

Sygn. akt: KIO 2062/21

WYROK
z dnia 19 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Młacka

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 sierpnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 09 lipca 2021 r. przez Odwołującego **Marine Sailor s.c. M. J., J. B., M. J. (ul. Westerplatte 10a, 84-360 Łeba)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni (ul. Chrzanowskiego 10, 81-338 Gdynia)**

orzeka:

- 1) oddala odwołanie
- 2) kosztami postępowania obciąża Odwołującego **Marine Sailor s.c. M. J., J. B., M. J. (ul. Westerplatte 10a, 84-360 Łeba)** i
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **Marine Sailor s.c. M. J., J. B., M. J. (ul. Westerplatte 10a, 84-360 Łeba)** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2062/21

UZASADNIENIE

Zamawiający Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane dla wartości zamówienia poniżej progu unijnego pn. Prace związane z pogłębianiem torów podejściowych do obiektu Administracji Państwowej oraz zabezpieczeniem brzegu morskiego pomiędzy 45 km a 46 km w miejscowości Jurata.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych 18 maja 2021 roku pod numerem 2021/BZP 00067703/01.

Odwołujący Marine Sailor s.c. M. J., J. B., M. J. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 255 pkt. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego zastosowanie i bezzasadne unieważnienie postępowania, które nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,
- art. 387 § 1 k.c. w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędną wykładnię przepisu art. 387 § 1 k.c. polegającą na przyjęciu, że umowa zawarta w ramach postępowania obejmowałaby świadczenie niemożliwe co uniemożliwia zawarcie umowy w postępowaniu,
- art. 5 k.c. w związku z przepisem art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych poprzez nadużycie przez Zamawiającego prawa podmiotowego przy podjęciu decyzji o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia a w konsekwencji naruszenie – art. 16 pkt. 1 i 3 i art. 17 ust. 2 ustawy z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych poprzez działanie w celu obejścia przepisów ustawy polegające na uchyleniu się od obowiązku zawarcia umowy z wybranym Wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa prawnego według norm przepisanych, unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.

22 czerwca 2021 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. oferty Odwołującego. 02 lipca 2021 r. na wezwanie Zamawiającego Wykonawca złożył podpis pod umową. 07 lipca 2021 r. Zamawiający poinformował Wykonawcę o unieważnieniu postępowania na podstawie przepisu art. 255 pkt. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Uzasadniając wskazaną czynność Zamawiający wskazał następujące okoliczności:

Otwarcie ofert nastąpiło dnia 15.06.2021 r. W postępowaniu wpłynęła jedna oferta, złożona przez Wykonawcę - Marine Sailor s.c. Wykonawca zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia w ww. terminach, jednocześnie deklarując przystąpienie do realizacji prac w terminie 9 dni od dnia podpisania umowy. W dniu 17.06.2021 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia podmiotowych środków dowodowych, szukając jednocześnie środków finansowych na zwiększenie kwoty jaką może przeznaczyć na realizację zamówienia, ponieważ oferta Wykonawcy przekraczała kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W dniu 18.06.2021 r. Wykonawca złożył podmiotowe środki dowodowe, po czym Zamawiający w dniu 22.06.2021 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający mógł zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego przed upływem 5 dni od przesłania zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej na podstawie art. 308 ust. 3 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi, iż wpłynęła tylko jedna oferta. Jednakże Wykonawca wniósł zabezpieczenie należytego wykonania umowy w dniu 01.07.2021r., (projekt gwarancji należytego wykonania umowy po raz pierwszy przedstawione do akceptacji w dniu 29.06.2021 r.). Zatem podpisanie umowy w ww. terminie było już niemożliwe, gdyż świadczenie wynikające z umowy w zakresie Etapu I stało się niemożliwe do wykonania na warunkach zawartych w dokumentach zamówienia oraz ofercie Wykonawcy tj. do dnia 10.07.2021 r. Wobec powyższego zawarcie takiej umowy jako umowy o świadczenie niemożliwe, w świetle art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego, czyniło by ją nieważną. Mając powyższe na uwadze, zdaniem Zamawiającego, postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący nie zgodził się z decyzją Zamawiającego i wniósł odwołanie. W treści odwołania wskazał, że zgodnie z art. 255 pkt. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych wada postępowania, która może być przyczyną jego unieważnienia, musi mieć charakter nieusuwalny i jednocześnie powodujący, że umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie

wskutek wystąpienia wady podlegała unieważnieniu. Taka konstrukcja przepisu odsyła wyraźnie do dyspozycji przepisu art. 457 ust. 1 i 5 ustawy, w których wymienione są wszystkie przypadki naruszenia ustawy powodujące konieczność unieważnienia umowy. Wystąpienie innych wad w postępowaniu nie może być powodem jego unieważnienia na podstawie art. 255 pkt. 6 ustawy z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych.

Jak argumentował Odwołujący, brak jest podstaw do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia z powodu wady związanej z samym zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego skutkującej unieważnialnością umowy czy też wad powodujących niemożliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, jeżeli nie wystąpiły one w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Sam upadek możliwości zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu nie stanowi bowiem wady postępowania. Nie wolno bowiem twierdzić wbrew literalnemu brzmieniu przepisu, że skoro nie można zawrzeć skutecznej umowy, to postępowanie o udzielenie zamówienia obarczone jest wadą i podlega unieważnieniu.

Warunkiem skuteczności unieważnienia postępowania jest w opinii Odwołującego wykazanie najpierw wady postępowania oraz jej nieusuwalności, a potem skutku w postaci niemożliwości zawarcia ważnej umowy finalnej. Jeżeli wada jest wprawdzie nieusuwalna, lecz umożliwia zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu, zamawiający powinien doprowadzić do udzielenia zamówienia. Skoro wada postępowania skutkująca unieważnieniem postępowania nie może być wadą o charakterze nieistotnym, ponieważ co do zasady mogłaby zostać usunięta przez zamawiającego, nie każde naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych może rzutować na wynik postępowania i zmusza zamawiającego do unieważnienia postępowania. Odwołujący wskazał, że okoliczność przedłużania się postępowania nie stanowi wady postępowania a jest okolicznością wpisaną w naturę postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający błędnie przyjął w ocenie Odwołującego, że brak możliwości wykonania umowy w terminie wskazanym przez Zamawiającego powoduje, że świadczenie objęte zamówieniem publicznym jest świadczeniem niemożliwym co uniemożliwia zawarcie umowy w postępowaniu. Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie umowy z wykonawcą spełniającym warunki udziału w postępowaniu, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Wykonawca taki został w niniejszym postępowaniu wyłoniony. Co więcej, wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił w terminie związania ofertą wykonawcy biorącego udział w postępowaniu. W opinii Odwołującego termin wykonania zamówienia nie miał znaczenia istotnego w rozumieniu art. 454 ust. 1 ustawy z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych. Niezbicie świadczy o tym nieujęcie terminu wykonania zamówienia w kryteriach oceny ofert, co oznacza, że nie miał on wpływu na postępowanie Zamawiającego w trakcie oceny ofert, nie mógł zatem spowodować takiej wady postępowania, która świadczyłaby o jego nieprawidłowym wyniku. W konsekwencji zatem zmiana umowy w zakresie terminu wykonania I etapu prac nie podlega zakazowi zawartemu w 454 ust. 1 ustawy z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych. W ocenie Odwołującego byłaby dopuszczalna zmiana wzoru umowy po wyborze najkorzystniejszej oferty, tak aby zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego zawierała realny termin jej wykonania. W konsekwencji sam upływ terminu na wykonanie zamówienia nie może zostać uznany za wadę postępowania.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

W pkt 11 SWZ Zamawiający przewidział termin, w jakim należało wykonać zamówienie:

- a) Etap I od podpisania umowy do 10 lipca 2021 roku,
- b) Etap II od dnia 1 września do 15 listopada 2021 roku.

Jednym z kryteriów oceny ofert był „Termin przystąpienia do realizacji prac” o wadze 30%. Odwołujący zaoferował przystąpienie do realizacji prac w terminie 9 dni.

22 czerwca 2021 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej – oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł zabezpieczenie należytego wykonania umowy 01 lipca 2021 roku. Zdaniem Zamawiającego, podpisanie umowy w tym terminie skutkowałoby niewykonaniem świadczenia wynikającego z umowy w zakresie etapu I w terminie określonym w dokumentacji postępowania, tj. do 10 lipca 2021 roku.

07 lipca 2021 roku Zamawiający unieważnił postępowanie. Jako podstawę unieważnienia postępowania wskazał art. 255 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z artykułem 8 ust. 1 Prawo zamówień publicznych i art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego. Zamawiający uznał, że świadczenie wynikające z umowy w zakresie etapu I stało się niemożliwe do wykonania na warunkach zawartych w dokumentach zamówienia oraz ofercie Wykonawcy, tj. do 10 lipca 2021 roku. Wobec powyższego, zawarcie takiej umowy jako umowy o świadczenie niemożliwe, w świetle art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego, czyniłoby ją nieważną. W konsekwencji Zamawiający doszedł do przekonania, że postępowanie obarczone jest niemożliwością do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że świadczenie (a więc fizyczna realizacja przedmiotu umowy) nie jest niemożliwe w rozumieniu art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego. Jednakże w niniejszym postępowaniu Zamawiający wskazał na brak możliwości zrealizowania zamówienia na warunkach określonych w ofercie.

Nie było możliwe zrealizowanie zamówienia w zakresie etapu I we wskazanym w dokumentacji postępowania terminie, tj. do dnia 10 lipca br.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wyjaśnił, że w treści umowy nie przewidział możliwości zmiany terminu wykonania umowy w zakresie etapu I w takich okolicznościach. W opinii Zamawiającego, zmianę terminu wykonania Etapu I należałoby uznać za istotną zmianę umowy. Gdyby na etapie ogłoszenia o zamówieniu inni potencjalni wykonawcy wiedzieli o możliwości takiej zmiany, wówczas mogliby złożyć oferty w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający powołał się na art. 454 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym zmianę postanowień zawartych w umowie uznaje się za istotną, jeżeli wprowadza warunki, które gdyby zostały zastosowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to wzięliby w nim udział lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęte zostałyby oferty innej treści.

Zgodnie z artykułem 458 ustawy Prawo zamówień publicznych, zmiana umowy podlega unieważnieniu, jeżeli została dokonana z naruszeniem art. 454 i art. 455.

Zgodnie z art. 454 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zmiana umowy jest istotna, jeżeli powoduje, że charakter umowy zmienia się w sposób istotny w stosunku do pierwotnej umowy.

W chwili zawarcia umowy np. 02 lipca 2021 roku (data, w której Odwołujący przystąpił do podpisania umowy) nie istniała możliwość zrealizowania tej umowy na warunkach określonych w ofercie i dokumentacji postępowania. Odwołujący zastrzegł w treści oferty 9-dniowy termin na przystąpienie do realizacji zadania, co powodowało, że realizacja zadania mogłaby się rozpocząć dopiero 11 lipca 2021 roku. Zamawiający wobec takiej treści wybranej oferty nie mógłby oczekiwać, że Odwołujący rozpocznie realizację zadania w terminie wcześniejszym. Tę okoliczność potwierdza fakt, że Odwołujący w dniu 02 lipca 2021 roku przystępując do podpisania umowy oświadczył w obecności Zamawiającego, że

realizację zadania rozpocznie dopiero w dniu 11 lipca 2021 roku, gdyż pogłębiarka – będąca głównym narzędziem do realizacji zamówienia - mogła zostać wykorzystana dopiero od tej daty (dowód na tę okoliczność stanowi notatka służbowa sporządzona przez Zamawiającego – załączona do odpowiedzi na odwołanie).

Z powyżej wskazanych okoliczności wynika, że nie było możliwe zrealizowanie zamówienia na warunkach określonych w dokumentacji postępowania, w tym w ofercie, do dnia 10 lipca 2021 r. w zakresie etapu I. Etap ten i termin zakończenia prac w ramach tego etapu miały dla Zamawiającego istotne znaczenie. Po tym czasie nie było możliwe realizowanie zamówienia z uwagi na brak dostępności do terenu, na którym miały być wykonywane prace pogłębienia toru podejścia z przyczyn obiektywnych (wizyta Prezydenta RP na tym obszarze).

Zatem już w dacie, w której wyznaczone zostało podpisanie umowy, nie było możliwe zrealizowanie zamówienia zgodnie z warunkami zamówienia wynikającymi z dokumentacji postępowania. Oznacza to, że świadczenie nie jest możliwe do zrealizowania na warunkach określonych w ofercie.

Należy wskazać, że co do zasady dokonywanie zmian w umowach, które określały warunki realizacji zamówienia nie jest uprawnione, z wyjątkiem sytuacji, które zostały przewidziane przez Zamawiającego we wzorze/projekcie umowy lub w sytuacjach, które wynikają z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający w niniejszym postępowaniu przewidział możliwość zmiany umowy i wyszczególnił okoliczności, w których dokonanie takiej zmiany umowy w zakresie etapu I jest możliwe.

Zgodnie z § 13 Projektu Umowy:

„Zamawiający przewiduje możliwość zmiany umowy w zakresie terminu wykonania Umowy, sposobu wykonania Umowy, zakres umowy oraz wysokości wynagrodzenia Wykonawcy w razie zaistnienia jednej z poniższych okoliczności:

a) zaistnienia niesprzyjających obiektywnie warunków atmosferycznych określonych w § 3 ust. 3;

b) zmiany przepisów prawnych poprzez wprowadzenie nowych aktów prawnych mających wpływ na Zadanie nie obowiązujących na etapie podpisania umowy;

c) nadzwyczajnej zmiany stosunków określonej w art. 357¹ kodeksu cywilnego opisanych w ust. 5 poniżej.”

Wśród wskazanych przez Zamawiającego przypadków, w których jest możliwe rozwiązanie umowy, nie została przewidziana sytuacja, z jaką mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu.

Oznacza to, że nie tylko, że nie jest możliwa zmiana umowy stosownie do jej treści, w przypadku gdy wykonawca nie będzie mógł zrealizować poszczególnych etapów w terminie w niej przewidzianym z uwagi na późne przystąpienie do realizacji tej umowy, ale przede wszystkim, że termin realizacji I etapu był dla Zamawiającego okolicznością istotną, gdyż nie przewidział możliwości zmiany umowy w tym zakresie.

Z tego względu zmianę terminu wykonania Etapu I należy uznać za istotną zmianę umowy.

Ponadto, jak wskazano powyżej, zgodnie z artykułem 454 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zmiana umowy jest istotna, jeżeli powoduje, że charakter umowy zmienia się w sposób istotny w stosunku do pierwotnej umowy. Dalej ustawa wskazuje, że ma to miejsce w szczególności, jeżeli zmiana wprowadza warunki, które gdyby zostały zastosowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to wzięliby w nim udział lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęte zostałyby oferty innej treści.

Gdyby na etapie ogłoszenia o zamówieniu inni potencjalni wykonawcy wiedzieli o możliwości dokonania zmiany terminu realizacji umowy, wówczas mogliby złożyć oferty w przedmiotowym postępowaniu. Być może wpłynęłoby znaczenie więcej ofert niż jedna oferta. Jak wskazał sam Zamawiający, termin realizacji etapu I był bardzo krótki, biorąc pod uwagę konieczność przeprowadzenia w sposób prawidłowy procedury postępowania. Zamawiający wszczął postępowanie w drugiej połowie maja br., zaś wybór oferty najkorzystniejszej miał miejsce pod koniec czerwca. Ponadto sam Odwołujący wskazał, że realizacja I etapu miała trwać 30 dni (wg jego szacunków) i już sam ten fakt dowodził, że termin, jaki wyznaczył Zamawiający na realizację zamówienia (biorąc pod uwagę procedurę przetargową) był bardzo krótki.

Zatem gdyby Wykonawcy mieli wiedzę co do możliwości zmiany terminu realizacji zamówienia, mogłoby to mieć wpływ na konkurencyjność postępowania i, co niewykluczone, niższą cenę.

Powyżej zacytowany artykuł 458 w związku z artykułem 454 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy przesłanek unieważnienia zmian w umowie.

Zgodnie z artykułem 255 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W trakcie rozprawy z udziałem stron Odwołujący oświadczył, że: „Nie ma znaczenia w niniejszym postępowaniu, czy zmiana umowy jest ważna czy nie, czy umowa może zostać zmieniona czy nie, ale czy zaistniały podstawy do unieważnienia postępowania. Przekroczenie terminu nie ma tutaj znaczenia. Obiektywna możliwość wykonania zamówienia jest oczywista”.

Wbrew twierdzeniu Odwołującego, to jest właśnie istotą niniejszej sprawy, czy jest możliwa zmiana umowy i czy taka zmiana będzie ważna w świetle przepisów postępowania.

Postanowienia wprowadzone do umowy podlegałyby unieważnieniu. Z uwagi na fakt, że zrealizowanie umowy na warunkach opisanych w dokumentacji i w konsekwencji ofercie nie jest możliwe, a wprowadzone postanowienia do umowy podlegałyby unieważnieniu (o czym szerzej powyżej), to należy uznać, że postępowanie jest obciążone nieusuwalną wadą powodującą niemożliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Odwołujący w piśmie z 05 lipca 2021 roku skierowanym do Zamawiającego wskazał na konieczność podpisania aneksu z uwagi na fakt, że termin wykonania zamówienia zostanie przekroczony. Na konieczność podpisania aneksu Odwołujący wskazał także w treści odwołania – jak wskazał: „byłaby dopuszczalna zmiana wzoru umowy po wyborze najkorzystniejszej oferty (...)”. W trakcie rozprawy Odwołujący stwierdził, że nie jest konieczne zawieranie takiego aneksu, co wskazuje na zmienność stanowiska Odwołującego w zależności od sytuacji procesowej.

Niezależnie od powyższego, skoro przedmiot umowy nie jest możliwy do zrealizowania na warunkach opisanych w dokumentacji postępowania i przyjętych w ofercie, to Zamawiający byłby zmuszony do zawarcia takiego aneksu. A skoro tak, to musiałaby mieć miejsce istotna zmiana umowy, tj. zmiana w zakresie terminu, nieprzewidziana w warunkach zmiany umowy. Co jak wskazano powyżej jest nie tylko nieprawidłowe z uwagi na okoliczności wynikające z art. 458 w związku z 454 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, ale także z uwagi na fakt, że w obecnej sytuacji będzie miało miejsce uzgadnianie nowych warunków zamówienia po wyborze oferty, co jest niedopuszczalne. Konieczne jest nie tylko ustalenie nowego terminu dla realizacji etapu I, ale także ustalenie sposobu i terminu realizacji etapu II, tj. czy etap ten może być realizowany równoległe z etapem I, czy w dotychczas przewidzianej w umowie kolejności, a w takiej sytuacji – w jakim terminie miałyby zostać zrealizowane II etap.

Należy wskazać, że umowa załączona przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania opisywała kary umowne za

brak zrealizowania etapu I. Zmiana umowy w zakresie terminu jej realizacji pociąga za sobą konieczność zmiany w zakresie opisanych kar umownych. Nie jest jasne, czy podpisując aneks, Zamawiający miałby zrezygnować ze wskazanych kar umownych – ta kwestia już na etapie podpisywania umowy byłaby sporna i mogła prowadzić do nieuprawnionego ustalania nowych warunków. Taka sytuacja przede wszystkim jest niedopuszczalna. Jednocześnie prowadziłoby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji zawarcie umowy, co do której już w chwili jej podpisania byłoby wiadome, że będzie ona musiała zostać zamieniona w zakresie obejmującym co najmniej nowe warunki, na jakich wykonawca ma spełnić swojej świadczenie.

W konsekwencji należało uznać, że nie jest również uzasadniony zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 5 k.c. w związku z przepisem art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez nadużycie przez Zamawiającego prawa podmiotowego przy podjęciu decyzji o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia, a w konsekwencji naruszenie – art. 16 pkt. 1 i 3 i art. 17 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez działanie w celu obejścia przepisów ustawy polegające na uchyleniu się od obowiązku zawarcia umowy z wybranym Wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający wbrew twierdzeniu Odwołującego nie nadużył prawa podmiotowego. Zamawiający podjął decyzję biorąc pod uwagę całokształt uregulowań ustawy Prawo zamówień publicznych, uregulowań wzoru umowy, jak również sytuację, w jakiej znalazły się strony, gdy z powodów obiektywnych zamówienie było niemożliwe do zrealizowania we wskazanym terminie.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1a) oraz § 5 pkt 2b) oraz § 9 ust. 3 pkt 2 w związku z § 8 ust. 2 pkt 1). Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10000 zł 00 gr uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący:.....