

WYROK

z dnia 11 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant:

Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 marca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lutego 2022 r. przez wykonawcę: FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k., Kudrowice 12, 95-200 Pabianice w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Będzin reprezentowane przez Prezydenta Miasta Będzina, ul. 11 listopada 20, 42-500 Będzin

przy udziale wykonawców Sanito Sp. z o.o., ul. Puławska 476, 02-884 Warszawa oraz ECO - TEAM Sp. z o.o. Sp. k., ul. Władysława Jagiełły 60, 42 - 202 Częstochowa

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k., Kudrowice 12, 95-200 Pabianice i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcy FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k., Kudrowice 12, 95-200 Pabianice tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawcy FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k., Kudrowice 12, 95-200 Pabianice na rzecz Miasta Będzin reprezentowanego przez Prezydenta Miasta Będzina, ul. 11 listopada 20, 42-500 Będzin kwotę 3 668 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wydatków pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 450/22

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa instalacji solarnych do produkcji energii ze źródeł odnawialnych w indywidualnych gospodarstwach domowych na terenie Będzina”, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym

Unii Europejskiej w dniu 05.10.2021 r. pod nr 2021/S 193- 501976 przez Miasto Będzin

reprezentowane przez Prezydenta Miasta Będzina, ul. 11 listopada 20, 42500 Będzin zwane

dalej: „Zamawiającym”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.), zwana dalej: „NPzp” albo „ustawy Pzp” albo „p.z.p”.

W dniu 08.02.2022 r. (za pośrednictwem platformy zakupowej) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej Sanito Sp. z o.o., ul. Puławska 476, 02-884 Warszawa zwane dalej: „Sanito Sp. z o.o.” albo „pierwszym Przystępującym po stronie Zamawiającego”. Drugą pozycję w rankingu zajęła firma ECO - TEAM Sp. z o.o. Sp. k., ul. Władysława Jagiełły 60, 42 - 202 Częstochowa zwana dalej: „ECO - TEAM Sp. z o.o. Sp.

k. ” albo „drugim Przystępującym po stronie Zamawiającego”. Niniejszą czynnością Zamawiający de facto unieważnił wcześniejszy wybór z 22.12.2021 r. oferty najkorzystniejszej FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k., Kudrowice 12, 95200 Pabianice zwanej dalej: „FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k.” albo „Odwolującym”.

Dnia 18.02.2022 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie względem czynności z 08.02.2022 r. złożył FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (e-mailem). Zarzucił naruszenie:

I. art. 263 w zw. z art. 239 p.z.p. poprzez dokonanie w dniu 08.02.2022 r. wyboru oferty Sanito sp. z o.o.

a) jako najkorzystniejszej w sytuacji, w której nie doszło do uchylania się przez FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. od zawarcia umowy,

b) jako najkorzystniejszej w sytuacji, w której na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia oferta ta nie przedstawia najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny lub kosztu lub nie posiada najniższej ceny lub kosztu,

II. naruszenie art. 263 p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p. w zw. z art. 15r ust. 1 i 4 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych poprzez zaniechanie oceny wystąpienia przesłanek oraz okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19, wpływających na należyte wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz uznanie przez Zamawiającego, że pomimo tego zaniechania możliwe jest uznanie, że FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. uchyla się od zawarcia umowy i że możliwym jest dokonanie wyboru następnego wykonawcy,

III. naruszenie art. 253 p.z.p. w zw. z art. 263 p.z.p. poprzez dokonanie w dniu 8 lutego 2022 r. wyboru oferty Sanito sp. z o.o. bez przytoczenia właściwego uzasadnienia

faktycznego prawnego i faktycznego uniemożliwienia FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn zastosowania art. 263 p.z.p. Wnosił o:
I. uwzględnienie odwołania,

II. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 8 lutego 2022 r.,

III. nakazanie Zamawiającemu prowadzenia postępowania w oparciu o czynność wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 22 grudnia 2021 r. i zawarcia umowy z FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. nadto, wnoszę o:

V. orzeczenie na rzecz Odwołującej się uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego, obejmujących w szczególności wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3.600 złotych, określonych na podstawie rachunku, który zostanie przedłożony do akt sprawy,

VI. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania,

VII. zobowiązanie Zamawiającego do załączenia dokumentacji postępowania oraz dokumentacji postępowania w postaci elektronicznej o udzielenie zamówienia na Budowę instalacji solarnych do produkcji energii ze źródeł odnawialnych w indywidualnych gospodarstwach domowych na terenie Będzina

W dniu 05.10.2021 r. Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w przedmiocie Budowę instalacji solarnych do produkcji energii ze źródeł odnawialnych w indywidualnych gospodarstwach domowych na terenie Będzina W przedmiotowym postępowaniu ofertę złożyła m.in. FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k., która to oferta w dniu 22.12.2021 r. została wybrana jako oferta najkorzystniejsza. W dniu 08.02.2022 r. Zamawiający dokonał ponownie wyboru najkorzystniejszej oferty opierając się o treść art. 263 w zw. z art. 239 ust. 1 p.z.p.

Dokonanie wyboru Sanito sp. z o.o. obarczone jest niezgodnością z ustawą, wskutek czego czynność zamawiającego powinna zostać unieważniona.

III.A. Brak podstaw do uznania, że FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. uchyliła się od zawarcia umowy. W pierwszej kolejności podkreślenia wymagają okoliczności, które legły u podstawy dokonanego ponownie wyboru najkorzystniejszej oferty przez Zamawiającego. Zgodnie z art. 263 p.z.p. „Jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, uchyli 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.” Dyspozycja tego przepisu jednoznacznie wskazuje, że przesłankami, które determinują możliwość dokonania „drugiego” wyboru są:

- uchylenie się od zawarcia umowy,
- niewniesienie wymaganego zabezpieczenia.

W ocenie FlexiPower Group sp. Z o.o. sp.k. żadna z niniejszych okoliczności nie

wystąpiła w niniejszym postępowaniu. Pomimo braku formalnej podstawy prawnej do arbitralnego wyznaczenia terminu zawarcia umowy przez Zamawiającego, Miasto Będzin wskazało dzień 10.01.2022 r. jako termin zawarcia umowy. Po pierwsze Wykonawca jeszcze przed terminem, w którym możliwe było zawarcie umowy, w dniu 30.12.2021 r. zwrócił się, działając z najwyższą starannością z prośbą o możliwość zawarcia umowy w dniach 17-21.01.2022 r. argumentując powyższe faktem realizowania jednocześnie kilkunastu do kilkudziesięciu inwestycji i zapewnieniem przy zawieraniu umowy nie tylko obecności właściwie umocowanych od strony formalnej osób, które reprezentują spółkę, ale także osób, które wielokrotnie zapoznawały się z zapisami umów podobnego rodzaju i posiadają odpowiednią wiedzę techniczną i doświadczenie, które pozwalają także na uchylenie wszelkich wątpliwości Zamawiającego powiązanych z przyszłym etapem realizacji. W odpowiedzi na przesłany wniosek Zamawiający dokonał w dniu 04.01.2022 r. jednostronnie zmiany terminu podpisania umowy na dzień 17.01.2022 r. Następnie w dniu

14.01.2022 r. - pozostając w terminie wskazanym przez Zamawiającego - złożyła uzasadniony wniosek o przesunięcie terminu podpisania umowy oraz przedłożenie dokumentów niezbędnych do jej zawarcia do dnia 20 stycznia 2022 r. z uwagi na

nieprzepracowanie przez Towarzystwo Ubezpieczeń, które miało wystawić gwarancję ubezpieczeniową poprawek Miasta Będzin do draftu gwarancji ubezpieczeniowej -

zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz usunięcia wad i usterek. Jednocześnie, w dniu 19.01.2022 r. FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. zwróciła się, korzystając

z uprawnienia określonego w art. 15r ust. 4 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych o

- przedłużenie terminu realizacji przedmiotu zamówienia do 5 miesięcy od zawarcia umowy,
- zmianę terminu podpisania umowy na dzień 04.02.2022 r.,
- zmianę wynagrodzenia należnego Wykonawcy poprzez jego zwiększenie o 50.000 złotych brutto. Pomimo złożenia wniosku, który zgodnie z ustawą dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych nakłada na Zamawiającego obowiązek zbadania okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19, które mają wpływ na należyte wykonanie umowy, a także zajęcia stanowiska z uzasadnieniem w terminie 14 dni od otrzymania wniosku. Pomimo faktu, że wniosek powyższy został złożony jeszcze przed zawarciem umowy, to należy go a maiori ad minus traktować jako uzasadniony na etapie wyboru najkorzystniejszej oferty, a przed podpisaniem umowy. Powyższe dopuszcza orzecznictwo sądów powszechnych i KIO m.in. wyrok SO w Nowym Sączu z 02.06.2005 r., III Ca 262/05 „Nie ma przeszkód, aby przepis art. 144 ust. 1 Pzp zastosować odpowiednio po wyborze oferty, a przed podpisaniem umowy. Skoro ustawodawca dopuszcza - w określonych sytuacjach - dokonywanie zmian postanowień umowy już zawartej, to tym bardziej możliwe są zmiany w przyszłej umowie” oraz wyrok KIO z dnia 9 lutego 2010 r., KIO/UZP 54/10, „Przepis art. 144 ust. 1 p.z.p. dopuszcza zmianę umowy w sprawie zamówienia publicznego jedynie w sytuacji, w której przyszłe zmiany jej postanowień zostały przewidziane uprzednio w treści ogłoszenia lub w postanowieniach SIWZ. Przedmiotowy przepis dotyczy warunków zmiany postanowień zawartej umowy, nie zaś zmiany postanowień umowy jeszcze przed jej zawarciem. Jednakże w ocenie Izby brak jest jakichkolwiek przeszkód do uznania, że jeśli pod określonymi rygorami p.z.p. dopuszcza się możliwość zmiany postanowień zawartej umowy, to zmiana taka jest możliwa po wyborze, ale przed podpisaniem. Jednakże warunkiem sine qua non dopuszczenia takiej możliwości jest jej przewidzenie w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ oraz określenie warunków takiej zmiany”.

Zamawiający zaniechał zbadania okoliczności, co do czego był zobligowany i prawdopodobnie - na co wskazywałaby kwalifikacja prawna wyboru najkorzystniejszej oferty uznał, że FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. uchyla się od zawarcia umowy. Emanacją powyższego było skierowanie do gwaranta w zakresie wadium skierowania roszczenia. W celu zapobieżenia wypłaty świadczenia z gwarancji wadium FlexiPower Group skierowała w dniu 01.02.2022 r. do Zamawiającego pismo, w którego pierwszym zdaniu

wskazała, że: „W odpowiedzi na Państwo pismo z żądaniem do zapłaty wadium przesłane do towarzystwa ubezpieczeniowego Euler Hermes S.A. oświadczamy, że Wykonawca wciąż podtrzymuje chęć zawarcia umowy z Zamawiającym, Miastem Będzin.”. Następnie w dniu 04.02.2022 r. w oświadczeniu FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. ponownie wskazała, że: „FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. podtrzymuje chęć zawarcia umowy z Zamawiającym, Miastem Będzin.” Zachowując pełną wolę realizacji umowy, FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. wniosła nowe wadium w formie przelewu pieniężnego w dniu 07.02.2022 r., przedstawiając w ten sposób utrzymanie chęci zawarcia umowy .

Pomimo wszelkich powyższych czynności podejmowanych przez Wykonawcę Miasto Będzin uznało, że FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. uchyla się od zawarcia umowy, co pozostaje nie tylko w sprzeczności z faktycznymi zachowaniami wykonawcy, ale także z rozumieniem tego pojęcia na gruncie orzecznictwa. Dominującym stanowiskiem jurydycznym jest potwierdzone wyrokiem SN z dnia 16 grudnia 2005 r., III CK 344/05, Sąd Najwyższy stwierdził, że w piśmiennictwie oraz w orzecznictwie dominuje stanowisko, które dla stosunków cywilnoprawnych przyrzeczonych wygląda następująco : „Przez uchylanie się od zawarcia umowy, będące przesłanką dochodzenia m.in. roszczenia o jej zawarcie, należy rozumieć tylko bezpodstawną odmowę zawarcia umowy przyrzeczonej. Uchylanie się od zawarcia umowy przyrzeczonej, będące przejawem niewykonania umowy przedwstępnej, powinno więc być rozumiane jako świadome działanie lub zaniechanie, zmierzające do bezpodstawnego niezawarcia umowy przyrzeczonej, a przynajmniej godzenie się z takim skutkiem.” Ponadto - jak wskazała KIO w uchwale z 03.08.2017 r. (KIO/KD 38/17) - za uchylanie się od zawarcia umowy uznana może być „jedynie wyraźna odmowa zawarcia umowy lub innego rodzaju zachowanie w sposób nie budzący wątpliwości wskazujące na brak takiego zamiaru”. FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. na żadnym etapie rozmów z Zamawiającym nie podjęła działania zmierzającego do bezpodstawnego niezawarcia

umowy o zamówienie publiczne. Wręcz przeciwnie - działała z należytą starannością w celu umożliwienia obu stronom zawarcie ważnej umowy. Składając zaś wniosek z art. 15 r ust. 4 ustawą dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych Wykonawca korzystał z ustawowego uprawnienia - nie można zatem ocenić powyższego zachowania jako nakierowane na niezawarcie umowy, gdyż stanowiło ono jedynie korzystanie ze swojego prawa podmiotowego. Za odmowę podpisania umowy uznać można tylko takie oświadczenie woli wykonawcy, które zawierają negatywne stanowisko w przedmiocie możliwości zawarcia umowy, ewentualnie takie działanie skarżącego, które wskazywałoby, że Wykonawca takie oświadczenie woli złożył. (Tak również Sąd Okręgowy w Białymstoku w wyroku z dnia 6 października 2005 r., II Ca 460/05, 7

oraz wyrażony tam pogląd Sądu Najwyższego z wyroku z dnia 9 maja 2001 r., II CKN

440/00). Wobec powyższego - w szczególności chronologii i przyczynowości przedsięwziętych przez FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. działań, nie jest uzasadnionym przypisanie FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. uchylecia się od zawarcia umowy, a co za tym idzie wybór najkorzystniejszej oferty został dokonany z rażącym naruszeniem art. 263 p.z.p.

III. B. Wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą. Naturalną konsekwencją zasadności powyżej opisanego zarzutu jest to, że wybrana oferta Sanito sp. z o.o. nie jest ofertą najkorzystniejszą. Najkorzystniejszą ofertą jest oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem. Zgodnie z dokonaną przez Zamawiającego punktacją

3. Punktacją przyznana ofertom w kryterium oceny ofert.

Nr oferty	Nazwa albo imię i nazwisko, siedziba albo miejsca zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy	Liczba punktów w ramach kryterium				Łączna liczba punktów [Pkt]
		Cena (waga 60 %) [pkt]	Wyposażenie każdej instalacji fotowoltaicznej z ochroną przeciwpożarową (waga 10 %) [Pkt]	Współczynnik temperaturowy Pmax modułu fotowoltaicznego (waga 10 %) [Pkt]	Liczba przebiegów (waga 20 %) [Pkt]	
1	Eco-Team Sp. z o.o. Sp.k. ul. Władysława Jagiełły 60 42-202 Częstochowa	56,72	10,00	10,00	20,00	96,72
2	FlexiPower Group sp. z o.o. Sp. K. Kudrowice 12 95-200 Pabianice	60,00	10,00	10,00	20,00	100,00
3	Sanito Sp. z o.o. ul. Puławska 476 02-884 Warszawa	57,60	10,00	10,00	20,00	97,60

To oferta FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. jest ofertą, która zawiera najkorzystniejszy bilans jakości do ceny, co czyni wybór dokonany w dniu 8 lutego 2022 r. niezgodnym z art. 239 ust. 1 i 2 p.z.p.

III. C. Zaniechanie uniemożliwiające przypisanie FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. uchylecia się od zawarcia umowy. Niezależnym od faktu niepodjęcia przez FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. jakiegokolwiek zachowania, które mogłoby zostać uznane za uchylene się od zawarcia umowy, Miasto Będzin ignorując wniosek złożony w oparciu o przepisy specustawy COVIDowej samodzielnie doprowadziła do sytuacji, która leży u podstaw niniejszego odwołania. Art. 15r ust. 1 i 4 ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych obligują Zamawiającego do zbadania przesłanek z wniosku, umożliwiając zażądanie dowodów, dokumentów oświadczeń, które uzasadniają faktyczny wpływ przesłanek na potencjalną podstawę do zmiany umowy, a nadto - przede wszystkim wymagają ustosunkowania się do treści wniosku. Zachowania te nie zostały

podjęte w ustawowym terminie, ani nawet po jego upływie, pomimo wielokrotnego - co wynika z załączonych pism - zwracania się FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. o rozpoznanie tegoż wniosku i konieczności odniesienia się do niego. Pomimo zatem, że to zaniechanie Zamawiającego stoi u podstaw niezawarcia umowy z FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k., Zamawiający błędnie ocenił, że Odwołującej się możliwe jest przypisanie uchylecia się od zawarcia umowy, co godzi nie tylko w przytoczone przepisy specustawy COVIDowej, ale także zasadę przejrzystego prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia (art. 16 pkt 2 p.z.p.) oraz udzielania zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 17 ust. 2 p.z.p.)

III. D. Brak uzasadnienia faktycznego i prawnego. Ustawodawca, za pomocą zasad postępowania o udzielenie zamówienia, a także orzecznictwo w drodze ugruntowanej wieloletniej praktyki wypracowało konieczność uzasadnienia faktycznego i prawnego, które umożliwia kontrolę dokonanego wyboru najkorzystniejszej oferty. Charakter informacji udzielonych przez Zamawiającego w uzasadnieniu pozwala Wykonawcy odnieść się w sposób merytoryczny do decyzji Zamawiającego w szczególności podjąć decyzję o zastosowaniu środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie. Jak wskazuje KIO - na kanwie art. 92 ust. 1 pkt 2 dawnej ustawy p.z.p. - odpowiednika art. 253 ust. 1 pkt 1 p.z.p., w wyroku z dnia 07.02.2017 r. (KIO 144/17; KIO 147/17) „Przepis art. 92 ust. 1 pkt 2 p.z.p., stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na zamawiającego obowiązek podania wykonawcom podstaw faktycznych odrzucenia oferty jednocześnie z przekazaniem informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn odrzucenia oferty. To na podstawie informacji przekazanej zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 p.z.p. wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie - jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny leżą u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować. To przez pryzmat tego uzasadnienia i powołanych w nim okoliczności faktycznych oraz przedstawionej argumentacji KIO dokonuje oceny prawidłowości czynności odrzucenia oferty, a ocenie KIO mogą podlegać tylko okoliczności zakomunikowane wykonawcy. Nie mogą natomiast wpłynąć na rozstrzygnięcie sprawy okoliczności, które zamawiający podnosi dopiero w postępowaniu odwoławczym.” Wybór z 08.02.2022 r. - oferty Sanito sp. zo.o. jest pod tym względem całkowicie wadliwy. Zawiera bowiem następującą informację: „Uzasadnienie prawne: Art. 239 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych w związku z art. 263 ustawy. Uzasadnienie faktyczne: Wykonawca wykazał spełnianie warunków udziału w niniejszym postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia. Treść oferty odpowiada treści specyfikacji warunków zamówienia oraz jest zgodna z ustawą Prawo zamówień publicznych, oferta jest ważna i spełnia wszystkie warunki i wymagania Zamawiającego określone w specyfikacji warunków zamówienia. Według przyjętych kryteriów oceny ofert ww. oferta Wykonawcy uzyskała najwyższą ilość punktów.”. Wadliwości uzasadnienia sprowadzają się do następujących kwestii:

- informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty nie zawiera informacji o tym, co Zamawiający zrobił z ofertą FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k.,
- informacja nie zawiera subsumpcji jakiegokolwiek stanu faktycznego do normy z art. 263 p.z.p.,
- informacja wskazuje na dokonanie ponownego badania i oceny ofert, bez uwzględnienia oferty FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. pomimo braku jakiegokolwiek informacji o losach tej oferty,
- wreszcie, jedynie wskazanie art. 263 p.z.p. jako samego oznaczenia artykułu ustawy stanowi jedyną poszlakę przyczyny przedmiotowego rozstrzygnięcia. Uzasadnienie drugiego wyboru najkorzystniejszej oferty, uniemożliwiającego zawarcie umowy przez odwołującą w przedmiotowym postępowaniu, nie pozwala na jednoznaczne określenie, z jakich powodów Zamawiający podjął taką decyzję w postępowaniu, czego skutkiem jest m.in. to, że wykonawca FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. został ograniczony w swoich uprawnieniach do skorzystania z przysługujących mu środków ochrony prawnej w zakresie faktycznego ziszczenia albo nieziszczenia się przesłanek ponownego wyboru w związku z czym, czynność ta została dokonana z naruszeniem przepisów art. 253 p.z.p. w zw. z art. 263 p.z.p.

IV. Wpływ na wynik postępowania

Zgodnie z art. 554 ust. 1 p.z.p. Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty Sanito sp. z o.o. miałoby taki wpływ na wynik postępowania, że FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. będzie mogła „wrócić” do pozycji wykonawcy z ofertą najkorzystniejszą i podpisać umowę. Jak wskazuje Izba m.in. w wyroku z 05.10.2016 r. (KIO 1760/16) „Za wynik postępowania należy uznać wybór konkretnej oferty jako najkorzystniejszej.” Uwzględnienie odwołania będzie skutkowało tym, że w postępowaniu będzie mogła być wybrana oferta Odwołującego.

Zamawiający w dniu 21.02.2021 r. (za pośrednictwem platformy zakupowej) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 23.02.2022 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Sanito Sp. z o.o. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: Sanito Sp. z o.o.

W dniu 23.02.2022 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) ECO - TEAM Sp. z o.o. Sp. k. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: ECO - TEAM Sp. z o.o. Sp. k.

W dniu 09.03.2022 r. (e-mailem podpisanym podpisem cyfrowym) Zamawiający wobec wniesienia odwołań do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie zarzutów w całości. Stwierdził, że zgodnie z art. 263 PZP Jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy; zamawiający może dokonać ponownego badania i oceny ofert spośród ofert pozostałych w postępowaniu wykonawców oraz wybrać najkorzystniejszą ofertę albo unieważnić postępowanie. W toku postępowania będącego przedmiotem niniejszej sprawy zachowanie Odwołującego wypełniło obie przesłanki przewidziane w ww. przepisie. Zamawiający uznał, iż Odwołujący całokształtem swojego postępowania uchylał się od zawarcia umowy, a ponadto nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy w ogóle. W tym miejscu Zamawiający uznał za zasadne przedstawienie kalendarium, które doskonale obrazuje brak zamiaru zawarcia przez Odwołującego umowy z Zamawiającym, i tak w dniu:

- 05.10.2021 - Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu i SWZ na stronie prowadzonego postępowania;
- 08.11.2021 - upływał termin składania ofert w postępowaniu (w tym dniu również Odwołujący złożył swoją ofertę);
- 22.12.2021 - Zamawiający przekazał informację o wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
- 28.12.2021 - Zamawiający wyznaczył termin zawarcia umowy na dzień 10 stycznia 2022 r.;
- 30.12.2021 - Odwołujący złożył wniosek o zmianę terminu zawarcia umowy i wyznaczenie nowego terminu w dniach 17-21.01.2022 r. Odwołujący ww. wniosku argumentował, iż zmiana terminu zawarcia umowy wynika z „faktu realizowania jednocześnie kilkunastu do kilkudziesięciu inwestycji i zapewnieniu przy zawieraniu umowy nie tylko obecności właściwie umocowanych od strony formalnej osób, które reprezentują spółkę, ale także osób, które wielokrotnie zapoznawały się z zapisami umów podobnego rodzaju i posiadają odpowiednią wiedzę techniczną i doświadczenie, które pozwalają także na uchylenie wszelkich wątpliwości Zamawiającego powiązanych z przyszłym etapem realizacji.” Zamawiający wskazuje, iż przychylił się do powyższego wniosku, choć projekt umowy dostępny był od początku postępowania jako załącznik do SWZ, a Odwołujący w toku postępowania nie wniósł o wyjaśnienie treści SWZ w zakresie projektu umowy. Powyższe oznaczają, iż powinien z treścią umowy zapoznać się jeszcze przed złożeniem oferty. Zamawiającego dziwi ponadto także argumentacja Odwołującego obejmująca konieczność uchylenia wszelkich wątpliwości Zamawiającego powiązanych z przyszłym etapem realizacji. Zamawiający nie zgłaszał Odwołującemu takich wątpliwości.

- 04.01.2022 r. - Zamawiający wyraził zgodę na zmianę terminu zawarcia umowy wyznaczonego na dzień 10.01.2022 oraz przychylając się do prośby Odwołującego wyznaczyć II termin zawarcia umowy na dzień 17.01.2022 r. - dzień w przedziale czasowym wskazanym przez Odwołującego;
- 11.01.2022 r. - Wykonawca wysłał do Zamawiającego projekt (draft) zabezpieczenia należytego wykonania umowy celem uzgodnienia jego treści;
- 12.01.2022 r. - Zamawiający odesłał Odwołującemu projekt (draft) zabezpieczenia należytego wykonania umowy z uwagami;
- 13 i 14.01.2022 r. - Strony wymieniły wiadomości mailowe oraz informacje do uzupełnienia treści umowy
- 14.01.2022 - Odwołujący złożył kolejny wniosek o przesunięcie terminu zawarcia umowy

Pomimo, że Zamawiający wyznaczył II termin jej zawarcia zgodnie z uprzednią prośbą, Odwołujący ponownie wniósł o jego zmianę oraz o przedłużenie terminu na przedłożenie dokumentów, w tym także zabezpieczenia należytego wykonania umowy do dnia 20.01.2022 r.;

- 17.01.2022 - Zamawiający, po raz kolejny (po raz trzeci) przychylając się do wniosku Odwołującego, wyznaczył kolejny termin zawarcia umowy na dzień 20.01.2022 r. godz. 12:00 (a więc na dzień wskazany przez Odwołującego).
- 20.01.2022 r., godz. 10:50 (tj. dzień, w którym o godz. 12.00 miała być zawarta umowa)- Wykonawca w formie elektronicznej wniósł pismo do Zamawiającego, w przedmiocie:
 - zmiany warunków umowy poprzez podwyższenie wynagrodzenia oraz
 - przedłużenia terminu do wykonania umowy o 1 miesiąc
 - zmiany terminu zawarcia umowy (nie podając ku temu jakiegokolwiek uzasadnienia).

Dowody:

- zawiadomienie z 28.12.2022 r.;
- pismo Odwołującego z 30.12.2021 r.;
- zawiadomienie z 04.01.2022 r.;
- wiadomość mailowa Odwołującego do Zamawiającego z 11.01.2022 r., godz. 10:57 z załącznikiem;
- wiadomość mailowa Zamawiającego do Odwołującego z 12.01.2022 r., godz. 12:03 z załącznikiem;
- wiadomość mailowa Odwołującego do Zamawiającego z 14.01.2022, godz. 15:49 z załączonym w treści mailem od gwaranta wraz z załącznikiem - pismem Odwołującego z 14.01.2022 r.;
- zawiadomienie z 17.01.2022 r.;
- wiadomość mailowa Odwołującego do Zamawiającego z 20.01.2022 r. godz. 10:50 wraz z załącznikiem pismem Odwołującego z 19.01.2022 r. wraz z załącznikami;
- elektroniczne poświadczenie weryfikacji podpisu p. M. P. pod pismem z 19.01.2022 r.;
- elektroniczne poświadczenie weryfikacji podpisu p. M. P. pod załącznikami do pisma z 19.01.2022 r.;
- żądanie zapłaty wadium z 24.01.2022 ;
- zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 07.02.2022.

Pismo z 20.01.2022 r. stanowiło ewidentny wyraz braku woli zawarcia umowy z Zamawiającym, o czym świadczą poniższe okoliczności. Po pierwsze, mija się z prawdą Odwołujący twierdząc, iż pismo datowane na dzień 19.01.2022 r. zostało wniesione w dniu 19.01.2022 r. Pismo zostało podpisane przez Prezesa Zarządu Odwołującego w dniu

20.01.2022 r. o godzinie 09:49, a załączniki do pisma w dniu 20.01.2022 r. o godzinie 10:49, całość zaś została wysłana wiadomością mailową w dniu 20.01.2022 r. o godz. 10:50. Przeciwnie twierdzenia Wykonawcy przedstawione w odwołaniu mają na celu zakrzywienie obrazu rzeczywistości, który jednoznacznie wynika z załączonych do niniejszego pisma dokumentów. Po drugie, w piśmie z 19.01.2022 r. Odwołujący powoływał się na art. 15 r ust. 4 ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych, który w ocenie Zamawiającego nie ma zastosowania w niniejszej sprawie (o czym mowa w części dotyczącej drugiego z zarzutów). Po trzecie, w piśmie z 19.01.2022 r. Odwołujący jako okoliczności, które miałyby uzasadniać przedłużenie terminu wykonania umowy i podwyższenie wynagrodzenia przytoczył wiadomości mailowe, dokumenty oraz okoliczności na poparcie swoich twierdzeń, które pochodziły nawet sprzed ogłoszenia o zamówieniu jak np. oświadczenie spedytora z 26.07.2021 r., oświadczenia Morskiej Agencji Gdynia Sp. z o.o. z 16.08.2021 r., czy też takie, w których posiadaniu był jeszcze przed złożeniem oferty jak wiadomość mailowa z 05.11.2021 r. od producenta modułów fotowoltaicznych Sunergy. Jeżeli okoliczności te faktycznie w ocenie Odwołującego miałyby wpływać na możliwość wykonania umowy w terminie przewidzianym w SWZ, powinien on zgłaszać to przed złożeniem oferty w ramach wniosków o zmianę SWZ, jednak nigdy o to nie wnioskował. Podobnie, jeżeli w ocenie Odwołującego nie jest możliwym wykonanie zamówienia za zaoferowaną cenę (wszak wnioskował on o podwyższenie wynagrodzenia), powinien on złożyć ofertę na wyższą cenę. On z kolei zdecydował się (zapewne w celu wygrania przetargu) na cenę niższą, aby następnie w trybie „niekonkurencyjnym” domagać się podwyższenia jego wynagrodzenia. W tym miejscu wskazać należy, iż Odwołujący na poparcie argumentacji dotyczącej podwyżki cen przez producenta modułów fotowoltaicznych wskazuje na wiadomości mailową o podwyżce cen z 23.12.2021 r., podczas gdy z wiadomości tej wynika, iż została wysłana 05.11.2021 r.

Powyższe, w ocenie Zamawiającego w sposób jednoznaczny świadczy o tym, że Odwołujący uchylał się od zawarcia umowy w kształcie wynikającym z zaakceptowanych uprzednio warunków SWZ, gdyż:

- jeszcze przed złożeniem oferty posiadał informacje, z których jego zdaniem wynika, iż termin wykonania umowy wskazany przez Zamawiającego nie jest możliwy do zachowania, a jednocześnie na żadnym z wcześniejszych etapów postępowania nie wskazał tego Zamawiającemu, jak choćby poprzez wniosek o zmianę treści SWZ;
- jeszcze przed złożeniem oferty posiadał informacje, iż skalkulowane przez niego wynagrodzenie z uwagi sytuację pandemiczną powinno być wyższe, a mimo to złożył ofertę w określonym kształcie i na żadnym z wcześniej wyznaczonych trzech terminów na zawarcie umowy nie wnosił o jego podwyższenie;
- do dnia 20.01.2022 r. Odwołujący nie przedłożył Zamawiającemu zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- Odwołujący trzykrotnie nie stawiał się na żaden termin podpisania umowy wyznaczony przez Zamawiającego, nawet taki który sam Odwołujący uprzednio wskazał.

Mając na uwadze całokształt zachowania Odwołującego, a następnie po wpływie w dniu 20.01.2022 r., na godzinę przed terminem zawarcia umowy, pisma datowanego na 19.01.2022 r., Zamawiający upewnił się co do braku woli zawarcia umowy po stronie Odwołującego.

Wiadomym jest, iż celem prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie umowy z wykonawcą, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Zamawiający sięgając do możliwości przewidzianej przepisem art. 263 PZP, który wszakże stanowi wyjątek od tej zasady ustalił w sposób pewny, iż działanie Odwołującego ma postać umyślnego, kierunkowego działania mającego na celu doprowadzenie do niepodpisania umowy. Zgodnie ze stanowiskiem KIO wyrażonym w wyroku z 21.05.2013 r. (KIO 1123/13, Legalis) KIO zwróciła uwagę, że zwrot „uchylać się” oznacza „rozmyślnie nie wypełniać czegoś” wobec czego stwierdzenie, że wykonawca, który złożył ofertę najkorzystniejszą, uchyla się od zawarcia umowy; musi być poprzedzone ustaleniem, iż wykonawca ten nie ma zamiaru zawarcia umowy i umyślnie podejmuje działania, które mają na celu niedopuszczenie do jej zawarcia. Podobnie, w wyroku z 28.01.2013 r. (KIO 14/13, Legalis), KIO stwierdziła, że za uchylanie się od zawarcia umowy należy rozumieć tylko bezpodstawną odmowę jej zawarcia przez wykonawcę, który złożył zamawiającemu oświadczenie woli wyrażające negatywne stanowisko w przedmiocie zaproszenia go przez zamawiającego do podpisania umowy - wprost lub przez zachowanie ujawniające jego wolę w sposób wystarczający. Podobnie Izba stwierdziła w wyroku z 17.03.2016 r. (sygn. akt KIO 311/16).

W ocenie Zamawiającego powyższe zachowanie Odwołującego nie pozostawiało wątpliwości, iż Odwołujący nie miał zamiaru zawrzeć umowy z Zamawiającym na warunkach wskazanych w SWZ oraz zgodnie ze swoją ofertą w zakresie wynagrodzenia. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 04.03.2014 r. (sygn. akt: KIO 288/14): „uchylanie się” nie musi wcale oznaczać bezpośredniej odmowy zawarcia umowy, może zaś wynikać z okoliczności i z zachowania (działań lub zaniechań) wykonawcy. „Zdaniem Izby trzykrotnie niestawienie się w celu zawarcia umowy (ewentualnie nieprzesłanie umowy) jak najbardziej może być uznane za uchylanie się” (...) „Należy też zwrócić uwagę, iż gdyby odwołujący w swoich pismach zawarł nie wniosek, by termin zawarcia umowy przesunąć o „minimum 14 dni” czy „minimum 7 dni”, lecz dokładne wyjaśnienia oraz wskazał konkretną datę, w której

15

podpisać umowę oraz przedstawił gwarancję należytego wykonania umowy i pozostałe wymagane dokumenty, zamawiający być może podjąłby decyzję, aby do owej daty ze swoją decyzją o wyborze kolejnej oferty poczekać. Zamawiający jednak takich informacji ze strony odwołującego nie posiadał. Zamawiający zwrócił także uwagę na istotny fakt, że odwołujący nie przedstawił nawet do uzgodnienia projektu gwarancji, jak również innych wymaganych dokumentów (dotyczących uprawnień budowlanych, podwykonawców itd.). To tylko mogło potwierdzać przekonanie zamawiającego, iż wykonawca uchyla się od zawarcia umowy.” Z przeprowadzonej w orzecznictwie wykładni pojęcia „uchylanie się od zawarcia umowy” wynika więc, iż należy przez to rozumieć zarówno bezpośrednią odmowę zawarcia umowy przez wykonawcę, jak również całokształt okoliczności danej sprawy, działań lub zaniechań wykonawcy, wskazujących jednoznacznie, bez wątpliwości, że nie ma on zamiaru podpisać umowy lub nie jest w stanie z określonych powodów spełnić, stawianych przez zamawiającego w specyfikacji przesłanek jej zawarcia.

Wobec powyższego w dniu 24.01.2022 r. - Zamawiający wystosował żądanie wypłaty wadium do ubezpieczyciela w związku z uchylaniem się przez Odwołującego od zawarcia umowy, a w konsekwencji w dniu 08.02. 2022 r. dokonał wyboru kolejnej oferty - Sanito Sp. z o.o. Jedynie na marginesie, Zamawiający wskazuje, iż Odwołujący, pomimo składanych deklaracji zawarcia umowy nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Kierowana do Zamawiającego dokumentacja w przedmiotowym zakresie zawierała jedynie projekty zabezpieczenia, w tym także przesłana w dniu 26.01.2022 r. - żaden dokument nie był opatrzony podpisem. Ponadto Odwołujący najwidoczniej także nie miał zamiaru przedłożyć Zamawiającemu zabezpieczenia o ustalonej treści, gdyż w dniu 01.02.2022 r. Odwołujący wniósł o wycofanie roszczeń od gwaranta załączając także projekt gwarancji w pierwotnym brzmieniu (bez uwzględnienia uwag Zamawiającego).

Dowody:

- wiadomość mailowa Odwołującego do Zamawiającego z 11.01.2022 r., godz. 10:57 z załącznikiem;
- wiadomość mailowa Zamawiającego do Odwołującego z 12.01.2022 r., godz. 12:03 z załącznikiem;
- wiadomość mailowa Odwołującego do Zamawiającego z 14.01.2022 r., godz. 15:49 z załączonym w treści mailem od gwaranta;
- wiadomość mailowa Odwołującego do Zamawiającego z 26.01.2022, godz. 15:18 z załącznikiem treścią gwarancji;
- wiadomość mailowa Odwołującego do Zamawiającego z 01.02.2022, godz. 14:40 z załącznikiem treścią gwarancji.

Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w wyroku KIO, z 19.01.2018 r. (sygn. akt KIO 2738/17) wydanym jeszcze w czasie obowiązywania poprzedniej ustawy „wykładnia przepisu art. 94 ust. 3 p.z.p. wskazuje, iż ustawodawca posłużył się w treści przepisu wyrażeniem „nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy” (a nie „nie wniósł w wyznaczonym terminie”), analogicznie jak w przypadku pierwszej przesłanki („uchyla się”). Zatem nie chodzi tutaj o jednorazowe uchybienie terminowi wyznaczonemu przez zamawiającego (zwłaszcza z przyczyn losowych lub zbyt krótkiego terminu na wniesienie zabezpieczenia), lecz regulacja ta odnosi się do sytuacji, w których wykonawca nie ma zamiaru wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy (jak i w przypadku pierwszej przesłanki - nie ma zamiaru podpisania umowy) lub też - pomimo chęci zawarcia umowy oraz wniesienia zabezpieczenia - nie jest w stanie takiego zabezpieczenia wnieść, np. nie posiada wystarczających środków finansowych albo nie jest w stanie uzyskać gwarancji lub poręczenia”.

W niniejszej sprawie zachowanie Odwołującego w zakresie przedłożenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy świadczy o niemożliwości lub niechęci w jego pozyskaniu, co przełożyło się bezpośrednio na uchylenie się od zawarcia umowy. Również na marginesie Zamawiający wskazuje, iż powyżej opisane zachowanie Odwołującego stwarzało realne zagrożenie odnośnie terminu wykonania umowy. Odwołujący od 22.12.2021 r. był w posiadaniu informacji o wyborze jego oferty. Oczywistym i niewymagającym szczegółowego uzasadnienia jest, iż Zamawiającemu zależało na szybkim i sprawnym zawarciu i wykonaniu umowy, ale wychodząc naprzeciw Odwołującemu nie wyznaczył terminu na jej zawarcie w okresie świąteczno-noworocznym. Odwołujący natomiast poprzez swoje postępowanie wciąż opóźniał zawarcie umowy działając na niekorzyść Zamawiającego, a w istocie beneficjentów projektu. Wiadomym wszakże było, iż postępowanie jest dofinansowane z Programu RPO WSL 2014-2020, a zatem nie tylko od woli Zamawiającego zależały terminy realizacji projektu. Zadaniem Wykonawcy miała być budowa instalacji solarnych do produkcji energii ze źródeł odnawialnych w indywidualnych gospodarstwach domowych na terenie Będzina. Zatem faktycznymi beneficjentami postępowania stać mieli się mieszkańcy Będzina objęci dofinansowaniem. W związku z planowanymi w grudniu 2021 r. zmianami przepisów prawa, które miały wówczas wejść w życie w marcu 2022 roku, dotyczącymi rozliczeń prosumentów, koniecznym było szybkie wykonanie umowy i umożliwienie korzystania z instalacji fotowoltaicznych mieszkańcom na korzystnych zasadach. Zamawiającemu zależało na jak najszybszym zawarciu umowy, by ostatecznie przed wejściem w życie nowych zasad rozliczania prosumentów beneficjenci projektu mogli skorzystać z zasady tzw. opustu.

I. Zarzut naruszenia art. 263 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 PZP w zw. z art. 15r ust. 1 i 4 PZP

Niezależnie od ww. argumentów, na uwzględnienie nie zasługuje również zarzut „zaniechania oceny wystąpienia przesłanek oraz okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19, wpływających na należyte wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz uznanie przez Zamawiającego, że pomimo tego zaniechania możliwe jest uznanie, że FlexiPower Group sp. z o. o. sp.k. uchyla się od zawarcia umowy i możliwym jest dokonanie wyrobu oferty następnego wykonawcy”. W uzasadnieniu tego zarzutu Odwołujący podkreśla, iż przepisy prawa obligują Zamawiającego do ustosunkowania się do treści wniosku. Wbrew temu twierdzeniu, żaden z powołanych przez Odwołującego przepisów nie na nakłada na Zamawiającego takiego obowiązku. Zgodnie z powoływanym przez Odwołującego art. 15r ust. 1 ustawy o COVID-19, o okolicznościach związanych z COVID-19 mających wpływ na wykonanie zamówienia informują się wzajemnie „strony” umowy o zamówienie publiczne. W niniejszej sprawie przepis ten nie znajduje zastosowania. Po pierwsze, z Odwołującym nie została zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, gdyż ten od jej zawarcia konsekwentnie się uchylał. Nie stał się on zatem nigdy stroną umowy o zamówienie publiczne, a tylko do stron stosuje się ww. przepis. Niezależnie od tego, art. 15r ust. 1 ustawy o COVID-19 statuuje jedynie obowiązek informowania się wzajemnie przez strony umowy o okolicznościach mających wpływ na jej wykonanie. Trudno zatem zarzucać Zamawiającemu jego naruszenie (a więc naruszenie obowiązku informacyjnego) w sytuacji, w której sam Zamawiający nie stwierdził okoliczności, o których winien informować potencjalnego wykonawcę. Wbrew zarzutowi, przepis ten nie statuuje obowiązku Zamawiającego odniesienia się do okoliczności podnoszonych przez potencjalnego Wykonawcę. Nie znajduje zastosowania również art. 15r ust. 4 ustawy o COVID-19, którego naruszenie zarzuca Odwołujący. Zgodnie z jego treścią Zamawiający, po stwierdzeniu, że okoliczności związane z wystąpieniem COVID-19, o których mowa w ust. 1, wpływają na należyte wykonanie umowy (...). Ustawodawca posługuje się tutaj czasownikiem w formie dokonanej, co wymaga stwierdzenia, iż okoliczności faktycznie już teraz wpływają na sposób wykonania umowy. Z oczywistych względów w sytuacji, w której do zawarcia umowy jeszcze nie doszło, żadne okoliczności nie mogą (w sposób dokonany) wpływać na jej wykonanie. Antycypując ewentualne wyjaśnienia Wykonawcy dotyczące możliwości zmiany umowy przy potencjalnym wpływie okoliczności wynikających z COVID na przyszłe wykonanie umowy to wskazać należy, że możliwość taką przewiduje ust. 4a art. 15r ustawy o COVID-19, jednakże jego naruszenia Odwołujący nie zarzuca, stąd również Zamawiający nie będzie w tym miejscu poddawał go analizie. Na marginesie wskazał, iż w ocenie Zamawiającego art. 15r ustawy o COVID-19 nie znajduje zastosowania do zmiany przewidzianych w SWZ warunków umowy, która dopiero ma być zawarta. Przepis ten jest przepisem szczególnym w stosunku do ogólnych zasad zmiany umowy, wobec czego brak jest uzasadnienia dla jego rozszerzającej wykładni. Jako konsekwencję powyższych, rzekomych naruszeń, Odwołujący upatruje naruszenie również art. 16 pkt 2 PZP. Przepis ten nakazuje Zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób przejrzysty. W ocenie Zamawiającego brak odniesienia się do nie znajdującego podstawy prawnej i niczym nie popartego wniosku Odwołującego, w żaden sposób nie wpływa na przejrzystość postępowania.

II. Zarzut naruszenia art. 253 PZP w zw. z art. 263 PZP. Nie znajduje również podstaw zarzut naruszenia art. 253 PZP w zw. z art. 263 PZP. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający podał zarówno uzasadnienia faktyczne jak i prawne czynności polegającej na

wyborze oferty Sanito sp. z o. o. jako najkorzystniejszej, które - czytając łącznie - dają jasny obraz uzasadnienia dla wyboru najkorzystniejszej oferty. Zamawiający powołał się bowiem na podstawę prawną, uzasadniając konieczność wyboru kolejnej oferty (a więc uchylenie się przez Odwołującego od zawarcia umowy), jak również odniósł się do oceny wyboru oferty Sanito sp. z o. o. jako najkorzystniejszej. W sprzeczności z twierdzeniami, jakoby z treści uzasadnienia nie wynikało, z jakiego powodu Zamawiający dokonał ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty pozostają już same wywody niniejszego odwołania, w którym Odwołujący szczegółowo odnosi się do przesłanek, na podstawie których doszło do wyboru najkorzystniejszej oferty. Wynika z tego, że są mu one doskonale znane. Motywy Zamawiającego wyrażone w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty były również jasne dla pozostałych wykonawców, będących Przystępującymi w niniejszej sprawie. Nie zgłaszali oni żadnych uwag czy wątpliwości w zakresie podstaw faktycznych i prawnych dokonanej przez Zamawiającego czynności.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron (Przystępujący nieobecni) złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 NPzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 NPzp, uprawniający do jego złożenia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 NPzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez

Zamawiającego w formie elektronicznej, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu, postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SWZ”, oferty FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. oraz Przystępujących, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty 22.12.2021 r., zgody na przedłużenie terminu związania ofertą wraz

z wniesieniem nowego zabezpieczenia wadialnego w formie pieniężnej (pismo

Odwołującego z 04.02.2022 r.), informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty 08.02.2022 r. (pismo z 07.02.2022 r.), czy też informacji o dokonaniu wypłaty przez Gwaranta z tytułu gwarancji w dniu 16.02.2022 r.).

Nadto, zaliczono do materiału dowodowego załączone do odwołania przez Odwołującego na okoliczności wskazane w odwołaniu:

- 1) Pismo Zamawiającego z 28.12.2021 r.,
- 2) Pismo FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. z 30.12.2021 r.,
- 3) Pismo Zamawiającego z 04.01.2021 r.,
- 4) Pismo FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. z 14.01.2022 r. wraz z załącznikami /mail, dotyczący braku możliwości wystawienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz usunięcia wad i usterek w terminie do 19.01.2022 r./,
- 5) Pismo FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. z 19.01.2022 r. wraz z załącznikami /oświadczenie spedytora z 26.07.2021 r. (w oryginale) wraz z tłumaczeniem na język polski, oświadczenia Morskiej Agencji Gdynia Sp. z o.o. z 16.08.2021 r. oraz 20.08.2021 r., wiadomość o utrudnieniach w porcie Ningbo, oświadczenie producenta kolektorów słonecznych - Galmet sp. z o.o. Sp. K./,
- 6) Pismo FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. z 01.02.2022 r.,
- 7) Pismo FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. z 04.02.2022 r. /odpowiedź na zatrzymanie wadium/,
- 8) Pismo FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. z 07.02.2022 r.

Podobnie, zaliczono do materiału dowodowego załączone do odpowiedzi na odwołania przez Zamawiającego na okoliczności wskazane w odpowiedzi (część została

wcześniej załączona i zaliczona także do odwołania):

- 1) zawiadomienie z 28.12.2021 r.;
- 2) pismo Odwołującego z 30.12.2021 r.;
- 3) zawiadomienie z 04.01.2022 r.;
- 4) wiadomość mailowa Odwołującego do Zamawiającego z 11.01.2022 r., godz. 10:57 z załącznikiem;
- 5) wiadomość mailowa Zamawiającego do Odwołującego z 12.01.2022 r., godz. 12:03 z załącznikiem;
- 6) wiadomość mailowa Odwołującego do Zamawiającego z 14.01.2022 r., godz. 15:49 z załączonym w treści mailem od gwaranta oraz pismem Odwołującego z 14.01.2022 r.;
- 7) zawiadomienie z 17.01.2022 r.;
- 8) wiadomość mailowa Odwołującego do Zamawiającego z 20.01.2022 r. godz. 10:50 wraz z załącznikiem pismem Odwołującego z 19.01.2022 r. wraz z załącznikami;
- 9) elektroniczne poświadczenie weryfikacji podpisu p. M. P. pod pismem z 19.01.2022 r.;
- 10) elektroniczne poświadczenie weryfikacji podpisu p. M. P. pod załącznikami do pisma z 19.01.2022 r.;
- 11) żądanie zapłaty wadium z 24.01.2022 r.;
- 12) zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 07.02.2022 r.;
- 13) wiadomość mailowa Odwołującego do Zamawiającego z 26.01.2022, godz. 15:18 z załącznikiem treścią gwarancji;
- 14) wiadomość mailowa Odwołującego do Zamawiającego z dnia 01.02.2022, godz. 14:40 z załącznikiem treścią gwarancji.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowisko wynikające z odpowiedzi na odwołanie oraz stanowiska i oświadczenia stron (Przystępujący nieobecni) złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionego w treści odwołania zarzutu, stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia:

- 1) art. 263 w zw. z art. 239 Pzp poprzez dokonanie w dniu 08.02.2022 r. wyboru oferty Sanito Sp. z o.o.
 - a) jako najkorzystniejszej w sytuacji, w której nie doszło do uchylania się przez FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. od zawarcia umowy,
 - b) jako najkorzystniejszej w sytuacji, w której na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia oferta ta nie przedstawia najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny lub kosztu lub nie posiada najniższej ceny lub kosztu,
- 2) art. 263 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp w zw. z art. 15r ust. 1 i 4 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych poprzez zaniechanie oceny wystąpienia przesłanek oraz okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19, wpływających na należyte wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz uznanie przez Zamawiającego, że pomimo tego zaniechania możliwe jest uznanie, że FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. uchyla się od zawarcia umowy i że możliwym jest dokonanie wyboru następnego wykonawcy,
- 3) art. 253 Pzp w zw. z art. 263 Pzp poprzez dokonanie w dniu 08.02.2022 r. wyboru oferty Sanito sp. z o.o. bez przytoczenia właściwego uzasadnienia faktycznego prawnego i faktycznego uniemożliwienia FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn zastosowania art. 263 Pzp.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie. Do pozostałych kwestii Izba odniesie się w ramach rozpatrywanych zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust. 1 NPzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 NPzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutu pierwszego i drugiego, Izba uznała, że niniejsze zarzuty podlegają oddaleniu. Jednocześnie z uwagi na ich charakter Izba odniesie się do nich łącznie.

W pierwszej kolejności konieczne jest zauważenie względem stanowiska Odwołującego, że Zamawiający nie ma żadnej kompetencji do wyznaczania terminu zawarcia umowy, iż tylko pierwotny termin (I termin) do podpisania umowy wraz wniesieniem zabezpieczenia należytego wykonania umowy wyznaczony przez Zamawiającego na dzień 10.01.2022 r. godz. 12:00 (pismem z 28.12.2021 r.) został wyznaczony przez niego w sposób arbitralny. Każdy kolejny był wyznaczany, jako efekt stosownego wniosku Odwołującego w tym zakresie, tak II termin (na dzień 17.01.2022 r. godz. 12:00) w odpowiedzi na wniosek z 30.12.2021 r., jak i III termin (na dzień 20.01.2022 r. godz. 12:00) w odpowiedzi na wniosek z 14.01.2022 r. Istotna jest również kwestia tego rodzaju, że Zamawiający nie tylko przychylił się do kolejnych wniosków Odwołującego o zmianę terminu podpisania umowy, ale wyznaczał kolejne terminy albo wskazując dzień w ramach czasookresu wskazanego przez Odwołującego (wniosek z 30.12.2021 r.) albo wskazując dzień wprost odpowiadający dnu o który wnioskował sam Odwołujący (wniosek z 14.01.2022 r.). W efekcie, Odwołujący nie tylko godził się na wyznaczanie przez Zamawiającego terminu na podpisanie umowy wraz wniesieniem zabezpieczenia należytego wykonania umowy, ale także aktywnie uczestniczył w tym procesie. Inaczej mówiąc nie kwestionował sposobu podpisania umowy poprzez stawiennictwo umocowanych osób w konkretnym dniu celem jej podpisania, ani nie proponował innego sposobu np. poprzez przesłanie podpisanej umowy do Zamawiającego celem jej podpisania z jego strony albo poprzez podpisanie umowy w pierwszej kolejności przez Zamawiającego a następnie przesłanie do Odwołującego do podpisu ze wskazaniem terminu na jego odesłanie.

Należy również zauważyć, że zmiana terminu na podpisanie umowy z 17.01.2022 r. na 20.01.2022 r. była uzasadniana przez Odwołującego także trudnościami w przygotowaniu zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz usunięcia wad i usterek. Odwołujący stwierdził, że: „Zamawiający umożliwił przedstawienie rzeczowego zabezpieczenia w formie gwarancji ubezpieczeniowej. Ze strony Gminy otrzymaliśmy draft wraz z poprawkami, których akceptacja ze strony towarzystwa jeszcze dziś jest niemożliwa.”. Stwierdził także, że: „(...) zwracamy się z uprzejmą prośbą o przesunięcie terminu podpisania umowy oraz przedłożenie dokumentów niezbędnych do jej zawarcia do dnia 20.01.2022 (...)”. W konsekwencji III termin był nie tylko uzgodnionym terminem na podpisanie umowy był także terminem na przedstawienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy, do tego był to termin taki jaki wskazał sam Odwołujący w piśmie z 14.01.2022 r. tak na podpisanie, jak i złożenie zabezpieczenia. Stwierdził nawet, że: „(.) podtrzymuje chęć zawarcia umowy z Zamawiającym, której podpisanie poprzez kwalifikowany podpis elektroniczny będzie możliwe niezwłocznie po otrzymaniu zabezpieczenia należytego wykonania umowy (.)”.

Należy także zauważyć, w odpowiedzi na stanowisko Odwołującego z rozprawy, że: „(.) art. 16 ust. 1 projektu umowy nie określał jakiejś obligatoryjnej formy wniesienia tego zabezpieczenia, mogło to nastąpić w formie pieniężnej (.)”, iż to sam Odwołujący był inicjatorem wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w formie gwarancji ubezpieczeniowej i dokonywania uzgodnień jej treści z Zamawiającym (wiadomość mailowa Odwołującego do Zamawiającego z 11.01.2022 r., godz. 10:57 z załącznikiem /draftem, projektem zabezpieczenia należytego wykonania umowy w formie gwarancji ubezpieczeniowej/). W efekcie doprowadziło to do zgłoszenia uwag przez Zamawiającego (wiadomość mailowa Zamawiającego do Odwołującego z 12.01.2022 r., godz. 12:03 z załącznikiem /poprawki do draftu, projektu zabezpieczenia należytego wykonania umowy w formie gwarancji ubezpieczeniowej/), a ostatecznie do wniosku o zmianę terminu na podpisanie umowy z 17.01.2022r. na dzień 20.01.2022 r. (wiadomość mailowa Odwołującego do Zamawiającego z 14.01.2022 r., godz. 15:49 z załączonym w treści mailem od gwaranta oraz pismem Odwołującego z 14.01.2022 r.), na co Izba wskazywała we wcześniejszej części uzasadnienia.

W rezultacie wskazanych powyżej okoliczności, Zamawiający miał podstawy do uznania wniosku Odwołującego w trybie art. 15 r ust. 4 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (pismo z 19.01.2022 r. przesłane 20.01.2022 r. o godz. 10:50, termin na podpisanie do godz. 12:00) za de facto odmowę zawarcia umowy. Odwołujący bowiem, jakby nie patrzeć nie był gotowy do zawarcia umowy na pierwotnych warunkach. Izba nie ocenia zasadności złożonego wniosku, gdyż jak sam wskazywał Odwołujący na rozprawie: „(...) istotą przytoczenia tych przepisów w odwołaniu nie była kwestia oceny okoliczności zmiany warunków umowy jako takich ale jedynie uaoacznienie, że nie było braku woli podpisania umowy ze strony Odwołującego (...)”.

W ocenie Izby, wszystkie czynności wykonywane przez Odwołującego po 20.01.2022 r., miały de facto charakter pozorny. Z faktycznych czynności podejmowanych przez Odwołującego nie sposób wywieść chęci zawarcia umowy z Zamawiającym na pierwotnych warunkach, mimo składanych przez Odwołującego deklaracji, lecz co najwyżej na zmienionych warunkach. Świadczy o tym korespondencja Odwołującego, tak z 01.02.2022 r., jak i 04.02.2022 r. /odpowiedź na zatrzymanie wadium/ (w obu wypadkach Odwołujący nawiązuje do swojego wniosku z 20.01.2022 r. i okoliczności warunkujących zmianę warunków umowy), ale de facto także z 07.02.2022 r. (gdzie Odwołujący wnosil o wycofanie roszczenia względem Gwaranta gwarancji wadialnej ubezpieczeniowej z racji złożenia nowej gwarancji wadialnej w formie pieniężnej). Jeśli byłoby inaczej, a Odwołujący godził się na zawarcie umowy na pierwotnych warunkach, mógł zażegnać zaistniały spór poprzez przesłanie podpisanej umowy do Zamawiającego celem jej podpisania z jego strony.

Izba zauważa również, że mimo, iż to sam Odwołujący wskazał Zamawiającemu dzień 20.01.2022 r. na dzień podpisania umowy i wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w formie gwarancji ubezpieczeniowej (czyli uznał za wystarczający ten dzień na uzyskanie akceptacji Gwaranta na poprawki naniesione przez Zamawiającego i złożenie podpisanej przez Gwaranta i wiążącej gwarancji ubezpieczeniowej) to przesłał Zamawiającemu akceptację Gwaranta dopiero w dniu 26.01.2022 r. (czyli po tej dacie), ale dalej w formie niewiążącego draftu/ projektu (wiadomość mailowa Odwołującego do Zamawiającego z 26.01.2022, godz. 15:18 z załącznikiem treścią gwarancji), co więcej powyższe powtórzyło się to 01.02.2022 r., do tego już w formie draftu/ projektu bez poprawek Zamawiającego (wiadomość mailowa Odwołującego do Zamawiającego z dnia 01.02.2022, godz. 14:40 z załącznikiem treścią gwarancji). W efekcie, Zamawiający miał podstawy do uznania, że jest to dodatkowa okoliczność braku woli podpisania umowy ze strony Odwołującego.

Stanowisko Izby co do pozorności działań ze strony Odwołującego nie zmienia okoliczność, że Odwołujący w dniu 04.02.2022 r. złożył nowe wadium w formie pieniężnej wraz z przedłużeniem terminu związania ofertą. W ocenie Izby, bowiem w ramach czynności po 20.01.2022 r. Odwołujący dążył do podpisania umowy na nowych warunkach (które

próbował wymusić w trybie art. 15 r ust. 4 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych), a nie pierwotnych warunkach, ale również próbował przeciwdziałać roszczeniu Zamawiającego skierowanemu do Gwaranta gwarancji ubezpieczeniowej wadialnej z którym Zamawiający wystąpił pismem z 24.01.2022 r. (Gwarant dokonał wypłaty z tytułu gwarancji w dniu 16.02.2022 r.) w związku z nie podpisaniem umowy 20.01.2022 r. i nie wniesieniem zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Kwestia braku odpowiedzi na wniosek z 20.01.2022 r. w trybie art. 15 r ust. 4 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych, jak przyznał na rozprawie Odwołujący, co było przytaczane powyżej nie była istotą przytoczenia tych przepisów w odwołaniu. Takie stanowisko, jak przytoczone powyżej, zostało przedstawione w odpowiedzi na argumentację Zamawiającego z rozprawy, że brak odpowiedzi to art. 15 r ust. 3 wskazanej ustawy i nie był on przytoczony w odwołaniu. Nie zmienia to jednak tego, że kwestie okoliczności warunkujących zmiany warunków, ich uaoacznienia, nie mogły być poczytane za przejaw woli podpisania umowy, na co Izba wskazywała we wcześniejszej części uzasadnienia, tym bardziej po trzykrotnej zmianie terminu podpisania umowy. Należy także wskazać, na brak konsekwencji ze strony Odwołującego, który dopiero 20.01.2022 r. wystosował wniosek w trybie art. 15 r ust. 4 przywołanej wyżej ustawy, a we wcześniejszej korespondencji przy wnioskach o zmianę terminu na podpisanie umowy nie poruszał tych kwestii, mimo że samego wniosku i dołączonych pism wynika, że o tych okolicznościach wiedział wcześniej. Odnosnie możliwości zgłoszenia takiego wniosku w trybie art. 15 r ust. 4 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych przed

podpisaniem umowy, jak miało to miejsce w tym stanie faktycznym, Izba zaleca ostrożność, nie tylko dlatego, że może być to poczytane za odmowę podpisania umowy. Należy bowiem zauważyć, że zawniioskowanie zmiany warunków umowy przed jej podpisaniem wiąże się z daleko idącymi konsekwencjami chociażby względem pozostałych Wykonawców, może być bowiem to poczytane za przejaw naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania. Przykładowo, jeśliby dany Wykonawca ująłby w zaoferowanej cenie zawniioskowaną cenę (jej zwiększenie), może to prowadzić do sytuacji tego rodzaju, że to oferta innego Wykonawcy zostałaby uznana za najkorzystniejszą i to zupełnie z innym Wykonawcom Zamawiający podpisywałby umowę. Nadto, mimo, że powyższy przykład nie ma zastosowania w tym stanie faktycznym i nie dotyczy Odwołującego, to niewątpliwie

25

zawnioskowane zmiany przez Odwołującego (zwiększenie wynagrodzenia o 50.000,- zł oraz przedłużenie terminu realizacji przedmiotu zamówienia) mogłyby w sposób istotny wpłynąć na oferty pozostałych Wykonawców, w tym Przystępujących i sprawić, że zaoferowaliby w postępowaniu zupełnie odmienne warunki cenowe (np. przedłużenie terminu realizacji zamówienia mogło sprawić, że zaoferowaliby lepsze oferty cenowe). W konsekwencji to nie oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą i to nie z Odwołującym Zamawiający próbowałby zawrzeć umowę. Należy także zauważyć, że mimo, iż w zakresie wniosku istnieje obowiązek po stronie Zamawiającego, czemu Izba nie przeczy, ale doktryna wskazuje, że nie ma w tym zakresie roszczenia po stronie Wykonawcy. Nadto, strony umowy muszą uzgodnić zmianę, istnieje więc konieczność porozumienia, gdyż strony mogą mieć odmienne zapatrywania. Stanowisko decydujące jest po stronie Zamawiającego. Sam zaś obowiązek w zakresie złożenia wniosku ma charakter informacyjny, a termin na jego rozpatrzenie jest terminem instrukcyjnym. (tak W. Robaczyński, Modyfikacja umowy o zamówienie publiczne w obliczu epidemii COVID 19: „(...)Zgodzić się należy z poglądem R. Szostaka, że „powinności informacyjne mają charakter sygnalizacyjno-ostrzegawczy oraz potwierdzający skalę rzeczywistego wpływu okoliczności związanych z COVID-19 na obowiązek należytej realizacji zamówienia publicznego, zwłaszcza co do nieobecności personelu wykonawcy, decyzji właściwych organów władzy publicznej bądź wstrzymania dostaw produktów lub materiałów /str. 26/, Kwartalnik PZP, Nr. 4 (67)/2020 za R. Szostak, Zmiana umowy o zamówienie publiczne w okolicznościach zagrożenia epidemicznego, cz. 1, Zam. Publ. Dor. Nr 5/2020; „Nie negując woli ustawodawcy w kierunku stworzenia obowiązku po stronie zamawiającego, to jednak - ponieważ cały czas mówimy o zmianie dokonywanej w wyniku uzgodnień między stronami - powinności zamawiającego w sensie prawnym sprowadzić należy do obowiązku uwzględnienia w dobrej wierze oczekiwań zamawiającego i takiego też prowadzenia renegotjacji umowy, jeśli pojawi się konieczność dokonania dodatkowych uzgodnień. Nie oznacza to natomiast, że w efekcie w każdym przypadku dojdzie do zmiany umowy, chociażby dlatego, że oczekiwania wykonawcy mogą być dalej idące, niż jest to w stanie zaakceptować zamawiający. Z art. 15r ustawy covidowej nie wynika też uprawnienie dla wykonawcy rozumiane w ten sposób, że uzyskiwałby on jakieś roszczenie do zamawiającego o zmianę umowy” /str. 28/, Kwartalnik PZP, Nr. 4 (67)/2020, W kwestii braku roszczenia za: A. Sołtyśńska, Zamówienia publiczne w czasie epidemii COVID-19, Europejski Przegląd Sądowy Nr 6/2020, s. 50/. Ustawodawca nie przychylił się do wniosku Polskiego Związku Pracodawców Budownictwa, który wskazywał na potrzebę przyznania stronom roszczenia o zmianę umowy, w przypadku zaistnienia okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 i ich wpływem na należyte wykonanie tej umowy, względnie przewidzenie w takim przypadku obowiązku powołania /np.

na wzór Warunków Kontraktowych FIDIC) komisji rozjemczej, której rozstrzygnięcie byłoby wiążące dla stron/).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie ostatniego zarzutu, Izba uznała, że mimo jego zasadności podlega on oddaleniu, z uwagi na jego brak wpływu na wynik.

Należy potwierdzić brak uzasadnienia faktycznego w zakresie pominięcia Odwołującego i wyboru następnego w kolejności Wykonawcy, a jako namiastkę uzasadnienia prawnego może stanowić co najwyżej przytoczenie podstawy prawnej, co nie zmienia tego, że mamy tutaj do czynienia z naruszeniem przepisu. Jednakże, nie ma to wpływu na wynik, gdyż z całokształtu okoliczności faktycznych znanych Odwołującemu, w tym żądania o zapłatę wadium z 24.01.2022 r. można wywieść, że podstawą działania Zamawiającego była odmowa podpisania umowy (o czym Odwołujący doskonale wiedział - pisma Odwołującego z 01, 04 oraz 07.02.2022 r.). Treść odwołania, jak i działanie Odwołującego po uruchomieniu przez Zamawiającego roszczenia względem Gwaranta gwarancji ubezpieczeniowej wadialnej wskazują, że Odwołujący był tego świadom, stąd taka a nie inna argumentacja i zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono z uwzględnieniem przywołanych poniżej przepisów, w tym także w oparciu o § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia wskazanego poniżej. Jednocześnie, obciążając kosztami Odwołującego i nakazując Odwołującemu dokonanie zwrotu Zamawiającemu kwoty 3 600,00 zł tytułem zwrotu wydatków pełnomocnika oraz kwoty 68,00 zł tytułem dojazdu na rozprawę na podstawie przedłożonych rachunków.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: