

Sygn. akt: KIO 3415/22

WYROK

z dnia 2 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 stycznia 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 grudnia 2022 r. przez wykonawcę **TRANS-MASZ Przedsiębiorstwo Transportu i Maszyn Drogowych Spółka akcyjna w Stargardzie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie Oddział w Bydgoszczy**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Z. U. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Makowie Mazowieckim, Abramss Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **TRANS-MASZ Przedsiębiorstwo Transportu i Maszyn Drogowych Spółka akcyjna w Stargardzie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **TRANS-MASZ**

Przedsiębiorstwo Transportu i Maszyn Drogowych Spółka akcyjna w Stargardzie
tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **TRANS-MASZ Przedsiębiorstwo Transportu i Maszyn Drogowych Spółka akcyjna w Stargardzie** na rzecz zamawiającego **Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie Oddział w Bydgoszczy** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 ze zm.), 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 – Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie Oddział w Bydgoszczy – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest zimowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy w sezonach zimowych 2022/2023, 2023/2024, 2024/2025, 2025/2026 z podziałem na części: Część 5 Rejon w Toruniu.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 roku, poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 20 grudnia 2022 r. wykonawca TRANS-MASZ Przedsiębiorstwo Transportu i Maszyn Drogowych Spółka akcyjna w Stargardzie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum w składzie Z. U. Sp. z o.o. i Abramss Sp. z o.o., mimo iż oferta odwołującego była ofertą najkorzystniejszą i pierwotnie jako taka została wybrana.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 239 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum w składzie Z. U. Sp. z o.o. i Abramss Sp. z o.o., mimo iż oferta odwołującego była ofertą najkorzystniejszą i pierwotnie jako taka została wybrana,
- 2) art. 263 ustawy P.z.p. poprzez uznanie, że odwołujący uchylił się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego i dokonanie ponownego badania i oceny ofert spośród ofert pozostałych w postępowaniu wykonawców oraz wybór najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum w składzie Z. U. Sp. z o.o. i Abramss Sp. z o.o.,
- 3) art. 16 pkt. 1 ustawy P.z.p. poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez wybór wykonawcy wybranego niezgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum w

składzie Z. U. Sp. z o.o. i Abramss Sp. z o.o. i dokonania wyboru oferty odwołującego się jako oferty najkorzystniejszej, zgodnie z żądaniami wynikającymi z uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wniósł również o przyznanie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 30 grudnia 2022 roku wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Z. U. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Makowie Mazowieckim, Abramss Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: przystępujący). Przystępujący poparli stanowisko zamawiającego i wnieśli o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt. 22 specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) INFORMACJE O FORMALNOŚCIACH, JAKICH NALEŻY DOPEŁNIĆ PO WYBORZE OFERTY W CELU ZAWARCIA UMOWY

22.2. Wykonawca zobowiązany jest do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania

umowy na warunkach określonych w pkt 23.

23. ZABEZPIECZENIE NALEŻYTEGO WYKONANIA UMOWY

23.1. Wykonawca zobowiązany jest do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy na kwotę stanowiącą 5 % ceny brutto podanej w ofercie w formach określonych w art. 450 ust. 1 ustawy Pzp.

W przypadku wnoszenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w formie niepieniężnej jako Beneficjenta gwarancji należy wskazać: Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie przy ul. Wroniej 53”.

Odwołujący wraz z ofertą w pkt. 11 złożył oświadczenie o następującej treści:

„OŚWIADCZAMY, że zapoznaliśmy się z istotnymi postanowieniami umowy, określonymi w SWZ i zobowiązujemy się, w przypadku wyboru naszej oferty, do zawarcia umowy zgodnej z niniejszą ofertą, na warunkach określonych w SWZ, w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego”.

Zamawiający w Rozdziale 14 SWZ sposób komunikacji w Postępowaniu i w pkt. 14.3 jako osobę wyznaczoną do kontaktowania się z Wykonawcami w Postępowaniu wyznaczył wyłącznie Pana Pawła Wiśniewskiego.

W postępowaniu na część 5 wpłynęły 3 oferty: :

- 1) oferta BADER-DROG Sp. z o.o. Sp. k., Łubowo 25a, „B.” Firma Produkcyjno-Handlowo-Uslugowa T. B.,
- 2) oferta odwołującego,
- 3) oferta przystępującego.

Oferta odwołującego była pierwotnie sklasyfikowana na drugim miejscu (po ofercie złożonej przez BADER-DROG Sp. z o.o. Sp. k., T. B.). Oferta przystępującego została sklasyfikowana na trzecim miejscu.

W dniu 27 września 2022 r. zamawiający przekazał Wykonawcom informację o wyborze najkorzystniejszej oferty tj. oferty odwołującego oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez BADER-DROG Sp. z o.o. Sp. k., T. B..

W dniu 30 września 2022r. drogą e-mail Pan A. H. – broker ubezpieczeniowy działający w imieniu odwołującego zwrócił się do zamawiającego z prośbą o weryfikację projektu gwarancji mającej stanowić zabezpieczenie należytego wykonania umowy. Ostatecznie treść gwarancji została ustalona w dniu 19 października 2022 r.

W dniu 30 września 2022 r. zamawiający drogą e-mail skierował do Pana Bartosza Jagodzińskiego – przedstawiciela odwołującego prośbę o przekazanie informacji niezbędnych do zawarcia umowy. Odwołujący przekazał wymagane informacje w dniu 19 października 2022 r. Zamawiający w dniu 20 października 2022 r. przesłał odwołującemu umowę do podpisu wraz z informacjami dotyczącymi jej zwrotnego przekazania zamawiającemu.

Odwołujący nie odesłał podpisanej umowy zamawiającemu.

Zamawiający pismem z dnia 02 listopada 2022 r. wezwał osobę odwołującego do zawarcia umowy w dniu 7 listopada 2022r. o godz. 10:00 w siedzibie Oddziału GDDKiA w

Bydgoszczy i dostarczenia do ww. terminu dokumentu gwarancji należytego wykonania umowy.

Pismem z dnia 3 listopada 2022 r. odwołujący wniósł o przesunięcie terminu podpisania umowy i zaproponował nowy termin – 14 listopada 2022 r.

Zamawiający wyraził zgodę na powyższe i na zaproponowany przez odwołującego termin 14 listopada 2022r., wyznaczając przy tym termin spotkania na godzinę 10:00. Dodatkowo zamawiający zwrócił się do odwołującego o dostarczenie do ww. terminu gwarancji zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

W dniu 14 listopada 2022 r. odwołujący nie stawiał się w siedzibie zamawiającego celem podpisania umowy i nie dostarczył gwarancji należytego wykonania umowy. Odwołujący nie poinformował zamawiającego w sposób przewidziany do kontaktu (ani na platformę zamówieniową, ani do Pana Pawła Wiśniewskiego, tj. osoby wyznaczonej w SWZ do kontaktu) o niemożności stawiennictwa i nie przedstawił żadnych wyjaśnień w tym zakresie.

Pismem z dnia 14 listopada 2022 r. zamawiający wyznaczył ostateczny termin zawarcia umowy na dzień 16 listopada 2022 r., godz. 8:00, w siedzibie Oddziału GDDKiA w Bydgoszczy. Zamawiający zaznaczył, że niestawienie się w wyznaczonym terminie lub niewniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy spowoduje zatrzymanie wadium na zasadach określonych w art. 98 ust. 6 ustawy P.z.p.

W dniu 16 listopada 2022 r. odwołujący nie stawiał się w siedzibie zamawiającego, nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy, nie uprzedził o niemożności stawiennictwa ani nie wyjaśnił przyczyn, dla których się nie stawiał.

W dniu 16 listopada 2022 roku zamawiający wezwał przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Odwołujący w dniu 24 listopada 2022 r., zwrócił się do zamawiającego z prośbą o możliwość wyznaczenia terminu podpisania umowy.

Zamawiający pismem z dnia 25 listopada 2022 r. wskazał, iż zakwalifikował zachowanie odwołującego jako uchylanie się od zawarcia umowy, wobec czego wniosek z dnia 24 listopada 2022 r. pozostawia bez rozpoznania.

Pismami z dnia 29 listopada 2022 r., 5 grudnia 2022 r., 8 grudnia 2022 r. oraz 9 grudnia 2022 r. odwołujący wnosił o wyznaczenie kolejnych terminów podpisania umowy.

Pismem z dnia 1 grudnia 2022r. zamawiający poinformował odwołującego, że podtrzymuje swoje dotychczasowe stanowisko i kwalifikuje dotychczasowe zachowanie Odwołującego jako uchylanie się od podpisania umowy.

W piśmie z dnia 12 grudnia 2022 r. zamawiający przedstawił informację o wyborze najkorzystniejszej oferty wskazując, że odwołujący uchylił się od zawarcia umowy.

Stan faktyczny Izba ustaliła na podstawie przekazanej przez zamawiającego dokumentacji o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Kwestią sporną natomiast była dokonana przez zamawiającego kwalifikacja czynności i zaniechań odwołującego jako uchylanie się od zawarcia umowy stosownie do art. 263 ustawy P.z.p.

Faktem jest, że odwołujący nie odesłał zamawiającemu podpisanej umowy, jak również kilkakrotnie nie stawiał się w wyznaczonym przez zamawiającego miejscu w celu jej podpisania umowy. Zamawiający wyznaczał odwołującemu terminy do podpisania umowy w dniach 7, 14 i 16 listopada 2022 r. i odwołujący w tych terminach się nie stawiał, mimo że jeden z terminów (14 listopada) był zaproponowany przez niego samego. Odwołujący nie przekazał przy tym zamawiającemu żadnych wyjaśnień i nie usprawiedliwił swoich nieobecności. Dopiero po uzyskaniu informacji, że jego działanie zostało przez zamawiającego uznane za uchylanie się od zawarcia umowy, czego konsekwencją jest utrata przez odwołującego wpłaconego przez niego wadium, odwołujący poinformował zamawiającego o gotowości do zawarcia umowy. Miało to miejsce jednak długo po bezskutecznym upływie ostatniego z wyznaczonych przez zamawiającego terminów.

Izba nie ma wątpliwości, że działania i zaniechania odwołującego świadczą o jego uchyleniu się od zawarcia umowy, o jakim mowa w art. 263 ustawy P.z.p.

Zgodnie z art. 263 ustawy P.z.p., jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, uchyła 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.

Uchyleniem się od zawarcia umowy jest nie tylko odmowa podpisania umowy (art. 98 ust. 6 pkt 2 lit. a ustawy P.z.p.), 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 ustawy P.z.p.), zarówno przez niego zawinione, jak i niezawinione. Przykładami uchylenia się od zawarcia umowy będą 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 (tak: „Prawo zamówień publicznych. Komentarz” pod red. Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, Warszawa 2021, str. 774).

Izba nie podziela stanowiska odwołującego, jakoby wyłącznie wyrażenie wyrażonej odmowy w kwestii zawarcia umowy mogło być potraktowane jako uchylenie się od jej zawarcia. Gdyby intencją ustawodawcy było uznanie za uchylenie się wyłącznie złożenie przez wykonawcę oświadczenia woli wykonawcy, z którego wynikałaby jego odmowa zawarcia umowy, skonstruowałby przepis zawarty w art. 263 ustawy P.z.p. inaczej, np. „wykonawca (...) odmawia zawarcia umowy”, nie zaś „uchyla się”. W ocenie Izby „uchylenie się” to wszelkie nieusprawiedliwione czynności, ale także zaniechania wykonawcy, przez które zawarcie umowy nie jest możliwe.

Termin „uchylenie się od zawarcia umowy” był również przedmiotem interpretacji dokonywanej w orzecznictwie. I tak w wyroku z dnia 16 grudnia 2005 r., III CK 344/05, Sąd Najwyższy stwierdził, że *uchylenie się od zawarcia umowy przyrzeczonej, będące przejawem niewykonania umowy przedwstępnej, powinno więc być rozumiane jako*

świadome działanie lub zaniechanie, zmierzające do bezpodstawnego nie zawarcia umowy przyrzeczonej, a przynajmniej godzenie się z takim skutkiem.

Z kolei, w wyroku z dnia 4 marca 2014 r., sygn. akt: KIO 288/14, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że uchylenie się *wcale nie musi oznaczać bezpośredniej odmowy zawarcia umowy, lecz może wynikać z okoliczności i z zachowania (działań lub zaniechań) wykonawcy. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej trzykrotnie niestawienie się w celu zawarcia umowy (ewentualnie nieprzesłanie umowy) jak najbardziej może być uznane za uchylenie się.*

Warto zaznaczyć, że wskazany wyżej wyrok Krajowej Izby Odwoławczej dotyczył odwołującego, który uchylał się od zawarcia umowy w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba oddaliła wnioski dowodowe odwołującego złożone na rozprawie w dniu 2 stycznia 2023 roku, tj. dowody zakupu sprzętu na okoliczność wykazania, że musiał pozyskiwać sprzęt niezbędny do wykonania umowy oraz wykaz rozmów telefonicznych na okoliczność wykazania, że kontaktował się z pracownikami zamawiającego w celu poinformowania ich o okolicznościach uniemożliwiających zawarcie umowy.

Przede wszystkim Izba wskazuje, że dowody w postaci dokumentów potwierdzających zakup sprzętu należy uznać za spóźnione. Odwołujący o wszelkich okolicznościach uniemożliwiających zawarcie umowy winien był poinformować zamawiającego przed upływem terminów wyznaczonych przez zamawiającego na zawarcie umowy.

Niezależne od powyższego, Izba uznała tę część argumentacji odwołującego za chybioną. Wykonawca, składając ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, musi wykazać, że dysponuje sprzętem niezbędnym do wykonania przedmiotu umowy. Wykonawca powinien dysponować wykazanym sprzętem przez czas terminu związania ofertą tak, by w razie wyboru jego oferty, mógł przystąpić do realizacji zadania. Odwołujący na etapie składania ofert wykazał, że takim sprzętem dysponuje, ale – jak sam stwierdził - przeznaczył go do następnie realizacji innych zadań, gdyż jego oferta nie była pierwotnie sklasyfikowana na pierwszym miejscu w rankingu złożonych ofert i nie przypuszczał, że zostanie uznana za najkorzystniejszą.

Stanowisko odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie, a argument, że odwołujący nie spodziewał się, że jego oferta zostanie wybrana, należy uznać za kuriozalny. W sytuacji, w której oferta wykonawcy znajduje się na drugim miejscu w rankingu złożonych ofert, istnieje duże prawdopodobieństwo, że to właśnie jemu zostanie udzielone zamówienie.

W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego częste są sytuacje, gdzie oferty sklasyfikowane na pierwszym miejscu, zostają z różnych względów wyeliminowane z postępowania, o czym odwołujący – jako profesjonalista – powinien wiedzieć.

Jeśli zaś chodzi o złożony wykaz połączeń, dowodzi on jedynie, że odwołujący nawiązywał kontakty z pracownikami zamawiającego. Nie można natomiast na jego podstawie ustalić, czego dotyczyły owe kontakty. Mogły one dotyczyć realizacji innych kontraktów, które odwołujący – jak sam podkreślił – realizuje na rzecz tego samego zamawiającego. Odwołujący nie zgłosił innych wniosków dowodowych (np. z zeznań świadków), które potwierdziłyby, że jego rozmowy telefoniczne dotyczyły niemożności stawienia się w celu zawarcia umowy.

Niezależnie od powyższego Izba podkreśla, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z art. 20 ust. 1 ustawy P.z.p., prowadzi się – co do zasady – w formie pisemnej. Wszystkie oświadczenia składane przez uczestników postępowania o udzielenie zamówienia winny zatem mieć taką formę. Kontakty telefoniczne nie wypełniają tego warunku i nie mogą być uznane za skuteczne.

W ocenie Izby działanie odwołującego nosi znamiona braku należytej staranności, której definicja zawarta jest w art. 355 § 1 k.c. – dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). W praktyce polega ona na wyznaczeniu stosownego modelu, ustalającego optymalny w danych warunkach sposób postępowania, odpowiednio skonkretyzowanego i aprobowanego społecznie, a następnie na porównaniu zachowania dłużnika z tak określonym wzorcem. O tym, czy na tle konkretnych okoliczności można danej osobie postawić zarzut braku należytej staranności w dopełnieniu obowiązków, decyduje jednak nie tylko niezgodność jej postępowania z wyznaczonym modelem, lecz także empirycznie uwarunkowana możliwość oraz powinność przewidywania odpowiednich następstw zachowania.

Tak ukształtowane zasady zostały w znaczny sposób zastrzone w stosunku do profesjonalistów. Przepis art. 355 § 2 k.c. precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. W istotę aktywności gospodarczej wliczony jest bowiem niepisany wymóg niezbędnej wiedzy fachowej, obejmującej nie tylko czysto formalne kwalifikacje, ale także doświadczenie wynikające z praktyki zawodowej oraz ustalone zwyczajowo standardy postępowania.

Wskazując na powyższe Izba stwierdziła, że – uwzględniając wszystkie okoliczności sprawy – działanie odwołującego można i należało zakwalifikować jako uchylanie się od zawarcia umowy, co jest równoznaczne z tym, iż czynności zamawiającego podjęte w

przedmiotowym postępowaniu wobec oferty odwołującego były zgodne z ustawą P.z.p., a zarzuty odwołania należało uznać za niezasadne.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: