

Sygn. akt: KIO 2738/17

**WYROK**

**z dnia 19 stycznia 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:**           **Jan Kuzawiński**  
  **Małgorzata Matecka**  
  **Anna Packo**

**Protokolant:**               **Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 stycznia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum **DGP Security Partner Sp. z o.o., ul. Jesionowa 9A, 40-159 Katowice, PU GOS-ZEC Sp. z o.o., ul. Ostrowska 474A, 61-324 Poznań, Derśław Sp. z o.o., Zawada 26, 28-230 Połaniec, Garda Sp. z o.o., Plac Kaszubski 15 lok. 3, 81-350 Gdynia**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Komenda Portu Wojennego Gdynia, ul. Rondo Bitwy pod Oliwą 1, 81-103 Gdynia**,

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie** i nakazuje zamawiającemu **Komenda Portu Wojennego Gdynia, ul. Rondo Bitwy pod Oliwą 1, 81-103 Gdynia** unieważnienie czynności podjętej na podstawie art. 94 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. 2017 poz. 1579 ze zm.) w dniu 18 grudnia 2017 r. oraz ponowne wyznaczenie Odwołującemu - konsorcjum **DGP Security Partner Sp. z o.o., ul. Jesionowa 9A, 40-159 Katowice, PU GOS-ZEC Sp. z o.o., ul. Ostrowska 474A, 61-324 Poznań, Derśław Sp. z o.o., Zawada 26, 28-230 Połaniec, Garda Sp. z o.o., Plac Kaszubski 15 lok. 3, 81-350 Gdynia** terminu zawarcia umowy i wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy dla części 1, nie krótszego niż 5 dni roboczych.
- 2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Komenda Portu Wojennego Gdynia, ul. Rondo Bitwy pod Oliwą 1, 81-103 Gdynia, i:**
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego -

konsorcjum **DGP Security Partner Sp. z o.o.**, ul. Jesionowa 9A, 40-159 Katowice, **PU GOS-ZEC Sp. z o.o.**, ul. Ostrowska 474A, 61-324 Poznań, **Derśław Sp. z o.o.**, Zawada 26, 28-230 Połaniec, **Garda Sp. z o.o.**, Plac Kaszubski 15 lok. 3, 81-350 Gdynia, tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2 zasądza od Zamawiającego **Komenda Portu Wojennego Gdynia, ul. Rondo Bitwy pod Oliwą 1, 81-103 Gdynia**, na rzecz Odwołującego – konsorcjum **DGP Security Partner Sp. z o.o.**, ul. Jesionowa 9A, 40-159 Katowice, **PU GOS-ZEC Sp. z o.o.**, ul. Ostrowska 474A, 61-324 Poznań, **Derśław Sp. z o.o.**, Zawada 26, 28-230 Połaniec, **Garda Sp. z o.o.**, Plac Kaszubski 15 lok. 3, 81-350 Gdynia kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. 2017 poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gdańsku**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający - Komenda Portu Wojennego Gdynia, ul. Rondo Bitwy pod Oliwą 1, 81-103 Gdynia, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Wykonanie usług w zakresie ochrony osób i mienia świadczone przez specjalistyczne uzbrojone formacje ochronne (SUFO) na rzecz Komendy Portu Wojennego Gdynia i jednostek wojskowych będących na zaopatrzeniu gospodarczym w m. Gdynia”*.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Prowadzone przez Zamawiającego postępowanie zostało wszczęte w dniu 1.07.2017 r. przez zamieszczenie ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2017/S 124-253625 – a więc do postępowania mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych zmienionej z dniem 28.07.2016 r. na mocy przepisów ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020).

Zamawiający pismem z dnia 18.12.2017 r. poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum DGP Security Partner sp z o.o., ul. Jesionowa 9A, 40-159 Katowice, PU GOS-ZEC Sp. z o.o., ul. Ostrowska 474A, 61-324 Poznań, Derśław Sp. z o.o. Zawada 26,28-230 Połaniec, Garda Sp. z o.o., Plac Kaszubski 15 lok. 3, 81-350 Gdynia (dalej jako Odwołujący) o uznaniu za najkorzystniejszą ofertę konsorcjum Impel Defender Security Partner Sp. z o.o. Sp. K., Impel Safety Security Partner Sp. z o.o. Sp. K. Impel Security Polska Sp. z o.o., Impel Monitoring Sp. z o.o. Sp. K., ITM Poland S.A. (dalej jako konsorcjum Impel), w związku z uchylaniem się przez Odwołującego od podpisania umowy i zaniechaniem wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Wobec powyższej czynności, w dniu 28.12.2017 r. zostało wniesione odwołanie, w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 94 ust. 3 w zw. z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp poprzez czynność błędnego uznania, z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności, iż Odwołujący uchylał się od podpisania umowy oraz nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy i w związku z tym dokonał bezpodstawnej zmiany treści SIWZ po upływie terminu składania ofert, a w konsekwencji

bezpodstawnego zaniechania wyznaczenie Odwołującemu dodatkowego terminu na doręczenie Zamawiającemu zabezpieczenia oraz zawarcie umowy, przez co doszło do nieuprawnionego pozbawienia Odwołującego możliwości realizacji zamówienia,

- 2) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 94 ust. 3 w zw. z art. 38 ust. 4 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez czynność błędnego uznania, z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności, iż w okolicznościach w/w postępowania ziściły się przesłanki do wyboru kolejnej oferty pomimo braku uzasadnionych do tego podstaw a przez to bezpodstawne uznanie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum Impel za najkorzystniejszą a przez to niedopuszczalnej zmiany treści SIWZ po terminie składania ofert,
- 3) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 94 ust. 3 w zw. z art. 38 ust. 4 w zw. z art. 46 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp poprzez czynność bezpodstawnego zatrzymania, z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności wadium zabezpieczającego ofertę Odwołujących dokonując nieuprawnionej zmiany SIWZ w tym zakresie.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia wyboru oferty złożonej przez konsorcjum Impel jako najkorzystniejszej,
2. wyznaczenia Odwołującemu dodatkowego terminu na doręczenie zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz zawarcie umowy w zakresie części 1.

### **Uzasadnienie odwołania**

Odwołujący Informuje, że w dniu 17.11.2017 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 1, uznając, iż jest nią oferta złożona przez Odwołującego. W dniu 15.12.2017 r. Zamawiający jednym pismem poinformował Odwołującego o oddaleniu odwołania kwestionującego wybór oferty Odwołującego i w związku z tym zaproszeniu w terminie do 18.12.2017 r. do dostarczenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz podpisania umowy. W dniu 17.12.2017 r. konsorcjant DGP Security Partner Sp. z.o.o. został poinformowany, że pełnomocnik, która posiadała pełnomocnictwo do podpisania w imieniu Odwołującego umowy o udzielenie w/w zamówienia, przebywając we Włoszech uległa poważnemu wypadkowi i w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie nie będzie możliwe podpisanie przez nią umowy. O zaistniałej sytuacji Konsorcjant poinformował Zamawiającego następnego dnia rano, tj. 18.12.2017 r. drogą elektroniczną, prosząc jednocześnie o wyznaczenie dodatkowego terminu. Zamawiający w dniu 18.12.2017 r. przekazał Odwołującemu informację, iż uznał, że Odwołujący uchylają się od podpisania umowy, nie wnieśli zabezpieczenia i w związku z tym dokonał wyboru kolejnej oferty.

Odwołujący w zakresie zarzutu 1 wskazuje na brzmienie art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, jako odnoszącego się do sytuacji uchylania się od zawarcia umowy lub braku wniesienia wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy przez wykonawcę, którego oferta została wybrana, podkreślając przy tym, iż pojęcie „uchylania się” zostało doprecyzowane w orzecznictwie. Powołuje się na orzeczenia Sądu Najwyższego i Krajowej Izby Odwoławczej z których wywodzi, że o „uchylanie się” zachodzi dopiero w przypadku jednoznacznego oświadczenia wykonawcy o takiej treści bądź jeżeli okoliczności sprawy, powodowane przez wykonawcę pozwalają na wysnucie takiego wniosku. Zaznacza, że koniecznym jest, aby Zamawiający wyjaśnił okoliczności sprawy, by możliwym było stwierdzenie uchylania się wykonawcy.

Odwołujący podkreśla, że w jego ocenie, SIWZ, rozdział XII (Informacje o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy), pkt 3 prowadzi do wniosku, iż Zamawiający zdawał sobie sprawę z dorobku orzecznictwa w zakresie znaczenia terminu uchylania się. W opinii Odwołującego ww. postanowienie siwz pozwala sądzić iż Zamawiający w okolicznościach tego postępowania zobowiązał się uznać zasadność opóźnienia w podpisaniu umowy, dostarczeniu podpisanej umowy bądź dostarczenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jeśli będą one spowodowane przyczynami niezawinionymi przez wybranego wykonawcę. Odwołujący wskazuje, że termin „niezwłocznie” nakazuje uwzględniać okoliczności danej sprawy, powołuje się na wyrok SN z dnia 13.12.2006 r., sygn. akt II CSK 293/06. Zaznacza, że niezwłoczność powinna oznaczać konieczność respektowania czasu potrzebnego dłużnikowi do zabezpieczenia prawidłowego wykonania zobowiązania, termin powinien być realny.

Odwołujący powołuje się na dyspozycję art. 38 ust. 4 ustawy Pzp i podnosi, że treść zaproszenia do podpisania umowy nie mogła pozbawić Odwołującego uprawnień do skutecznego powołania się na wypadek losowy przy jednoczesnym zachowaniu uprawnień do podpisania umowy na warunkach złożonej oferty. Wskazuje, że ewentualne niejasności pojęć specyfikacji, czy też ich niezgodność z rzeczywistymi intencjami Zamawiającego nie mogą wywoływać negatywnych konsekwencji dla wykonawców.

Z powyższego Odwołujący wywodzi, że Zamawiający zobowiązał się uznać zasadność opóźnienia w podpisaniu umowy, dostarczeniu podpisanej umowy bądź dostarczenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jeśli będą one spowodowane przyczynami niezawinionymi przez wybranego wykonawcę, nie pozbawiając go możliwości realizacji usługi. Wskazuje również na zasadę przejrzystości postępowania.

Podnosi, że pomimo zaistnienia niedającego się przewidzieć, nagłego zdarzenia losowego, tj. wypadku pełnomocnika konsorcjum, Odwołujący dochowali należytej staranności doręczając Zamawiającemu pismo z wyjaśnieniem zaistniałej sytuacji,

załączając stosowne zaświadczenie ze szpitala i zwracając się o wyznaczenie „rozsądnego terminu do podpisania umowy”. Podnosi, że pismo zostało przesłane do Zamawiającego drogą elektroniczną na adres wskazany w SIWZ przed upływem wyznaczonego terminu.

Wskazuje, że niemożliwym jest ustalenie, na jakiej podstawie Zamawiający uznał, iż Odwołujący uchyła się od podpisania umowy oraz czy Zamawiający podjął czynności wyjaśniające zaistniałej sytuacji. Podnosi, że w piśmie z dnia 18.12.2017 r. nie zostały podane żadne argumenty. Odwołujący informuje również, że Zamawiający nie zwracał się o udzielenie jakichkolwiek dodatkowych wyjaśnień, a wreszcie sama data podjęcia decyzji, tj. ten sam dzień, w którym umowa miała zostać podpisana nasuwa uzasadnione wątpliwości co do zasadności i przejrzystości działania Zamawiającego. Podnosi, że zgodnie z orzecznictwem KIO stosować należy „zycziwą interpretację ofert wykonawców” i zaznacza, że konsorcjant Garda Sp. z o.o. podjął działania niezbędnie konieczne do realizacji zamówienia, w terminie wskazanym w siwz, polegających między innymi na zakupie odpowiedniej ilości broni, amunicji i innego wyposażenia na łączną kwotę 116.944,59 zł. Podnosi, że takie postępowanie potwierdza determinację konsorcjanta w chęci realizacji zadania określonego w zamówieniu publicznym.

Odwołujący podnosi, że nie zachodzi również druga przesłanka uzasadniająca wybór kolejnego wykonawcy tj. nie wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Wywodzi, że z rozdziału XII pkt 3 SIWZ dokument ów miał być dostarczony - podobnie jak podpisana umowa bądź stawienie się pełnomocnika – niezwłocznie, a działaniu Odwołującego zwłoki, a więc zawinione go działania nakierunkowanego na nie podpisanie umowy zasadniczo przypisać nie można. Wskazuje także, że Odwołujących nie dotyczyło zalecenie Zamawiającego aby uzgodnić projekt gwarancji z Zamawiającym przed zawarciem umowy z Gwarantem, bowiem uzgodnienia w tym zakresie nastąpiły już w zakresie części 4, w zakresie której Odwołujący zawarli umowę i przedłożyli stosowną gwarancję, zatem na potrzeby części 1 mają pełną wiedzę jakiej treści gwarancja spełnia oczekiwania Zamawiającego i nie było potrzeby dostarczania jej wcześniej. Wskazuje, że gwarancja byłaby dostarczona zgodnie z planem wraz z podpisaniem umowy, gdyby nie wypadek Pełnomocnika. Odwołujący z powyższych okoliczności wywodzi, że całokształt jego zachowania – w tym dochowanie najwyższej staranności i lojalności wobec Zamawiającego nakazuje przyjąć, iż miał i ma prawo oczekiwać wyznaczenia dodatkowego terminu. Podkreśla, że wyznaczenie terminu w rozsądnym zakresie nie zagrażało realizacji usługi w zaplanowanych ramach czasowych.

W zakresie zarzutu 2 Odwołujący podnosi, że jak wskazano w odniesieniu do zarzutu pierwszego, w okolicznościach postępowania nie ziściła się żadna z przesłanek wskazanych w art. 94 ust. 3 ustawy Pzp. W jego ocenie nigdy nie był w zwłoce do podpisania umowy

i dostarczenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a wręcz przeciwnie - zostały podjęte bez zbędnej zwłoki adekwatne działania mające na celu, po pierwsze uprzedzenie Zamawiającego o zaistniałej przeszkodzie w dokonania zaplanowanej czynności, po drugie wyraźne wyartykułowanie zamiaru Odwołujących zawarcia umowy, co pozwala przyjąć, że gdyby Zamawiający należycie wyjaśnił okoliczności sprawy, to powinien był wyznaczyć dodatkowy termin podpisania umowy. Podnosi, że wobec powyższego, Zamawiający dopuścił się naruszenia powołanych przepisów jak również zawartych w rozdziale XI SIWZ – Opis kryteriów którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposób oceny ofert – bowiem uznał za najkorzystniejszą ofertę – konsorcjum Impel, która uzyskała 97,27 pkt, nie zaś ofertę Odwołującego która uzyskała 97,8 pkt. Odwołujący wskazuje również, iż cena jego oferty była niższa o 249 258,56 zł od oferty błędnie uznanej przez Zamawiającego za najkorzystniejszą. Wywodzi z tego, że w przypadku zawarcia umowy z konsorcjum Impel Zamawiający naruszy również przepisy ustawy z dnia 27.08.2009 r o finansach publicznych, (Dz.U. 2009 Nr 157 poz. 1240), wskazujących sposób wydatkowania środków publicznych przy zastosowaniu ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności wydatkując o 249.258.56 PLN więcej niż jest to uzasadnione i konieczne, bowiem art. 44 ust. 3 pkt 1 lit. a i b w/w ustawy stanowi, iż wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów i optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów, czy też art. 44 ust. 3 pkt 3 nakazujący wydatkowanie w wysokości wynikającej z wcześniej zaciągniętych zobowiązań. Podnosi, że udostępnienie wykonawcom SIWZ określającej sposób wyboru najkorzystniejszej oferty stanowi w istocie zobowiązanie Zamawiającego do podpisania umowy jedynie z wykonawcą wybranym w sposób uprzednio przez niego określonym. Dalej wskazuje, że w przypadku utrzymania kwestionowanego stanu rzeczy dojdzie do wyczerpania przesłanek naruszenia dyscypliny finansów publicznych wskazanych w ustawie z dnia 17.12.2004 r o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz.U. 2005 Nr 14 poz. 114) co najmniej wskazanej w art. 17 ust. 1c.

W zakresie zarzutu 3 podnosi, że Zamawiający, uznając iż to Odwołujący uchyla się od podpisania umowy oraz że nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy i w związku z tym dokonując wyboru kolejnej oferty i zatrzymując wadium zabezpieczające ofertę Odwołującego, działał bez podstaw prawnych. Wywodzi to z okoliczności, iż w jego ocenie Odwołujący nigdy nie był w zwłoce z podpisaniem umowy i wniesieniem zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zaś niedopełnienie tych czynności w pierwotnym terminie jest jedynie efektem nieszczęśliwego wypadku, co Zamawiający był zobowiązany uwzględnić zarówno na mocy w/w przepisów, ich wykładni wynikającej z orzeczeń oraz przywołanego postanowienia SIWZ. Powołuje się na orzecznictwo KIO,



zgodnie z którym zamawiający jest uprawniony do zatrzymania wadium w przypadku ziszczenia się ustawowych przesłanek jedynie w sytuacji, gdy dany wykonawca wykorzystuje ustawowe przesłanki tj. określone w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp - jednakże każdorazowo w celu nieuczciwej zmiany/wypaczenia wyniku przetargu tj. tzw. zmów przetargowych, co w okolicznościach przedmiotowej sprawy oczywiście nie miało miejsca. Podkreśla, że w rozdziale VI SIWZ – Wymagania dotyczące wadium – w pkt 8 Zamawiający zawarł zapis, iż „Okoliczności i zasady zwrotu wadium, jego przepadku (...) określa ustawa Pzp”. Podnosi, że czynność zatrzymania wadium powinna zatem zostać uznana za naruszającą zasadę przejrzystości, albowiem dokonana wbrew postanowieniom SIWZ oraz wbrew zasadzie proporcjonalności i nie mająca na celu ochrony Zamawiającego - interesu publicznego który reprezentuje, przed szkodliwymi skutkami nieuczciwych praktyk wykonawców. Wskazuje, że możliwym jest, że Zamawiający w obawie przed konsekwencjami niegospodarnych decyzji próbuje wyrównać w zakresie finansowym błędną decyzję o wyborze najkorzystniejszej oferty poprzez zatrzymanie wadium Odwołującego.

Zamawiający w dniu 12.01.2018 r. złożył odpowiedź na odwołanie. Podniósł, że w jego ocenie wniesienie odwołania ma na celu przedłużenie procedury o udzielenie zamówienia publicznego i doprowadzenie do sytuacji, w której Zamawiający nie będzie w stanie zatrzymać wadium wniesionego przez Odwołującego. Wskazał, że dokonał w dniu 19.12.2017 r. zwrócił się do ubezpieczyciela InterRisk o wypłatę wadium wniesionego przez Odwołującego w postaci gwarancji wadialnej. Po wniesieniu odwołania Zamawiający zwrócił się w dniu 3.01.2018 r. do wniesienia nowego wadium, celem uwiarygodnienia działania Odwołującego i potwierdzenia woli zawarcia umowy. Odwołujący pismem z dnia 8.01.2018 r. odmówił wniesienia nowego wadium, wskazując m.in., że nie wyraża zgody na obciążenie zbędnymi kosztami wadliwych decyzji Zamawiającego, a w konsekwencji, w sytuacji wypłaty przez gwaranta zajętego wadium, nie wyraża zgody na potraktowanie tej czynności jako wniesienie nowego wadium bądź jego kontynuację. Z tego wywodzi, że Odwołujący nie chce przekonać Zamawiającego o rzeczywistej determinacji do podpisania umowy i gotowości do realizacji usługi, bowiem deklaracja o możliwości traktowania wypłaconej gwarancji jako kontynuacje poprzedniego wadium, nie powodująca dodatkowych wydatków dla Odwołującego i nie niosąca żadnego ryzyka, pozwalalaby na uznanie, że czynności Odwołującego nie są pozorne. Wskazuje, że w przypadku uwzględnienia odwołania i nakazania Zamawiającemu wyznaczenia kolejnego terminu na wniesienie zabezpieczenia i podpisanie umowy to Zamawiający nie będzie miał możliwości zatrzymania wadium w sytuacji ponownego zaniechania dokonania ww. czynności przez Odwołującego.

Odwołujący podnosi, że wybór najkorzystniejszej oferty nastąpił pierwotnie w dniu 17.11.2017 r., po czym konsorcjum Impel wniosło odwołanie do KIO od ww. czynności.

Wskazuje, że Odwołujący nie przystąpił do ww. postępowania po stronie Zamawiającego, co pozwala na uznanie, że nie zamierzał on bronić swojej oferty i pogodził się z ewentualną decyzją Zamawiającego o uwzględnieniu odwołania i odrzucenia jego oferty, bądź orzeczeniem KIO uwzględniającym odwołanie.

Wskazuje, że orzeczenie w ww. sprawie wydane zostało w dniu 13.12.2017 r. i od tego dnia umowa z Odwołującym mogła zostać zawarta i miał on wystarczająco dużo czasu na podpisanie zobowiązania i wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Wskazuje przy tym, iż wyznaczony termin na wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz podpisania umowy – 18.12.2017 r., godz. 12:00, wynikał z konieczności niezwłocznego zawarcia umowy, aby realizacja usługi mogła nastąpić od dnia 6.01.2018 r., zgodnie z SIWZ, co miało zapewnić ciągłość ochrony obiektów wojskowych. Podnosi, że świadczenie usługi musi być poprzedzone szeregiem działań, zaś realizacja umowy odbywa się na terenie 278 ha powierzchni obejmującej 300 budynków i nie jest możliwym w ciągu kilku dni przejęcie terenów i obiektów pod ochronę. Ponadto wskazuje, że realizacja umowy wiąże się z wykorzystaniem informacji niejawnych – co w znacznym stopniu wydłuża proces przygotowania wykonawcy do wykonania zamówienia. Wskazuje, że przed rozpoczęciem realizacji zamówienia a po podpisaniu umowy koniecznym jest dokonanie wielu czasochłonnych czynności – opracowanie, w uzgodnieniu z Zamawiającym „Instrukcji ochrony” (dokument niejawny), dostosowania na własny koszt 15 pomieszczeń (w tym 6 do przechowywania broni i amunicji) udostępnionych przez jednostki i instytucje objęte umową, co wymaga powiadomienia policji i potwierdzenia spełnienia wymagań technicznych magazynu broni, wystąpienie o uzyskanie przepustki okresowej dla 290 osób, wraz z przedłożeniem fotografii tych osób, wyposażenia pracowników w 90 sztuk jednostek broni i przechowywania jej zgodnie z przepisami – co wymaga wniosku do właściwego Komendanta Wojewódzkiego Policji o uzyskanie pozwolenia na zwiększenie ilości posiadanej broni, do którego załączyć należy zawartą umowę, wyposażenia 45 osób w urządzenia łączności radiowej, co wymaga wydania przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej „Pozwolenia radiowego” oraz „Warunków wykorzystania częstotliwości”, nie później niż w dniu podpisania umowy, wyposażenia 78 osób w piloty napadowe, rozmieszczenia 230 punktów kontrolnych i konfiguracji w systemie KRONOS urządzeń pracujących w technologii GSM, co trwa 24 godziny, instalacji 3 budek wartowniczych, przedstawienia listy 290 osób wyznaczonych do realizacji zamówienia – najpóźniej na 10 dni przed rozpoczęciem realizacji, wraz z kserokopiami dokumentów dot. tych osób, zorganizowanie szkolenia dla 290 osób oraz zapoznanie ich ze specyfiką ochraniających obiektów oraz rodzajami zadań.

Mając na uwadze powyższe Zamawiający podnosi, że jedenaście dni pomiędzy 18.12.2017 r. a 6.01.2018 r. stanowiło minimalny okres niezbędny do wypełnienia

wskazanych formalności i nawet mógłby się okazać niewystarczający w przypadku komplikacji.

Zamawiający podnosi, że nie otrzymał pisma Odwołującego z dnia 16.12.2017 r., które wg Odwołującego zostało dostarczone w dniu 18.12.2017 r. pocztą elektroniczną. Wskazuje, że Odwołujący załączył wydruk, mający potwierdzić wysłanie przedmiotowego pisma, który w ocenie Zamawiającego nie dowodzi, co było przedmiotem wiadomości e-mail, jakiej sprawy dotyczyła i że załączono do niej jakiegokolwiek załączniki. Zauważa, że do odwołania Odwołujący załączył tłumaczenie przysięgłe dokumentacji medycznej wykonane w dniu 28.12.2017 r., zatem trudno przyjąć, że dokumenty te zostały załączone do pisma wysłanego dnia 18.12.2017 r. Wskazuje, że z tytułu wiadomości nie wynika, że jest to korespondencja, która dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (brak np. nr sprawy), zaś adres e-mail, z którego teoretycznie nadano wiadomość to prawdopodobnie adres hotelu bądź obiektu wypoczynkowego, który nie został wskazany w dokumentacji przetargowej i nie należał do żadnej z osób które prowadziły wcześniejszą korespondencję z zamawiającym. Podkreśla, że korzysta z poczty elektronicznej która jest chroniona przez System Ochrony Poczty Elektronicznej, który chroni przed „podejrzanymi” wiadomościami i blokuje takie wiadomości, nie trafiają one do skrzynki odbiorcy. W związku z tym w SIWZ jako podstawowy sposób komunikacji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami wskazany został faks, zaś przekazywanie korespondencji pocztą elektroniczną było dopuszczalne w przypadku technicznych problemów z urządzeniem faksowym. Ponadto, zgodnie z SIWZ, każda ze stron na żądanie drugiej była zobowiązana do niezwłocznego potwierdzenia otrzymania korespondencji. Dopuszczalnym było również osobiste składanie oświadczeń u Zamawiającego. Wskazuje, że w dniu 18.12.2017 r. kancelaria jawna Zamawiającego oraz faks działały prawidłowo, wobec czego możliwym było dostarczenie pisma zgodnie z postanowieniami SIWZ. Podkreśla, że Odwołujący całą korespondencję w postępowaniu – poza ww. pismem – przekazywał faksem, a jeżeli drogą elektroniczną, to ze służbowej skrzynki mailowej i wszystkie pisma do Zamawiającego docierały. Zamawiający podnosi, że dalsze wątpliwości w zakresie faktu wysłania przedmiotowego pisma wywołuje okoliczność, że w piśmie z dnia 19.12.2017 r., które otrzymał faksem i mailem, powołano się na pismo z dnia 15.12.2017 r. (jako pismo wskazujące powody niemożności stawiennictwa pełnomocnika w dniu 18.12.2017 r.), zamiast na pismo z dnia 17.12.2017 r.

Wskazuje też, że Zamawiający nie wymagał osobistego stawiennictwa osoby upoważnionej, a dopuszczał dostarczenie podpisanych egzemplarzy umowy wraz z zabezpieczeniem należytego wykonania umowy do Zamawiającego.

Podnosi również, że w dniu 18.12.2017 r. o godzinie 8:56 pracownik Odwołującego dostarczył do siedziby Zamawiającego 3 egzemplarze umowy wraz z zabezpieczeniem należytego wykonania umowy – w zakresie części 2 postępowania. W związku z tym

wskazuje, że Odwołujący mógł dostarczyć umowę na część 1 przed wyznaczonym terminem, bądź samo pismo wnoszące o wyznaczenie innego terminu oraz przede wszystkim – zabezpieczenie należytego wykonania umowy, do czego nie była niezbędna obecność ww. pełnomocnika. Wskazuje również, że zabezpieczenie mogło również zostać wpłacone na konto Zamawiającego, co nie wymagałoby pojawienia się przedstawicieli Odwołującego w siedzibie Zamawiającego. Wskazuje, że treść gwarancji bankowej akceptowalna przez Zamawiającego była znana Odwołującemu i nie wymagała dodatkowych uzgodnień. Ponadto Zamawiający podnosi, że pismo datowane na dzień 16.12.2017 r., na które powołuje się Odwołujący zawierało prośbę o przesunięcie terminu dostarczenia 3 egzemplarzy umowy, nie zaś wniesienia zabezpieczenia. Wskazuje również na możliwość dostarczenia 3 egzemplarzy zobowiązania podpisanych przez inną osobę oraz następcze uzupełnienie pełnomocnictwa, co potwierdzałoby wolę zawarcia umowy. Dodaje, iż już w dniu 19.12.2017 r. Odwołujący wyznaczył nowego pełnomocnika – D. S. . Zamawiający wskazuje, że nie widział konieczności ponowienia wezwania do Odwołującego. Dowodzi również, iż pierwszy pełnomocnik Odwołującego – p. L. podpisała umowy dotyczące części 2 zamówienia w dniu 18.12.2017 r., gdyż wynika to z treści wiadomości email z dnia 11.12.2017 r., w której wskazywała, że będzie do nieobecna do dnia 18.12.2017 r. i pytała, czy tego dnia może dostarczyć wypełnione umowy w zakresie części 2 zamówienia. Ponadto zgodnie z automatyczną odpowiedzią jej skrzynki pocztowej, w dniach 8-18.12.2017 r. miała przebywać poza biurem, zatem nie mogła ww. umowy podpisać wcześniej. Wywodzi także, że pobyt p. L. za granicą nie został przedłużony, bowiem zgodnie z dokumentacją medyczną wypadek miał miejsce w dniu 13.12.2017 r. i tego dnia została odesłana do domu, zatem nie była hospitalizowana.

Zamawiający wskazuje również, że nie są wiarygodne twierdzenia Odwołującego o poniesieniu kosztów przez Odwołującego na rzecz realizacji przedmiotowego zamówienia w postaci zakupu broni, amunicji i innego wyposażenia bowiem z niczego nie wynika, że zostały one zakupione na potrzeby tego zamówienia. Ponadto wskazuje, że zakup broni nie mógł być przeznaczony w tym celu, bowiem wymagało to sporządzenia wniosku do właściwego Komendanta Wojewódzkiego Policji, do którego powinna być dołączona zawarta umowa, na którą jest sporządzany. Wskazuje również, że z faktur wynika, że broń została zakupiona w dniu 5.12.2017 r., tj. w trakcie toczącego się uprzedniego postępowania odwoławczego, do którego Odwołujący nie przystąpił i nie miał gwarancji, że zamówienie zostanie mu udzielone. Wydatkowanie ponad 160 tysięcy złotych było zatem nielogiczne i niewiarygodne, mając też na uwadze, że Odwołujący nie chciał wpłacić dodatkowego wadium, by nie generować kosztów, zaś ryzykował ww. kwotę na zakup broni.

W toku rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 16.01.2018 r. strony podtrzymały swoje stanowiska.

Odwołujący wniósł o powołanie biegłego w dziedzinie informatyki na okoliczność, iż wiadomość datowana 16.12.2017 r. została Zamawiającemu dostarczona na serwer Zamawiającego na adres mailowy wskazany w SIWZ oraz o powołanie w charakterze świadków J. K. i A. P. .

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertami złożonymi w postępowaniu, oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem i odpowiedzią na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła, co następuje.**

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał interes w złożeniu środka ochrony prawnej - odwołania, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła brak skuteczności przystąpienia wykonawcy konsorcjum Impel, zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego, wobec braku wykazania przekazania kopii przystąpienia Odwołującemu.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Zgodnie z pkt V SIWZ - Informacja o sposobie porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń lub dokumentów, a także wskazanie osób uprawnionych do porozumiewania się z wykonawcami - zamawiający będzie porozumiewał się z Wykonawcami przede wszystkim za pomocą faksu. W przypadku technicznych problemów dopuszcza możliwość przekazania korespondencji wykonawcom drogą elektroniczną na adres wskazany w ofercie. W przypadku braku innej możliwości zamawiający będzie przekazywał korespondencję za pomocą poczty. Każda ze stron na

żądanie drugiej, niezwłocznie potwierdza fakt otrzymania korespondencji. W przypadku nie wywiązania się przez Wykonawcę ze wskazanego obowiązku, zamawiający uzna, iż pismo wysłane na numer faksu wskazany przez wykonawcę w korespondencji/ofercie zostało mu doręczone w sposób umożliwiający zapoznanie się z jego treścią. Wszelkie oświadczenia i dokumenty winny być przekazywane drogą pocztową/ przesyłką kurierską lub składane osobiście u zamawiającego w Kancelarii Jawnej. Wskazano, że korespondencja kierowana do Komendy Portu Wojennego powinna zawierać wskazanie na Sekcje Zamówień Publicznych wraz z podaniem numeru sprawy.

W pkt XII SIWZ – Informacje o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy, Zamawiający zawarto następujące zapisy:

(..)

2. Wykonawca wniesie zabezpieczenie należytego wykonania umowy na warunkach określonych w pkt. XIII SIWZ.

3. Po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, Zamawiający przekaże Wykonawcy wypełnioną umowę za pomocą poczty elektronicznej i po upływie terminu określonego w art. 94 ustawy Pzp będzie oczekiwał niezwłocznego zwrotu odpowiedniej ilości egzemplarzy, podpisanych przez osobę uprawnioną do dokonania tej czynności w imieniu Wykonawcy wraz z potwierdzeniem wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy (jeżeli jest wymagane), Zamawiający dopuszcza również możliwość osobistego stawiennictwa osób upoważnionych do zaciągania zobowiązań w imieniu wykonawcy, celem podpisania umowy w siedzibie Zamawiającego (Sekcja Zamówień Publicznych). W następnej kolejności zobowiązanie zostanie podpisane przez osoby funkcyjne ze strony zamawiającego wraz z kierownikiem Zamawiającego oraz zarejestrowane w rejestrze umów Zamawiającego (nadanie nr umowy), Wykonawca zostanie niezwłocznie poinformowany za pomocą maila o tym fakcie i w odpowiedzi określi sposób przekazania przez Zamawiającego jednego egzemplarza umowy (pocztą, odbiór osobisty). Umowa zaczyna obowiązywać z chwilą podpisania jej przez kierownika Zamawiającego, niezależnie od terminu przekazania Wykonawcy jego egzemplarza zobowiązania.

W rozdziale XII SIWZ – wymagania dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zawarto zapis zgodnie z którym Zamawiający żąda wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 2% ceny całkowitej podanej w ofercie. Zabezpieczenie może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach:

1) pieniądzu przelewem na rachunek bankowy Zamawiającego (...),

2) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo kredytowej, z tym że zobowiązanie kasy jest zawsze zobowiązaniem pieniężnym;

- 3) gwarancjach bankowych;
- 4) gwarancjach ubezpieczeniowych;
- 5) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt. 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości.

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 13.12.2017 r., sygn. akt KIO 2490/17 oddaliła odwołanie konsorcjum Impel złożone w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wniesione m.in. na czynność wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W związku z powyższym Zamawiający pismem z dnia 15.12.2017 r. wezwał Odwołującego do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w kwocie: 886 208 47 zł w formie określonej w rozdziale XIII SIWZ oraz podpisania umowy. Wezwał, w nieprzekraczalnym terminie, tj. do dnia 18.12.2017 r. do godz. 12:00 do:

- stawienia się, celem podpisania zobowiązania, osób upoważnionych do reprezentowania Wykonawcy (wraz z pełnomocnictwem uprawniającym do zaciągnięcia zobowiązania w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez notariusza) w siedzibie Zamawiającego, wraz z potwierdzeniem wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy,

lub

- dostarczenia do siedziby Zamawiającego 3 egzemplarzy umowy, podpisanych przez osoby uprawnione (wraz z pełnomocnictwem uprawniającym do zaciągnięcia zobowiązania w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez notariusza) wraz z potwierdzeniem wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Zamawiający zastrzegł, że w przypadku nie dokonania powyższego tj. nie wniesienia zabezpieczenia i nie podpisania zobowiązania uzna, iż wykonawca uchylił się od podpisania zobowiązania i nie wniósł wymaganego zabezpieczenia.

Pismem z dnia 18.12.2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców, iż Odwołujący zaniechał wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy i podpisania umowy w wyznaczonym terminie. Wobec powyższego, w związku z uchyleniem się od zawarcia umowy i niewniesieniem wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania zamówienia przez Odwołującego, Zamawiający na podstawie art. 94 ust. 3 ustawy Pzp wybrał ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert, bez ponownej ich oceny – ofertę konsorcjum Impel, która otrzymała 94,48 pkt.

### **Izba zważyła, co następuje.**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Podstawowe znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy ma ustalenie, czy Zamawiający był uprawniony do skorzystania z instytucji uregulowanej w art. 94 ust. 3 ustawy Pzp. W przepisie tym zostały przez ustawodawcę wskazane dwie przesłanki, których ziszczenie się skutkuje powstaniem po stronie zamawiającego możliwości dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, tj. uchylenie się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz niewniesienie wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Do zastosowania art. 94 ust. 3 ustawy Pzp wystarczające jest wystąpienie którejkolwiek z ww. przesłanek.

Pojęcie „uchylania się od zawarcia umowy” zostało zinterpretowane zarówno w orzecznictwie sądowym, jak i w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. W szczególności należy wskazać na pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w wyroku z dnia 9 maja 2001 r., sygn. akt II CKN 440/00, zgodnie z którym za uchylenie się od zawarcia umowy należy rozumieć tylko bezpodstawną odmowę jej zawarcia. Ww. stanowisko Sądu Najwyższego powoływane jest w orzeczeniach sądów okręgowych (np. wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 6 września 2005 r., sygn. akt II Ca 460/05) oraz w orzeczeniach Izby (np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 14/13). Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej za uchylenie się od zawarcia umowy może być uznana jedynie wyraźna odmowa zawarcia umowy lub innego rodzaju zachowanie w sposób nie budzący wątpliwości wskazujące na brak zamiaru zawarcia umowy. Przykładowo, jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 21 maja 2013 r., sygn. akt KIO 1123/13, przy założeniu, iż termin „uchylać się” oznacza „rozmyślnie nie wypełniać czegoś”, należy dojść do przekonania, że stwierdzenie, że wykonawca, który złożył ofertę najkorzystniejszą, uchyła się od zawarcia umowy, musi być poprzedzone ustaleniem, iż rzeczony wykonawca nie ma zamiaru zawarcia umowy i umyślnie podejmuje działania, które mają na celu niedopuszczenie do jej zawarcia. Oczywiście tym bardziej uchylenie się może polegać na zaniechaniu dokonania pewnych czynności, które powinny zostać dokonane. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, w odniesieniu do przesłanki uchylenia się od zawarcia umowy, kładzie się zatem nacisk na ustalenie występowania po stronie wykonawcy braku zamiaru zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy należy stwierdzić, iż zachowanie Odwołującego po wezwaniu go przez Zamawiającego do zawarcia umowy i wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jakkolwiek dalekie jest od wzorca należytej staranności, do jakiej zobligowany jest wykonawca biorący udział w postępowaniu



o udzielenie zamówienia publicznego, nie może być jednak zakwalifikowane jako uchylanie się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jak bowiem wynika zarówno z pism Odwołującego z dnia 18 grudnia 2017 r. (zawierającego błędną datę 16 grudnia 2017 r.) oraz 19 grudnia 2017 r., jak i stanowiska zawartego w treści odwołania oraz przedstawionego na rozprawie, Odwołujący przez cały czas wyrażał wolę zawarcia z Zamawiającym umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Nie ulega wątpliwości, iż sposób poinformowania Zamawiającego przez Odwołującego o przeszkodzie w podpisaniu umowy w wyznaczonym terminie świadczy o braku należytej staranności w działaniach podejmowanych przez tego wykonawcę. Odwołujący powinien był zwrócić się do Zamawiającego z wnioskiem o wyznaczenie dodatkowego terminu na zawarcie umowy drogą faksu, tj. używając podstawowego kanału komunikacji pomiędzy stronami, wskazanego w treści SIWZ, a w przypadku posłużenia się pocztą elektroniczną powinien skorzystać z adresu e-mail zadeklarowanego do kontaktów z Zamawiającym. A jeśli było to niemożliwe lub nadmiernie utrudnione, to przynajmniej odpowiednio opisać wiadomość – niezależnie bowiem od działania automatycznych narzędzi typu firewall, żaden rozsądny odbiorca nie powinien otworzyć załączników wiadomości nadanej z wątpliwego adresu, dodatkowo nieposiadającej tekstu. W szczególności jednak, po wysłaniu ww. wniosku Odwołujący powinien się upewnić, czy został on doręczony Zamawiającemu. W ocenie Izby okoliczności te świadczą jednak o niestaranności w działaniach wykonawcy, lecz nie o zamiarze uchylenia się od zawarcia umowy. Podobnie należałoby ocenić sytuację, w której Odwołujący w ogóle nie wysłałby takiego pisma.

Należy przy tym zauważyć, iż jakkolwiek wniosek Odwołującego z dnia 18 grudnia 2017 r. nie został skutecznie doręczony Zamawiającemu, co zgodnie z informacjami przekazanymi przez Zamawiającego mogło być związane z funkcjonującym u niego systemem ochrony poczty elektronicznej, to jednak w świetle wskazanych powyżej poglądów wyrażanych w orzecznictwie, dla dokonania oceny pod względem występowania przesłanki uchylania się od zawarcia umowy, istotne znaczenie ma nie tyle fakt skutecznego doręczenia takiego pisma Zamawiającemu, lecz zamiar Odwołującego zwrócenia się do Zamawiającego z wnioskiem o wyznaczenie dodatkowego terminu na zawarcie umowy (a przynajmniej wobec zaistniałych okoliczności, zamiaru takiego obecnie nie można negować).

Rozpoznając niniejszą sprawę niewątpliwie należy wziąć pod uwagę fakt powoływania się przez Odwołującego na zdarzenie losowe (wypadek pełnomocnik Odwołującego upoważnionej do zawarcia umowy), które miało stanowić przyczynę braku możliwości zadośćuczynienia wezwaniu Zamawiającego. Należy również mieć na względzie, iż, jak wynika z dokumentacji postępowania, pełnomocnictwo udzielone pani K. L. (pełnomocnictwo z dnia 14 lipca 2017 r. złożone wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w

postępowaniu) zostało podpisane przez osoby uprawnione do reprezentacji poszczególnych członków konsorcjum. Ponadto w treści pełnomocnictwa zawarte zostało oświadczenie, iż nie upoważnia ono do udzielania dalszych pełnomocnictw. Tym samym ustanowienie innego pełnomocnika wymagało podpisania dokumentu pełnomocnictwa przez wszystkie ww. osoby, co z pewnością wymagało czasu, w szczególności, że siedziby poszczególnych członków konsorcjum znajdują się w różnych miejscowościach (Katowice, Poznań, Połaniec, Gdynia).

Należy również mieć na uwadze termin, jaki został wyznaczony przez Zamawiającego na zawarcie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy, który w ocenie Izby był zdecydowanie za krótki. Zamawiający, wysyłając do Odwołującego wezwanie o godz. 9:00 rano w dniu 15 grudnia 2017 r. (piątek), wyznaczył termin zawarcia umowy i wniesienia zabezpieczenia na dzień 18 grudnia 2017 r. (poniedziałek) godz. 12:00. Elektroniczna wersja umowy wraz z dodatkowymi informacjami została przesłana Odwołującemu w piątek 15 grudnia 2017 r. o godz. 10:40. Przy uwzględnieniu wyłącznie dni roboczych, termin wyznaczony przez Zamawiającego wyniósł niewiele ponad 1 dzień. Termin na podpisanie umowy i wniesienie zabezpieczenia jej należytego wykonania w części II postępowania wyniósł ostatecznie ok. 1 tygodnia, a, jak oświadczył pełnomocnik Zamawiającego na rozprawie, Odwołujący nie został przez niego uprzedzony, iż w przypadku części I postępowania termin ten będzie zdecydowanie krótszy.

Należy również podkreślić, iż Zamawiający podjął decyzję o zastosowaniu regulacji art. 94 ust. 3 ustawy Pzp jeszcze tego dnia, który został przez niego wyznaczony na zawarcie umowy (18 grudnia 2017 r.), nie starając się w żaden sposób skontaktować z Odwołującym w celu upewnienia się, iż w istocie uchyła się on od zawarcia umowy. Zamawiający całkowicie pominął możliwość wystąpienia zdarzenia losowego, które uniemożliwiło Odwołującemu zadośćuczynienie wezwaniu z dnia 15 grudnia 2017 r., i niezwłocznie przystąpił do wyboru czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert.

Jak wyjaśnił Zamawiający podczas rozprawy, w istocie swoją decyzję podjął on w oparciu o wcześniejsze rozmowy telefoniczne prowadzone z pracownikami spółki wchodzącej w skład konsorcjum Odwołującego, opisane w notatkach służbowych z dnia 9 grudnia 2017 r., z których wynika, że Odwołujący prawdopodobnie nie podpisze umowy dla przedmiotowej części ze względu na trudności ze spełnieniem jej wymagań. Należy jednak zauważyć, że rozmowy takie formalnie nie mogą być uznane za dowód uchylania się od zawarcia umowy. Po pierwsze bowiem były prowadzone z osobami, które nie były formalnie uprawnione do występowania w imieniu Odwołującego. Po drugie, w postępowaniu obowiązuje zasada pisemności (art. 9 ust. 1 ustawy Pzp). Po trzecie, nie stanowiły oświadczeń o odstąpieniu od zawarcia umowy, a nawet nie zakładały stuprocentowo, że do jej zawarcia ze strony

wykonawcy nie dojdzie, lecz jedynie wskazywały na taką możliwość lub przypuszczenia mówiącego.

Nie zmieniają więc faktu, że Zamawiający, podejmując decyzję o wyborze oferty kolejnego wykonawcy, oprócz własnego przekonania w tym zakresie, powinien mieć też bardziej formalne oświadczenie lub bardziej jednoznaczne zachowanie wykonawcy, np. niestawienie się na drugi termin zawarcia umowy.

Mając na uwadze powyższe, a w szczególności fakt zwrócenia się przez Odwołującego do Zamawiającego z wnioskiem o wyznaczenie dodatkowego terminu, co bez względu na prawidłowość wykonania tej czynności świadczy o woli Odwołującego zawarcia przedmiotowej umowy (a co najmniej uniemożliwia przyjęcie zamiaru uchylecia się od jej zawarcia), Izba doszła do przekonania, iż ustalone okoliczności faktyczne nie pozwalają na uznanie, iż doszło do ziszczenia się przesłanki uchylania się Odwołującego od zawarcia umowy.

Drugą z przesłanek zastosowania instytucji uregulowanej przez ustawodawcę w art. 94 ust. 3 ustawy Pzp jest niewniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. W ocenie Izby chodzi w tym przypadku w szczególności o sytuacje, w których wykonawca wprawdzie ma zamiar zawarcia samej umowy w sprawie zamówienia publicznego, lecz jednocześnie uchyla się z wniesieniem zabezpieczenia należytego wykonania tej umowy. W takiej bowiem sytuacji nie dochodzi do zaspokojenia interesu zamawiającego, który wyraża się nie tylko w samym udzieleniu zamówienia, lecz także w zabezpieczeniu jego należytego wykonania w przypadku, gdy zamawiający uznaje za celowe i konieczne ustanowienie takiego zabezpieczenia.

Zdaniem Izby ze ziszczeniem się drugiej przesłanki wskazanej w przepisie art. 94 ust. 3 ustawy Pzp nie mamy do czynienia w sytuacji, w której z przyczyn losowych czy też z innych przyczyn od wykonawcy niezależnych, nie jest on w stanie odpowiedzieć na wezwanie Zamawiającego w sprawie zawarcia umowy w terminie przez niego wskazanym. Jeżeli bowiem wykonawca nie uchyla się od zawarcia umowy, lecz wnosi o wyznaczenie mu dodatkowego terminu na jej zawarcie, to nie można na tym etapie jeszcze stwierdzić, iż mamy do czynienia z niewniesieniem przez wykonawcę zabezpieczenia należytego wykonania umowy, chyba że złoży on oświadczenie, iż nie ma zamiaru wnieść takiego zabezpieczenia przy podpisaniu umowy.

Wskazane powyżej stanowisko uzasadnia zarówno literalna, jak i celowościowa wykładnia przepisu art. 94 ust. 3 ustawy Pzp. Należy wskazać, iż ustawodawca posłużył się w treści ww. 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.

Potwierdzeniem takiej wykładni jest również charakter akcesoryjny zabezpieczenia należytego wykonania umowy – jego byt prawny zależy od istnienia stosunku zobowiązaniowego pomiędzy wykonawcą a zamawiającym. Cel wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy jest ściśle i wyłącznie powiązany z samą umową w sprawie zamówienia publicznego, a nie z postępowaniem prowadzonym w celu jej zawarcia (instytucją zabezpieczającą postępowanie jest natomiast wadium). Zabezpieczenie należytego wykonania umowy służy bowiem wyłącznie zaspokojeniu roszczeń zamawiającego związanych z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego, bez konieczności występowania przez niego na drogę sądową.

Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, iż w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy nie doszło do ziszczenia się także drugiej przesłanki uprawniającej Zamawiającego do zastosowania przepisu art. 94 ust. 3 ustawy Pzp. Jak to zostało ustalone przez Izbę, Odwołujący powołując się na zdarzenie losowe, jakim był wypadek jego pełnomocnika – jedynej osoby posiadającej upoważnienie do podpisania umowy, wyrażał wolę wyznaczenia przez Zamawiającego dodatkowego terminu na zawarcie umowy. Wprawdzie treścią tego wniosku nie była objęta również czynności wniesienia zabezpieczenia, jednakże okoliczność ta nie może stanowić wystarczającej podstawy do stwierdzenia, iż zamiarem Odwołującego jest niewniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Odwołujący na rozprawie tłumaczył, iż przyczyną powyższego był wyłącznie pośpiech, jaki mu towarzyszył przy zawiadomieniu Zamawiającego o zaistniałej przeszkodzie w podpisaniu umowy.

Podczas rozprawy Zamawiający wyjaśnił także, iż najczęstszym sposobem wnoszenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy jest jego dostarczenie na podpisanie umowy lub wraz z podpisanymi egzemplarzami umowy – w taki też sposób Odwołujący dostarczył zabezpieczenie podpisując umowę na inną część prowadzonego postępowania. Biorąc pod uwagę fakt, że kwota zabezpieczenia była najprawdopodobniej zbyt wysoka, by oczekiwać zabezpieczenia w formie pieniężnej (886 208,47 złotych), w ocenie Izby można założyć, iż

również dla przedmiotowej części zabezpieczenie zostałyby przekazane Zamawiającemu w podobny sposób.

Nie można jednak nie zauważyć, iż Odwołujący w żaden sposób nie wykazywał, iż rozpoczął czynności mające na celu uzyskanie wymaganego przez Zamawiającego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Jednakże, mając na uwadze zdecydowanie za krótki termin wyznaczony przez Zamawiającego do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, Odwołującemu można by zasadnie stawiać zarzuty co najwyżej pominięcia w treści wniosku o wyznaczenie dodatkowego terminu kwestii wniesienia zabezpieczenia, czy też niesygnalizowania Zamawiającemu jeszcze w dniu 15 grudnia 2017 r. potrzeby wydłużenia tego terminu. Nie jest to jednak wystarczające do uznania, iż w niniejszej sprawie mamy do czynienia z przypadkiem niewniesienia przez wykonawcę zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Ponadto, jeżeli Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o wyznaczenie dodatkowego terminu na zawarcie umowy, to mając na uwadze fakt, iż wniesienie zabezpieczenia ma sens wyłącznie w przypadku wykonawcy, z którym jest zawierana umowa w sprawie zamówienia publicznego, za zrozumiałe należy uznać utożsamianie terminu na zawarcie umowy z terminem na wniesienia zabezpieczenia jej wykonania.

Należy też podkreślić, że nielogiczny byłby zamysł ustawodawcy, zgodnie z którym dopuszczalne byłoby przywrócenie lub wyznaczenie nowego terminu zawarcia umowy, a niemożliwe przywrócenie lub wyznaczenie nowego terminu na wniesienie zabezpieczenia jej należytego wykonania, bez którego zawarcie umowy byłoby niemożliwe (w szczególności w przypadku wystąpienia zdarzeń o charakterze losowym). W ramach procedury udzielania zamówień publicznych zasadniczo istnieją dwa terminy (zdarzenia), które są nieprzywracalne: upływ terminu składania ofert oraz otwarcie ofert.

Izba uznała, iż w okolicznościach niniejszej sprawy nie mamy do czynienia z sytuacją uchylania się Odwołującego od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, co w konsekwencji obliguje Zamawiającego do wyznaczenia wykonawcy dodatkowego terminu na zawarcie umowy. W tym samym, nowym, terminie (choć przed zawarciem umowy) powinno zatem nastąpić wniesienie przez Odwołującego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Na chwilę obecną, w sytuacji stwierdzenia okoliczności skutkujących koniecznością wyznaczenia Odwołującemu dodatkowego terminu do zawarcia umowy, nie jest możliwe stwierdzenie, iż upłynął termin na wniesienie zabezpieczenia i w konsekwencji dochodzi do powstania po stronie Zamawiającego uprawnienia do zastosowania instytucji uregulowanej przez ustawodawcę w przepisie art. 94 ust. 3 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe, Izba stwierdziła, iż w stanie faktycznym rozpoznawanej sprawy nie doszło do ziszczenia się żadnej z przesłanek wskazanych w przepisie art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, co prowadziło do uznania, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie. W związku z tym Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności podjętej na podstawie art. 94 ust. 3 ustawy Pzp i ponowne wyznaczenie Odwołującemu terminu zawarcia umowy i wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy nie krótszego niż 5 dni roboczych.

Odnosząc się natomiast do czynności Zamawiającego polegającej na zatrzymaniu wadium, zdaniem Izby, w przypadku, gdy Odwołujący w wyznaczonym przez Zamawiającego dodatkowym terminie dopełni zarówno obowiązku zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, jak i obowiązku wniesienia zabezpieczenia jej należytego wykonania, a tym samym wykaże, że wcześniejsza ocena jego zachowania przez Zamawiającego była nieprawidłowa, a samo zatrzymanie wadium przedwcześnie, Zamawiający będzie zobowiązany do dokonania zwrotu zatrzymanego wadium.

Należy przy tym zauważyć, iż dochodzenie przez wykonawcę zwrotu zatrzymanego wadium następuje na drodze sądowej (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 lutego 2014 r., sygn. akt IV CSK 291/13).

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

Izba oddaliła wniosek o powołanie biegłego z dziedziny informatyki oraz o przesłuchanie świadków złożony przez Odwołującego, jako powołany jedynie dla zwłoki.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1a, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....