

WYROK

Warszawa, dnia 3 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Ewa Sikorska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 czerwca 2024 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 maja 2024 r. przez wykonawcę **GEO-HAP Prosta spółka akcyjna w Kielcach**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Centralny Ośrodek Sportu – Ośrodek Przygotowań Olimpijskich w Giżycku**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **GEO-HAP Prosta spółka akcyjna w Kielcach** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), poniesione przez wykonawcę **GEO-HAP Prosta spółka akcyjna w Kielcach** tytułem – odpowiednio – wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika, oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), poniesioną przez zamawiającego – **Centralny Ośrodek Sportu – Ośrodek Przygotowań Olimpijskich w Giżycku** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **GEO-HAP Prosta spółka akcyjna w Kielcach** na rzecz zamawiającego – **Centralny Ośrodek Sportu – Ośrodek Przygotowań Olimpijskich w Giżycku** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Sygn. akt: KIO 1678/24

Uzasadnienie

Zamawiający – **Centralny Ośrodek Sportu – Ośrodek Przygotowań Olimpijskich w Giżycku** – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wykonanie prac budowlanych polegających na dostawie i montażu hali pneumatycznej wraz z wyposażeniem i zagospodarowaniem terenu w COS-OPO w Giżycku.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 roku, poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 13 maja 2024 r. wykonawca **GEO-HAP Prosta spółka akcyjna w Kielcach** (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności unieważnienia postępowania przez zamawiającego, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 255 pkt 7 oraz 263 ustawy P.z.p., gdyż niezasadnie unieważniono postępowanie w sytuacji, w której odwołujący, którego oferta niepodlegająca odrzuceniu została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu, nie uchylał się od zawarcia umowy ani nie naruszył obowiązku wniesienia zabezpieczenia umowy określonego w specyfikacji warunków zamówienia (SWZ).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

Odwołujący podniósł, że ma interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący jest wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu zgodną z warunkami zamówienia i uznaną przez zamawiającego jako najkorzystniejsza. W wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy P.z.p., interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż prawidłowe działanie zamawiającego powinno polegać na przystąpieniu przez zamawiającego do zawarcia umowy z odwołującym. Nieprawidłowa czynność zamawiającego polegająca na unieważnieniu postępowania

pozbawiła zatem odwołującego szansy na uzyskanie zamówienia. Odwołujący posiada zatem interes we wniesieniu odwołania zmierzającego do umożliwienia mu uzyskania zamówienia i zawarcia umowy z zamawiającym.

Odwołujący wskazał, że w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania zamawiający podał dwie podstawy prawne unieważnienia postępowania, odnoszące się do obligatoryjnej i fakultatywnej przesłanki unieważnienia, a dotyczące tych samych dwóch okoliczności faktycznych. Wskazuje na uchylanie się przez odwołującego od zawarcia umowy oraz na niedopełnienie obowiązku warunkującego możliwość zawarcia umowy tj. wniesienie zabezpieczenia należytego jej wykonania. Zamawiający w sposób nieprawidłowy przy tym stwierdził, że odwołujący „stałe uchyla się” od dokonania czynności polegającej na zawarciu umowy oraz że nie dopełnił obowiązku wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zamawiający twierdzi, że przysyłał odwołującemu kolejne pisma wyznaczające nowe terminy, w wyniku czego ostateczny termin podpisania umowy ustalony został na dzień 29.01.2024 r. a odwołujący do tego dnia ponownie odmówił zawarcia umowy. Zamawiający pomija przy tym całkowicie okoliczności dotyczące czasu rozstrzygnięcia postępowania przetargowego, pozostałą treść prowadzonej między stronami korespondencji oraz treść rozmów prowadzonych między przedstawicielami odwołującego a osobami pracującymi w Centralnym Ośrodku Sportu już po wyborze najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący podniósł, że zamawiający ogłaszając przetarg zakładał pierwotnie, że zamówienie ze względu na swoją specyfikę będzie wykonywane w okresie jesiennym. Potwierdza to choćby wskazanie w SWZ przez samego zamawiającego, że montaż hali pneumatycznej ma odbywać się w temperaturach dodatnich i określonych warunkach atmosferycznych, czego nie można zagwarantować w okresie zimowym ale przede wszystkim sam proces technologiczny związany z montażem hali pneumatycznych. Ten ostatni przypadek obejmuje choćby konieczność wykonania jeszcze przed montażem hali weryfikacji, napraw i uzupełnienia elementów systemu kotwiącego, co praktycznie nie jest możliwe w warunkach zimowych. W Załączniku nr 8 do SWZ w pkt. 14 wskazano, że „Montaż powłoki hali może się odbyć tylko w ściśle określonych warunkach tzn. musi być suchy dzień, bez opadów atmosferycznych, temperatura powinna być powyżej 5 stopni Celsjusza a wiatr poniżej 15 km/h”. W pkt. 16 tego samego załącznika 1 natomiast, że „Po wykonaniu napraw i uzupełnieniu elementów systemu kotwiącego, Wykonawca zobowiązany jest przeprowadzenia ponownych badań weryfikacyjnych, potwierdzających spełnienie warunków wytrzymałościowych dla systemu. Opracowanie należy przedstawić Zamawiającemu, do akceptacji przed rozpoczęciem montażu hali pneumatycznej”. Termin realizacji przedmiotu umowy określony w dokumentach przetargowych został na 60 dni od dnia podpisania umowy. Ponieważ postępowanie przetargowe w przedmiocie tego samego zamówienia publicznego już raz zostało unieważnione, a prowadzone w to miejsce kolejne postępowanie przedłużyło się na tyle, że w chwili jego rozstrzygnięcia nie było możliwe wykonanie zamówienia w terminach przewidzianych w SWZ i ofercie odwołującego. Oznaczałoby to jego realizację w samym środku zimy, co było sprzeczne z samymi SWZ oraz technologią jego realizacji. Na te okoliczności zwrócił uwagę zamawiającemu odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 11.01.2024 r., w której poprosił o wyznaczenie dłuższego terminu na realizację wezwania, ale również realizując obowiązek wynikający z § 13 ust. 9 projektu umowy, wniósł o rozważenie zmiany umowy jeszcze przed jej zawarciem poprzez dostosowanie terminów rozpoczęcia i zakończenia realizacji umowy. Na wnioski odwołującego zamawiający odpowiedział w dniu następnym tj. 12.01.2024 r. wyznaczając nowy termin zawarcia umowy na 19.01.2024 r. Pomiął przy tym całkowicie postulaty odwołującego w odniesieniu do konieczności zmiany umowy poprzez „urealnienie” terminów umownych. Jednocześnie oświadczył, że wyznaczenie tego terminu następuje pod rygorem uznania przez zamawiającego, że Odwołujący uchyla się zgodnie z art. 263 ustawy P.z.p. i nastąpienia skutków, o których mowa w art. 98 ust. 6 pkt 2 lit. a ustawy P.z.p. Poinstruował przy tym odwołującego, że zawarcie umowy nastąpi w formie elektronicznej, poprzez przesłanie odwołującemu umowy do podpisu na adres e-mail wskazany w ofercie. Zatem w tym momencie realizacja umowy musiałaby nastąpić jedynie o kilka dni później niż w terminie wskazanym w piśmie z 5.01.2024 r. a więc niezmiennie w samym środku zimy, co było sprzeczne z samymi SWZ oraz technologią jego realizacji. Odwołujący odniósł się do pisma zamawiającego w dniu 18.01.2024 r. w którym poinformował zamawiającego, że w dalszym ciągu nie otrzymał żadnego stanowiska zamawiającego w odniesieniu do wątpliwości dotyczących harmonogramu realizacji umowy, powtórzył argumentację z poprzedniego pisma, zgodnie z którą nie było możliwości realizacji zamówienia w pierwotnie zakładanych terminach. Poza kwestiami dotyczącymi pory roku i warunków pogodowych, które uniemożliwiały niezwłoczne rozpoczęcie prac po podpisaniu umowy, podniósł również, że w związku z przesunięciami terminów zakończenia postępowania oraz koniecznością zmiany terminów, nie można zagwarantować terminów dostaw materiałów, które były pierwotnie dostosowane do wymogów przetargowych. Te ostatnie argumenty poparł stosownym oświadczeniem podwykonawcy. Co jednak najważniejsze podkreślił swoje zainteresowanie realizacją projektu i to, że nie uchyla się od zawarcia umowy, jednak z przyczyn od niego niezależnych o obiektywnym charakterze nie może zrealizować zamówienia w okresach przewidzianych w SWZ, a to z powodu tego, że postępowanie przetargowe się istotnie przedłużyło, wpływając na wszelkie ustalone wcześniej harmonogramy.

Odwołujący wskazał też w swoim piśmie, że brak ustaleń realnych terminów realizacji zamówienia z zamawiającym uniemożliwia mu pozyskanie gwarancji należytego wykonania umowy, która musi się odnosić do określonego okresu jej obowiązywania. Od tego zależy możliwość jej udzielenia i koszt, jaki wykonawca musi ponosić w związku z tym (który powinien być możliwy do oszacowania). Odwołujący podkreślił, że zamawiający określił wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy na 10% tj. o wartości wymagającego szczególnego uzasadnienia. Dodatkowo, wskazując na przywołane okoliczności, poprosił o klarowne stanowisko zamawiającego w tej sprawie i odpowiedź na pytanie na jakich warunkach dotyczących terminów przekazania placu budowy i realizacji zamówienia publicznego zamierza zawrzeć umowę oraz jak chce uwzględnić obiektywne okoliczności zaistniałe do tej chwili, które istotnie na te terminy wpływają. Na to ostatnie wezwanie Zamawiający odpowiedział dwoma pismami z 19.01.2024 r. W jednym z nich wskazał, że „iż w projektowanych postanowieniach umowy dokonana zostanie modyfikacja w zakresie § 6 pkt. 4) i § 3 ust. 1 przesuwająca termin przekazania placu budowy najwcześniej od dnia 12.02.2024 r. – najpóźniej do dnia 19.02.2024r., tym samym 60 dniowy termin wykonania przedmiotu umowy liczony będzie od dnia 12.02.2024 r.”. Odwołujący zaznaczył, że dotychczasowe brzmienie zapisu przewidywało 7 dniowy termin przekazania placu budowy od daty zawarcia umowy (§ 6 pkt 4 projektu umowy). W drugim natomiast wyznaczył ostateczny termin zawarcia umowy na 29.01.2024 r ponownie jak wcześniej oświadczając, że *Zawarcie umowy nastąpi w formie elektronicznej, poprzez przesłanie umowy do podpisu na adres e-mail wskazany w ofercie*. Umowy w wersji gotowej do podpisania jednak do dnia dzisiejszego zamawiający odwołującemu nie przesłał. Co więcej, zamawiający nie przesłał odwołującemu nawet projektu uzupełnionej umowy aby ten miał możliwość zapoznania się z jej treścią. Odwołujący w dniu 29.01.2024 r. wystąpił do zamawiającego z pismem, w którym wskazał, że podpisanie umowy z uwzględnieniem nierzeczywistych na tamtą chwilę terminów realizacji, stanowi istotne ryzyko, z którym nie jest się w stanie się pogodzić. Ryzyko to natomiast wynika z braku jakichkolwiek oficjalnych informacji ze strony zamawiającego co do jego zgody na przedłużenie terminów umownych po jej zawarciu oraz co do stanowiska zamawiającego w odniesieniu do samych okoliczności, które zdaniem odwołującego uzasadniają potrzebę zaktualizowanego harmonogramu. Odwołujący również w tym piśmie podtrzymał wolę zawarcia umowy i po raz kolejny wezwał zamawiającego do podjęcia stosownych kroków w celu rozwiązania tej sytuacji. To pismo pozostało bez odpowiedzi aż do daty zawiadomienia o unieważnieniu postępowania. Odwołujący wskazał, że w tym okresie trwającym ponad 3 miesiące zamawiający nie zwrócił odwołującemu wadium, nie poinformował Odwołującego o zatrzymaniu wadium, nie wyznaczył nowego terminu do zawarcia umowy, nie ustosunkował się w ogóle do postulatów odwołującego zgłaszanych w licznych pismach. Co najważniejsze nie przesłał odwołującemu gotowej do podpisania umowy, co według samego zamawiającego było jedyną przewidzianą przez niego formą jej zawarcia. Jednocześnie w wielu rozmowach telefonicznych z pracownikami COS OPO w Giżycku przedstawiciele odwołującego byli zapewniani o tym, że zamawiający proceduje kwestie zawarcia umowy i do takiego zawarcia dojdzie, jednak zmiany personalne w organach COS wymagają zapoznania się z dokumentacją przez nową dyrekcję. Osobą, z którą kontaktował się przedstawiciel odwołującego była m.in. Pani Anna Żyndul - Główny Specjalista ds. inwestycji i zamówień publicznych. Pracownik zamawiającego zwracał przy tym uwagę na to, że realizacja hali odbędzie się najwcześniej w okresie wrzesień - październik 2024, gdyż wcześniej boisko, na którym ma powstać hala, jest intensywnie użytkowane i zamawiający nie będzie w stanie przekazać terenu pod realizację. W związku z przedłużającym się procedowaniem, odwołujący jeszcze trzy razy wystąpił do zamawiającego w pismach z 19.02.2024 r., 07.03.2024 r. oraz 23.03.2024 r. żądając ostatecznej deklaracji zamawiającego w kwestii zawarcia umowy i jej warunków, wskazując, że w braku reakcji będzie mógł żądać zwrotu podwójnej wartości wpłaconego wadium. Nieprawdą są zatem twierdzenia zamawiającego, że odwołujący nie wykazywał zamiaru zawarcia umowy.

Niezależnie od powyższego odwołujący stwierdził, że był związany ofertą pierwotnie do 28.11.2023, który to termin został przedłużony na wniosek zamawiającego do dnia 28.12.2023 r. Następnie odwołujący w piśmie z 27.12.2023 r. oświadczył z własnej inicjatywy, że przedłuża ten termin do dnia 28.01.2024. To ostatnie nie wywołuje wprawdzie skutków na gruncie ustawy P.z.p., ma jednak znaczenie w kontekście okoliczności „uchylania się” od zawarcia umowy przez odwołującego. Odwołujący przestał być zatem formalnie związany ofertą po 28.12.2023 r.

Odwołujący przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym uchwałę z dnia 3 sierpnia 2017 roku (sygn. KIO/KD 38/17), wyrok z dnia 17 marca 2016 r. (sygn. akt KIO 311/16), wyrok z dnia 28 marca 2022 roku (sygn. akt KIO 686/22).

W ocenie odwołującego zamawiający dokonał błędnej wykładni przepisów prawa zamówień publicznych, które stanowią podstawę unieważnienia postępowania. Nie można mówić bowiem o uchylaniu się od zawarcia umowy w sytuacji, gdy:

- odwołujący wyraża gotowość do jej zawarcia, w sposób racjonalny uzasadniając potrzebę zmiany umowy, której

zrealizowanie w terminach przewidzianych w SWZ jest niemożliwe,

- zamawiający ignoruje postulaty odwołującego, jednocześnie w nieoficjalnych rozmowach zapewniając go, że proceduje czynności zmierzające do jej zawarcia,
- odwołujący z własnej inicjatywy oświadcza o przedłużeniu związania ofertą,
- mimo wielomiesięcznego braku działania po stronie zamawiającego, odwołujący wielokrotnie występuje z żądaniami zawarcia umowy,
- nieprzesłanie odwołującemu umowy do podpisania zgodnie z przewidzianą przez zamawiającego formą jej zawarcia, przez co odwołujący nie jest w stanie umowy podpisać nawet bez względu na powyższe.

Odnosząc się do faktu niewniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, odwołujący stwierdził, że zamawiający przewidział dwukrotnie wyższe zabezpieczenie niż 5% wartości wynagrodzenia, co byłoby typowe dla zamówień tego rodzaju. Nie bez znaczenia jest przy tym, że wiązało się to z dodatkowym obciążeniem po stronie wykonawców, jeśli chodzi o koszty takiego zabezpieczenia. Uzasadniając swoją decyzję o unieważnieniu postępowania zamawiający wskazał poza „uchylaniem się” również na niewniesienie zabezpieczenia przez odwołującego. W ocenie odwołującego należałoby zatem i tu analogicznie zbadać całokształt zachowania odwołującego, czego zaniechał zamawiający. Odwołujący wielokrotnie w pismach podnosił, że uzyskanie zabezpieczenia wymaga ustalenia realnych nowych terminów realizacji umowy oraz że brak reakcji zamawiającego w tym zakresie skutecznie mu to uniemożliwia. Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, z dnia 19 stycznia 2018 r. (sygn. akt KIO 2738/17).

W ocenie odwołującego nie bez znaczenia jest przy tym, że SWZ przewidywał, że zabezpieczenie może być wniesione nawet w dniu zawarcia umowy. Zatem ostatecznym terminem do wniesienia zabezpieczenia była jurydyczna sekunda przed samym aktem zawarcia umowy. Ten akt jednak nie nastąpił, a mimo jego wyznaczenia, nie został nawet zainicjowany zgodnie ze swoimi ustaleniami tj. zamawiający nie przekazał umowy do podpisania odwołującemu. Zatem nie można mówić o niedopełnieniu obowiązku wniesienia zabezpieczenia, jeśli termin do realizacji tego obowiązku nie minął. W szczególności gdy całokształt okoliczności, w tym brak działań ze strony zamawiającego pozwalających na określenie dokładnych warunków zobowiązania, które miałyby być zabezpieczone, nie pozwalał na jego wcześniejsze dopełnienie. Brak jakiegokolwiek oświadczenia ze strony zamawiającego dotyczącego realnych terminów realizacji przedmiotu zamówienia, w warunkach niemożliwości dochowania terminów zgodnie z SWZ nie pozwalało na uzyskanie zabezpieczenia w formie gwarancji, która wymaga określonych terminów obowiązywania. Zabezpieczenie w formie gotówkowej wiązało się natomiast z zamrożeniem istotnej części środków finansowych niezbędnych do finansowania samej realizacji zamówienia na bliżej nieokreślony czas. Racjonalny przedsiębiorca nie mając informacji, w szczególności w sytuacji, gdy zamawiający uchyla się od odniesienia się w jakiegokolwiek formie do zgłaszanych zresztą zgodnie z zapisami projektowanej umowy uwagami dotyczącymi harmonogramu, nie może narażać się na ryzyko wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy (nawet gdyby nie mając wiedzy co do ostatecznych terminów realizacji umowy możliwe byłoby jego wniesienie), co do której ma pewność, że bez zmiany jej postanowień tej umowy nie zrealizuje.

Wobec tego, w ocenie odwołującego, nie można uznać, że odwołujący nie miał zamiaru wnieść zabezpieczenia, ani, że uchybił temu obowiązkowi w odniesieniu do wyznaczonego terminu w sytuacji, gdy:

- odwołujący wyraża gotowość do wniesienia zabezpieczenia a termin do jego wniesienia nie minął, zamawiający nawet nie inicjuje zawarcia samej umowy, nie przysyłając jej odwołującemu,
- zamawiający ignoruje postulaty odwołującego, jednocześnie w nieoficjalnych rozmowach zapewniając go, że proceduje czynności zmierzające do jej zawarcia,
- odwołujący w związku zachowaniem zamawiającego nie posiada informacji ze strony zamawiającego pozwalające określić parametry czasowe i kosztowe takiego zabezpieczenia, co praktycznie uniemożliwia jego uzyskanie.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 29 maja 2024 roku zamawiający oświadczył, że:

- 1)nie uznaje w całości zarzutów wskazanych w odwołaniu;
- 2)wnosi o oddalenie odwołania w całości;

3)wnosi o zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania, tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3600,00 zł.

W uzasadnieniu zamawiający wskazał, że w dniu 28 grudnia 2023 r. wybrał ofertę odwołującego jako najkorzystniejszą. W dniu 5 stycznia 2024 r. skierował do odwołującego zawiadomienie wyznaczeniu terminu podpisania umowy na dzień 12 stycznia 2024 r. W dniu 11 stycznia 2024 r. odwołujący złożył pismo, w którym zwrócił się z wnioskiem o przedłużenie terminu zawarcia umowy oraz o wydłużenie czasu na wniesienie zabezpieczenia i dostarczenie dokumentów niezbędnych do podpisania umowy. Odwołujący wskazał, że uzyskanie gwarancji należytego wykonania umowy jest dla niego utrudnione z powodu okresu świątecznego. Ponadto odwołujący wskazał, że realizacja zamówienia nie jest możliwa w terminie wskazanym w ofercie, postulując o zmianę umowy przed jej podpisaniem poprzez zmianę terminów realizacji zamówienia. W kolejnych dniach nastąpiła wymiana pism pomiędzy zamawiającym, a odwołującym, w toku której zamawiający trzykrotnie wyznaczał kolejne terminy zawarcia umowy, a odwołujący oświadczał o braku możliwości jej podpisania. Ostatecznym terminem zawarcia umowy wyznaczonym przez zamawiającego był dzień 29 stycznia 2024 r. W swoich kolejnych pismach odwołujący wyrażał pozorną chęć zawarcia umowy, wskazując jednocześnie na brak możliwości jej zawarcia z zachowaniem pierwotnie zaoferowanego terminu realizacji (60 dni). Pomimo deklaracji na temat gotowości zawarcia umowy, odwołujący nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Biorąc pod uwagę powyższe zamawiający w dniu 7 maja 2024 r. unieważnił postępowanie z uwagi na kumulatywną realizację przesłanek, o których mowa w art. 255 pkt 7 ustawy P.z.p.

W ocenie zamawiającego całokształt postawy odwołującego w toku czynności mających na celu zawarcie umowy jest bezsprzecznie uchylaniem się od jej zawarcia. Fakt, że odwołujący odmawiał zawarcia umowy w kolejnych, wyznaczanych przez zamawiającego terminach wynika wprost z pism, które odwołujący składał. Z pism tych wynika wprost brak możliwości zawarcia przez odwołującego umowy w kolejnych terminach wyznaczanych przez zamawiającego oraz wycofanie się przez odwołującego z zaoferowanego terminu 60 dni na realizację przedmiotu zamówienia.

Zamawiający podkreślił, że termin realizacji przedmiotu zamówienia stanowił kryterium oceny ofert, gdzie najkrótszy (i najwyższy punktowany) termin wynosił 60 dni. Zatem skoro odwołujący zaoferował termin realizacji 60 dni, to był zobowiązany wywiązać się z niego. Niemniej jednak zamawiający wychodził naprzeciw potrzebom odwołującego, wyznaczając trzykrotnie kolejne terminy zawarcia umowy – 12 stycznia 2024 r., 19 stycznia 2024 r., 29 stycznia 2024 r. Co więcej, zamawiający zaproponował przesunięcie terminu przekazania placu budowy na okres między 12 a 19 lutego 2024 r., co powinno sprostować potrzebom odwołującego, który powoływał się w swojej argumentacji m.in. na warunki atmosferyczne. Tymczasem odwołujący konsekwentnie przewlekał proces zawierania umowy, prezentując gołosłowne deklaracje o rzekomej gotowości do jej podpisania. W swoich stanowiskach odwołujący popadał w sprzeczność, ponieważ twierdził, że nie uchyla się od zawarcia umowy, jednocześnie prosząc o wyznaczenie bardziej odległego terminu jej zawarcia, informując o braku możliwości realizacji umowy w terminie 60 dni, wskazując na problemy z terminowością podwykonawców oraz przyznając się do komplikacji z zabezpieczeniem należytego wykonania umowy. Taka postawa bez wątpienia wpisuje się w przesłankę unieważnienia postępowania, o której mowa w art. 255 pkt 7 oraz art. 263 ustawy P.z.p.

Zamawiający powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym wyrok z dnia 4 marca 2014 r., sygn. akt KIO 288/14, wyrok z dnia 22 listopada 2022 r., sygn. akt KIO 2926/22, wyrok KIO z 12 lipca 2022 r., sygn. akt KIO 1610/22.

Zamawiający wskazał, że odwołujący nie wniósł wymaganego zabezpieczenia do dnia, w którym upływał ostatni z wyznaczonych przez zamawiającego terminów zawarcia umowy, tj. do dnia 29 stycznia 2024 r. Co więcej odwołujący w swoich pismach przyznał, że wniesienie zabezpieczenia jest dla niego problematyczne.

Zamawiający stwierdził, że składając ofertę odwołujący musiał mieć świadomość, jaki termin realizacji zamówienia oferuje, oraz że istnieje wymóg wniesienia należytego zabezpieczenia umowy. W związku z tym przerzucanie na zamawiającego odpowiedzialności za komplikacje z uzyskaniem zabezpieczenia należy uznać za nieakceptowalne. Tym bardziej nieadekwatna jest przedstawiona w odwołaniu argumentacja na temat wysokości zabezpieczenia oraz obciążenia nim wykonawców. Zamawiający zaznaczył, że aktualny etap postępowania nie jest momentem właściwym do kwestionowania warunków ustalonych w SWZ. Składając ofertę odwołujący zaakceptował warunki w kształcie określonym przez SWZ i był zobowiązany je wypełnić.

W ocenie zamawiającego nieuzasadnione są twierdzenia odwołującego, że nie był w stanie określić parametrów czasowych i kosztowych zabezpieczenia. Zamawiający trzykrotnie wyznaczał terminy zawarcia umowy, więc odwołujący

miał pełną świadomość, kiedy upływa czas na złożenie zabezpieczenia oraz jakiej wysokości zabezpieczenia wymaga zamawiający. Odwołujący nie wywiązał się ze swojego obowiązku do dnia 29 stycznia 2024 r., co stanowi przesłankę unieważnienia postępowania.

Zamawiający zauważył, że odwołujący popada w sprzeczność, twierdząc w odwołaniu, że wyraża gotowość do wniesienia zabezpieczenia. W składanych sam odwołujący wskazał, że ma problemy z uzyskaniem gwarancji obejmującej zaoferowany termin realizacji zamówienia. Tym samym na niekorzyść odwołującego okazuje się przytoczone przez niego orzeczenie KIO z dnia 19 stycznia 2018 r. (sygn. akt 2738/17), w którym wskazano, że jeżeli wykonawca nie jest w stanie wnieść zabezpieczenia (np. nie jest w stanie uzyskać gwarancji), to mamy do czynienia z sytuacją analogiczną do uchylania się od zawarcia umowy.

Zamawiający podkreślił, że zgodnie z art. 307 ustawy P.z.p. zamawiający ma obowiązek w terminie związania ofertą wybrać ofertę, a nie zawrzeć umowę. Zgodnie ze stanowiskiem komentatorów: „Przepis ten kładzie wyraźny nacisk na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, nie zaś moment podpisania umowy. Jednocześnie przepisy w/w ustawy nie zawierają wymogu zawarcia umowy w terminie związania ofertą, co oznacza, że ustawodawca dopuszcza sytuację, w której możliwy jest wybór w terminie związania ofertą, zaś czynność podpisania umowy odbywa się już po upływie terminu związania ofertą. Ponadto przepisy ustawy P.z.p. nie zawierają regulacji, która pozwala na przedłużenie terminu związania ofertą po dokonaniu wyboru wykonawcy, a jeszcze przed podpisaniem z danym wykonawcą umowy. W związku z powyższym uwagi odwołującego na temat terminu związania ofertą pozostają bez znaczenia dla sprawy. Fakt, że odwołujący z własnej inicjatywy złożył w dniu 27 grudnia 2023 r. oświadczenie o związaniu ofertą do dnia 28 stycznia 2024 r. potwierdza jedynie niekonsekwentny charakter jego działań. Należy bowiem zauważyć, że odwołujący pierwsze oświadczenie o braku możliwości zawarcia umowy złożył 12 stycznia 2024 r., a więc w terminie związania ofertą, który sam sobie wykreował.

Zamawiający stwierdził, że zaprezentowana w pismach zamawiającego oraz w odwołaniu argumentacja na temat konieczności zmiany zaoferowanego terminu realizacji zamówienia jest irrelevantna dla oceny przesłanek unieważnienia postępowania. Dla niniejszej sprawy istotny jest bezsporny fakt, że odwołujący nie był w stanie podpisać umowy na warunkach zaoferowanych w ofercie. Jednocześnie zamawiający miał prawo oczekiwać podpisania umowy na warunkach wynikających z oferty. Zamawiający podkreślił, że zamawiający nie miał obowiązku modyfikować pierwotnie ustalonych warunków pod dyktando i sytuację faktyczną wykonawcy. Co więcej, modyfikacja terminu realizacji zamówienia — w sytuacji, gdy było to kryterium oceny ofert, mogłaby budzić wątpliwości co do zgodności z przepisami ustawy P.z.p. Zamawiający zauważył, że dopuszczalność wydłużenia terminu realizacji przedmiotu umowy przed jej podpisaniem nie jest tak oczywista, jak wskazuje odwołujący w swoich kolejnych pismach. Tym samym zamawiający stoi na stanowisku, że jego oczekiwanie podpisania umowy na warunkach wynikających z oferty było w pełni uzasadnione.

Zamawiający wyjaśnił, że nie przestał odwołującemu projektu umowy do podpisu, ponieważ nie miał informacji o wniesieniu zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a projekt umowy wymagał w§ 9 ust. 1 uzupełnienia, w jakiej formie ww. zabezpieczenie zostało wniesione. Zatem, biorąc pod uwagę całokształt okoliczności, kwestia techniczna w postaci przesłania projektu umowy do podpisu pozostaje bez znaczenia dla realizacji przesłanek unieważnienia postępowania.

Izba ustaliła, co następuje:

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte w dniu 13 października 2024 roku (dowód: ogłoszenie o zamówieniu z dnia 13 października 2024 roku).

Zgodnie z rozdziałem XII SWZ „Termin związania ofertą”:

- 1. Wykonawca związany jest ofertą przez okres 30 dni, tj. do dnia 28.11.2023 r.*
- 2. Bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert.*

W myśl rozdziału XIV ust. 1 SWZ „Sposób oraz termin składania i otwarcia ofert:

Ofertę wraz z wymaganymi dokumentami należy złożyć za pośrednictwem portalu e-Zamówienia <https://ezamowienia.gov.pl> do dnia 30.10.2023 r. do godz. 10:00

Zgodnie z rozdziałem XVI SWZ „Ocena ofert”:

1. Kryteriami oceny ofert jest

- a) cena oferty brutto 60%
- b) okres gwarancji i rękojmi 10%
- c) termin realizacji zamówienia 30%

Punkty będą przyznawane wg następujących zasad: 1% = 1 punkt.

(...)

4. Kryterium oceny „termin realizacji zamówienia” - będzie przeprowadzane na podstawie podanego przez wykonawcę w ofercie terminu realizacji zamówienia.

Punkty będą przyznawane wg następujących zasad: 1% = 1 punkt.

4.1. Liczba punktów, które można uzyskać w kryterium termin realizacji zamówienia (T) zostanie obliczona zgodnie z poniższym opisem: Oferty w tym kryterium oceniane będą w odniesieniu do najkrótszego terminu realizacji zastrzegając, iż najkrótszy możliwy do zaoferowania termin wynosi: 60 dni, a najdłuższy 120 dni (co 10 dni).

Stosownie do rozdziału XVII SWZ „Informacje o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego”:

1. Wykonawca, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą przed podpisaniem umowy:

- a. wniesie zabezpieczenie należytego wykonania umowy,
- b. przedłoży umowę regulującą współpracę współników składających wspólną ofertę, zawierającą wymagane w SWZ zapisy (kopię poświadczoną za zgodność z oryginałem przez wykonawców),
- c. dostarczy potwierdzone za zgodność z oryginałem kopie uprawnień oraz kopie potwierdzające przynależność do właściwej Izby dotyczące osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (poświadczone za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę lub inne podmioty w przypadku, gdy Wykonawca wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu polegał na osobach zdolnych do wykonania zamówienia tych innych podmiotów),
- d. dostarczy wykaz osób skierowanych do realizacji przedmiotowego zamówienia zgodnie z obowiązkiem w rozdz. III b, wraz z oświadczeniem potwierdzającym zatrudnienie na umowę o pracę,
- e. dostarczy kosztorys ofertowy,
- f. dostarczy HARMONOGRAM realizacji robót.

(...)

6. Osoby reprezentujące wykonawcę przy podpisywaniu umowy powinny posiadać ze sobą dokumenty potwierdzające ich umocowanie do podpisania umowy, o ile umocowanie to nie będzie wynikać z dokumentów załączonych do oferty. Zamawiający informuje, iż dopuszcza zawarcie umowy na odległość (korespondencja elektroniczna).

Dowód: SWZ

Zgodnie z rozdziałem XVIII „Informacje dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy”:

1. Warunkiem zawarcia umowy jest wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 10% ceny całkowitej brutto podanej w ofercie, najpóźniej w dniu podpisania umowy. Zamawiający zgodnie z art. 452 ust. 3 ustawy Pzp, ustala zabezpieczenie należytego wykonania umowy na poziomie 10% z uwagi na kluczowy charakter przedmiotu zamówienia, gdyż prawidłowa jego realizacja wpływa na funkcjonowanie i prawidłową eksploatację całego obiektu boiska sportowego. Przedmiot zamówienia, po zakończeniu jego realizacji musi pozostać należycie zabezpieczony na okres gwarancji i rękojmi.

2. Oryginał dokumentu potwierdzającego wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy musi być dostarczony Zamawiającemu przed podpisaniem umowy.

W dniu 28 grudnia 2023 roku zamawiający zawiadomił o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego (dowód: zawiadomienie z dnia 28 grudnia 2023 roku).

Pismem z dnia 5 stycznia 2024 roku zamawiający poinformował odwołującego, co następuje:

Centralny Ośrodek Sportu-Ośrodek Przygotowań Olimpijskich w Giżycku, niniejszym zawiadamia, iż zawarcie umowy dotyczącej przedmiotowego przetargu planowane jest na dzień 12.01.2024 r. Zawarcie umowy nastąpi w formie elektronicznej, poprzez przesłanie Państwu umowy do podpisu na adres e-mail wskazany w ofercie.

Przed podpisaniem umowy Wykonawca zobowiązany jest do

- 1. Wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy (w wys. 10 % ceny całkowitej brutto podanej w ofercie). Przed podpisaniem umowy należy przedstawić Zamawiającemu dowód wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy;*
- 2. Dostarczenia Zamawiającemu wykazu osób skierowanych do realizacji przedmiotowego zamówienia zgodnie z obowiązkiem w rozdz. III b SWZ, w związku z art. 95 ust. 1. ustawy Prawo zamówień publicznych;*
- 3. Dostarczenia kosztorysu ofertowego;*
- 4. Dostarczenia harmonogramu realizacji robót (dowód: pismo z dnia 5 stycznia 2024 roku).*

W odpowiedzi pismem z dnia 11 stycznia 2024 roku odwołujący wskazał, co następuje:

Dziękujemy za pismo zamawiającego z dnia 5.01.2024 r. dotyczące terminu zawarcia Umowy oraz wskazujące na obowiązek przedstawienia przez Wykonawcę wymaganych dokumentów.

W odpowiedzi na powyższe pismo chcielibyśmy poprosić o wyznaczenie dłuższego terminu na realizację punktów z pisma zamawiającego niż 12.01.2024 r., a w konsekwencji dalszego terminu do zawarcia Umowy. Taki dodatkowy czas pozwoliłby nam na kompleksowe przygotowanie dokumentów i zapewnienie ich pełnej zgodności z wymaganiami.

Powyższy wniosek o przedłużenie tego terminu składamy z uwagi na kilka istotnych czynników.

Po pierwsze, chcielibyśmy zwrócić uwagę na fakt, że postępowanie zamówieniowe trwało dłużej niż pierwotnie oczekiwano. W związku z tym, terminy realizacji zamówienia, które zostaną określone w harmonogramie realizacji robót muszą zostać ponownie zweryfikowane. Dotyczy to w szczególności terminów wykonania i dostawy przez producenta materiału potrzebnego do realizacji zamówienia, dostępności tego samego zespołu dedykowanego do wykonania zamówienia, gdzie Wykonawca związany jest ustaleniami producenta oraz podwykonawcy Tilea Poland sp. z o.o. i mocami produkcyjnymi w okresie innym niż zakładano na etapie składania oferty. Zapewniamy przy tym, że dokładamy wszelkich starań, aby terminy były realistyczne i możliwe do zrealizowania.

Po drugie, zważywszy na relatywnie krótki termin do zawarcia umowy proponowany przez Zamawiającego, należy stwierdzić, że w tak krótkim czasie i to obejmującym okres świąteczny utrudnione jest uzyskanie gwarancji należytego wykonania umowy. Jest to okoliczność niezależna bezpośrednio od Wykonawcy.

Niezależnie od powyższego chcielibyśmy w tym miejscu zwrócić uwagę na to, że przy weryfikacji terminów realizacji i aktualizowania harmonogramu uwzględnić należy specyfikę zamówienia, które nie może być wykonywane w okresie zimowym. Zakładane pierwotnie terminy realizacji uwzględniały możliwość wykonania zamówienia w okresie jesiennym, co przez istotne przedłużenie się postępowania zamówieniowego oznacza, że nie jest obecnie możliwe wykonanie zamówienia w terminach przewidzianych w ofercie Wykonawcy. Zatem realizując obowiązek ciążyący na Wykonawcy zgodnie z par. 13 ust. 9 Umowy zwracamy uwagę na te okoliczności i prosimy Zamawiającego o rozważenie konieczności zmiany terminów umownych realizacji zamówienia jeszcze przed podpisaniem Umowy.

W aspekcie formalnym należy wskazać, że zgodnie z projektem umowy dotyczącej przedmiotowego zamówienia zmiany Umowy, w tym terminów jej realizacji dopuszczalne są zgodnie z par. 13 Umowy. Spośród szeregu okoliczności uzasadniających taką zmianę wskazanych w Umowie należy wskazać na treść ust. 4 pkt. 2) lit. a-c tj. w sytuacji gdy wystąpią:

- a) okoliczności niezależne od Wykonawcy, przy zachowaniu przez niego należytej staranności, skutkujące niemożnością dotrzymania terminu realizacji przedmiotu umowy,*
- b) konieczność wykonania robót dodatkowych, których realizacja będzie miała wpływ na harmonogram realizacji robót*

podstawowych,

c) w toku wykonywania przedmiotu umowy wystąpią przeszkody o obiektywnym charakterze, w tym: zalodzenie, klęski żywiołowe, konieczność usunięcia niewybuchów i niewypałów lub niekorzystne warunki atmosferyczne uniemożliwiające prowadzenie robót budowlanych zgodnie z warunkami technicznymi przez okres co najmniej 5 dni roboczych następujących po sobie i będzie to miało wpływ na termin wykonania przedmiotu umowy.

Należy przy tym zaznaczyć, że w doktrynie prawa zamówień publicznych nie budzi wątpliwości dopuszczalność zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego jeszcze przed jej zawarciem, w oparciu o istniejące przesłanki wynikające z samego prawa lub dokumentacji przetargowej.

Powyższe potwierdzają orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, Sądów powszechnych oraz stanowisko samego Urzędu Zamówień Publicznych.

Tak przykładowo w wyroku z 10 lutego 2009 r. KIO/UZP 125/09, LEX nr 487652 KIO stwierdziła, że: „w ocenie Izby, nie istnieją przeszkody do zawarcia umowy z określeniem nowego terminu realizacji zamówienia. (...) jako możliwość dokonania takiej zmiany należy wskazać przepis art. 144 ust. 1 ustawy pzp w jego brzmieniu przed nowelizacją, który zezwala na dokonywanie zmian zawartej umowy w stosunku do treści oferty, w sytuacji której nie można było przewidzieć lub gdy zmiany są korzystne. Izba przychyliła się do poglądu wyrażonego w wyroku Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 2.06.2005 roku (Sygn. akt III Ca 262/05), gdzie wskazano, że nie ma przeszkód aby przepis art. 144 ust. 1 ustawy 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”.

W innym wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 lutego 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 25/08. stwierdziła, że „przepis art. 140 ust. 2 ustawy p.z.p. zezwala w szczególnie uzasadnionych przypadkach na zmianę sposobu spełnienia świadczenia jeszcze przed zawarciem umowy. (...) Przepis art. 144 ustawy p.z.p. zezwala na dokonanie zmian po zawarciu umowy. Skoro bowiem ustawa dopuszcza zmiany umowy już zawartej, to tym bardziej można zmienić zapisy przyszłej umowy w stosunku do treści oferty, pod warunkiem oczywiście wykazania okoliczności określonych w przepisie art. 140 ust. 2 ustawy p.z.p.”.

W podobnym duchu wypowiedział się Sąd Okręgowy w Nowym Sączu Wydział III Cywilny Odwoławczy w wyroku z 2 czerwca 2005 r. SO w Nowym Sączu Wydział III Cywilny Odwoławczy z dnia 2 czerwca 2005r., sygn. akt: III Ca 262/05 uznał, że: „nie ma przeszkód, aby ten przepis [art. 144 ust. 1 poprzednio obowiązującego Pzp – przyp. wł.] zastosować odpowiednio po wyborze oferty, a jeszcze przed podpisaniem umowy. Jeśli bowiem można — w sytuacjach szczególnych, o których mowa w ww przepisie — zmienić postanowienia umowy już zawartej, to wydaje się, że tym bardziej można zmienić prawa i obowiązki stron przyszłej umowy w stosunku do treści oferty na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, w okresie po wyborze oferty, a przed zawarciem umowy. Oczywiście będzie to dopuszczalne tylko wtedy, gdy konieczność wprowadzenia zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w czasie finalizowania prac nad projektem umowy albo zmiany są korzystne dla zamawiającego”

Stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych

UZP stoi na stanowisku, że tego rodzaju zmiana jest dozwolona. Podkreślenia wymaga rola stron przyszłej umowy i obowiązek współdziałania w osiągnięciu celu zamówienia, jakim jest zawarcie i wykonanie umowy, nie zaś zatrzymanie wadium czy powtarzanie przetargów. W sytuacji gdy zamawiający i wykonawca są zainteresowani zawarciem umowy, ale z uwagi na zmienione okoliczności nie ma możliwości zawarcia jej na pierwotnych warunkach przetargowych, rozważenia wymaga możliwość zmian projektu umowy przy uwzględnieniu przepisów p.z.p. – w szczególności art. 144 p.z.p. Dopuszczalne jest przy tym modyfikowanie umów, zarówno gdy przesłanka zmiany umowy wystąpiła przed, jak i po zawarciu umowy. <https://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/1476117,zamowienia-publiczne-zmiana-warunkow-podpisanie-umowy.html>)

Z powyższych powodów, uprzejmie prosimy o rozważenie naszego wniosku o przedłużenie terminu zawarcia Umowy oraz wyznaczenie dłuższego terminu na realizację pozostałych punktów pisma zamawiającego. Wychodzimy z założenia, że uzyskanie przez nas wszelkich informacji niezbędnych do zaktualizowania harmonogramu będzie możliwe do końca przyszłego tygodnia. Prosimy o uwzględnienie tego, jak również potrzeby uzgodnienia między stronami zakresu ewentualnych zmian w umowie, przy ustalaniu nowego terminu podpisania Umowy.

Jesteśmy przekonani, że taka decyzja pozwoli na skuteczne i zgodne z oczekiwaniami wykonanie zamówienia (dowód:

pismo z dnia 11 stycznia 2024 roku).

Pismem z dnia 12 stycznia 2024 roku zamawiający wskazał, co następuje:

Centralny Ośrodek Sportu-Ośrodek Przygotowań Olimpijskich w Giżycku, w odpowiedzi na pismo niniejszym zawiadamia, iż na dzień 12.01.2024 r. wyraża zgodę wyłącznie na zmianę terminu zawarcia umowy dotyczącej przedmiotowego przetargu na dzień 19.01.2024 r. pod rygorem uznania przez zamawiającego, że uchyla się zgodnie z 263 i skutków o których mowa w art. 98 ust. 6 pkt 2 lit. a.

Zawarcie umowy nastąpi w formie elektronicznej, poprzez przesłanie Państwu umowy do podpisu na adres e-mail wskazany w ofercie.

Przed podpisaniem umowy Wykonawca zobowiązany jest do

- 1. Wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy (w wys. 10 % ceny całkowitej brutto podanej w ofercie). Przed podpisaniem umowy należy przedstawić Zamawiającemu dowód wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy;*
- 2. Dostarczenia Zamawiającemu wykazu osób skierowanych do realizacji przedmiotowego zamówienia zgodnie z obowiązkiem w rozdz. III b SWZ, w związku z art. 95 ust. 1. ustawy Prawo zamówień publicznych;*
- 3. Dostarczenia kosztorysu ofertowego;*
- 4. Dostarczenia harmonogramu realizacji robót (dowód: pismo z dnia 12 stycznia 2024 roku).*

W odpowiedzi, pismem z dnia 18 stycznia 2024 roku, odwołujący wskazał, co następuje:

Dziękujemy za pismo zamawiającego z dnia 11.01.2024 r. dotyczące nowego terminu zawarcia Umowy.

W nawiązaniu do naszej korespondencji dotyczącej realizacji zamówienia, a szczególnie w odpowiedzi do Państwa pisma z 11.01.2024 r. uprzejmie informujemy, że nie otrzymaliśmy od Zamawiającego odniesienia się oraz żadnych wyjaśnień dotyczących postulowanych przez nas zmian terminu realizacji zamówienia.

Jak wskazywaliśmy w poprzednim naszym piśmie, nie ma już możliwości realizacji zamówienia w pierwotnie zakładanych terminach. Z jednej strony w związku z porą roku i warunkami pogodowymi, które uniemożliwiają niezwłoczne rozpoczęcie prac, po podpisaniu umowy, a z drugiej w związku z niemożnością zagwarantowania terminów dostaw materiałów, które były pierwotnie dostosowane do wymogów przetargowych, nie zakładały jednak takich przesunięć czasowych spowodowanych trwaniem samego postępowania.

W załączeniu przedstawiamy oświadczenie podwykonawcy w odniesieniu do powyższej kwestii, w którym potwierdza, że pierwotne terminy dostaw i produkcji niemożliwe są do zachowania.

Brak ustaleń realnych terminów realizacji zamówienia z Zamawiającym uniemożliwia nam pozyskanie gwarancji należytego wykonania umowy, która musi się odnosić do określonego okresu jej obowiązywania. Od tego zależy możliwość jej udzielenia i koszt jaki wykonawca musi ponosić w związku z tym (który powinien być możliwy do oszacowania).

Jak wskazywaliśmy we wcześniejszej korespondencji, naszym zdaniem istnieją możliwości zawarcia umowy z uwzględnieniem nowych terminów. Przemawiają za tym obiektywne okoliczności i regulacje umowne, które przewidują konkretne rozwiązania przy zaistnieniu takich okoliczności. Jak wskazaliśmy potwierdza to również orzecznictwo KIO, sądów oraz stanowisko samego Urzędu Zamówień Publicznych. Nie wpływa na to przy tym fakt, że termin realizacji był jednym z kryteriów oceny ofert.

Na gruncie ustawy PZP zmiana istotnych postanowień umowy możliwa jest wyłącznie w przypadku gdy zmiana taka została przewidziana w Umowie. Z orzecznictwa wprost wynika, iż za zmiany (istotne) postanowień umowy uznawane są zwłaszcza te, które dotyczyć będą elementów podlegających ocenie na podstawie kryteriów oceny ofert (cena, termin realizacji, długość okresu gwarancji) oraz zawsze te w obrębie essentialia negotii umowy (elementy przedmiotowo istotne), a zatem oprócz wynagrodzenia będącego zawsze kryterium oceny, także zmiany dotyczące przedmiotu umowy tożsamego z przedmiotem zamówienia, opisanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wyrok NSA z dnia 13 marca 2014 r., sygn. akt II GSK 12/13).

Zatem w naszej ocenie zmiana terminu umowy jest dopuszczalna również w sytuacji gdy termin realizacji zadania stanowił

kryterium oceny ofert, a umowa jeszcze nie została podpisana pomiędzy stronami.

Jeśli Zamawiający jest innego zdania, prosimy o przedstawienie właściwej dla niego formy ustalenia zaktualizowanych zasad realizacji zadania, w szczególności w odniesieniu do terminów rozpoczęcia prac i ich realizacji. Bez tych nowych ustaleń nie jesteśmy w stanie przedstawić zabezpieczenia należytego wykonania, ani tym bardziej zawrzeć umowy, która przewiduje nierealne terminy jej wykonania.

Podkreślamy nasze zainteresowanie realizacją projektu i to, że nie uchylamy się od zawarcia umowy, jednak z przyczyn od nas niezależnych o obiektywnym charakterze nie możemy zrealizować zamówienia w okresach przewidzianych w SWZ, a to z powodu tego, że postępowanie przetargowe się istotnie przedłużyło, wpływając na wszelkie ustalone wcześniej harmonogramy.

Z powyższych powodów uprzejmie prosimy o klarowne stanowisko Zamawiającego w tej sprawie i odpowiedź na pytanie na jakich warunkach dotyczących terminów przekazania placu budowy i realizacji zamówienia publicznego zamierza zawrzeć umowę oraz jak chce uwzględnić obiektywne okoliczności zaistniałe do tej chwili, które istotnie na te terminy wpływają.

Do pisma odwołujący załączył oświadczenie podmiotu Tilea Poland Sp. z o.o. we Wrocławiu o niemożności potwierdzenia terminów produkcji i dostaw materiałów niezbędnych do wykonania hali pneumatycznej (dowód: pismo z dnia 18 stycznia 2024 roku z załącznikiem).

Pismem z dnia 19 stycznia 2024 roku zamawiający wskazał, co następuje:

Centralny Ośrodek Sportu-Ośrodek Przygotowań Olimpijskich w Giżycku, w odpowiedzi na pismo niniejszym zawiadamia, iż w projektowanych postanowieniach umowy dokonana zostanie modyfikacja w zakresie § 6 pkt. 4) i § 3 ust. 1 przesuwająca termin przekazania placu budowy najwcześniej od dnia 12.02.2024 r. – najpóźniej do dnia 19.02.2024r., tym samym 60 dniowy termin wykonania przedmiotu umowy liczony będzie od dnia 12.02.2024 r. (dowód: pismo z dnia 19 stycznia 2024 roku).

Pismem z dnia 19 stycznia 2024 roku zamawiający zawiadomił, co następuje:

Centralny Ośrodek Sportu-Ośrodek Przygotowań Olimpijskich w Giżycku, w odpowiedzi na pismo niniejszym zawiadamia, iż wyznacza ostateczny termin zawarcia umowy dotyczącej przedmiotowego przetargu na dzień 29.01.2024 r. pod rygorem uznania przez zamawiającego, że uchyla się zgodnie z 263 i skutków o których mowa w art. 98 ust. 6 pkt 2 lit.a.

Zawarcie umowy nastąpi w formie elektronicznej, poprzez przesłanie Państwu umowy do podpisu na adres e-mail wskazany w ofercie.

Przed podpisaniem umowy Wykonawca zobowiązany jest do

1. Wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy (w wys. 10 % ceny całkowitej brutto podanej w ofercie). Przed podpisaniem umowy należy przedstawić Zamawiającemu dowód wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy;

2. Dostarczenia Zamawiającemu wykazu osób skierowanych do realizacji przedmiotowego zamówienia zgodnie z obowiązkiem w rozdz. III b SWZ, w związku z art. 95 ust. 1. ustawy Prawo zamówień publicznych;

3. Dostarczenia kosztorysu ofertowego;

4. Dostarczenia harmonogramu realizacji robót (dowód: pismo z dnia 19 stycznia 2024 roku).

Pismem z dnia 29 stycznia 2024 roku odwołujący wskazał, co następuje:

(...) w nawiązaniu do naszej korespondencji dotyczącej realizacji zamówienia oraz planowanego dzisiaj podpisania umowy, chcemy przedstawić Państwu pewne istotne kwestie, które wpływają na naszą zdolność do zawarcia umowy zgodnie z pierwotnie ustalonymi terminami.

Chcielibyśmy podkreślić, że niezależnie od naszej chęci i gotowości do podpisania umowy, nie jesteśmy, jak o tym informowaliśmy Zamawiającego, w stanie zrealizować jej w zakładanym terminie. Przyczyną tego jest niemożność zachowania przez dostawców gwarantowanych nam pierwotnie terminów dostaw i realizacji membrany, co wpływa na cały harmonogram realizacji zamówienia i wymaga określenia nowych terminów zaktualizowania harmonogramu do aktualnych

okoliczności już na etapie zawierania umowy.

Przeprowadzona przez nas analiza prawna nie daje nam podstaw by sądzić, że podpisanie umowy z uwzględnieniem nierzeczywistych już obecnie terminów realizacji, nie stanowi istotnego ryzyka, z którym nie jesteśmy w stanie się pogodzić. Wiąże się z tym z oczywistych względów niepewność co do zgody Zamawiającego na przedłużenie terminów umownych po jej zawarciu oraz co do stanowiska Zamawiającego w odniesieniu do samych okoliczności, które naszym zdaniem uzasadniają potrzebę zaktualizowanego harmonogramu.

Chcielibyśmy podkreślić, że nie uchylamy się od zawarcia umowy. Jednakże, nie możemy tego zrobić przy wskazaniu terminów umownych, które już na dzień podpisania nie będą możliwe do zachowania, a więc przedstawić harmonogramu który będzie takie terminy zakładał.

Prosimy o zrozumienie naszej sytuacji i podjęcie odpowiednich kroków w celu rozwiązania tej kwestii. Jesteśmy otwarci na dalszą dyskusję i negocjacje w celu znalezienia rozwiązania, które będzie satysfakcjonujące dla obu stron (dowód: pismo z dnia 29 stycznia 2024 roku).

Pismem z dnia 19 lutego 2024 roku odwołujący wskazał, co następuje:

(...) w nawiązaniu do naszej ostatniej korespondencji dotyczącej możliwości zawarcia umowy z urealnionymi terminami wykonania zamówienia, która pozostała bez odpowiedzi, zwracamy się do Państwa z prośbą o stanowisko Zamawiającego w niniejszej sprawie.

Chcielibyśmy podkreślić, że nadal jesteśmy zainteresowani zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego w wyniku rozstrzygniętego przetargu. Co się z tym wiąże, jesteśmy również gotowi wnieść zabezpieczenie należytego wykonania tej umowy. Warto zauważyć, że na możliwość zawarcia umowy nie wpływa okoliczność upływu terminu związania ofertą.

Prosimy o jak najszybszą odpowiedź w tej sprawie, abyśmy mogli kontynuować proces zawarcia umowy i realizację zamówienia zgodnie z postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dowód: pismo z dnia 19 lutego 2024 roku).

Pismem z dnia 23 kwietnia 2024 roku odwołujący wskazał, co następuje:

W nawiązaniu do prowadzonych rozmów z Zamawiającym - Centralny Ośrodek Sportu – Ośrodek Przygotowań Olimpijskich w Giżycku dotyczących zawarcia umowy, jako Wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą wnosimy o wyznaczenie terminu zawarcia przedmiotowej umowy o zamówienie publiczne. Chcemy podkreślić nasze nadal utrzymujące się zainteresowanie podpisaniem umowy w wyniku rozstrzygniętego przetargu, niemniej musimy zwrócić uwagę, że nasze możliwości doznają istotnego ograniczenia proporcjonalnie do bezproduktywnie upływającego czasu.

Aktualnie nasi dostawcy nie mogą już dłużej czekać na realizację naszego zamówienia, które zgodnie z dotychczasowymi rozmowami zostało uwzględnione w zaplanowanym cyklu produkcyjnym. Dłuższe pozostawanie w stanie zawieszenia grozi po stronie wykonawcy nie tylko utratą potencjalnych korzyści z planowanej realizacji ale również powstaniem realnej szkody związanej z niemożnością rozpoczęcia innych projektów oraz odpowiedzialnością wobec zakontraktowanych partnerów i podwykonawców. Brak zawarcia umowy do końca bieżącego miesiąca i przynajmniej ustalenia konkretnych terminów jej realizacji spowoduje, że nasi dostawcy i producenci nie będą w stanie zagwarantować nam niezbędnych komponentów naszego zamówienia w ich cyklu produkcyjnym. Takie opóźnienie wpłynie negatywnie na nasze możliwości wykonawcze i uniemożliwi dostarczenie Państwu gotowego produktu nawet w tym roku.

W związku z powyższym, wnosimy o jak najszybsze podjęcie niezbędnych kroków w celu rozpoczęcia wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jakkolwiek Zamawiający nie jest związany żadnymi terminami to nie może zwlekać w nieskończoność z dalszymi działaniami. Takie opóźnienie może być sprzeczne z zasadami uczciwej współpracy kontraktowej i narażać Wykonawcę na szkodę, której naprawienia Wykonawca może dochodzić. Zgodnie z art. 704 par. 2 k.c. jeżeli organizator przetargu uchyla się od zawarcia umowy, uczestnik, którego oferta została wybrana, może żądać zapłaty podwójnego wadium albo naprawienia szkody (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 stycznia 2016 r. IV CSK 226/15) (dowód: pismo z dnia 23 kwietnia 2024 roku).

W dniu 7 maja 2024 roku zamawiający zawiadomił o unieważnieniu postępowania, wskazując, co następuje:

Zamawiający unieważnia przedmiotowe postępowanie przetargowe na podstawie art. 255 pkt 7 oraz art. art. 263 ustawy Pzp.

Zgodnie z dyspozycją art. 255 pkt 7 zamawiający unieważnia postępowanie przetargowe, jeżeli wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nadto zgodnie z art. 263 ustawy 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 związku z odmową podpisania przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza umowy w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, zamawiający przesyłał wykonawcy kolejne pisma wyznaczające nowe terminy, w wyniku czego ostateczny termin podpisania umowy ustalony został na dzień 29.01.2024 r. Wykonawca do tego dnia ponownie odmówił zawarcia umowy i stale uchyla się od dokonania tejże czynności. Nadto wykonawca przesłał zamawiającemu jedynie kosztorys ofertowy i wykaz osób, nie dopełnił natomiast obowiązku warunkującego możliwość zawarcia umowy, a mianowicie nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Mając na uwadze powyższe okoliczności zamawiający korzystając z dyspozycji art. 263 ustawy Pzp unieważnia przedmiotowe postępowanie przetargowe (dowód: zawiadomienie z dnia 7 maja 2024 roku).

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

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

Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że zamawiający wyznaczył odwołującemu termin na zawarcie umowy na dzień 12 stycznia 2024 roku. Następnie, wobec sygnalizowania przez odwołującego, iż nie jest on w stanie podpisać umowy w wyznaczonym terminie, zamawiający jeszcze dwukrotnie zmieniał termin zawarcia umowy: na dzień 19 stycznia 2024 roku, a następnie – na 29 stycznia 2024 roku.

Z analizy pism kierowanych przez odwołującego do zamawiającego, w których informował on zamawiającego o niemożności podpisania umowy w wyznaczonych terminach, wynika, że przyczyny owej niemożności leżały po stronie odwołującego. I tak odwołujący podnosił takie okoliczności, jak brak możliwości wykonania zamówienia w terminie zaoferowanym przez odwołującego z uwagi na niemożność dotrzymania terminów wykonania i dostawy przez producenta materiału koniecznego do wykonania zamówienia oraz utrudnienia w uzyskaniu gwarancji należytego wykonania umowy z powodu okresu świątecznego. Odwołujący wskazywał, że postępowanie zamówieniowe trwało dłużej niż pierwotnie oczekiwano. W związku z tym, terminy realizacji zamówienia, które zostaną określone w harmonogramie realizacji robót muszą zostać ponownie zweryfikowane.

W ocenie Izby stanowisko odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że postępowanie zostało wszczęte w dniu 13 października 2023 roku, termin składania ofert został ustalony na dzień 30 października 2023 roku, natomiast wybór najkorzystniejszej oferty nastąpił w dniu 28 grudnia 2023 roku. Przepisy ustawy P.z.p. nie ustanawiają terminu, w jakim zamawiający ma zakończyć postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Pewnego rodzaju wskazówki co do pożądanej długości postępowania zawarte są w art. 220 ustawy P.z.p., regulującym terminy związania ofertą. I tak, zgodnie z art. 220 ust. 1 ustawy P.z.p. wykonawca jest związany ofertą nie dłużej niż: 1) 90 dni, 2) 120 dni – jeżeli wartość zamówienia dla robót budowlanych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług – 10 000 000 euro – od dnia upływu terminu składania ofert, przy czym pierwszym dniem terminu związania ofertą jest dzień, w którym upływa termin składania ofert. W myśl ust. 3, w przypadku gdy wybór najkorzystniejszej oferty nie nastąpi przed upływem terminu związania ofertą, o którym mowa w ust. 2, zamawiający, przed upływem terminu związania ofertą, zwraca się jednokrotnie do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o wskazywany przez niego okres, nie dłuższy niż 60 dni. W rozpoznawanym przypadku zamawiający ustalił termin związania ofertą na 30 dni licząc od dnia składania ofert, tj. do dnia 28 listopada 2023 roku. Następnie, w wyniku wniosku zamawiającego, odwołujący przedłużył termin związania ofertą do dnia 28 grudnia 2023 roku. Zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty w dniu 28 grudnia 2023 roku.

Z powyższego wynika, że zarówno wskazany w SWZ termin związania ofertą, jak i termin wynikający z wniosku zamawiającego o jego przedłużenie, były znacznie krótsze niż ustalone w art. 220 ustawy P.z.p. maksymalne terminy związania ofertą. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w terminie związania ofertą, o którego przedłużenie wniósł zgodnie z art. 220 ust. 3 ustawy P.z.p. W ocenie Izby brak jest podstaw twierdzenia, iż postępowanie zostało przedłużone w sposób nadmierny i niemożliwy do przewidzenia.

Następnie Izba podkreśla, że z żadnego z postanowień zawartych w dokumentach postępowania nie wynikało, iż realizacja zamówienia miała mieć miejsce w okresie jesiennym. Już sam fakt wszczęcia postępowania w dniu 13 października 2023 roku pozwalał na przypuszczenie, że realizacja przedmiotu zamówienia może nawet nie rozpocząć się w okresie jesiennym, a w sytuacji, w której najkrótszy termin wykonania zamówienia wynosił 60 dni, kompletnie bezpodstawnym byłoby założenie, iż realizacja zamówienia nie obejmie okresu zimowego. Jednocześnie Izba wskazuje, że zamawiający umożliwił wykonawcom realizację przedmiotu zamówienia w okresie do 120 dni. W tej sytuacji odwołujący winien był dostosować zaoferowany okres wykonania zamówienia do zmieniających się warunków pogodowych. Zaoferowanie najkrótszego terminu stanowiło zatem ryzyko odwołującego, który winien być świadomy zagrożeń wynikających z niesprzyjających warunków pogodowych.

Z kolei podnoszone przez odwołującego okoliczności uniemożliwiające mu zawarcie umowy w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, tj. z uwagi na niemożność dotrzymania terminów wykonania i dostawy przez producenta materiału koniecznego do wykonania zamówienia oraz utrudnienia w uzyskaniu gwarancji należytego wykonania umowy z powodu okresu świątecznego świadczą o jego uchyleniu się od zawarcia umowy, co uprawniało zamawiającego do unieważnienia postępowania na podstawie przepisów wskazanych w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania. Izba wskazuje na art. 474 zdanie pierwsze Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym dłużnik odpowiedzialny jest jak za własne działanie lub zaniechanie za działania i zaniechania osób, z których pomocą zobowiązanie wykonywa, jak również osób, którym wykonanie zobowiązania powierza. Analogicznie należy ocenić niemożność uzyskania przez odwołującego gwarancji ubezpieczeniowej należytego wykonania umowy.

Bez znaczenia jest w tej sytuacji stanowisko odwołującego, iż zamawiający ustalił wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy na poziomie 10%, co wiązało się z dodatkowym obciążeniem po stronie wykonawców jeśli chodzi o koszty takiego zabezpieczenia. Izba wskazuje, że w sytuacji, w której odwołujący kwestionował wysokość ustalonego zabezpieczenia, winien był wnieść odwołanie na postanowienia SWZ w tym zakresie. Podnoszenie tego rodzaju argumentacji po terminie składania ofert należy uznać za spóźnione.

Zgodnie z art. 255 pkt 7 ustawy P.z.p. zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub uchylił się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, z uwzględnieniem art. 263. W myśl art. 263 ustawy P.z.p., jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, uchylił się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może dokonać ponownego badania i oceny ofert spośród ofert pozostałych w postępowaniu wykonawców oraz wybrać najkorzystniejszą ofertę albo unieważnić postępowanie.

Uchyleniem się od zawarcia umowy jest nie tylko odmowa podpisania umowy (art. 98 ust. 6 pkt 2 lit. a ustawy P.z.p.), która jest tożsama ze stanowiskiem podjętym świadomie przez wykonawcę i przekazanym do wiadomości zamawiającego, lecz także wszelkie przyczyny leżące po stronie wykonawcy uniemożliwiające zawarcie umowy (art. 98 ust. 6 pkt 3 ustawy P.z.p.), zarówno przez niego zawnione, jak i niezawnione. Przykładami uchylenia się od zawarcia umowy będą m.in.:

- 1) nieusprawiedliwiona bierność wykonawcy, w tym nieusprawiedliwione niestawienie się w umówionym terminie zawarcia umowy,
- 2) nieusprawiedliwione niedysponowanie odpowiednim umocowaniem,
- 3) niezorganizowanie dokumentów wymaganych dla zawarcia umowy, oraz
- 4) brak współdziałania wymaganego dla zawarcia umowy (tak: „Prawo zamówień publicznych. Komentarz” pod red. H.N., M.W., Warszawa 2021, str. 774).

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

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

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

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

Niezależnie od powyższego stwierdzić należy, że z treści pism z dnia 11 stycznia 2024 roku, 18 stycznia 2024 roku oraz 29 stycznia 2024 roku kierowanych przez odwołującego do zamawiającego wynika odmowa zawarcia umowy, mimo że odwołujący unika zastosowania takiego sformułowania wprost. Informowanie zamawiającego o niemożności realizacji umowy na warunkach wskazanych w dokumentach postępowania i w ofercie oraz domaganie się ich dostosowania do postulatów odwołującego nie jest niczym innym jak odmową zawarcia umowy na pierwotnie ustalonych warunkach. Nie zasługuje na aprobatę taktyka odwołującego, który przy pomocy odpowiednio dobranej semantyki, usiłuje stworzyć wrażenie, iż jest zainteresowany zawarciem umowy, mimo że w istocie uchyla się od jej zawarcia.

W ocenie Izby nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja odwołującego odnosząca się do faktu, iż zamawiający do dnia wyznaczonego na zawarcie umowy nie przesłał mu umowy do podpisu oraz że zamawiający niezasadnie uznał, że odwołujący nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Z treści rozdziału XVII ust. 1 lit. a SWZ wynika, że „Wykonawca, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą przed podpisaniem umowy wniesie zabezpieczenie należytego wykonania umowy”. Z kolei, zgodnie z rozdziałem XVIII ust. 1 SWZ, „Warunkiem zawarcia umowy jest wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 10% ceny całkowitej brutto podanej w ofercie, najpóźniej w dniu podpisania umowy.”

Z analizy przytoczonych wyżej postanowień SWZ wynika, że najpierw wybrany wykonawca winien był wnieść zabezpieczenie należytego wykonania umowy, a następnie miało dojść do zawarcia umowy. Jednakże w dniu wyznaczonym na zawarcie umowy (tj. 29 stycznia 2024 roku) odwołujący nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy i poinformował zamawiającego o braku możliwości zawarcia umowy. Podkreślenia wymaga, że dokumenty postępowania o udzielenie zamówienia nie uzależniały obowiązku wniesienia zabezpieczenia od wcześniejszego przesłania odwołującemu umowy. Odwołujący był obowiązany wnieść zabezpieczenie najpóźniej w dniu 29 stycznia 2024 roku, czego nie uczynił. Niewniesienie należytego wykonania umowy jest zatem okolicznością oczywistą. Z kolei stawianie przez odwołującego zarzutu, że zamawiający nie przesłał mu umowy do podpisania, w sytuacji, w której odwołujący poinformował zamawiającego o niemożności zawarcia umowy w wyznaczonym dniu, należy uznać za kuriozalne.

Odnosząc się do argumentacji odwołującego, iż w rozmowach telefonicznych z pracownikami COS OPO w Giżycku przedstawiciele odwołującego byli zapewniani o tym, że zamawiający proceduje kwestie zawarcia umowy i do takiego zawarcia dojdzie, Izba wskazuje, że okoliczności te nie zostały w żaden sposób udowodnione. Odwołujący nie zgłosił żadnych wniosków dowodowych w tym zakresie, takich jak np. dowód z zeznań świadków czy z przesłuchania stron. Izba podkreśla, że to na odwołującym, zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy P.z.p., spoczywał ciężar wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których odwołujący wywodził skutki prawne.

W tej sytuacji bez znaczenia pozostają pisma odwołującego kierowane do zamawiającego po 29 stycznia 2024 roku, w których odwołujący deklarował zamiar zawarcia umowy. Izba wskazuje, że w sytuacji, w której ziściły się przesłanki unieważnienia postępowania, o których mowa w art. 255 pkt 7 i 263 ustawy P.z.p., zamawiający jest uprawniony do unieważnienia postępowania bez względu na okoliczności, jakie następują po ustaleniu, że wykonawca uchylił się od zawarcia umowy.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....