

Sygn. akt: KIO 1513/18

WYROK

z dnia 29 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Norbert Sierakowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 27 sierpnia 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 lipca 2018 r. przez wykonawcę **R. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. IMPULS R. D. z siedzibą w Lublinie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego - Ośrodek Rozwoju Edukacji z siedzibą w Warszawie,**

przy udziale wykonawcy **Altix Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **R. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. IMPULS R. D. z siedzibą w Lublinie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **R. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. IMPULS R. D. z siedzibą w Lublinie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Ośrodek Rozwoju Edukacji z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zakup usługi druku specjalistycznego, oprawy adaptacji podręczników szkolnych i książek pomocniczych w systemie Braille'a i/lub druku powiększonym oraz dystrybucja do szkół wskazanych przez zamawiającego — z podziałem na 2 części” (Nr postępowania WA.ZUZP.261.61/2018).

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

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 czerwca 2018 r. pod numerem 2018/S 118-268627.

W dniu 24 lipca 2018 r. Zamawiający przekazał wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia, w tym wykonawcy R. D. prowadzącemu działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. IMPULS R. D. z siedzibą w Lublinie (dalej: „Odwołujący”) informację o dokonaniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, złożonej w postępowaniu za którą, w obu częściach, została uznana oferta wykonawcy ALTIX Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący” lub „ALTIX”).

W dniu 31 lipca 2018 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie - w zakresie części pierwszej zamówienia w odniesieniu do czynności Zamawiającego, polegającej na uznaniu za najkorzystniejszą oferty wykonawcy ALTIX. Odwołujący podnosił, że „dokonany wybór oferty narusza prawo, a zatem decyzja ta nie może się ostać”. Odwołujący wnosił o unieważnienie oferty wykonawcy ALTIX i wykluczenie tego uczestnika z postępowania oraz przyznanie Odwołującym kosztów postępowania odwoławczego według norm prawem przewidzianych i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Zamawiającemu.

Odwołujący wskazywał, że wykonawca ALTIX w swojej ofercie zaproponował termin wykonania zlecenia w ciągu 1 dnia. Zdaniem Odwołującego termin ten jest

niemożliwy do zachowania z punktu widzenia technicznego, jak również z punktu widzenia wymagań określonych istotnymi postanowieniami umowy w § 7 ust. 2, w zw. z § 8 ust. 2 pkt. 2. W tym zakresie oferta złożona przez ALTIX nie tylko narusza postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz” lub „specyfikacja”) ale także art. 387 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2017 r. poz. 459, 933 i 1132) - dalej „k.c.”. Zgodnie z art. 14 ust. 1 Pzp do czynności podejmowanych przez Zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy k.c., jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. W tym kontekście zasadnicze znaczenie należy przypisać art. 387 § 1 k.c. w myśl którego umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna.

Zdaniem Odwołującego słusznie postąpił Zamawiający, który w piśmie z dnia 11 lipca 2018 r. wskazał, że powziął wątpliwość w zakresie 1-dniowego terminu realizacji zamówienia. Błędem natomiast jest bezkrytyczne przyjęcie niewiarygodnych wyjaśnień ALTIX nie popartych żadnymi przekonującymi dokumentami, czego Zamawiający domagał się. W sytuacji takich wątpliwości uzasadnione było skorzystanie z opinii specjalistów. Odwołujący twierdził, że wyjaśnienia są sprzeczne z założonym 2 dniowym terminem na uzgodnienie harmonogramu dostaw. W ocenie Odwołującego nie jest fizycznie możliwe opracowanie i wydrukowanie podręczników w terminie 1 dnia, których treść nie została wcześniej udostępniona. Nawet przy dokonanych przez ALTIX założeniu wykonania wydruku w czasie 15 godzin, który zaoferowała w/w spółka, a co byłoby możliwe jedynie przy wcześniejszym udostępnieniu materiałów, załadowanie ich na samochody i dostarczenie nie jest możliwe przy pomocy proponowanych środków transportu. Założenie, że zlecenie zostanie wykonane pod koniec dnia pracy, pozwala na proste obliczenie, że materiały będą gotowe na godz. 6 rano. Żadna firma kurierska nie jest zdolna (nie ma w swojej ofercie) dostarczenia przesyłki z kilku oddziałów drukarni w kilka godzin. W ocenie Odwołującego argumenty przedstawione przez ALTIX są gołosłowne i są fikcją skalkulowaną przez wykonawcę jedynie na użytek postępowania przetargowego, z założeniem niewykonania umowy w terminie i ewentualnym poniesieniem niewielkich sankcji umownych.

Odwołujący zwracał uwagę na rzetelność opisaną przez Zamawiającego kryteriów, którymi Zamawiający kieruje się przy wyborze oferty. Jest to o tyle istotne,

że oznaczenie wagi terminu wykonania usługi na 40% przy zbliżonych rynkowych cenach usług w praktyce niweczy znaczenie najważniejszego kryterium, jakie stanowi cena. W opinii Odwołującego konstrukcja proporcji kryteriów pozwala niektórym wykonawcom wpływać na rozstrzygnięcie wyłącznie skróceniem terminu wykonania, który pozostaje w istocie bez większego znaczenia merytorycznego dla Zamawiającego (istotne jest aby nie przekroczył 25 dni), niwelując znaczenie różnic w oferowanych cenach. Należy zauważyć, że w treści istotnych postanowień umowy w § 8 ust. 2 pkt 2 i 3 termin jest elementem modyfikowalnym z każdej przyczyny niezawinionej przez wykonawcę.

Odwołujący twierdził, że wykonawca w przedmiotowej sprawie po wygraniu przetargu, w razie opóźnienia wykonania umowy ponosi jedynie odpowiedzialność w postaci kary umownej. Kara ta wynosi 0,5% za ewentualne przedłużanie uzgadniania harmonogramu druku tj. ok. 300 zł (co może trwać wiele dni), oraz 1,5% za każdy dzień zwłoki czyli opóźnienie kwalifikowane - zawinione tj. ponad 900 zł w części 1. Zdaniem Odwołującego tak niskie kary pozwalają na założenie „dopuszczalnych strat” wynikających ze zwłoki (nie zwykłego opóźnienia, które Zamawiający uznał za dopuszczalne).

W dniu 3 sierpnia 2018 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca ALTIX. W treści pisma Przystępujący wskazywał, że stoi na stanowisku, iż zarzuty Odwołującego należy uznać za bezzasadne a samo odwołanie powinno zostać oddalone, ponieważ w rozpoznawanym postępowaniu Zamawiający nie naruszył prawa oraz warunków specyfikacji.

Zdaniem Przystępującego twierdzenia Odwołującego, że zaproponowany przez wykonawcę ALTIX termin wykonania zlecenia w ciągu jednego dnia jest niemożliwy zarówno ze względów technicznych jaki i formalnych (siwz) są nieuprawnione. Powołane postanowienia umowne oraz przepisy k.c. zostały przez Odwołującego błędnie zinterpretowane.

Wykonawca ALTIX podnosił, że na prośbę Zamawiającego przesłał informację o rażąco niskiej cenie oraz wyjaśnienia dot. terminu wykonania zamówienia. Spełniają one wszelkie wymogi oraz kryteria dotyczące tego typu dokumentów.

Wyjaśniono w nich wystarczająco precyzyjnie, że zarówno cena została prawidłowo oszacowana jak i uzasadniono realność terminu wykonania.

Zdaniem Przystępującego Odwołujący błędnie wskazuje: „założony 2 dniowy termin na uzgodnienie harmonogramu dostaw” Punkt 1.9 SIWZ dla części I oraz 2.9 SIWZ dla części II zawierają sformułowanie „Nie później niż w ciągu 2 dni roboczych”, czego wydaje się, Odwołujący nie zauważył. Jednoznacznie oznacza to, że jest to czas maksymalny, nie zaś minimalny. Tym samym wskazany argument jest bezzasadny.

Odnosząc się zaś do twierdzeń Odwołującego, że „nie jest fizycznie możliwe opracowanie i wydrukowanie podręczników w terminie 1 dnia, których treść nie została wcześniej udostępniona” Przystępujący twierdził, że ww. stwierdzenie jest nieprawdziwe i nie zostało w żaden sposób uargumentowane. Jego zdaniem nie ma żadnych fizycznych, technicznych ani osobowych przeszkód, żeby wskazane zamówienie zrealizować nawet szybciej niż w ciągu jednego dnia roboczego. Warto nadmienić, że dla celów wyceny zamówienia, oszacowania kosztów oraz wzięcia pod uwagę wszelkich ryzyk wykonawca Altix przyjął najbardziej negatywny scenariusz. Stąd też analiza realności terminu dotyczy wspomnianych przez Odwołujących 15 godzin na wykonanie zamówienia. W praktyce, co wynika z doświadczenia, czasu będzie dużo więcej.

Nie mniej, odpowiadając na zarzuty Odwołujących Przystępujący podał, że nie ma potrzeby wcześniejszego udostępniania materiałów przez Zamawiającego. Zgodnie z siwz, Zamawiający przekaze materiały (dostęp do plików) najpóźniej w dniu podpisania umowy. Dla wyżej wspomnianego celu wykonawca założył godzinę 15. W praktyce możliwe to będzie dużo wcześniej, nie ma nawet przeciwwskazań, żeby przekazanie materiałów wystąpiło zgodnie z zapisami umownymi tj. „Druk, oprawa i dystrybucja adaptacji podręczników szkolnych i książek pomocniczych w systemie Braille'a zostanie zlecona nie później niż do 2 dni roboczych od dnia podpisania umowy.” dla części I oraz analogicznie dla części II w związku z zapisem siwz: „Zamawiający zobowiązuje się zapewnić Wykonawcy możliwość dostępu do plików przygotowanych do druku nie później niż w dniu zlecenia”

Wyjaśniając Przystępujący wskazywał, że, Zamawiający może przekazać wykonawcy materiały dwa dni przed zleceniem mu wykonania przedmiotu

zamówienia. Taki scenariusz również został wzięty pod uwagę, chociaż nie jest to konieczne dla terminowego wykonania przedmiotu umowy.

Zdaniem wykonawcy ALTIX Odwołujący błędnie zrozumiał jego wyjaśnienia dotyczące terminu. Książki będą produkowane sukcesywnie co oznacza, że pierwsze pakiety będą przekazane o wysyłki wcześniej niż ostatnie. Tym samym Odwołujący błędnie zakłada, że wszystkie książki będą gotowe o 6 rano. Jak wyjaśniał wykonawca ALTIX duża część książek zostanie wysłana standardowymi, ogólnodostępnymi usługami kurierskimi (posiadamy podpisane umowy z UPS oraz DHL). Oferują one dostarczenie przesyłki (wraz z podpisywaniem stosownym protokołów) dnia następnego w kilku wariantach godzinowych. Są to fakty powszechnie znane i ogólnodostępne. Ponadto założone zostało wykorzystanie własnych samochodów oraz wynajęcie kolejnych jeśli będzie taka potrzeba. Również ogólnodostępną wiedzą są usługi firm transportowych. Przystępujący wskazywał, że na etapie postępowania przetargowego wykonawca zobowiązany jest do zbadania rynku, powzięcia informacji o kosztach, usługach, możliwościach technicznych itp. co zostało przez niego uczynione w sposób należyty i adekwatny do zapisów siwz.

Zdaniem Przystępującego Odwołujący bezpodstawnie wyraża wątpliwość co do posiadanego przez wykonawcę ALTIX parku maszynowego, odpowiedniej kadry czy też zdolności technicznych.

Następnie wykonawca Altix stwierdził, że Odwołujący w sposób nieuprawniony wskazuje, że Zamawiający niewłaściwie i nierzetelnie sformułował treść dokumentacji przetargowej. Jego zdaniem analiza tejże skazuje, że wszystkie zapisy zostały dokonane prawidłowo i były znane wszystkim wykonawcom. Wykonawca Altix, dostrzegając kryteria wyboru ofert zrozumiał, że dla Zamawiającego termin jest bardzo istotny (bardziej niż w większości postępowań) i w związku z tym tak wycenił ofertę, żeby wymagania Zamawiającego spełnić. Tym samym stwierdzenie Odwołującego jakoby „termin wykonania, który pozostaje w istocie bez większego znaczenia merytorycznego dla zamawiającego” jest sprzeczne z intencją Zamawiającego wyrażoną w siwz. Ponadto, w związku z tym, że dokumentacja przetargowa dopuszcza jednodniowy termin wykonania, wykonawca ALTIX, po analizie siwz, możliwości technicznych itp. jest uprawniony do zaoferowania jednodniowego terminu. Co więcej zgodnie z najlepszą wiedzą Przystępującego, nie ma absolutnie żadnych czynników technicznych, które powodowałyby, że termin

jednodniowy (dopuszczalny przez Zamawiającego) miałby być nierealny. Warto również zauważyć, że Odwołujący miał prawo, zgodnie z ustawą do zadawania pytań Zamawiającemu oraz do wniesienia odwołania na zapisy dokumentacji przetargowej do Krajowej Izby Odwoławczej.

W dniu 24 sierpnia 2018 r. do Izby ze strony Zamawiającego wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości. W uzasadnieniu podnosił, m. in., że Odwołujący zobowiązany jest do udowodnienia, iż zarzuty podniesione w odwołaniu zasługują na uwzględnienie. Jako profesjonalista, Odwołujący winien wykazać ponad wszelką wątpliwość, iż termin wskazany w ofercie Przystępującego nie jest możliwy do dotrzymania. Powoływanie się na instytucję świadczenia niemożliwego wydaje się niezasadne w świetle ugruntowanego orzecznictwa, z którego jednoznacznie wynika, iż brak możliwości dotrzymania umownego terminu nie czyni podstawy do uznania, iż świadczenie to jest niemożliwe. Zarzuty zostały sformułowane w sposób ogólnikowy, nie odnoszący się do okoliczności faktycznych mających istotny wpływ na ważność oświadczenia woli Przystępującego. Twierdzenia Odwołującego nie są poparte żadnymi dowodami. Odwołujący nie sprostął obowiązkowi wykazania, iż oferta Przystępującego istotnie powinna podlegać odrzuceniu z uwagi na brak możliwości dochowania zaoferowanego terminu.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie odniósł się w sposób istotny do wyjaśnień złożonych przez Przystępującego w zakresie ceny oferty i terminu realizacji zamówienia wskazanego w ogłoszeniu. Te zaś Zamawiający uznał za spójne i wyczerpujące. Należy wskazać, że pomiędzy złożonymi wyjaśnieniami nie ma rozbieżności w postaci nieujęcia kosztów zwiększonej obsługi logistycznej zamówienia spowodowanej krótkim terminem realizacji. Ponadto Odwołujący w ocenie Zamawiającego przywołując postanowienia umowy celowo wprowadza w błąd. Bowiem należy wskazać, iż termin realizacji umowy liczony jest od momentu przekazania zlecenia nie zaś od dnia podpisania umowy w sprawie udzielenia zamówienia. Na okoliczność tę powołał się Przystępujący w swoich wyjaśnieniach, co świadczyło o tym, iż zapoznał się z warunkami realizacji zamówienia i złożył ofertę odpowiadającą wymaganiom Zamawiającego. Jednocześnie opis kryterium oceny ofert i opis sposobu dokonywania oceny oferty nie przewidywał minimalnego terminu

realizacji, którego skrócenie wskazywałoby na bezprawne działanie wykonawcy stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji i podstawę do odrzucenia oferty. Zamawiający pozostawił wykonawcom swobodę w kształtowaniu treści ofert.

Natomiast zarzuty dotyczące ustanowionych kryteriów oceny ofert i ich wag zdaniem Zamawiającego należy uznać za spóźnione i nie mające żadnego wpływu na wynik postępowania odwoławczego.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego oraz stanowisk i oświadczeń Stron oraz Przystępującego złożonych na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie dokumentacji postępowania przesłanej przez Zamawiającego Izba ustaliła, że w specyfikacji w rozdziale IV „Opis przedmiotu zamówienia ” Zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia jest zakup usługi druku specjalistycznego, oprawy adaptacji podręczników szkolnych i książek pomocniczych w systemie Braille'a i/lub druku powiększonym oraz dystrybucja do szkół wskazanych przez zamawiającego - z podziałem na 2 części, zgodnie ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia (dalej SOPZ).

Część 1 – Usługa druku, oprawy adaptacji podręczników szkolnych i książek pomocniczych, dostosowanych do potrzeb uczniów niewidomych, wykonanych w systemie Braille'a (z podziałem na tomy) oraz dystrybucja do szkół wskazanych przez Zamawiającego.

Nakład adaptacji w systemie Braille'a wynosi łącznie 129 egzemplarzy adaptacji, w tym 31 egzemplarzy adaptacji KUL i 98 adaptacji UW (w tym 8 matematyka-edukacja wczesnoszkolna)

Część 2 – Usługa druku, oprawy adaptacji podręczników szkolnych i książek pomocniczych,

dostosowanych do potrzeb uczniów słabowidzących, wykonanych w druku powiększonym (z podziałem na tomy) oraz dystrybucja do szkół wskazanych przez Zamawiającego.

Nakład adaptacji w druku powiększonym wynosi łącznie 1194 egzemplarze.

SOPZ stanowi Załącznik nr 1 do SIWZ. W pkt 1.9 SOPZ Zamawiający sformułował następujący wymóg: „Nie później niż w ciągu 2 dni roboczych od dnia zlecenia Wykonawcy druku, oprawy i dystrybucji adaptacji Wykonawca uzgodni z Zamawiającym harmonogram druku, oprawy, dystrybucji i wymiany wadliwych adaptacji w systemie Braille’a z uwzględnieniem terminu, o którym mowa w pkt 1.7 i innych wymogów wynikających z SOPZ”.

W rozdziale V siwz „Termin realizacji” Zamawiający podał, że przedmiot zamówienia, zarówno dla części 1, jak części 2, winien zostać zrealizowany w terminie wskazanym w ofercie przez Wykonawcę jednak nie dłuższym niż 25 dni od dnia przekazania wykonawcy przez Zamawiającego zlecenia druku, oprawy i dystrybucji adaptacji.

W rozdziale XV siwz w pkt 1. Zamawiający wskazał, że przy wyborze oferty w ramach każdej części zamówienia, Zamawiający, będzie kierował się następującymi kryteriami, którym przypisał określone wagi:

1. Cena brutto - 60%
2. Termin realizacji zamówienia - 40%

W pkt 3 ww. rozdziału podano, że kryterium „Termin realizacji zamówienia” (T) będzie oceniane na podstawie podanego przez wykonawcę w ofercie terminu realizacji zamówienia, nie dłuższego jednak niż 25 dni. Ocena punktowa w ramach kryterium „Termin realizacji zamówienia” zostanie dokonana zgodnie ze wzorem:

$$T = \frac{T_n}{25} \times 40 \text{ pkt}$$

Tb

Gdzie:

T – liczba punktów przyznanych badanej ofercie;

Tn – najkrótszy termin realizacji zamówienia spośród badanych ofert w zakresie danej części;

Tb – termin realizacji zamówienia oferty badanej w zakresie danej części.

Przyjmuje się, że 1 pkt = 1%

W pkt 4 i 5 ww. rozdziału podano, że oferowany przez wykonawcę termin realizacji zamówienia nie może być dłuższy niż 25 dni kalendarzowych od daty zawarcia umowy (pkt 4). Zaoferowanie terminu realizacji zamówienia dłuższego niż w ust. 4 powyżej spowoduje odrzucenie oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy (pkt 5).

W pkt 2 Formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 3 do siwz Zamawiający w zakresie części pierwszej, zawarł następującą treść: „Zobowiązujemy się do realizacji całości przedmiotu zamówienia w terminie maksymalnie do (maksimum 25) dni kalendarzowych od dnia przekazania Wykonawcy przez Zamawiającego zlecenia druku, oprawy i dystrybucji adaptacji”.

W treści postanowień umownych, stanowiących załącznik nr 2 do siwz Zamawiający podał:

- § 1 ust. 3 „Realizacja zamówienia rozpocznie się po przekazaniu przez Zamawiającego Wykonawcy zlecenia druku, oprawy i dystrybucji adaptacji podręczników szkolnych i książek pomocniczych”;
- § 7 ust. 3 „W przypadku, gdy Wykonawca w ciągu 2 dni roboczych od dnia przekazania Wykonawcy zlecenia druku, oprawy i dystrybucji adaptacji nie uzgodni z Zamawiającym harmonogramu druku, oprawy i dystrybucji, Wykonawca jest zobowiązany do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej w wysokości 0,5 % wynagrodzenia brutto Wykonawcy za wykonanie niniejszej umowy, wymienionego w § 4 ust. 1, za każdy rozpoczęty dzień roboczy zwłoki po upływie tych 2 dni”;

- § 8 ust. 2 pkt 2 „Zamawiający dopuszcza zmianę postanowień zawartej umowy w zakresie: (...) 2) wydłużenia terminu dostarczenia adaptacji podręczników szkolnych i książek pomocniczych do szkół w razie wystąpienia obiektywnych okoliczności niezawinionych przez Wykonawcę uniemożliwiających terminową realizację zadania”.

W terminie składania ofert wykonawca ALTIX złożył ofertę m. in. w zakresie części pierwszej. W złożonej ofercie wykonawca ALTIX zobowiązał się do realizacji całości przedmiotu zamówienia w terminie 1 dnia od dnia przekazania wykonawcy przez Zamawiającego zlecenia druku, oprawy i dystrybucji adaptacji (pkt 2 formularza ofertowego, sporządzonego wg wzoru – załącznika nr 3 do siwz).

Pismem z dnia 11 lipca 2018 r. na podstawie art. 26 ust. 4 oraz art. 87 ust. 1 Pzp Zamawiający zwrócił się do Przystępującego z prośbą o udzielenie wyjaśnień w odniesieniu do zaproponowanego w ofercie termin realizacji zamówienia tj. w ciągu jednego dnia kalendarzowego od dnia zlecenia przez Zamawiającego wykonanie druku, oprawy i dystrybucji.

Pismem z dnia 13 lipca 2018 r. Przystępujący udzielił Zamawiającemu wyjaśnień o następującej treści: „wskazany w ofercie termin realizacji części 1 oraz 2 jest realny do wykonania. Ceny w ofercie zostały tak skalkulowane, żeby możliwe było wykonanie przedmiotu umowy we wskazanym terminie. Wyjaśniamy, że firma Altix to, zgodnie z naszą najlepszą wiedzą, największa i najlepiej wyposażona drukarnia brajlowska w Europie środkowo wschodniej dysponująca dużym parkiem maszyn oraz dużą i doświadczoną załogą. Firma Altix zatrudnia na umowę o pracę 57 osób. Ty samym jest jedną z największych firm na tym rynku na świecie. Posiadamy również własnych 8 samochodów, zatrudniamy wielu kierowców. Dla zapewnienia prawidłowego i terminowego wykonania ww. zamówienia, w cenie uwzględniono ewentualne zatrudnienie kolejnych osób na umowę o pracę (m.in. do pakowania) oraz wynajęcie dodatkowych środków transportu (min. 8) tak, żeby do każdego województwa mógł wyjechać jeden samochód. W kosztach uwzględniono również doraźne reagowanie na braki środków transportu, nieprzewidziane sytuacje, awarie itp. Ponadto posiadamy oddziały wojewódzkie. Pracuje w nich wykwalifikowana kadra, która jest w stanie zrealizować wydruk (wraz z oprawą i

zapakowaniem) na maszynach (brajlowskich oraz cyfrowych), który jest w naszym posiadaniu oraz został uwzględniony w kosztach (w tym ich amortyzacja, koszty zużycia, materiałów). Ta możliwość, z reguły niedostępna dla naszych konkurentów, została uwzględniona w procesie produkcyjnym oraz zostanie wykorzystana do reagowania na jakiegokolwiek problemy w dostarczaniu książek (m.in. opisane w SOPZ). Pracownicy posiadają własne samochody, które mogą wykorzystywać do celów służbowych rozliczając się tzw. kilometrówką (koszty zostały uwzględnione) a tym samym dostarczyć przedmiot zamówienia do dowolnego miejsca i w krótkim czasie. Zaplanowano, że druk (dla obu części) rozpocznie się z chwilą otrzymania plików do Zamawiającego. Dla oszacowania terminu przyjęto, że Zamawiający udostępni pliki pod koniec swojego dnia pracy, chociaż oczywiście może to Zamawiający wykonać wcześniej co dłuży czas na realizację zamówienia. Druk zaplanowano na popołudnie, wieczór oraz, jeśli zajdzie taka konieczność, noc (dodatkowo dodruki w każdym czasie jeśli zajdzie taka konieczność). Normalna wydajność naszej drukarni brajlowskiej to ok. 150 tomów na godzinę co oznacza, że potrzebujemy ok. 10 godzin na drukowanie wszystkich tomów brajlowskich, przewidzianych w SOPZ (ich oprawa odbywa się w trakcie druku kolejnych). Zgodnie z naszymi kalkulacjami na wydruk oraz oprawę tylu tomów będziemy mieć ok. 15 godzin co zapewni dostarczenie książek do każdego „punktu dystrybucyjnego” około godziny 9.00. (...).”

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Odwołujący w części pierwszej złożył ofertę, która w świetle obowiązujących kryteriów oceny ofert, mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący wykazał w ten sposób, że może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów Pzp, gdyż pozbawiony został możliwości uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Po dokonaniu oceny zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu.

Przede wszystkim dostrzec należy, że zarzuty odwołania zostały skonstruowane w oparciu o treść oferty Przystępującego (w zakresie części pierwszej), w której wskazano, że wykonawca ALTIX zobowiązuje się do realizacji przedmiotu zamówienia w terminie 1 dnia od dnia przekazania wykonawcy przez Zamawiającego zlecenia druku, oprawy i dystrybucji adaptacji. Odwołujący twierdził, że „termin ten jest oczywiście niemożliwy do zachowania z punktu widzenia technicznego, jak również z punktu widzenia wymagań określonych istotnymi postanowieniami umowy w § 7 ust. 2, w zw. z § 8 ust. 2 pkt. 2. W tym zakresie oferta złożona przez ALTIX Sp. z o.o. nie tylko narusza SIWZ, ale także art. 387 § 1 kodeksu cywilnego”.

W zakresie powyższych zarzutów przede wszystkim należy zwrócić uwagę, że Odwołujący poprzestał jedynie na własnych, na dodatek ogólnikowych stwierdzeniach, które nie zostały poparte jakimikolwiek dowodami. Odwołujący nie przedstawił szczegółowej argumentacji z której wynikałoby, że rozpoznawanym stanie faktycznym wystąpiła obiektywna niemożność świadczenia, tzn. że realizacja przedmiotu zamówienia jest rzeczywiście obiektywnie niewykonalna. Odwołujący zarówno w treści odwołania jak również w toku rozprawy prezentował argumentację zasadzającą się na tym, że Przystępujący, który dysponuje określonym potencjałem nie jest w stanie wykonać przedmiotu zamówienia w deklarowanym terminie. Również w tym aspekcie poza lakonicznymi stwierdzeniami nie przedstawiono jakichkolwiek dowodów na poparcie własnych twierdzeń. Wskazać należy, że Odwołujący wykazując zasadność zgłoszonego zarzutu niemożliwości wykonania przedmiotu zamówienia w deklarowanym terminie mógł odwołać się chociażby do potencjału wykonawcy ALTIX (posiadanych zasobów zarówno ludzkich jak i parku maszynowego) i w kolejnych jego segmentach wykazywać niedostateczność zasobów Przystępującego, czy też braki, które nie pozwolą temu wykonawcy na realizację przedmiotu zamówienia w zadeklarowanym terminie. Zgodzić się należy również z Zamawiającym, który w odpowiedzi na odwołanie, jak również w toku rozprawy podnosił, że Odwołujący nie zakwestionował skutecznie wyjaśnień złożonych przez Przystępującego w piśmie z dnia 13 lipca 2018 r. Niejako dodatkowo nadmienić należy, że Zamawiający pismem z dnia 9 lipca 2018 r. wzywał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie występowania w jego ofercie ceny

rażąco niskiej. Pismem z dnia 12 lipca 2018 r. wykonawca ALTIX udzielił stosownych wyjaśnień Zamawiającemu. Zamawiający twierdził, że treść obu pism Przystępującego wzajemnie ze sobą koresponduje i brak jest pomiędzy nimi rozbieżności w postaci nie ujęcia kosztów zwiększonej obsługi logistycznej spowodowanej krótkim terminem realizacji. Izba uznała za nietrafne twierdzenia Odwołującego, który podnosił, że wykonawca ALTIX w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 11 sierpnia 2018 r., zawierające prośbę o złożenie wyjaśnień w zakresie zaproponowanego w ofercie termin realizacji zamówienia powinien był wraz z pismem złożyć odpowiednie dowody. Izba podziela stanowisko prezentowane przez Zamawiającego, który wskazywał, że wykonawca składając wyjaśnienia nie miał obowiązku przedkładania jakichkolwiek dowodów. W takiej sytuacji Zamawiający nie może wyciągać negatywnych skutków względem wykonawcy w postaci odrzucenia jego oferty.

W tym miejscu należy również odnieść się wniosku Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego poligrafa ze specjalności druk Braille'a wpisanego na listę biegłych sądowych na okoliczność czy dysponując parkiem maszynowym, potencjałem osobowym jak również innymi środkami technicznymi, jakimi dysponuje firma Altix Sp. z o.o. jest możliwe wykonanie przedmiotowego zlecenia w terminie 1 dnia, nie dysponując plikami źródłowymi. Izba oddaliła zgłoszony wniosek, gdyż prowadził on jedynie do przedłużenia postępowania. Przede wszystkim należy wskazać, że nie znajduje on oparcia w dokumentacji postępowania, która nie zawiera szczegółowych informacji w zakresie tego, jakim parkiem maszynowym, potencjałem osobowym jak również jakimi innymi środkami technicznymi dysponuje wykonawca ALTIX, jak również informacji jakie zasoby zamierza zaangażować celem realizacji przedmiotowego zamówienia. Tym samym niemożliwym jest uzyskanie miarodajnej opinii na temat możliwości wykonania przedmiotu zamówienia przez wykonawcę ALTIX w zadeklarowanym przez niego terminie. W szczególności, że wykonawca w złożonych wyjaśnieniach wskazuje, że w przyszłości ma również potencjalne możliwości korzystania z usług innych podmiotów (np. firmy transportowe). Wobec powyższego Izba stanęła na stanowisku, że Odwołujący, na którym zgodnie z art. 6 k.c. spoczywał ciężar wykazania okoliczności, z których wodzi skutki prawne nie sprostął postawionemu zadaniu i nie wykazał w sposób dostateczny, że Przystępujący nie jest w stanie dochować zadeklarowanego terminu realizacji przedmiotu zamówienia.

W zakresie zarzutu dotyczącego niezgodności oferty Przystępującego ze specyfikacją, a tym samym konieczności jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Izba wskazuje, że nie dopatrzyła tego rodzaju niezgodności. Powoływane przez Odwołującego postanowienia umowne, zawarte w załączniku nr 2 do siwz stanowią regulacje dotyczące kar umownych (§ 7 ust. 2) oraz zmian w umowie (§ 8 ust. 2 pkt 2) i swojej treści nie zawierają wymogów odnoszących się do ustalania przez wykonawców terminu realizacji przedmiotu zamówienia. Wobec tego na ich podstawie nie sposób stwierdzić niezgodności oferty Zamawiającego z treścią siwz powodującej konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Jeśli zaś chodzi o podnoszoną przez Odwołującego nierzetelność sformułowania przez Zamawiającego postanowień specyfikacji w aspekcie terminu realizacji zamówienia to stwierdzić należy, że Zamawiający w wielu miejscach siwz, opisanych powyżej wskazywał, że przedmiot zamówienia powinien zostać zrealizowany w terminie wskazanym w ofercie przez wykonawcę jednak nie dłuższym niż 25 dni od dnia przekazania wykonawcy przez Zamawiającego zlecenia druku, oprawy i dystrybucji adaptacji. Również pkt 4 i 5 rozdziału XV siwz wpisuje się w powyższą narrację, co zostało potwierdzone wyjaśnieniami Zamawiającego złożonymi w toku rozprawy.

Podsumowując, stwierdzić należy, że analiza zarzutów zawartych w odwołaniu nie wykazała naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miały wpływ lub mogą mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego postępowania. W związku z powyższym Izba oddaliła odwołanie.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 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).

.....