienie dowodów na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, jednakże Wykonawca nie skorzystał z tego prawa. Przedstawione przez wykonawcę pismo z wyjaśnieniami nie zasługują na uwzględnienie albowiem teść wyjaśnień nie przedstawia żadnych dowodów mogących świadczyć o jego rzetelności.

W przedmiotowej sprawie zostały spełnione wszystkie przesłanki wykluczenia wykonawcy wskazane w art, 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp tj. wykonawca nie wykonał wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do rozwiązania umowy”.

Izba zważyła co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba odniosła się do kwestii, podnoszonej przez Zamawiającego zarówno w odpowiedzi na odwołanie jak również w toku posiedzenia i rozprawy, w zakresie kognicji Izby w kwestii, podnoszonej przez Odwołującego tj. domniemanej przez Odwołującego nieskuteczności odstąpienia Zamawiającego od umowy. Zamawiający twierdził, że „ww. zagadnienie nie może podlegać badaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą, gdyż jest to kompetencja sądów powszechnych”. W rozpoznawanej sprawie Izba stanęła na stanowisku, że jest organem właściwym w zakresie rozpoznania sporu między Zamawiającym a Odwołującym, który dotyczy prawidłowości czynności wykluczenia z postępowania Konsorcjum Ratownik na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. Tym samym przedmiotem rozstrzygnięcia Izby jest ustalenie, czy Zamawiający właściwie zastosował przepis art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. Nie stanowi bezpośredniego przedmiotu rozpoznania przez Izbę kwestia konsekwencji skuteczności, czy też nieskuteczności odstąpienia przez Zamawiającego od umowy. W związku z powyższym słusznie zauważa Zamawiający, że powyższe zarzuty w przyszłości być może będą przedmiotem badania właściwego sądu powszechnego.

Następnie Izba odniosła się do zagadnienia naruszenia przez Zamawiającego naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp w kontekście błędnego skierowania przez Zamawiającego wezwania do jednego z członków Konsorcjum a nie do Pełnomocnika Konsorcjum Ratownik. W zakresie rozpoznawanego zarzutu Izba stanęła na stanowisku, że rację ma Odwołujący, który twierdził, że takie wezwanie powinno być skierowane do pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia a nie do jednego z wykonawców, wchodzących w skład Konsorcjum Ratownik. Wyjaśnienia wymaga, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jednym z celów wyznaczenia pełnomocnika, jest właśnie to, aby w ramach prowadzonego postępowania Zamawiający kontaktował się z jednym podmiotem, który reprezentuje wszystkich wykonawców, skupionych w ramach tzw. konsorcjum, a nie odrębnie z każdym z wykonawców. Dostrzec również należy, że wykonawcy, ubiegając się o udzielenie zamówienia działają wspólnie, co należy odnosić nie tylko do wspólnego składania przez nich oferty ale również do całego szeregu innych działań, które wymagają wspólnego stanowiska. Za takie bez wątpienia należy uznać udzielanie wyjaśnień na wezwanie Zamawiającego, nawet jeśli dotyczy tylko jednego z wykonawców Konsorcjum. Wobec tego na w ocenie Izby nie zasługują na uznanie argumenty Zamawiającego, który twierdził, że

właśnie dlatego przesłał omawiane wezwanie do wykonawcy Paramedica, a nie do pełnomocnika Konsorcjum Ratownik (wykonawcy Ratownik M. W. Sp. j.), gdyż jego treść odnosiła się właśnie do tego wykonawcy.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp w zakresie błędnego skierowania wezwania do złożenia wyjaśnień do wykonawcy Paramedica zamiast do Pełnomocnika Konsorcjum Ratownik, tj. firmy Ratownik M. W. Sp. j. Jednak w kontekście stanowczych stanowisk Stron, prezentowanych w toku rozprawy Izba uznała, że ponowienie czynności wezwania Konsorcjum Ratownik do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 24 ust. 8 Pzp nie wpłynie na wynik postępowania.

Wobec powyższego Izba kolejno odniosła się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp.

Po dokonaniu badania i oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Izba doszła do przekonania, że w zaistniałych okolicznościach sporu nie realizują się przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, skutkujące koniecznością wykluczenia Odwołującego z udziału w prowadzonym postępowaniu.

Zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

Wobec tego na wstępie zaznaczyć należy, że możliwość skorzystania z art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp jest uwarunkowana koniecznością ustanowienia jej w ramach konkretnego postępowania i opisanie w postanowieniu specyfikacji. Zaś dla zaistnienia przesłanek wskazanych w zacytowanym przepisie bezwzględnie konieczne jest wykazanie przez Zamawiającego, że zachodzą łącznie następujące okoliczności:

1. wykonawca z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał albo nienależycie wykonał wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji,
2. niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy dotyczyło „istotnego stopnia” tej umowy,
3. niewykonanie lub nienależyte wykonanie doprowadziło do rozwiązania tej umowy albo zasądzenia odszkodowania.

W zakresie rozumienia treści przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku z 4 lipca 2017 r. Sygn. akt KIO 1166/17, w którym Izba stwierdziła: „Dokonując wykładni wskazanego wyżej przepisu ustawy Pzp, należy mieć na uwadze, że stanowi on implementację do porządku prawnego art. 57 ust. 4 lit. g Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE. Nr 94, str. 65), zgodnie z treścią którego wykluczeniu może podlegać wykonawca, który wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji. Zauważyć należy, że ustawodawca unijny wskazuje na „znaczące i uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu” wcześniejszej umowy, co w polskim ustawodawstwie zostało określone jako „niewykonanie lub nienależyte wykonanie w istotnym stopniu umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”. Pojęcie istotności należy zatem odnosić nie tylko do wartości czy zakresu przedmiotu zamówienia, który został niewykonany lub nienależyte wykonany, ale także za ustawodawstwem unijnym należy oceniać czy owe nienależyte wykonanie albo niewykonanie istotnego wymogu umowy było uporczywe i znaczące”.

Zaznaczyć należy, że ciężar wykazania zaistnienia wyżej wskazanych okoliczności spoczywa w całości na Zamawiającym, który podejmuje decyzję tak doniosłą prawnie jak wykluczeniu wykonawcy z udziału w prowadzonym postępowaniu. Co istotne, statuujący ciężar udowodnienia faktu, przepis art. 6 kc, należy rozumieć nie tylko jako obarczenie strony postępowania obowiązkiem przekonania Izby dowodami o słuszności swoich twierdzeń, ale przede wszystkim jako nakaz obciążenia jej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności. Tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania odwoławczego (podobnie SN w uzasadnieniu wyroku z 7 listopada 2007 roku wydanego w sprawie o sygn. akt II CSK 293/07).

Wobec powołanej argumentacji nie ulega wątpliwości, że uzasadnienie faktyczne czynności Zamawiającego, polegającej na wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu powinno zawierać wskazanie faktów, które Zamawiający uznał za udowodnione, mające jednoznacznie potwierdzać, że odstępianie od umowy było zasadne i wynikało wyłącznie z przyczyn leżących po stronie wykonawcy a ponadto winno wskazywać, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie dotyczyło istotnego stopnia umowy. Brak wykazania choćby jednej z tych przesłanek wyłącza możliwość zastosowania przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp.

Przekładając powyższe na stan faktyczny sprawy wskazać należy, że Zamawiający w specyfikacji przewidział możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp.

Spór pomiędzy stronami dotyczył zagadnienia wykonania umowy z dnia 11 sierpnia 2015 r. nr 189/FIN/2015, zawartej pomiędzy Zamawiającym a Konsorcjum Paramedica, której przedmiotem umowy była dostawa modułu łóżkowego szpitala polowego - 2 kompletów modułu łóżkowego szpitala polowego 25 łóżkowego oraz rozbudowa 1 kompletu modułu łóżkowego szpitala polowego. Zamawiający podnosił, że Konsorcjum Paramedica, w skład którego wchodził wykonawca Paramedica nie wykonało powołanej umowy z Zamawiającym co doprowadziło do odstąpienia od ww. umowy. Natomiast obecnie wykonawca Paramedica wchodzi w skład Konsorcjum Ratownik, a zatem wykonawca ten podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp. Natomiast Odwołujący, wbrew takiemu stanowisku twierdził, że umowa została wykonana, dlatego też odstąpienie od niej, dokonane przez Zamawiającego należy uznać za bezskuteczne. Ponadto Odwołujący twierdził, że wezwanie do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 24 ust. 8 Pzp zostało skierowane przez Zamawiającego do niewłaściwego podmiotu, tj. do jednego z członków Konsorcjum Ratownik a nie do firmy Ratownik M. W. Sp. j., który został obrany Pełnomocnikiem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, odpowiedzialnym za kontakty między Zamawiającego z Konsorcjum Ratownik.

W zakresie tak określonego przedmiotu sporu, opierając się na zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym Izba stanęła na stanowisku, że w rozpoznawanym stanie faktycznym nie można mówić o niewykonaniu umowy, a co najwyżej można brać pod uwagę kwestię nienależytego wykonania umowy. Wynika to wprost z przedstawionych, zarówno przez Zamawiającego jak i Odwołującego, okoliczności i dowodów w postaci przede wszystkim protokołów z odbioru przedmiotu umowy („Protokoły przyjęcia – przekazania wyrobów”: Nr 1/2015/MILSYS z dnia 2 grudnia 2015 r., Nr 3/2015/MILSYS z dnia 2 grudnia 2015 r., Nr 2/2015/MILSYS z dnia 3 grudnia 2015 r.).

Izba wskazuje, że od pojęcia niewykonania umowy należy odróżnić nienależytego wykonania umowy. W tym miejscu wyjaśnić należy, że z przypadkiem niewykonania umowy mamy do czynienia wówczas, gdy wykonawca treścią zawartej umowy zobowiązał się do dostarczenia Zamawiającemu, określonego towaru bądź usługi lub też wykonania danej roboty budowlanej, a następnie takiej dostawy, usługi lub roboty budowlanej w ogóle nie wykonał. W celu zobrazowania tego zagadnienia można posłużyć się chociażby prozaicznym przykładem, tj. wykonawca zawarł z zamawiającym umowę, której przedmiotem było

wybudowanie określonego odcina drogi, która następnie nie została w ogóle przez wykonawcę wybudowana. Przedmiotem odrębnej oceny już jest kwestia, czy dostarczony towar, wykonana usługa lub robota budowlana były zgodne, czy też nie, z wymaganiami Zamawiającego, a w konsekwencji stwierdzenie, czy wykonawca w sposób należyty, czy nienależyty, wykonał umowę z Zamawiającym.

Jednak niewątpliwym jest, że Konsorcjum Paramedica w ramach powoływanej umowy dostarczył Zamawiającemu, zamawiany towar, który został przez Zamawiającego odebrany bez jakichkolwiek uwag, co wprost znajduje odzwierciedlenie w treści protokołów odbioru (Kolumna „Uwagi” nie została wypełniona jakąkolwiek treścią). W tym miejscu zaznaczenia wymaga, że na podstawie § 4 ust. 7 pkt 7 ww. umowy wykonawca zobowiązany był do przeszkolenia Odbiorców końcowych w zakresie warunków eksploatacji sprzętu i podstawowych nieprawidłowości. Bezspornie Konsorcjum Paramedica wywiązało się z tego obowiązku, co wprost potwierdzają protokoły szkolenia przeprowadzonego z udziałem Odbiorców końcowych w Bydgoszczy (2.12.2015 r. zostało przeszkolonych 6 osób), we Wrocławiu (3.12.2015 r. zostało przeszkolonych 19 osób), w Warszawie (2.12.2015 r. zostało przeszkolonych 6 osób). Wobec tego Izba uznała, że przekazanie przez Konsorcjum Paramedica sprzętu zamówionego przez WOMiTM, którego odbiór następnie został potwierdzony przez Zamawiającego bez jakichkolwiek zastrzeżeń stanowi o wykonaniu przez Konsorcjum Paramedica umowy. Natomiast zagadnienie rozwiązania umowy jest sprawą sporną między stronami i brak jednoznacznego dowodu na to, że rozwiązanie umowy nastąpiło w przyczyn leżących wyłącznie po stronie wykonawcy.

Wobec tego Izba rozstrzygała zasadność zgłoszonego zarzutu w aspekcie potencjalnego niewykonania umowy przez Konsorcjum Paramedica. W analizowanej sprawie Izba stwierdziła, że Zamawiający przede wszystkim nie wykazał w sposób dostateczny, że nienależyte wykonanie umowy wynika z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Natomiast w zgromadzonym materiale dowodowym nie sposób doszukać się zachowań wykonawcy, które posiadałby znamiona znaczących lub uporczywych niedociągnięć w spełnieniu istotnych wymagań w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego z Zamawiającym, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji. Wręcz przeciwnie. W ocenie Izby, z przedstawionych dowodów wynika, że zachowania Konsorcjum Paramedica nacechowane były chęcią dogłębnego wyjaśnienia przyczyn powstałych uszkodzeń, jak również polubownego rozstrzygnięcia sporny kwestii. Świadczą o tym, chociażby przykładowo wymienione poniżej działania Konsorcjum Paramedica, które co istotne, nie pozostały jedynie w sferze deklarowanych działań a rzeczywistych czynność

podejmowanych przez wykonawcy. Bez wątplenia do katalogu tego rodzaju poczynań można zaliczyć: niezwłoczny odbiór od Zamawiającego uszkodzonych namiotów celem podjęcia działań serwisowych, przesłanie namiotów do producenta celem zdefiniowania zakresu koniecznych prac oraz przyczyn powstałych uszkodzeń, gotowość do usunięcia powstałych uszkodzeń celem przywrócenia ich do pełnej użyteczności. Powołana aktywność wykonawcy została odzwierciedlona w materiale dowodowym, zgromadzonym w sprawie.

W tym miejscu w celu zobrazowania omawianego zagadnienia warto przytoczyć następujące fragmenty z pism Konsorcjum Paramedica, kierowanych do Zamawiającego:

- w piśmie z dnia 10 października 2016 r. Konsorcjum Paramedica twierdziło, że podjęło niezwłoczne działania, mające na celu zdefiniowanie zakresu koniecznych prac oraz przyczyn powstałych uszkodzeń. Odebrane 2 namioty z 1 Wojskowego Szpitala Polowego w Bydgoszczy zostały przekazane do oceny producenta (firmy M.S., Niemcy), która pozwoli określić przyczyny powstania uszkodzeń oraz ewentualny zakres koniecznych napraw. Ponadto w piśmie Konsorcjum Paramedica twierdziło, że „Niemniej jednak mając na uwadze dobro naszej dotychczasowej oraz przyszłej współpracy, oraz troskę o poprawne funkcjonowanie sprzętu będącego na wyposażeniu 1 i 2 WSzP oraz CRE SZ RP, podtrzymujemy gotowość do kontynuacji procesu fabrycznej weryfikacji stanu technicznego namiotów, w których stwierdzone zostały nieprawidłowości, a w przypadku stwierdzenia, że nieprawidłowości te stanowią wady fabryczne namiotów, deklarujemy gotowość przeprowadzenia koniecznych napraw, mających na celu przywrócenie pełnej użyteczności tych systemów namiotowych Modułów Łóżkowych. W tym celu deklarujemy gotowość odebrania namiotów, w których stwierdzone zostały nieprawidłowości od ich użytkowników końcowych w ciągu najbliższych dwóch tygodni od daty niniejszego pisma, oraz wykonanie ewentualnych prac naprawczych w możliwie najkrótszym terminie, który będzie mógł zostać ustalony dopiero po przeprowadzeniu niezbędnych weryfikacji fabrycznych stanu technicznego namiotów. Prosimy o akceptację powyższej propozycji jako podstawy dalszych działań serwisowych”.
- W kolejnym piśmie z dnia 26 października 2016 r. Konsorcjum Paramedica nadal podtrzymywało zadeklarowaną gotowość do kontynuacji procesu fabrycznej weryfikacji stanu technicznego namiotów jak również gotowość do przeprowadzenia koniecznych napraw. W piśmie wykonawca prosił o pilną akceptację przedstawionej propozycji jako podstawy do dalszych działań serwisowych.
- W piśmie z dnia 8 grudnia 2016 r. Konsorcjum Paramedica podało informacje na temat ustalonych przez wykonawcę przyczyn uszkodzenia namiotów jak również określiło zakres naprawy. Wykonawca twierdził, że „ (...) pragniemy poinformować,

iż namioty wchodzące w skład MŁSP zostały już przekazane do producenta, który przeprowadził wnikliwą analizę uszkodzeń stelaży i poszyc powstałych w namiotach wchodzących w skład MŁSP. (...) Pomimo wskazanych wyżej okoliczności, wyłącznie w geście dobrej woli i chęci podtrzymania dobrych stosunków i perspektyw dalszej współpracy podjęliśmy czynności zmierzające do naprawy stelaży i poszyc uszkodzonych przez użytkowników końcowych. (...) Pragnę jednak zapewnić, że wdrożony proces naprawczy odbywa się w sposób ciągły i obejmuje również wprowadzanie modyfikacji konstrukcyjnych, mających na celu zniwelowanie powstawania uszkodzeń spowodowanych nieprawidłowym użytkowaniem namiotów przez użytkowników końcowych”.

Podkreślenia również wymaga, że w toku postępowania odwoławczego Zamawiający poprzestał jedynie na gołosłownych twierdzeniach, że dostarczone przez wykonawcę namioty były wadliwe, nie przedstawiając w tym zakresie jakiegokolwiek dowodu.

Dla wszechstronnego rozstrzygnięcia zarzutu naruszenia art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp wyjaśnić należy zagadnienie zakresu przedmiotu umowy z dnia 11 sierpnia 2015 r. nr 189/FIN/2015, uwzględniając przy tym wartość uszkodzonych namiotów. Otóż przedmiotem ww. umowy była dostawa modułu łóżkowego szpitala polowego, tj. 2 kompletów modułu łóżkowego szpitala polowego 25 łóżkowego oraz rozbudowa 1 kompletu modułu łóżkowego szpitala polowego. W skład ww. przedmiotu umowy, dostarczonego przez wykonawcę wchodziło 13 namiotów, w tym 3 bazowe, które uległy całkowitemu zniszczeniu i 10 izolacyjnych, z których 6 zostało uszkodzonych w zakresie konstrukcji. W toku rozprawy Odwołujący oświadczył, a Zamawiający temu nie zaprzeczył, że wartość dostarczonych namiotów to około 2 mln zł, co stanowi około 20% całego zamówienia, natomiast wartość uszkodzonych namiotów waha się między 5% a 8% całego zamówienia. W kontekście powyższego Izba doszła do przekonania, że również w ujęciu wartości oraz zakresu przedmiotu umowy nie można mówić o tym, że nienależyte wykonanie umowy dotyczyło „istotnego stopnia” tej umowy.

Podsumowując powyższe rozważania, Izba stanęła na stanowisku, że w zakresie rozpoznawanego zarzutu Zamawiający nie wykazał w sposób nie budzący wątpliwości, że zostały wypełnione wszystkie niezbędne przesłanki skutkujące wykluczeniem Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp, w szczególności Zamawiający nie przedstawił, żadnego dowodu, z którego wynikałoby, że dostarczone przez Konsorcjum namioty były wadliwe, chociażby ekspertyzy czy też opinii, z której

wynikałaby prezentowana przez Zamawiającego teza. Ponadto w działaniach podejmowanych przez Konsorcjum Paramedica Izba nie dopatrzyła znaczących lub uporczywych niedociągnięć w spełnieniu istotnych wymagań w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego z Zamawiającym, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji.

Podsumowując, Izba uznała, że stwierdzone powyżej naruszenia przepisów ustawy mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Zatem działając na podstawie art. 192 ust. 2 i ust. 3 pkt. 1 ustawy Pzp – Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt 2, § 3, § 5 ust. 2 pkt 1 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. Nr 41, poz. 238). Izba uwzględniła koszty pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600,00 zł w oparciu o przedłożoną na rozprawie fakturę VAT.

.....
.....
.....