

Sygn. akt: KIO 1854/23

**WYROK**  
z dnia 12 lipca 2023 roku

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Tomasz Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lipca 2023 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 czerwca 2023 r. przez wykonawcę **Nbit J.J. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gliwicach**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Gminę Miejską Wągrowiec w Wągrowcu** przy udziale wykonawcy **J.P.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**  
**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Nbit J.J. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gliwicach** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Nbit J.J. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gliwicach** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawcy **Nbit J.J. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gliwicach** na rzecz zamawiającego – **Gminy Miejskiej Wągrowiec w Wągrowcu** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1854/23

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Gmina Miejska Wągrowiec w Wągrowcu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa sprzętu komputerowego i oprogramowania w ramach projektu grantowego „Cyfrowa gmina” o wartości poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy z dnia 11 września 2023 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 roku, poz. 1710 ze zm. – dalej: ustawa P.z.p.).

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy P.z.p.

W dniu 28 czerwca 2023 r. wykonawca Nbit J.J. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gliwicach (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie od czynności podjętej w odwołaniu przez zamawiającego, polegającej na niezgodnym z przepisem art. 263 ustawy P.z.p. przystąpieniu w dniu 23 czerwca 2023 roku do ponownego badania i oceny ofert pozostałych wykonawców wskutek bezzasadnego uznania, że odwołujący uchyla się od podpisania umowy oraz nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy przed jej podpisaniem, podczas gdy mając na uwadze stan faktyczny sprawy taka sytuacja nie nastąpiła, bowiem odwołujący wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz zgłaszał gotowość do jej podpisania z uwzględnieniem nieistotnych zmian umowy.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 263 ustawy P.z.p. poprzez jego zastosowanie i przystąpienie przez zamawiającego do ponownego badania i oceny ofert spośród ofert pozostałych w postępowaniu wykonawców, zmierzającej do wyboru najkorzystniejszej oferty, pomimo że odwołujący, którego oferta została wybrana pierwotnie jako najkorzystniejsza, nie uchylał się od zawarcia umowy i zgłaszał gotowość do jej podpisania, z uwzględnieniem zmiany w ofercie przedmiotu wycofanego z produkcji na model będący następcą pierwotnego i w całości zgodny z wymaganiami zamawiającego, a zamawiający odmówił przystąpienia do umowy, pomimo iż ww. zmiany były nieistotne, a ich wprowadzenie dopuszczają przepisy ustawy P.z.p. (art. 454, 455 ustawy P.z.p.)

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz unieważnienie czynności przystąpienia zamawiającego do ponownego badania i oceny ofert, a także wyznaczenie terminu do podpisania umowy. Ponadto wniósł o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego (wpisu od odwołania), w tym kosztów zastępstwa prawnego w wysokości 3 600 zł wraz ze zwrotem kosztów dojazdu na rozprawę według rachunków, które zostaną przedstawione na rozprawie.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie i dopuszczenie dowodu z dokumentacji postępowania, w szczególności z dokumentów załączonych do odwołania na fakty podnoszone w treści uzasadnienia, w szczególności na fakt gotowości

do zawarcia umowy i braku podstaw do przystąpienia przez zamawiającego do ponownego badania i oceny ofert, odmowy uwzględnienia zmian nieistotnych, posiadania zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Odwolujący podniósł, że posiada interes do wniesienia odwołania, z uwagi na fakt, że w wyniku działań zamawiającego naruszających przepisy ustawy P.z.p. – przystąpienia do badania i oceny ofert, a w konsekwencji ponowny wybór wykonawcy – poniesie szkodę w postaci braku możliwości uzyskania zamówienia publicznego (zawarcia umowy) na realizację dostaw objętych przedmiotem postępowania i tym samym utraty zysku, który odwołujący mógłby osiągnąć w wyniku realizacji umowy.

Zamawiający w oświadczeniu złożonym na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 11 lipca 2023 roku wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie na jego rzecz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca J.P. (dalej: przystępujący). Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Przedmiotem postępowania jest dostawa sprzętu komputerowego i oprogramowania w ramach projektu grantowego „Cyfrowa gmina”, w tym dostawa do siedziby zamawiającego 26 stacji roboczych, 3 skanerów, 10 komputerów przenośnych /laptopów (wraz z oprogramowaniem i systemem operacyjnym), zasilacza UPS na potrzeby serwerowni, 10 UPS na potrzeby stanowisk pracy, zestawu do wideokonferencji, zestawu do prezentacji wizualnych podczas spotkań i narad, Access Pointy, oprogramowania do zwiększenia cyberbezpieczeństwa, serwera NAS, SWITCH, urządzenie NAC, urządzenie UTM.

Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w art. 3 ust. 1 ustawy P.z.p. Termin składania ofert został wyznaczony do 22 marca 2023 roku godz. 9.30.

*Dowód: SWZ*

Odwolujący złożył ofertę, w której zaoferował komputer All in One model TERRA BTO AIO PC 2405HA Greeline.

*Dowód: oferta odwołującego*

W dniu 31 maja 2023 roku zamawiający poinformował o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez odwołującego.

*Dowód: pismo z dnia 31 maja 2023 roku*

Pismem z dnia 15 czerwca 2023 roku odwołujący wniósł o dokonanie zmiany zamówienia – projektu umowy – i uwzględnienie komputera będącego następcą komputera zaoferowanego – modelu TERRA BTO AIO PC 2705HA, ze względu na fakt, iż zaoferowany komputer został wycofany z produkcji. Odwołujący wskazał, że jedyna różnica dotycząca obu modeli obejmuje różnicę w wielkości matrycy z 24” na 27”.

*Dowód: pismo z dnia 15 czerwca 2023 roku*

Pismem z dnia 19 czerwca 2023 roku zamawiający wskazał, że nie wyraża zgody na zmianę oferowanego modelu komputera i wyznaczył termin podpisania umowy na dzień 23 czerwca 2023 roku.

*Dowód: pismo z dnia 19 czerwca 2023 roku*

Pismem z dnia 21 czerwca 2023 roku odwołujący poinformował o gotowości zawarcia umowy i dostarczenia modelu komputera będącego następcą komputera zaoferowanego przez odwołującego w postępowaniu.

*Dowód: pismo z dnia 21 czerwca 2023 roku*

Pismem z dnia 21 czerwca 2023 roku zamawiający poinformował o podtrzymaniu braku zgody na zmianę modelu komputera.

*Dowód: pismo z dnia 21 czerwca 2023 roku*

Pismem z dnia 23 czerwca 2023 roku zamawiający poinformował o przystąpieniu, na podstawie art. 263 ustawy P.z.p., do ponownego badania i oceny ofert pozostałych wykonawców, wskazując, że odwołujący nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy i uchył się od zawarcia umowy na warunkach określonych w ofercie.

*Dowód: pismo z dnia 23 czerwca 2023 roku*

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwolanie 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.

Istotą sporu jest rozstrzygnięcie, czy zamawiający był uprawniony do przystąpienia do dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert w sytuacji, w której odwołujący deklarował zawarcie umowy, której przedmiotem byłaby dostawa komputerów innych niż wskazane w ofercie odwołującego, niemniej jednak spełniających parametry wskazane w postępowaniu oraz będące następcami komputerów zaoferowanych, w związku z wycofaniem ich z produkcji.

Zamawiający poinformował, że przystępuje do ponownego badania i oceny ofert, zgodnie z dyspozycją art. 263 ustawy P.z.p. Stosownie do wskazanego przepisu, 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.

Po zbadaniu i analizie dokumentów wskazanych wyżej jako podstawa ustalenia stanu faktycznego Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, iż w rozpoznawanym przypadku zaszły okoliczności, o których mowa w art. 263 ustawy P.z.p.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego, jakoby uchylanie się od zawarcia umowy uwarunkowane było złożeniem przez wykonawcę oświadczenia w przedmiocie odmowy zawarcia umowy. Izba wskazuje, że ustawa P.z.p. dokonuje tu rozróżnienia, posługując się w art. 263 sformułowaniem „uchyla się od zawarcia umowy”, natomiast w art. 98 ust. 6 pkt 2 lit a – sformułowaniem „odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego”. Uchylaniem 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, zarówno przez niego zawinione, jak i niezawinione. Z przeprowadzonej w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wykładni pojęcia „uchylanie się od zawarcia umowy” wynika, 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 przesłanek jej zawarcia (tak np. wyrok z dnia 17 marca 2016 roku sygn. akt KIO 311/16, wyrok z dnia 4 marca 2014 roku, sygn. akt KIO 288/14).

W rozpoznawanym przypadku po stronie odwołującego zachodzą okoliczności uniemożliwiające mu zawarcie umowy na warunkach wskazanych ofercie. Zaoferowany przez odwołującego sprzęt został bowiem wycofany z produkcji, zatem przeszkoda w zawarciu umowy ma charakter nieprzemijający. Odwołujący podczas rozprawy podnosił, iż nie miał możliwości dokonania wcześniejszej rezerwacji sprzętu u producenta, jak również, po uzyskaniu informacji o wyborze jego oferty, nie mógł pozyskać sprzętu z innych źródeł. Izba dała wiarę argumentom odwołującego, niemniej jednak doszła do przekonania, że przedstawione okoliczności potwierdzają, iż przyczyny braku możliwości zawarcia umowy leżą po stronie odwołującego. Podkreślenia wymaga, że wykonawca, składając ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, powinien dołożyć pewnej staranności między innymi w zakresie zbadania, czy oferowany przez niego asortyment będzie dostępny w momencie realizacji zamówienia. Izba wskazuje, że decyzja o wycofaniu danego sprzętu z produkcji co do zasady nie jest podejmowana z dnia na dzień, zatem odwołujący mógł zawczasu podjąć działania mające na celu upewnienie się co do planowanego okresu jego dalszej produkcji. Wskazała też należy, że w rozpoznawanym przypadku od terminu składania ofert, wyznaczonego na dzień 22 marca 2023 roku, do momentu wycofania zaoferowanych komputerów z produkcji (czyli końca kwietnia 2023 roku, zgodnie z oświadczeniem producenta złożonym przez odwołującego na rozprawie w dniu 14 lipca br.), upłynęło niewiele ponad miesiąc, zatem wysoce prawdopodobnym jest, że producent sprzętu już w marcu 2023 roku wiedział o wycofaniu komputerów z produkcji w najbliższym czasie. Warto też dodać, że w przypadku branży IT zmiany w zakresie produkcji zachodzą dość szybko w porównaniu z innymi branżami, zatem wykonawcy działający na tym polu powinni wykazywać szczególne zainteresowanie w tej kwestii. Odwołujący nie wykazał, że przed terminem składania ofert podjął jakiegokolwiek działania w celu uzyskania informacji co do dostępności oferowanych komputerów w okresie, w którym mógł się spodziewać realizacji zamówienia.

Izba co do zasady podziela stanowisko odwołującego, że przepisy zawarte w art. 454 i nast. ustawy P.z.p. można interpretować w taki sposób, że dopuszczalne jest zawarcie umowy na zmienionych warunkach, bez konieczności uprzedniego zawierania umowy na warunkach wskazanych w ofercie, a następnie dokonania zmiany takiej umowy. Warunkiem zawarcia takiej umowy jest jednak dochowanie wymogów zmiany umowy zawartych we wskazanych unormowaniach. Odwołujący podnosił, że zmiana w zakresie przedmiotu- zamówienia jest zmianą nieistotną, ponieważ komputery będące następcami komputerów zaoferowanych posiadają parametry zawarte w SWZ. Jedyną zmianą dotyczy wielkości matrycy, przy czym parametr ten w komputerze TERRA BTO AIO PC 2705HA nadal odpowiada wymogom SWZ. Na potwierdzenie tej okoliczności odwołujący przedstawił oświadczenia producenta, firmy WORTMANN AG. Izba przeanalizowała treść złożonych oświadczeń, w tym oświadczenie znajdujące się w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz oświadczenie złożone na rozprawie w dniu 14 czerwca 2023 roku (obydwa nieopatrzone datą) i skonstatowała, że są one lakoniczne i ograniczają się do stwierdzenia, że urządzenia spełniają wymagania zamawiającego.

Wskazane wyżej okoliczności zostały zakwestionowane przez przystępującego, który w treści złożonego przystąpienia podniósł, że komputery TERRA BTO AIO PC 2705HA różnią się od swych poprzedników nie tylko wielkością matrycy, ale także mocą zasilacza, przy czym moc zasilacza w komputerze 2705HA nie odpowiada wymaganiom wskazanym w SWZ. Na tę okoliczność przystępujący przedstawił dowody w postaci informacji ze strony

producenta TERRA BTO AIO PC 2705HA, w której znajduje się informacja, że moc zasilacza tego komputera wynosi 120W. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający określił moc zasilacza jako nie większą niż 65 W. Przystępujący podniósł ponadto, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy zadawali pytania zamawiającemu, czy dopuści zasilacze o większej mocy (120 i 160 W). W odpowiedzi z dnia 20 marca 2023 roku zamawiający nie wyraził zgody na zaproponowaną zmianę parametru. Przystępujący stwierdził, że brak zgody na zmianę parametru mocy zasilacza mógł spowodować, że do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie przystąpili wykonawcy, którzy mieli w ofercie zasilacze o wyższej mocy niż wskazana w SWZ. Tym samym, zawarcie umowy na komputer o mocy niedopuszczonej w postępowaniu byłoby sprzeczne z dyspozycją art. 454 ust. 2 pkt ustawy P.z.p., zgodnie z którym zmiana umowy jest istotna, jeżeli powoduje, że charakter umowy zmienia się w sposób istotny w stosunku do pierwotnej umowy, w szczególności jeżeli zmiana wprowadza warunki, które gdyby zostały zastosowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to wzięliby w nim udział lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęte zostałyby oferty innej treści.

Izba podziela argumentację przystępującego, wskazując, że ewentualna zmiana umowy w zakresie wskazanym przez odwołującego nie mogłaby opierać się wyłącznie na jego deklaracji, a nawet deklaracji producenta, iż nowy sprzęt odpowiada w pełni swemu poprzednikowi. Zamawiający musiałby dokonać czynności badania i oceny oferty zgodnie z założeniami przyjętymi w przedmiotowym postępowaniu, nie tylko w zakresie wskazanym przez odwołującego (wielkość matrycy) i przystępującego (moc zasilacza), ale wszystkich pozostałych parametrów wymaganych w postępowaniu. Byłoby to w istocie badanie nowej oferty, złożonej po terminie składania ofert. Taka czynność – w ocenie Izby – wykracza poza zakres czynności w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i byłaby sprzeczna z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

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:.....