

Sygn. akt: KIO 1197/16

WYROK

z dnia 18 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka
Marzena Ordysińska
Anna Packo

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lipca 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 lipca 2016 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Szkół „Cezas” Sp. z o.o., al. Solidarności 15, 15-751 Białystok** w postępowaniu prowadzonym przez **Stołeczny Zarząd Infrastruktury, Al. Jerozolimskie 97, 00-909 Warszawa**

przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **FURINEO Sp. z o.o., ul. 10 Lutego 15, 08-110 Siedlce** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 1197/16 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (w zakresie części II) oraz nakazuje dokonanie czynności odrzucenia oferty Wykonawcy Furineo sp. z o.o.

2. kosztami postępowania obciąża **zamawiającego Stołeczny Zarząd Infrastruktury, Al. Jerozolimskie 97, 00-909 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 0 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Szkół „Cezas” Sp. z o.o., al. Solidarności 15, 15-751 Białystok** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **zamawiającego Stołeczny Zarząd Infrastruktury, Al. Jerozolimskie 97, 00-909 Warszawa** na rzecz **odwołującego Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Szkół „Cezas” Sp. z o.o., al. Solidarności 15, 15-751 Białystok** kwotę **18 634 zł 0 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset trzydzieści cztery złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) 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

Zamawiający Stołeczny Zarząd Infrastruktury prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Wykonanie dostawy mebli biurowych, mebli metalowych, krzeseł, foteli, wykładziny, dywanów oraz sprzętu polowego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14.04.2016 r. pod numerem 2016/S 073-127392.

Odwołujący „CEZAS” Spółka z o.o. wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego, polegającej na zaniechaniu czynności wyjaśniających, do których Zamawiający był zobowiązany z mocy art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i niesłusznego uznania za wystarczające wyjaśnień i dowodów złożonych przez wykonawcę FURINEO sp. z o.o. w Siedlcach w związku z wezwaniem do wykazania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia zapewniających wykonanie zamówienia, naruszenie art. 91 ust. 1 Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty FURINEO sp. z o.o. w Siedlcach jako najkorzystniejszej oferty złożonej w przedmiotowym przetargu, pomimo że podlegała odrzuceniu, bądź też wykonawca ten podlegał wykluczeniu z mocy art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawo zamówień publicznych, zaniechaniu czynności, do których Zamawiający był zobowiązany z mocy art. 91 ust. 1 oraz art. 92 ust. 1 Prawo zamówień publicznych, a mianowicie wyboru oferty Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Szkół CEZAS sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku jako najkorzystniejszej i nie podlegającej odrzuceniu oraz zawiadomienia o tym wyborze wykonawcy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 82 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Prawo zamówień publicznych wobec bezpodstawnego uznania, że oferta FURINEO sp. z o.o. odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ), pomimo, że wykonawca nie złożył dowodów wymaganych przez Zamawiającego w pkt 7.1.b SIWZ oraz przewidzianych w art. 22 ust. 1 Prawo zamówień publicznych na potwierdzenie posiadania wiedzy i doświadczenia, zapewniających wykonanie zamówienia, w postaci wykazu wykonanych dostaw w okresie trzech lat przez upływem terminu składania ofert wraz z dokumentami potwierdzającymi, że dostawy odpowiadające przedmiotowi zamówienia były wykonane należycie. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający naruszył przez to zasady przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców; art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wobec zaniechania

dostatecznego wyjaśnienia treści oferty złożonej przez FURINEO sp. z o.o. z siedzibą w Siedlcach w zakresie możliwości wykonania zamówienia w terminie jednego dnia od podpisania umowy, pomimo wątpliwości Zamawiającego oraz okoliczności wskazujących, iż oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na utrudnieniu innym oferentom dostępu do zamówienia, co naruszyło zasadę przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców; art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 4 Prawo zamówień publicznych wobec nie wykluczenia z postępowania FURINEO sp. z o.o., pomimo złożenia nieprawdziwych informacji co do wykonania w terminie jednego dnia zamówienia, które miały wpływ na wynik prowadzonego postępowania; art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 w zw. z art. 26 ust. 1, 3 i 4 Prawo zamówień publicznych wobec nie odrzucenia oferty FURINEO sp. z o.o., pomimo, że oferta nie spełniała warunków określonych przez Zamawiającego w pkt 7.1.b SIWZ oraz przewidzianych w art. 22 ust. 1 Prawo zamówień publicznych, a także stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; art. 91 ust. 1 w zw. z art. 92 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wobec dokonania wyboru oferty złożonej przez FURINEO sp. z o.o., pomimo, że nie była to oferta najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, gdyż Przedsiębiorstwo Zaopatrzenia Szkół CEZAS sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku oferowało wykonanie zamówienia za kwotę niższą niż w ofercie wybranej i nie podlegającej odrzuceniu, co naruszyło zasadę przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W ocenie Odwołującego, czynności Zamawiającego naruszają następujące przepisy Prawo zamówień publicznych: art. 7, art. 24 ust. 2 pkt 3 i ust. 4, art. 26 ust. 1, 3 i 4, art. 82 ust. 3, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3, art. 91 ust. 1 oraz art. 92 ust. 1.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty FURINEO sp. z o.o., nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawcy FURINEO sp. z o.o. lub odrzucenia oferty tego wykonawcy, nakazanie powtórzenia czynności związanych z badaniem i oceną ofert, w tym oferty Przedsiębiorstwa Zaopatrzenia Szkół CEZAS sp. z o.o., przy dostosowaniu czynności Zamawiającego do wymogów ustawy Prawo zamówień publicznych, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Przedsiębiorstwa Zaopatrzenia Szkół CEZAS sp. z o.o. kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Przedmiotowe zamówienie podzielone zostało na sześć części, każda z odrębnie określonym maksymalnym terminem wykonania dostawy. Dla części II maksymalny termin

zamówienia został określony na 60 dni od daty podpisania umowy. Kryterium oceny ofert były: cena (90%) oraz termin wykonania zamówienia (10%). Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych.

Oferta Wykonawcy FURINEO sp. z o.o. złożona w zakresie części II przewidywała termin realizacji dostawy: 1 dzień (od dnia podpisania umowy).

Odwołujący wskazał, że zgodnie z jego wiedzą i doświadczeniem, termin taki w odniesieniu do warunków zamówienia wskazanych w SIWZ jest nierealny. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego, w celu zbadania wiarygodności oferty. Zamawiający po uzyskaniu wyjaśnień uznał, że brak jest podstaw do odrzucenia oferty Wykonawcy FURINEO sp. z o.o., gdyż wykonawca ten wskazał, że większość towaru objętego zamówieniem posiada na stanach magazynowych, dysponuje środkami transportu, a także przedstawił referencje z których wynika, że wykonał na rzecz zewnętrznej firmy zamówienie obejmujące dostawę 5983 krzesel w ciągu jednego dnia od złożenia zamówienia.

Zamawiający dokonał wyboru oferty Wykonawcy FURINEO sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w zakresie części II. Cena brutto realizacji zamówienia bez prawa opcji została określona na kwotę 637.345,41 zł oraz 913.136,01 zł z prawem opcji. Oferta tego Wykonawcy uzyskała najwyższą ilość punktów za obydwa kryteria, tj. 95,88 pkt.

Oferta Odwołującego w części II zawierała cenę brutto 609.469,92 zł bez prawa opcji i 871.345,53 zł z prawem opcji, z terminem wykonania zamówienia 35 dni. Oferta Odwołującego uzyskała 90,29 pkt, z uwagi na dłuższy termin wykonania zamówienia, pomimo zaoferowania niższej ceny w porównaniu z ofertą wybraną.

Zdaniem Odwołującego, wskazany w ofercie Wykonawcy FURINEO sp. z o.o. termin realizacji zamówienia jeden dzień, wydaje się nierealny i jego dotrzymanie jest niemożliwe z uwagi na wielkość zamówienia i potencjał wykonawcy. Odwołujący wskazał, że istnieją podstawy do przypuszczenia, że termin taki został podany w celu wyeliminowania konkurencyjnych ofert. Takie zachowanie może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, „Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, przy czym wymieniony w ustawie katalog zachowań będących przejawami nieuczciwej konkurencji jest otwarty, na co bezpośrednio wskazuje zwrot „w szczególności”.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie wyjaśnił w sposób dostateczny okoliczności wskazanych przez wykonawcę FURINEO sp. z o.o. W ocenie Odwołującego, nie można uznać wyjaśnień za wiarygodne. Przedstawione przez Wykonawcę dowody nie potwierdzają, by Wykonawca wykazał się spełnieniem warunku posiadania wiedzy i doświadczenia oraz

potencjałem do wykonania zamówienia. Pisma zarządu FURINEO sp. z o.o. z dnia 12.05.2016 r. nie stanowią dowodów określonych warunkami SIWZ.

W celu potwierdzenia spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia zapewniającego wykonanie zamówienia, wykonawca winien dołączyć wykaz dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, związanych z przedmiotem zamówienia wraz z dowodami, że dostawy opowiadały przedmiotowi zamówienia oraz były wykonane należycie.

W ocenie Odwołującego, Wykonawca FURINEO sp. z o.o. nie złożył wykazu zgodnego z wymaganiami SIWZ.

Wykonawca FURINEO sp. z o.o. przedstawił wykaz zrealizowanych zamówień na rzecz firmy MAZUR - Ł.M., Krzesła Biurowe w Michałowicach. Czas realizacji zamówienia obejmuje okres od 19.05.2012 r. do 08.07.2013 r. Okres ten rozpoczyna się wcześniej niż 3-letni termin określony w SIWZ.

Odwołujący wskazał także, że oświadczenie odbiorcy dotyczy MEGA SYSTEM sp. z o.o., nie zaś FURINEO sp. z o.o. Dostawy dokumentowane są fakturami bez podpisu odbiorcy oraz bez potwierdzenia odbioru towaru i dokonania zapłaty. Faktura wystawiona po 12.04.2013 r. obejmuje dostawę na kwotę 102.923,41 zł, co nie spełnia warunków Zamawiającego.

Dowodami, które miały potwierdzić potencjał wykonawcy FURINEO sp. z o.o. do wykonania dostawy w terminie jednego dnia, było oświadczenie z dnia 28.01.2016 r., wydane przez firmę CUBICA P.S. sp. j. oraz faktura z dnia 31.12.2015 r. wraz z potwierdzeniem należytego wykonania dostawy. Według treści oświadczenia, Wykonawca FURINEO sp. z o.o. dostarczył w 2015 r. meble na kwotę ponad 3 mln zł, w tym na potrzeby realizacji zamówienia do Komendy Wojewódzkiej Policji w Katowicach krzesła w ilości 5983 sztuki o wartości 1.761.647 zł brutto. Według oświadczenia, zamówienie złożone w dniu 09.12.2015 r., zostało zrealizowane w ciągu jednego dnia.

W ocenie Odwołującego, przedstawiona faktura, jak i dokumenty udostępnione przez Komendę Wojewódzką Policji w Katowicach jako informacja publiczna, nie potwierdzają treści powyższego oświadczenia. Z treści faktury nr 99/PRO/12/2015 wynika, że krzesła, fotele i meble tapicerowane o wartości 1.761.647 zł, zostały dostarczone zgodnie z dokumentem WZ nr 120/PRO/2015, wystawionym w dniu 31.12.2015 r. Brak jest również dowodu opłacenia dostawy, jako potwierdzenie wykonania świadczenia wzajemnego.

Z dokumentacji zamówienia publicznego Komendy Wojewódzkiej Policji w Katowicach w trybie przetargu nieograniczonego na „Zakup mebli dla jednostek garnizonu śląskiego - postępowanie nr 2” wynika, że wskazanym w ofercie CUBICA P.S. Sp. j. producentem mebli jest EUROTON, a nie FURINEO Sp. z o.o. Według warunków SIWZ, termin wykonania zamówienia został przewidziany na 15.12.2015 r. W tej sytuacji faktura, na jaką powołuje się FURINEO Sp. z o.o., może dotyczyć innej dostawy, bądź wskazuje na realizację zamówienia z opóźnieniem. W tej sytuacji przedstawione przez FURINEO sp. z o.o. materiały nie potwierdzają możliwości wykonania zamówienia w ciągu jednego dnia od podpisania umowy. Odwołujący zauważył, że wykonawca Furineo nie wykazał stanów magazynowych ani potencjału transportowego.

Odwołujący podkreślił, że Wykonawca FURINEO sp. z o.o. nie dotrzymał terminu dostawy przewidzianego na 19.04.2016 r. i wykonał ją dopiero z dniem 25.04.2016 r. W związku z powyższym Zamawiający naliczył FURINEO sp. z o.o. kary umowne za zwłokę. Ta okoliczność faktyczna wskazuje na brak przygotowania wykonawcy do realizacji dostawy w deklarowanym terminie.

W ocenie Odwołującego, bez znaczenia są zapewnienia Zamawiającego i Wykonawcy o zabezpieczeniu terminu umowy karą umową w przypadku opóźnienia, gdyż istotą problemu jest przyjęcie przez wykonawcę FURINEO sp. z o.o. z góry założenia, iż złożenie oferty z terminem wykonania zamówienia w jeden dzień, choć nierealne, pozwoli na uzyskanie przewagi wobec pozostałych wykonawców i wyeliminowanie konkurencji z ich strony poprzez wprowadzenie w błąd Zamawiającego. Czyn Wykonawcy FURINEO Sp. z o.o. został w niniejszym przypadku skonkretyzowany i stanowi delikt w rozumieniu art. 3 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 15 ust. 2 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż jest on sprzeczny z prawem i dobrymi obyczajami oraz utrudnia dostęp do rynku innym przedsiębiorcom oferującym takie same produkty i usługi w niższej cenie, a poprzez wykorzystanie reguł ustawy Prawo zamówień publicznych - wymuszenie na Zamawiającym dokonania wyboru tego podmiotu jako kontrahenta.

Odwołujący wskazywał, że Zamawiający zaniechał przeprowadzenia z dostateczną wnikliwością postępowania wyjaśniającego treści oferty FURINEO sp. z o.o. w celu zapewnienia warunków uczciwej konkurencji, naruszając art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz dokonał błędnej oceny dowodów przedstawionych przez tego wykonawcę na okoliczność spełnienia warunków SIWZ, czym naruszył art. 26 ust. 1, 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, dokonał wyboru oferty FURINEO sp. z o.o., zamiast jej odrzucenia, naruszając art. 91 i 92 ustawy Prawo zamówień publicznych, bądź

wykluczenia tego wykonawcy z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (wobec jego niezastosowania).

Do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego Wykonawca Furineo sp. z o.o.

Odwołanie nie zawiera braków formalnych uniemożliwiających jego rozpoznanie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba za uzasadniony uznała zarzut popełnienia przez Przystępującego czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na zaoferowaniu przez tego wykonawcę w treści złożonej przez niego oferty terminu realizacji zamówienia, wynoszącego jeden dzień. W ocenie Izby, biorąc pod uwagę przedmiot i specyfikę zamówienia, jak również fakt, że przedmiot zamówienia w zakresie zastosowanych obić krzesel miał zostać przez Zamawiającego sprecyzowany dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej, termin realizacji zamówienia wynoszący jeden dzień jest terminem nierealnym, a zaoferowanie tego terminu przez Przystępującego miało na celu wyłącznie wyeliminowanie innych wykonawców, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Z kolei jako jeden z czynów nieuczciwej konkurencji, art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wprost określa działanie, polegające na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku.

W ocenie Izby oferta złożona przez Przystępującego spełnia przesłanki, aby jej złożenie uznać za czyn nieuczciwej konkurencji. Zaoferowany przez Przystępującego, jednodniowy termin wykonania zamówienia, jest terminem nierealnym, a jedynym celem jego zaoferowania było uniemożliwienie innym wykonawcom zaoferowania terminu korzystniejszego (jest to faktycznie najkrótszy możliwy do zaoferowania termin realizacji zamówienia). Tym samym celem działań Przystępującego było utrudnienie innym

wykonawcom dostępu do zamówienia, gdyż zaoferowanie przez Przystępującego tak krótkiego terminu wykonania zamówienia, stanowiło podstawę do uznania oferty Przystępującego za ofertę najkorzystniejszą. Działanie Przystępującego naruszyło więc interes innych wykonawców.

Trafnie zauważył Odwołujący, że zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej: za czyn nieuczciwej konkurencji należy uznać także zachowania zmierzające do wygrania przetargu „za wszelką cenę” poprzez oferowanie nierealnych warunków realizacji zamówienia. Jednoznacznie jest wskazane, że zaoferowanie warunków nierealnych, które nie są w warunkach rzeczywistych możliwe do spełnienia, godzi w dobre obyczaje i narusza zasadę uczciwej konkurencji.”

Dokonując rozważań w zakresie terminu realizacji zamówienia, należy zwrócić przede wszystkim uwagę na następujące okoliczności:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa 3775 sztuk krzesel. Jest to więc ilość znaczna. Ponadto Zamawiający postawił dodatkowe wymogi w zakresie tego, w jaki sposób dostawa ma zostać zrealizowana. Zamawiający m.in. wymagał odpowiedniego opakowania krzesel, nadania kodów itp. Wykonanie tych wszystkich czynności jest czasochłonne i wymaga zaangażowania odpowiedniego zespołu pracowników.

Dodatkowa okoliczność, powodująca wydłużenie czasu, jaki wykonawca powinien poświęcić na realizację zamówienia wynika z faktu, że w zakresie części krzesel Zamawiający określić ma tkaninę oraz kolor ich obić dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej. Jednakże SIWZ nie precyzuje, w jakim terminie Zamawiający ma dokonać wyboru tkaniny i koloru obić krzesel. Oznacza to, że terminem, w którym Zamawiający może dokonać tej czynności, jest również chwila podpisania umowy. Zapisy SIWZ nie dają wykonawcom jakiegokolwiek gwarancji, że wybór obić zostanie dokonany wcześniej niż przy podpisaniu umowy. SIWZ stanowi jedynie, że wybór ten zostanie dokonany po wyborze oferty najkorzystniejszej – ale nie wiadomo, w jakim terminie od tego zdarzenia. Dlatego też, nieuprawniona i bezpodstawną byłaby kalkulacja Przystępującego, że oprócz zawartego w ofercie (a następnie przeniesionego do umowy) terminu realizacji zamówienia, dysponować on będzie w okresie między wyborem oferty najkorzystniejszej a podpisaniem umowy dodatkowym terminem na wyprodukowanie krzesel, w odniesieniu do których Zamawiający nie sprecyzował rodzaju obić. Co więcej, taka kalkulacja potwierdza jedynie, że jednodniowy termin realizacji zamówienia (liczony od dnia podpisania umowy) nie jest terminem realnym, skoro jego zaoferowanie wymaga dodatkowego czasu przed zawarciem umowy z Zamawiającym.

Ponadto, w ocenie Izby, kalkulowanie jakiegokolwiek innego czasu na realizację zamówienia przez Wykonawców (innego niż liczonego od dnia zawarcia umowy), zwłaszcza w sytuacji,

gdy brak jest informacji, że taki czas w ogóle będzie przewidziany (i w jakim wymiarze), powoduje, że oferty stają się nieporównywalne, a uczciwa konkurencja pomiędzy wykonawcami zachwiana.

Na marginesie Izba zauważa, że do dnia zamknięcia rozprawy, Zamawiający nie określił koloru ani też tkaniny obić.

Z powyższych okoliczności wynika, że wykonawcy nie mieli możliwości zgromadzenia wszystkich zaoferowanych krzesel przed zawarciem umowy z Zamawiającym – tak, aby termin realizacji umowy, liczony od jej podpisania, obejmował w zasadzie wyłącznie załadunek, przewóz i wyładunek krzesel w miejscu dostawy. Taka kalkulacja wykonawców byłaby całkowicie nieuprawniona.

Przystępujący podnosił, że zmiana obicia krzesła jest czynnością zajmująca jedynie kilka, kilkanaście minut. Nawet jeśli tak jest, to należy zauważyć, że oprócz samej zmiany obicia, wykonawca powinien wykonać szereg pozostałych czynności, jakich wymagał Zamawiający w związku z dostawą krzesel, a więc np. pakowanie, nadanie kodów, co zwiększa czas niezbędny do realizacji zamówienia. Nadto, jeśli krzesło, w którym miało zostać zmienione obicie, przed wykonaniem tej czynności było już zapakowane, to w celu zmiany obicia należy je rozpakować, co także powoduje wydłużenie czasu niezbędnego do przygotowania krzesel do wysyłki.

Z powyższego wynika więc, że wybrany wykonawca musi poświęcić znaczną ilość czasu na dostosowanie krzesel (nawet tych znajdujących się w magazynie wykonawcy) do wymogów Zamawiającego. Kilkanaście minut poświęconych wyłącznie na samą zmianę obić krzesel, czy dopasowanie tkaniny, odniesione do kilku tysięcy (czy nawet tylko kilkuset) krzesel daje czas w postaci kilku dni, które muszą zostać poświęcone w celu przygotowania dostawy krzesel. W złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach Przystępujący nie wykazał, aby możliwe było zrealizowanie zamówienia w takim terminie, jaki zaoferował – a więc w terminie jednego dnia.

Izba zauważa również, że żaden z wykonawców, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, nie zaoferował terminu realizacji zamówienia nawet zbliżonego do jednodniowego terminu, który zaoferował Przystępujący. Drugi co do długości termin realizacji zamówienia przewidziano na 35 dni, a więc jest to termin 35-krotnie dłuższy niż termin, jaki zaoferował Przystępujący. Także ta okoliczność wskazuje, że zaoferowany przez Przystępującego termin realizacji zamówienia nie jest terminem realnym.

Na nierealność terminu realizacji zamówienia, który został zaoferowany przez Przystępującego, wskazuje także fakt, że Przystępujący już wcześniej takiego jednodniowego terminu realizacji zamówienia nie dotrzymał. W prowadzonym przez

Zamawiającego (w tym roku) postępowaniu na dostawę krzesel i foteli, Przystępujący także zaoferował termin realizacji zamówienia wynoszący jeden dzień i oferta Przystępującego została uznana za najkorzystniejszą. Jednakże Przystępujący nie zrealizował zamówienia w terminie (opóźnienie w wykonaniu zamówienia wyniosło sześć dni) i zmuszony był do zapłaty na rzecz Zamawiającego kar umownych za opóźnienie w dostawie. Skoro we wcześniejszym zamówieniu, które Przystępujący wykonywał na rzecz tego samego Zamawiającego i przy zbliżonym przedmiocie zamówienia, Przystępujący nie był w stanie zamówienia tego wykonać w ciągu jednego dnia, a opóźnienie nie było opóźnieniem minimalnym (nie wyniosło np. jednego dnia), to oznacza to, że wykonanie niniejszego zamówienia w ciągu jednego dnia nie jest możliwe. Oznacza to również, że Przystępujący w niniejszym postępowaniu w pełni świadomie zaoferował wykonanie zamówienia w terminie, który nawet w świetle doświadczenia samego Przystępującego powinien zostać uznany za niemożliwy do dotrzymania. Wskazuje to jednoznacznie na popełnienie przez Przystępującego czynu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaoferowanie nierealnego terminu realizacji zamówienia, a tym samym utrudnianie dostępu do zamówienia innym wykonawcom i naruszenie ich interesów.

Z uwagi na wątpliwości Zamawiającego, dotyczące zaoferowanego przez Przystępującego terminu realizacji zamówienia, wynoszącego jeden dzień, Zamawiający zwrócił się do tego wykonawcy o wyjaśnienie treści oferty w zakresie terminu realizacji zamówienia. W takiej sytuacji, to Przystępujący bez żadnych wątpliwości winien wykazać, że termin, jaki zaoferował, jest terminem realnym. W ocenie Izby, złożone przez Przystępującego wyjaśnienia, nie dawały podstawy do uznania, że Przystępujący rzeczywiście jest w stanie wykonać zamówienie w zadeklarowanym, jednodniowym terminie.

Wyjaśnienia Przystępującego mają charakter ogólnikowy, stanowią bardziej ogólny opis przedsięwzięcia Przystępującego niż faktyczne wyjaśnienie okoliczności, potwierdzających możliwość realizacji zamówienia przez Przystępującego w zadeklarowanym, jednodniowym terminie, liczonym od dnia zawarcia umowy z Zamawiającym. Podnoszone przez Przystępującego okoliczności, takie jak duża baza magazynowana, duża flota, mogły zostać podniesione także przez innych wykonawców, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu. Nie są więc to okoliczności, dotyczące wyłącznie Przystępującego. Także fakt, że Przystępujący jest producentem krzesel, nie jest okolicznością w niniejszym postępowaniu wyjątkową, gdyż Przystępujący nie był jedynym producentem mebli, który złożył ofertę w niniejszym postępowaniu.

Istotne jest, że Przystępujący nie wykazał wpływu tych okoliczności na rzeczywistą możliwość zrealizowania zamówienia w ciągu jednego dnia. Należy przypomnieć, że Przystępujący został zobowiązany przez Zamawiającego do wykazania, że biorąc pod uwagę okoliczności przywołane przez Zamawiającego w zapytaniu (a więc ilość krzesel

rzędu kilku tysięcy, konieczność dokonania szeregu czynności niezbędnych przy dostawie), Przystępujący zdolny jest zrealizować zamówienie w ciągu jednego dnia. Przystępujący nie podolał obowiązkowi wykazania powyższych okoliczności.

Ponadto nawet w przypadku uznania, że okoliczności wskazane przez Przystępującego w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach, potwierdzają możliwość szybszej realizacji zamówienia niż w przypadku pozostałych wykonawców, to nie potwierdza to automatycznie możliwości realizacji zamówienia w ciągu jednego dnia. Tym bardziej, że drugi co do długości termin wykonania zamówienia, jest 35-krotnie dłuższy od terminu, jaki zaoferował Przystępujący. Tym samym samo wykazanie, że możliwe jest wykonanie zamówienia szybciej niż wykonają to inni wykonawcy, nie potwierdza, że wykonanie zamówienia możliwe jest w ciągu jednego dnia. A wykazanie tej właśnie okoliczności było obowiązkiem Przystępującego po wezwaniu go do złożenia wyjaśnień przez Zamawiającego.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut przedstawienia nieprawdziwych informacji w treści wyjaśnień, złożonych Zamawiającemu przez Przystępującego.

Należy zauważyć, że Odwołujący w trakcie rozprawy wyjaśnił, że w jego ocenie informacja nieprawdziwa odnosi się do podanej przez Przystępującego możliwości realizacji zamówienia w ciągu jednego dnia. Wyjaśnił, że Zamawiający został wprowadzony w błąd, bowiem według SIWZ wykonawca powinien wskazać termin możliwości zrealizowania dostawy, nie zaś pozostawania w dyspozycji. Informacja ta odnosi się zatem do oświadczenia wykonawcy o pozostawaniu w gotowości do realizacji zamówienia w ciągu 1 dnia. Pozostawanie w gotowości jest jedynie wyrażeniem stanu, nie zaś dokonania. W związku z powyższym, w ocenie Izby nie można takiej informacji uznać za nieprawdziwą. Ponadto, jest to informacja odnosząca się do pewnego zdarzenia przyszłego, które w chwili składania oferty przez Przystępującego jeszcze nie nastąpiło. Podlega więc ona ocenie w zakresie oceny możliwości wykonania zamówienia, w zakresie oceny kryteriów. Okoliczność, że Przystępujący nie wykazał możliwości realizacji zamówienia w ciągu jednego dnia, nie oznacza automatycznie, że złożył informację nieprawdziwą.

Izba za bezzasadne uznała twierdzenia Odwołującego dotyczące braku spełnienia przez Wykonawcę Furineo sp. z o.o. warunków, o których mowa w art. 22 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła, że Zamawiający wymagał, aby wykonawcy, w celu potwierdzenia spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia przedstawili wykaz dostaw zrealizowanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert wraz z dowodami należytego wykonania dostawy. W zakresie części drugiej zamówienia należało wykazać, że

wykonawca zrealizował co najmniej jedną dostawę odpowiadającą przedmiotowi zamówienia oraz że dostawa była zrealizowana za kwotę nie niższą niż 400 000 złotych. Przystępujący przedstawił w ofercie wykaz, w którym wskazał, iż zrealizował pracę na rzecz firmy MAZUR - Ł.M., Krzesła Biurowe. W zakresie tej dostawy Zamawiający wezwał Przystępującego do udzielenia informacji, co do wartości dostawy wyłącznie krzesel i foteli (tylko te bowiem stanowią przedmiot zamówienia). Przystępujący ponownie przedstawił wykaz zrealizowanych dostaw, w którym przedstawił tę samą dostawę na rzecz tej samej firmy wraz z fakturami, na których został wyszczególniony dostarczany asortyment. Nadto Przystępujący uzupełnił wykaz o dodatkową dostawę, zrealizowaną na rzecz Komendy Wojewódzkiej Policji w Katowicach.

W zakresie pierwszej z dostaw, zrealizowanej na rzecz firmy MAZUR - Ł.M., Krzesła Biurowe Odwołujący wskazywał, że dostawy zostały udokumentowane fakturami bez podpisu odbiorcy oraz bez potwierdzenia odbioru towaru i dokonania zapłaty. Należy zauważyć, że obowiązujące przepisy prawa nie wymagają, aby na fakturze znajdował się podpis nabywcy towarów. Tym samym brak podpisu na fakturze nie oznacza, że nie została dokonana sprzedaż towarów objętych fakturą. Ponadto wskazać należy, że nieprzedstawienie przez Przystępującego potwierdzeń odbioru towaru i dokonania zapłaty także automatycznie nie oznacza, że dostawa nie została zrealizowana.

Ponadto Odwołujący wskazał, że dostawa została potwierdzona wieloma fakturami, co wskazywać może na okoliczność, że nie była to jedna dostawa, a wiele dostaw. Nadto, tylko jedna z faktur obejmuje dostawę w terminie trzech ostatnich lat, jednakże została wystawiona na kwotę 102 923,41 zł, co nie spełnia warunku udziału w postępowaniu (gdyż warunkiem było wykazanie zrealizowania dostawy za kwotę co najmniej 400 000 zł). W ocenie Izby trafnie zauważył Odwołujący, że Zamawiający nie wyjaśnił należycie, czy przedstawione zamówienie zostało zrealizowane w ramach jednej dostawy, czy też kilku – na co wskazywałby fakt, iż wystawionych zostało kilka różnych faktur na dostawę mebli. Tym samym, w ocenie Izby uzasadniony jest zarzut Odwołującego, iż Zamawiający nie dokonał należytego wyjaśnienia oferty Przystępującego oraz złożonych przez niego wyjaśnień. Nie jest zatem możliwe dokonanie jednoznacznej oceny, czy przedstawione zamówienie spełnia warunek udziału w postępowaniu.

Izba nie nakazywała Zamawiającemu dokonania czynności wyjaśnienia powyższych wątpliwości z uwagi na fakt, iż nakazano odrzucenie oferty Przystępującego, a także z uwagi na okoliczność, że Przystępujący w celu potwierdzenia spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia przedstawił także inne, zrealizowane przez siebie dostawy.

W ocenie Izby nie można mówić o naruszeniu przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający jest uprawniony do wezwania wykonawcy do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w

sytuacji, gdy przedstawione dotychczas w ofercie dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku. Zamawiający takiej czynności dokonał. Złożone w tym trybie przez Przystępującego dokumenty nie stanowią zmiany treści oferty, ale są czynnością przewidzianą w dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy.

W zakresie drugiej wykazywanej dostawy należy zauważyć, że sam Odwołujący przyznał w treści odwołania, że już treść faktury nr 99/PRO12/2015 potwierdza dostawę krzesel foteli i mebli tapicerowanych na kwotę 1.761.647 zł. Tym samym należy uznać, że Przystępujący zrealizował zamówienie o wymaganej wartości minimum 400 000 zł w grudniu 2015 roku. Należy zauważyć, że bez znaczenia pozostaje, czy zamówienie zostało zrealizowane 9 grudnia, czy 31 grudnia, bowiem każdy z tych terminów mieści się w trzyletnim wymaganym terminie zrealizowanej dostawy. Wystawienie faktury w dniu 31 grudnia 2015 roku nie świadczy jednoznacznie, że Przystępujący nie zrealizował dostawy w terminie. Odwołujący nie wykazał, aby zamówienie nie zostało zrealizowane należycie. Co więcej, Przystępujący przedstawił w wyjaśnieniach dokument – oświadczenie, potwierdzające prawidłowe zrealizowanie zamówienia, a także potwierdzające gotowość realizacji zamówienia następnego dnia. Należy podkreślić, że Zamawiający wymagał wykazania co najmniej jednej zrealizowanej dostawy i w świetle powyższych okoliczności należy uznać, że Przystępujący zrealizował co najmniej jedną dostawę o wymaganej wartości min. 400 000 zł. Nie można zatem uznać, że nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....