

Wyrok
z dnia 29 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 25 sierpnia 2022 r. w Warszawie sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 sierpnia 2022 r. przez wykonawcę **Gmsynergy Sp. z o.o. Sp. j, ul. Tuszyńska 67, 95-030 Rzgów** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Świętokrzyskie - Urząd Marszałkowski Województwa Świętokrzyskiego, al. IX Wieków Kielc 3, 25-516 Kielce.**

przy udziale wykonawcy **Cristal Travelnet sp. z o.o., ul. Wojska Polskiego 34, 19-300 Elk** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża - wykonawcę **Gmsynergy Sp. z o.o. Sp. j. w Rzgowie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Województwo Świętokrzyskie - Urząd Marszałkowski Województwa Świętokrzyskiego w Kielcach al. IX Wieków Kielc 3, 25-516 Kielce prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Usługa przygotowania, organizacji i kompleksowej obsługi konferencji branży spożywczo przetwórczej w Sandomierzu oraz usługa kompleksowej organizacji przyjazdowej misji gospodarczej, znak sprawy: OK-III.272.1.22.2022, postępowania nr Z22/1101 Ogłoszenie o zamówieniu nr 2022/BZP 00225530/01 z dnia 2022-06-27 r.

Odwołujący: GMSYNERGY sp. z o. o. s.j. z siedzibą w Rzgowie wniósł odwołanie wobec dokonanej przez Zamawiającego w dniu 3 sierpnia 2022 roku czynności, polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Cristal Travelnet spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ełku

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp tj.:

- 1) art. 263 w zw. z art. 239 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie tzw. zastępczego wyboru oferty najkorzystniejszej – wykonawcy Cristal Travelnet Sp. z o.o. z siedzibą w Ełku, pomimo braku zaistnienia ku temu jakichkolwiek przesłanek tj. pomimo tego, iż Odwołujący, którego oferta została wybrana pierwotnie jako najkorzystniejsza, nie uchylał się od zawarcia umowy;
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Pzp poprzez celowe wyznaczenie odwołującemu terminu na wskazanie danych tłumacza w taki sposób, aby możliwie czynność tę utrudnić, ew. uniemożliwić jej realizację;

W związku z w/w zarzutami Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności podjętej na podstawie art. 263 w zw. z art. 239 ustawy Pzp tj. czynności, polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Cristal Travelnet spółka z o. o. z siedzibą w Ełku,
- 2) wyznaczenie Odwołującemu terminu zawarcia umowy, nie krótszego niż 5 dni roboczych;
- 3) wpłaty na rzecz Odwołującego zgodnej z przepisnymi normami kwoty stanowiącej uzasadnione koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i kosztów zastępstwa prawnego według rachunków, które zostaną przedstawione na rozprawie;

Wnosi również o dopuszczenie dowodu z zeznań świadka A. M. (wezwanie na adres pełnomocnika) – na okoliczność próby kontaktu z Zamawiającym w celu ustalenia warunków realizacji umowy, przyczyn braku odpowiedzi na wezwanie z 29.07.2022 r.

Mimo wybrania oferty, Zamawiający w dniu 3 sierpnia 2022 r. bezpodstawnie uznał, że Odwołujący uchyła się od zawarcia umowy i na podstawie art. 263 ustawy Pzp dokonał ponownego badania i oceny ofert, uznając, że najkorzystniejszą jest oferta złożona przez Cristal Travelnet. Sp. z o.o.

UZASADNIENIE

W dniu 18 lipca 2022 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego. W dniu 3 sierpnia 2022 r. Zamawiający poinformował o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty – za najkorzystniejszą wybrana została oferta złożona przez Cristal Travelnet Sp. z o.o. W treści informacji, Zamawiający wskazał, że „Wykonawca GMSYNERGY /.../ którego oferta została wybrana w dniu 18.07.2022 r. jako najkorzystniejsza, uchylił się od podpisania umowy w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający działając na podstawie art. 263 ustawy pzp dokonał ponownego badania i oceny ofert spośród ofert pozostałych w postępowaniu wykonawców.”

Oferta Odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza w dniu 18 lipca 2022 r. W dniu 27 lipca 2022 r., Zamawiający wezwał Odwołującego do wskazania danych niezbędnych do zawarcia umowy tj.:

- 1) zgodnie z zapisami rozdziału XVII pkt 9 SWZ przedłożenia danych personalnych tłumaczy, których doświadczenie zostało wykazane w „Formularzu oferty” (tj. którzy będą brali udział w wykonaniu zamówienia);
- 2) przesłanie oświadczenia dot. wymogu wynikającego z art. 68 ust. 3 ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych, określonego w rozdziale III pkt 15 SWZ;
- 3) podanie danych do umowy tj. Imię i nazwisko osoby bądź osób, które będą podpisywać umowę; Imię i nazwisko, nr tel, e-mail osoby/osób upoważnionej/yh do kontaktów w zakresie realizacji umowy; dane Podmiotu Przetwarzającego /.../.

Odwołujący przekazał dane w dniu 28 lipca 2022 r. tj. dzień przed upływem wskazanego terminu.

W dniu 29 lipca 2022 r. (piątek) po godzinie 14.00, Zamawiający wystosował do Odwołującego kolejne wezwanie tj. wezwanie do podania danych personalnych trzeciego tłumacza, wskazując, że wg SWZ Wykonawca powinien wskazać minimum trzech tłumaczy. Odwołującemu wyznaczono termin do dnia 1 sierpnia 2022 r. (poniedziałek).

Dowód: wezwanie z 29 lipca 2022 r. do wskazania danych personalnych trzeciego tłumacza; 3 sierpnia 2022 r. pracownik Odwołującego p. A. M. skontaktowała się z Zamawiającym w celu ustalenia szczegółowych realizacji umowy. Zamawiający w rozmowie telefonicznej

wskazał, że „temat jest nieaktualny”. Tego samego dnia, Zamawiający poinformował o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej, uznając, że Odwołujący uchyla się od zawarcia umowy.

Odwołujący niezwłocznie po uzyskaniu powyższej informacji, w dniu 5 sierpnia 2022 r. wystosował pismo, w którym jednoznacznie wskazał, że nie uchyla się od zawarcia umowy i podtrzymuje wolę jej zawarcia. Jednocześnie Zamawiającemu przekazane zostały dane trzeciego tłumacza.

Dowód: pismo Odwołującego z 5 sierpnia 2022 r. oraz pismo z danymi trzeciego tłumacza.

Odwołujący kwestionuje prawo Zamawiającego do ponownej oceny ofert na podstawie art. 263 ustawy Pzp. Przepis art. 263 ustawy Pzp zezwala na ponowną ocenę ofert tylko w przypadku, gdy Wykonawca uchyla się od zawarcia umowy. Tymczasem, Odwołujący w żaden sposób nie uchylał się od zawarcia umowy.

W sposób jednoznaczny wyrażona została wola zawarcia umowy. Faktem jest, że na skutek przeoczenia, co związane jest z nieobecnością Pani A. G. – K. (osoby wyznaczonej do kontaktów z Zamawiającym), która w dniu 29 lipca 2022 r. znajdowała się w samolocie w drodze na urlop wypoczynkowy, Odwołujący nie odpowiedział na wezwanie do wskazania danych trzeciego. Podkreślić jednak należy, że Zamawiający wyznaczył bardzo krótki termin na przekazanie tych danych, albowiem wezwanie zostało przesłane 29 lipca 2022 r. (piątek), z terminem do dnia 1 sierpnia 2022 r. (poniedziałek). Mając na uwadze, że obecnie mamy okres wakacyjny, zaś pomiędzy wezwaniem a wyznaczonym terminem przypadał okres weekendu, trudno dopatrywać się umyślnego uchylania się od zawarcia umowy przez Odwołującego. Co więcej, pierwsze wezwanie do przekazania danych do umowy zostało wykonane przez Odwołującego. Wskazał on niezbędne dane – w tym dane osób, które będą podpisywać umowy, co jednoznacznie dowodzi woli zawarcia umowy. Także na wcześniejszym etapie postępowania Odwołujący odpowiadał na wszelkie wezwania i nigdy nie dał Zamawiającemu podstaw do przypuszczenia, że nie zamierza zawrzeć umowy. Dane do umowy zostały przekazane dzień przed upływem wyznaczonego terminu. Faktycznie nie zostały podane dane trzeciego tłumacza, ale nie jest to brak na podstawie, którego można stwierdzić, że wykonawca uchyla się od zawarcia umowy. Na podstawie danych przekazanych w dniu 28 lipca 2022 r. Zamawiający mógł bez przeszkód przygotować umowę i wyznaczyć termin jej podpisania, czego jednak nie zrobił.

Wskazać przy tym należy, że dane tłumaczy nie są niezbędne do zawarcia umowy – w istotnych postanowieniach umowy Zamawiający w ogóle nie przewidział postanowień określających dane tłumacza.

Umowa mogła zostać przygotowana bez tych danych.

Trudno w działaniu Zamawiającego dopatrzeć się jakiejś logiki, tym bardziej, że misja gospodarcza ma odbyć się dopiero w dniach 20 – 24 września 2022 r., a zatem pozostało

ok. 1, 5 miesiąca do rozpoczęcia realizacji umowy. Podkreślenia wymaga również, że w okresie między wyborem oferty Odwołującego tj. 18 lipca 2022 r. a wezwaniem z dnia 27 lipca 2022 r. upłynęło 9 dni. Zamawiający przez 9 dni pozostawał bierny, po czym wezwaniami z dnia 27 i 29 lipca 2022 r. próbował nadgonić stracony czas i z tej przyczyny wyznaczał Odwołującemu bardzo krótkie terminy na przekazanie danych do zawarcia umowy.

Co istotne, Zamawiający w ogóle nie wyznaczył jeszcze terminu zawarcia umowy, w związku z czym uznanie, że wykonawca uchyla się od jej zawarcia jest co najmniej przedwczesne. Jak wskazano powyżej, sama umowa nie wymaga zresztą wpisywania danych tłumaczy, którzy będą realizować usługę, w związku z czym trudno uznać, że są to dane niezbędne do zawarcia umowy.

Orzecznictwo KIO konsekwentnie przyjmuje, iż uchylanie się od zawarcia umowy to działanie rozmyślne, zmierzające do nie zawarcia umowy (tak KIO 1123/13). GMSynergy nie zmierzała do nie zawarcia umowy, przeciwnie chciała i chce zawrzeć oraz zrealizować zamówienie, czego wyrazem było przekazane danych osób, które będą podpisywać umowę, jak również kontakt telefoniczny pracownika, który zajmuje się realizacjami, w celu ustalenia merytorycznych aspektów realizacji.

Podanie danych 3 tłumaczy nie wynika z treści SWZ. Zgodnie z r. XVII SWZ należało podać dane personalne tłumaczy, których doświadczenie zostało wykazane w „Formularzu oferty”, tj., którzy będą brali udział w wykonaniu zamówienia. Zgodnie z ro. IV OPZ w zadaniu nr 1 Zamawiający wskazał, że: „Wykonawca zapewni w trakcie jej trwania tłumaczenie z języka polskiego na angielski oraz z angielskiego na polski, zestaw słuchawek dla 80 osób oraz 2 kabiny tłumaczeniowe i min. 2 tłumaczy pracujących dla tłumaczenia symultanicznego (2 tłumaczy języka angielskiego) oraz 2 tłumaczy języka angielskiego dla tłumaczenia konsekwentnego. Tłumacze pracujący dla tłumaczenia symultanicznego mogą być jednocześnie tłumaczami do tłumaczenia konsekwentnego.” Z kolei w zadaniu nr 2 w rozdziale II, Zamawiający wskazał, że Wykonawca ma obowiązek zapewnić min. 1 tłumacza, którzy będzie towarzyszył uczestnikom misji gospodarczej przez cały czas jej trwania.

Natomiast Zamawiający nie zastrzegł, że tłumacze wykonujące zadanie nr 1 nie mogą jednocześnie dokonywać tłumaczeń konsekwentnych, o których mowa w zadaniu nr 2. Z tej przyczyny dopuszczalne było uznanie, że wystarczające jest podanie danych personalnych dwóch tłumaczy, którzy będą jednocześnie wykonywać tłumaczenia w zadaniu nr 1 i zadaniu nr 2. Taką interpretację przyjął również Odwołujący, który po odpowiedzi na wezwanie z dnia 27 lipca 2022 r. był przekonany, że przekazał wszystkie dane do zawarcia umowy i nie spodziewał się kolejnego wezwania, tym bardziej z tak krótkim terminem wykonania.

Mając na uwadze powyższe, a przede wszystkim zważywszy na fakt, że w przedmiotowej sprawie Zamawiający nie wyznaczał terminu zawarcia umowy, zaś Odwołujący nie uchylał się od zawarcia umowy, wnosi jak na wstępie.

Załączono: 5.informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z 18 lipca 2022 r. i o ponownym wyborze oferty z 3 sierpnia 2022 r., 6. wezwania z 27 i 29 lipca 2022 r.7.odpowieź Odwołującego z 28 lipca 2022 r. 8. pismo Odwołującego z 5 sierpnia 2022 r. i pismo z danymi trzeciego tłumacza.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie GMSYNERGY sp. z o. o. spółka jawna , zwanego dalej „Wykonawcą”, z dnia 8 sierpnia 2022 r., wniósł o jego oddalenie w całości.

Sformułowane przez Wykonawcę zarzuty należy uznać za niezasadne:

1. Wykonawca tj. GMSYNERGY, którego oferta została wybrana w dniu 18.07.2022 r. jako najkorzystniejsza nie przesłał Zamawiającemu wymaganych informacji, które niezbędne były do przygotowania i podpisania umowy (zgodnie z SWZ rozdział XVII pkt 9) tj. „Przed zawarciem umowy Wykonawca zobowiązany jest do przedłożenia zamawiającemu dokumentów wymaganych przepisami prawa oraz w SWZ, w szczególności:

/.../b) danych personalnych tłumaczy, których doświadczenie zostało wykazane w „Formularzu oferty”, tj., którzy będą brali udział w wykonaniu zamówienia”

Zamawiający w dokumentach postępowania tj. - Załączniku nr 1 Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia do SWZ określił, iż do realizacji przedmiotowego postępowania Wykonawca powinien wyznaczyć/.../ Zamawiający określił, iż do realizacji przedmiotu umowy wymaganych jest minimum 3 tłumaczy, /.../

Doświadczenie tych tłumaczy zostało wykazane w „Formularzu oferty” - Zamawiający dodatkowo punktował doświadczenie w kryterium: „Doświadczenie tłumaczy symultanicznych i konsekwentnych (20%); „Doświadczenie tłumacza konsekwentnego” (20%).

Zamawiający w dniu 19.07.2022 r. po raz pierwszy wystąpił do Wykonawcy z prośbą o przesłanie tych informacji za pośrednictwem platformy zakupowej. Wykonawca nie przesłał informacji o, które został poproszony. W dniu 22.07.2022 r. pracownik merytoryczny (Pani M. M.) wystąpiła z ponowną prośbą drogą mailową o przesłanie niezbędnych informacji.

Wykonawca nie nawiązał żadnego kontaktu z Zamawiającym, ponownie nic nie przysłał.

Twierdzenie Odwołującego, iż Zamawiający przez 9 dni w okresie między wyborem jego oferty (tj. 18.07.2022 r.) a kolejnym wezwaniem z dnia 27.07.2022 r. pozostawał bierny jest więc nieuzasadnione.

W związku z powyższym Zamawiający po sprawdzeniu informacji, wystąpił ponownie w tym samym dniu tj. 29.07.2022 r., z prośbą o niezwłoczne przesłanie danych personalnych

trzeciego tłumacza najpóźniej do dnia 01.08.2022 r., informując jednocześnie, iż brak tych informacji uniemożliwi przygotowanie umowy, co skutkować będzie uznaniem zachowania Wykonawcy przez Zamawiającego za uchylanie się od zawarcia umowy na podstawie art. 263 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 poz. 1129 z późn. zm.) – dokumenty potwierdzające w załączeniu. Wykonawca w wyznaczonym czasie nie przesłał wymaganych informacji. Nadmienić także trzeba, iż pracownik prowadzący postępowanie (Pani M. M.) kilkakrotnie próbowała kontaktować się telefonicznie z Wykonawcą, aby uzyskać jakiegokolwiek informacje, osoba wskazana do kontaktów z Zamawiającym nie odbierała telefonu i nie oddzwaniała, pracownik (Pani M. M.) kontaktowała się także z pracownikiem GMSYNERGY, dzwoniąc pod nr telefonu wskazany na stronie Wykonawcy, niestety nie uzyskała żadnych informacji, natomiast pracownik Wykonawcy poinformował, że do wszelkich kontaktów w postępowaniu upoważniona jest tylko Pani A. G. – K. .

Zamawiający w związku z biernością Wykonawcy i niezorganizowaniem wymaganych informacji, które umożliwiłyby przygotowanie umowy uznał, iż Wykonawca umyślnie podejmuje działania, które mają na celu niedopuszczenie do zawarcia umowy. W ocenie Zamawiającego Wykonawca na tą chwilę nie dysponował trzecim tłumaczem na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia, tym bardziej, że Wykonawca miał podać tylko dane personalne tłumacza.

Wykonawca zobowiązany był przed zawarciem umowy wskazać wymagane informacje - Zamawiający nie posiadając tych informacji - danych personalnych min. 3 tłumaczy, nie mógł wyznaczyć terminu zawarcia umowy, stąd zarzuty Odwołującego o przedwczesności uznania że Wykonawca uchyla się od zawarcia umowy, są całkowicie niezasadne.

Podkreślić także należy, iż Wykonawca przez cały ten okres nie wystąpił do Zamawiającego o wydłużenie terminu na złożenie wymaganych informacji. W ocenie Zamawiającego wynika z tego, iż Wykonawca nie miał zamiaru zawarcia umowy i umyślnie podejmował takie działania, które mają na celu niedopuszczenie do zawarcia umowy. Wbrew twierdzeniom Odwołującego się z aktualnego orzecznictwa KIO, wynika, iż uchylenie się od zawarcia umowy może także wynikać z okoliczności i zachowania, a więc działań bądź zaniechań - wykonawcy, co potwierdza m.in. wyrok KIO z dnia 17 marca 2016 r. (sygn. akt KIO 311/16) „z całą stanowczością podkreślić należy, że „uchylenie się” wcale nie musi oznaczać bezpośredniej odmowy zawarcia umowy, lecz może wynikać z okoliczności i z zachowania (działań lub zaniechań) Wykonawcy. Zawarcie umowy w sprawie zamówienia stało się niemożliwe z przyczyn leżących tylko i wyłącznie po stronie Wykonawcy. Podobnie w wyroku z dnia 4 marca 2014 r., KIO 288/14 Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że uchylanie się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego „nie musi oznaczać bezpośredniej odmowy zawarcia umowy, lecz może wynikać z okoliczności i z zachowania (działań lub

zaniechań) Wykonawcy. Zdaniem Izby trzykrotnie niestawienie się w celu zawarcia umowy (ewentualnie nieprzesłanie umowy) jak najbardziej może być uznane za uchylanie się.”.

Odwołujący potwierdził na str. 5 odwołania, iż „faktem jest, że na skutek przeoczenia, co jest związane z nieobecnością Pani A. G. – K. (osoby wyznaczonej do kontaktów z Zamawiającym), która w dniu 29 lipca 2022 r. znajdowała się w samolocie w drodze na urlop wypoczynkowy, Odwołujący nie odpowiedział na wezwanie do wskazania danych trzeciego tłumacza”. Zatem Odwołujący w tej części przyznał, że na skutek jego przeoczeń, a więc zaniechania Wykonawcy, nie odpowiedział na wezwanie Zamawiającego w wyznaczonym terminie do wskazania danych trzeciego tłumacza. Na marginesie należy wskazać, iż mimo wielokrotnych prób kontaktu ze strony Zamawiającego (w dn. 19.08.2022 r. przez Platformę, 22.08.2022 r. mailowo, 27.08.2022 r. oraz szereg prób telefonicznego kontaktu) tak z pracownikiem wskazanym do kontaktów z Zamawiającym, jak i bezpośrednio pod numerem telefonu Wykonawcy, dopiero po 10 dniach, tj. w dniu 29.08.2022 r. Wykonawca wystosował odpowiedź – w tym miejscu podkreślić należy, iż była to odpowiedź niepełna, zawierająca niepełne informacje, które Wykonawca zobowiązany był przedłożyć (zgodnie z treścią SWZ i OPZ) przed zawarciem umowy, a dodatkowo odpowiedź ta została przesłana przez Wykonawcę do innego postępowania, w którym brał udział. Nie są zatem oparte na prawdzie twierdzenia Odwołującego, iż Zamawiający pozostawał bierny w tym okresie i usiłował nadgonić czas, zaś pierwsze pismo zostało wysłane dopiero 29 lipca 2022 r. tuż przed długim weekendem (to był normalny weekend, bez dni wolnych). Wręcz przeciwnie, to na skutek braku reakcji Wykonawcy na wielokrotne próby kontaktu ze strony Zamawiającego, braku odpowiedzi na kierowane pisemnie maile, informacje, a także prośby telefoniczne, brak kontaktu z osobą wyznaczoną oraz brak realizacji zobowiązań, które wynikały przecież z dokumentacji postępowania, Zamawiający uznał czynności Wykonawcy w okresie od 19 sierpnia 2022 r. do dnia 1 sierpnia 2022 r. za uchylanie się od zawarcia umowy.

Wskazać także należy na sprzeczności w wyjaśnieniach Odwołującego zaprezentowanych w odwołaniu. Mianowicie, jak wyżej zostało wskazane, z jednej strony Odwołujący potwierdził, że przez błąd pracownika nie zostały przekazane wymagane dane trzech tłumaczy, co wyjaśniał nieobecnością i urlopem pracownika, z drugiej strony Wykonawca na str. 9 odwołania powołuje się, że jego intencją było wskazanie jedynie dwóch tłumaczy, gdyż w taki sposób interpretował postanowienia dokumentacji Zamawiającego.

Przystępujący po stronie Zamawiającego: Cristal Travelnet sp. z o.o. z siedzibą w Elku w ślad za zgłoszonym przystąpieniem, w odpowiedzi na odwołanie, wskazał.

Odwołanie jest bezzasadne i w całości powinno zostać oddalone. Powyższe potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 marca 2014 r., stwierdzając, że uchylanie się

od zawarcia umowy nie musi oznaczać bezpośredniej odmowy zawarcia umowy, lecz może wynikać z okoliczności z zachowania (działań lub zaniechań) wykonawcy .

W ocenie Przystępującego, zaniechania ze strony Odwołującego, polegające na wskazywaniu niekompletnych danych oraz nieusprawiedliwionej bierności wykonawcy, wskazują na uchylanie się od zawarcia umowy.

Przystępujący popiera stanowisko Zamawiającego, w szczególności w zakresie w jakim Zamawiający uznał „na skutek braku reakcji Wykonawcy na wielokrotne próby kontaktu ze strony Zamawiającego, braku odpowiedzi na kierowane pisemne maile, informacje, a także próby telefoniczne, brak kontaktu z osobą wyznaczoną oraz brak realizacji zobowiązań, które wynikały przecież z dokumentacji postępowania, Zamawiający uznał czynności [a raczej zaniechania – przyp. wł.] w okresie od 19 sierpnia 2022 r. do dnia 1 sierpnia 2022 r. za uchylanie się od zawarcia umowy”. Powyższe okoliczności oraz fakt, że w dniu 4 sierpnia 2022 r. upływał termin związania ofertą, niewątpliwie wypełniają przesłanki do uznania, że Odwołujący uchylał się od zawarcia umowy.

Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego złożyli oświadczenia na rozprawie

Odwołujący wniósł o zaliczenie w poczet dowodów, na okoliczność, czy nie uchyla się od zawarcia umowy i podjął czynności związane z jej realizacją, dokumenty dotyczące: rezerwacji Hotelu z 19 lipca 2022 r., e-maile z 13 i 21 lipca 2022 r. dotyczące. innych postępowań, ale potwierdzających pozostawanie w stałym kontakcie z Zamawiającym, E-mail z 23 sierpnia 2022 r. o braku dostępu do platformy, na której prowadzono przedmiotowe postępowanie, dwa zrzuty ekranu: jedno z platformy dla tego postępowania o braku korespondencji od Zamawiającego, drugi z innego postępowania, na którym jest uwidoczniła korespondencja.

Przypomniał przebieg zdarzeń w postępowaniu począwszy od dnia wyboru oferty 18 lipca 2022 r. Wskazał, że prośby Zamawiającego o podanie informacji nie zawierały terminu zawarcia umowy, dwa pierwsze z 19 i 22 lipca 2022 r. nie zawierały także terminu wykonania tego wezwania. Wskazał na okoliczności dowiedzenia się o ponownym wyborze oferty z 3 sierpnia 2022.

Przypomniał, że na wezwanie z 27 lipca 2022 r. przedstawił Zamawiającemu wymagane informacje. Podkreślił, że wykonywał wszelkie czynności i cele zawarcia umowy, a Zamawiający nie wyznaczał takiego konkretnego terminu na czynności zawarcia umowy.

Neguje jako bezpodstawne twierdzenie, że uchyla się od zawarcia umowy.

Stwierdza, że w dwóch spośród trzech prowadzonych z jego udziałem przez Zamawiającego postępowaniach, zawarł umowy i nie było problemu z bieżącym kontraktem.

Ocenia nadto, że z postanowień specyfikacji nie wynika bezwzględny wymóg wskazania trzech tłumaczy, ani forma wskazania danych ich dotyczących.

Przypomniał, że do zawarcia umowy i jej treści nie przewiduje się wpisania danych tłumaczy. Tym samym wykonał wszelkie żądane czynności za wyjątkiem jednej, dnia 29 lipca 2022 r., który to brak był związany z jednoczesnym obsługiwaniem trzech postępowań.

Ocenia na podstawie kontaktu z osobą prowadzącą czynności u Zamawiającego, że ocena jego oferty nie była pozytywna.

Zamawiający zauważył, że wykonawca powinien dysponować informacją na temat tłumaczy już na etapie przygotowania oferty wobec wymogu w zakresie deklaracji w ofercie doświadczenia, jakkolwiek na tym etapie nie było potrzeby przedstawienia szczegółowych danych osobowych. Wskazał na SWZ r. XVII pkt 9 o obowiązku złożenia danych przed zawarciem umowy, w tym danych personalnych tłumaczy. Potwierdził, że 29 lipca 2022 r. otrzymał informację od wykonawcy i uwzględnił je, jakkolwiek były on zgłoszone do innego postępowania i obarczone były jednym brakiem.

Złożył wydruki korespondencji między stronami, w tym pismo z 29 lipca 2022 r., w którym wyznaczono termin złożenia informacji. Stwierdził, że danych oczekiwanych nie uzyskał przez co najmniej 10 dni. Podkreśla przy tym wymogi czasowe realizacji przedmiotowego zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie, uwzględniając stanowiska stron i uczestnika ustaliła i zważyła, co następuje.

W ustalonych okolicznościach faktycznych skład orzekający uznał, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzuca zamawiającemu niezasadne zastosowanie w prowadzonym postępowaniu przepisu art. 263 ustawy pzp w stosunku do niego będącego wykonawcą, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Przepis stanowi, iż „Jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może dokonać ponownego badania i oceny ofert spośród ofert pozostałych w postępowaniu wykonawców oraz wybrać najkorzystniejszą ofertę albo unieważnić postępowanie.”

Istotą sporu jest ocena zachowań wykonawcy po wyborze jego oferty, którą zamawiający uznał za spełniającą przesłanki cytowanego przepisu, w szczególności przez przyjęcie, że odwołujący uchylił się od zawarcia umowy przez zaniechanie złożenia kompletnych żądanych przed zawarciem umowy dokumentów tj. danych personalnych tłumacza

niezbędnego do realizacji zamówienia w sytuacji, gdy na żądanie przedstawienia danych dotyczących trzech tłumaczy wykonawca przekazał informacje o dwóch tłumaczach.

W tym miejscu za wynikające z postanowień specyfikacji uznać należy, że istotnie jej wymogiem powołanym także w wezwaniach kierowanych do wykonawcy było przedstawienie informacji o trzech tłumaczach, a nie wystarczyły dane dwóch, co jako element obrony swojego stanowiska sugerował jako ewentualność dopuszczalną, odwołujący.

Ponadto stwierdza się, że nie ma wątpliwości, że wykonawca nie składał zamawiającemu żadnych oświadczeń, z których wynikałoby, że odmawia zawarcia umowy lub uchyla się od zawarcia umowy. Przeciwnie, wykonywał czynności, które można ocenić jako mające prowadzić do zawarcia umowy, czyli w istocie był zainteresowany zakończeniem postępowania polegającym na zawarciu kontraktu z zamawiającym. Czynności te jednakże były, co niesporne, niewystarczające wobec brak wymaganych informacji wyżej wskazanych. Potwierdza się, że po uprzednich wezwaniach choć bez wskazywania terminu realizacji, a także ewentualnych sankcji w razie niewykonania, dnia 29 lipca 2022 r. zamawiający, powołując postanowienia soppz, wezwał wykonawcę do niezwłocznego przesłania, za pośrednictwem platformy, danych personalnych trzeciego tłumacza tj. najpóźniej do dnia 1 sierpnia 2022 r. Oprócz wskazania terminu stwierdził także: „Brak tych informacji uniemożliwi przygotowanie umowy co skutkować będzie uznaniem przez zamawiającego uchylem się od zawarcia umowy z Państwa strony na podstawie art. 263 ustawy Prawo zamówień publicznych.”

Z upływem wyznaczonego terminu nie przedstawiono wskazanych informacji. Można zauważyć, że istotnie, w treści umowy nie przewidywano zamieszczenia danych personalnych tłumaczy, jednakże te dane były wymagane, stosownie do swz przed zawarciem umowy, zatem ich brak stanowił formalną przeszkodę podpisania umowy.

Przechodząc do oceny prawnej przedstawionego powyżej skrótowo, a w stanowiskach uczestników (stron), w pełnym zakresie, stanu faktycznego, skład orzekający stwierdza, co następuje.

Prawo wyboru kolejnego wykonawcy przysługuje w razie uchylem się od zawarcia umowy przez wykonawcę wybranego na podstawie cytowanego przepisu ustawy pzp. Skład orzekający podziela stanowisko, zgodnie z którym uchylem się od zawarcia umowy jest nie tylko wyraźna odmowa podpisania umowy (art. 98 ust. 6 pkt 2 lit. a Pzp), która jest tożsama ze stanowiskiem podjętym świadomie przez wykonawcę i przekazanym do wiadomości zamawiającego, lecz także wszelkie przyczyny leżące po stronie wykonawcy uniemożliwiające zawarcie umowy (art. 98 ust. 6 pkt 3 Pzp), zarówno przez niego zawinione, jak i niezawinione. Przykładami uchylem się od zawarcia umowy są m.in.:

1) nieusprawiedliwiona bierność wykonawcy, w tym nieusprawiedliwione niestawienie się w umówionym terminie zawarcia umowy,

- 2) nieusprawiedliwione niedysponowanie odpowiednim umocowaniem,
- 3) niezorganizowanie dokumentów wymaganych dla zawarcia umowy, oraz
- 4) brak współdziałania wymaganego dla zawarcia umowy (por. komentarz do art. 263 ustawy w Komentarzu red. H. Nowak, M. Winiarz autorstwa Bogdana Artymowicza i trzydziestu pozostałych wymienionych w porządku alfabetycznym, dostępny na stronie uzp.gov.pl)

W sprawie rozpatrywanej wykonawca nie dostarczył zamawiającemu w terminie i w wymaganym zakresie informacji, którymi powinien dysponować już na etapie ofertowania. Przypomnieć należy, że w stosunkach między podmiotami działającymi na rynku zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego dotyczące obrotu profesjonalnego, zatem wymogiem postawionym czynnościom stron jest nie tylko należyta staranność, lecz szczególna o podwyższonym mierniku. Wykonawca takiej staranności nie dochował. Przedstawione przez niego argumenty o zbyt krótkim wyznaczonym czasie na przesłanie informacji, a także o utrudnionych funkcjonowaniu w okresie urlopowym, nie mogą usprawiedliwić niespornych uchybień. Przygotowanie umowy i jej zawarcie to cel i skutek postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nie powinno być utrudnianie zaniechaniem uczestników, co narzuca skojarzenie z wymogiem profesjonalizmu uczestników. Analogicznie można zauważyć, że złożenie oferty po wyznaczonym terminie oznaczonym godzinowo, nie znalazłoby usprawiedliwienia i możliwości dopuszczenia jej do oceny przez jakiegokolwiek zamawiającego.

W takim stanie rzeczy, mając nieumyślne lecz zawinione doprowadzenie przez wykonawcę do decyzji o zawarciu umowy z kolejnym, wobec jednoznacznie sformułowanego oczekiwania zamawiającego, opartego na wymogach swz, z jednoznacznym wskazaniem sankcji, skład orzekający uznał, że zamawiający w prowadzonym postępowaniu nie naruszył przepisów ustawy pzp wskazanych w odwołaniu.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) oraz przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: