

Sygn. akt: KIO 3409/22

WYROK
z dnia 9 stycznia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Bogusława Tokarczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **9 stycznia 2023 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **19 grudnia 2022 roku** przez wykonawcę **Arkadis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością M1 Spółka komandytowa z siedzibą w Czudcu** (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gminę Suchedniów z siedzibą w Suchedniowie**

orzeka:

1. Oddala odwołanie ;
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego - Arkadis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością M1 Spółka komandytowa z siedzibą w Czudcu**, w następujący sposób:
 - a. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - Arkadis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością M1 Spółka komandytowa z siedzibą w Czudcu** tytułem wpisu od odwołania,
 - b. zasądza od **Odwołującego - Arkadis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością M1 Spółka komandytowa z siedzibą w Czudcu** na rzecz - **Zamawiającego – Gminy Suchedniów z siedzibą w Suchedniowie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2022 r., poz. 1710 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający: Gmina Suchedniów z siedzibą w Suchedniowie prowadzi postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. <<Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadania pn.: Budowa kanalizacji sanitarnej w ul. Żeromskiego w Suchedniowie>>. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano pod nr 22/BZP 00416210/01 z dnia 28-10-2022r. w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Dnia 19 grudnia 2022 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 505 ust. 1 Pzp w zw. z art. 513 pkt. 1 i pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej jako „ustawa Pzp”) odwołanie w prowadzonym postępowaniu złożył Wykonawca Arkadis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością M1 Spółka komandytowa z siedzibą w Czudcu (dalej jako „Odwołujący”).

Zamawiający dnia 13 grudnia 2022r. przekazał Odwołującemu zawiadomienie o unieważnieniu postępowania. Odwołanie zostało złożone z zachowaniem terminu ustawowego. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiszczył wpis w wymaganej wysokości w terminie na rachunek UZP.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej z uwagi na to, że Zamawiający dokonał czynności unieważnienia postępowania, na skutek czego Odwołujący jako wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, stracił szansę na zawarcie i realizację umowy, co powoduje iż posiada interes prawnomaterialny, a tym samym legitymację czynną do skorzystania z środków ochrony prawnej w zakresie wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 255 pkt 7 w zw. z art. 263 Pzp poprzez unieważnienia postępowania pomimo braku takich przesłanek;
2. art. 8 pkt 4 w zw. z art. 111 § 2 KC poprzez wyznaczenie terminu Odwołującemu na przedłożenie dokumentów i podpisanie umowy poniżej dwóch dni roboczych.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. cofnięcie czynności unieważnienia postępowania;
2. utrzymaniem w mocy decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 30 listopada 2022r.
3. wezwanie Odwołującego do dokonania formalności związanych z podpisaniem umowy zgodnie terminami określonymi w ustawie;
4. zawarcia umowy z Odwołującym.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania podniesiono, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją zadania pn. Budowa kanalizacji sanitarnej w ul. Żeromskiego w Suchedniowie. Przedmiotem zamówienia jest zatem usługa pełnienia nadzoru inwestorskiego.

W postępowaniu złożono trzy oferty, w tym ofertę Odwołującego, która została uznana za najkorzystniejszą, co potwierdza informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 30 listopada 2022r.

Następnie Zamawiający dnia 06 grudnia 2022r. o godz. 13:56 wystosował do Odwołującego wezwanie do „złożenia dokumentów potwierdzających posiadanie odpowiednich uprawnień budowlanych przez osoby wskazane do realizacji zamówienia” oraz wezwał do podpisania umowy w dniu 08 grudnia 2022r. godz. 13:00.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający naruszył art. 8 ust. 4 Pzp w zw. z art. 111 § 2 KC poprzez wyznaczenie terminu niezgodnego z ustawą Pzp, tj. terminu poniżej 2 dni, albowiem Odwołujący dnia 06 grudnia 2022r. o godz. 13:56 otrzymał wezwanie po pierwsze; do złożenia dokumentów potwierdzających posiadanie odpowiednich uprawnień budowlanych przez osoby wskazane do realizacji zamówienia, a po drugie wezwanie do podpisania umowy z jednoczesnym wskazanym w wezwaniu terminu 08 grudnia 2022r. godz. 13:00. Zatem nie można mówić w tym przypadku o dochowaniu minimalnego terminu, jaki narzuca Ustawodawca w art. 8 pkt 4 Pzp w zw. z art. 111 § 2 KC. Co więcej idąc dalej i badając powyższą kwestię i nie bacząc na art. 111 § 2 KC, to również nie mamy zachowania ustawowych 2 dni albowiem wezwanie Odwołujący otrzymał 06.12.2022r. o godz. 13:56 a wyznaczony termin to 08.12.2022r. godz. 13:00.

Popadając w nadmierny formalizm podczas badania, czy wezwanie jest zgodne z art. 8 ust. 4 Pzp i rozpatrując go co do minuty, to w żaden sposób nie można mówić o dochowaniu terminu w wymiarze minimalnym 2 dni roboczych jaki ustanowił Ustawodawca w art. 8 ust. 4 w zw. ust. 5 Pzp. Odwołujący wskazuje, że inna sytuacja miała by miejsce gdyby Zamawiający np. wyznaczył Odwołującemu termin 09.12.2022r. godz. 13:00, albowiem ten termin spełniałby już wymogi zawarte w przepisie art. 8 ust. 4 Pzp. Zatem przedmiotowe wezwanie ewidentnie dotknięte jest wadą nieważności albowiem wskazany przez Zamawiającego termin do złożenia dodatkowych dokumentów tj. do dnia 08.12.2022r. do godz. 13:00 narusza obowiązujące przepisy wyrażone w art. 8 ust. 4 Pzp, a tym samym jest to termin niezgodny z ustalonym minimalnym terminem przez Ustawodawcę do określonych czynności.

Przepis art. 8 ust. 4 w zw. ust. 5 Pzp powoduje, że żaden termin na wykonanie określonych czynności nie tylko nie może upłynąć w dzień wolny od pracy lub w sobotę,

ale też nie może być wyznaczany w taki sposób, by nie zawierał co najmniej 2 dni nie będących dniem wolnym od pracy lub sobotą. Wprowadzeniem tej zasady Ustawodawca ma na celu urealnienie możliwości dokonania przez wykonawców lub uczestników konkursu często czasochłonnych czynności w terminach wyznaczanych przez zamawiającego i tym samym uniknięcie negatywnych konsekwencji niewywiązania się z wyznaczonego terminu (tak Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Rok 2022).

Następnie Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający dnia 13 grudnia 2022r. dokonał czynności unieważnienia postępowania podając uzasadnienie prawne wynikające z art. 255 pkt 7 Pzp w zw. art. 263 Pzp, podając następujące uzasadnienie faktyczne: *„W dniu 30 listopada 2022 roku Zamawiający opublikował na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta Wykonawcy Arkadis Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Czudcu. W dniu 6 grudnia 2022 roku Zamawiający skierował do Wykonawcy pismo wyznaczające miejsce oraz termin podpisania umowy, a także wzywające do złożenia niezbędnych przed podpisaniem umowy dokumentów. Wykonawca nie stawił się we wskazanym miejscu i terminie do podpisania umowy”.*

Odwołujący podkreślił że: *„zasadniczo, celem prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie umowy z wykonawcą, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Zatem przewidziana w komentowanym przepisie możliwość zawarcia umowy z kolejnym wykonawcą stanowi wyjątek od tej zasady i jako taki – zgodnie z regułą *exceptiones non sunt extentendae* – nie może być interpretowany rozszerzająco. Dlatego też ustalenie, że wykonawca uchyła się od zawarcia umowy co do zasady powinno mieć charakter pewny, nie może być oparte jedynie na domysłach zamawiającego z czym mamy do czynienia. Uchylenie się od podpisania umowy musi mieć postać umyślnego, kierunkowego działania mającego na celu doprowadzenie do niepodpisania umowy, w szczególności polegającego na niedopełnieniu przez wykonawcę określonych w dokumentach zamówienia obowiązków przed podpisaniem umowy. Ustalenie tej okoliczności powinno znaleźć wyraz w oświadczeniu woli wykonawcy – złożonym zamawiającemu wprost lub w sposób dorozumiany, jednak dostatecznie ujawniającym jego wolę. Pogląd ten znajduje potwierdzenie w orzecznictwie, wypracowanym na gruncie art. 94 ust. 3 Pzp2004, również posługującego się pojęciem *uchylania się od podpisania umowy przez wykonawcę*”*

Interpretacja terminu „uchylanie się przed podpisaniem umowy” została dokonana m.in. przez SO w Białymstoku w wyroku z 06.09.2005 r. (II Ca 460/05, niepubl.), w którym sąd zaaprobował pogląd SN (wyrażony w wyr. z 09.05.2001 r., II CKN 440/00, Legalis),

że „za uchylenie się od zawarcia umowy należy rozumieć tylko bezpodstawną odmowę jej zawarcia. Za odmowę podpisania umowy uznać można tylko oświadczenie woli wykonawcy zawierające negatywne stanowisko w przedmiocie zaproszenia go przez zamawiającego, ewentualnie takie działanie skarżącego, z którego wynikałoby dla zamawiającego informacja, iż takiego rodzaju oświadczenie woli skarżący rzeczywiście złożył. Odmowa podpisania umowy jest tożsama ze stanowiskiem podjętym świadomie przez wykonawcę i przekazanym do wiadomości zamawiającego. (...) Brak stawiennictwa w siedzibie zamawiającego pracownika wykonawcy, spowodowany zaniedbaniami przez niego obowiązków, nie jest tożsamy z uchyleniem się”. Natomiast w wyroku z 28.03.2022r. (KIO 686/22, Legalis) Izba zauważyła, że „ustawa nie wskazuje, jakie zachowanie wykonawcy należy uznać za uchylanie się od zawarcia umowy. Uchylanie się wcale nie musi oznaczać bezpośredniej odmowy zawarcia umowy, lecz może wynikać z okoliczności i z zachowania (działań lub zaniechań) wykonawcy. Tego rodzaju przypadki wymagają każdorazowo osobnej oceny z uwzględnieniem wszystkich okoliczności sprawy”. Ponadto w wyroku z 21.05.2013 r. (KIO 1123/13, Legalis) KIO zwróciła uwagę, że zwrot „uchylać się” oznacza „rozmyślnie nie wypełniać czegoś”, wobec czego stwierdzenie, że wykonawca, który złożył ofertę najkorzystniejszą, uchyla się od zawarcia umowy, musi być poprzedzone ustaleniem, iż wykonawca ten nie ma zamiaru zawarcia umowy i umyślnie podejmuje działania, które mają na celu niedopuszczenie do jej zawarcia. Jeszcze dobitniej wyraziła to KIO w wyroku z 28.01.2013r. (KIO 14/13, Legalis), stwierdzając, że za uchylanie się od zawarcia umowy należy rozumieć tylko bezpodstawną odmowę jej zawarcia przez wykonawcę, który złożył zamawiającemu oświadczenie woli wyrażające negatywne stanowisko w przedmiocie zaproszenia go przez zamawiającego do podpisania umowy – wprost lub przez zachowanie ujawniające jego wolę w sposób wystarczający.

Końcowo Odwołujący podkreślił ponownie zaniedbania Zamawiającego pod postacią:

- 1]. Wyznaczenia Odwołującemu terminu na dostarczenie dokumentów itd. nie zawierającego min. 2 dni roboczych;
- 2]. brak upewnienia się Zamawiającego, że Odwołujący rzeczywiście się uchyla od podpisania umowy;
- 3]. pochopne i nieprzemysłane unieważnienie postępowania.

Dodatkowo Odwołujący podał, że pismem z dnia 15.12.2022r. poinformował Zamawiającego o dokonanych czynnościach niezgodnych z ustawą, jednocześnie wskazał na mechanizm kontrolowania procedury przez Zamawiającego, że naprawianie popełnionych błędów należy rozpatrywać w kategorii obowiązków, a nie uprawnień Zamawiającego, mające na celu zapewnienie równego traktowania w świetle art. 16 pkt 1

Pzp, oraz udzielenie i zawarcie umowy w zgodzie z art. 17 pkt 1 Pzp. Ponadto Odwołujący poinformował Zamawiającego o gotowości do zawarcia umowy, lecz Zamawiający nie podjął, żadnych czynności w przedmiotowej sprawie, czego skutkiem było wniesienie odwołania.

Reasumując, w ocenie Odwołującego przywołane przez Zamawiającego uzasadnienie faktyczne i prawne w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania nie jest poparte przez Zamawiającego procedurą wyjaśnienia, Zamawiający; ani nie wystąpił; ani nie otrzymał od Odwołującego oświadczenia woli o odmowie zawarcia umowy, a tym samym nie upewnił się, że ma podstawy prawne i faktyczne do unieważnienia postępowania, co jest zarówno ze szkodą dla samego Zamawiającego, a nade wszystko dla Odwołującego albowiem poprzez zaniechanie Zamawiającego Odwołujący stracił szansę na realizację przedmiotu zamówienia.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem, który złożył ofertę w postępowaniu i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Unieważnienie całego postępowania ze wskazaniem, że Odwołujący odstąpił od podpisania umowy, godzi w interesy ekonomiczne Odwołującego i naraża go na szkodę w postaci utraty zamówienia i możliwości osiągnięcia zysku z realizacji przedmiotu

Izba ustaliła, na podstawie dokumentacji postępowania, przekazanej przez Zamawiającego, że wartość zamówienia nie przekracza równowartości kwoty dla usług, o której mowa w art. 3 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający poinformował, że po dokonaniu analizy przedmiotu zamówienia, czynności, które będą wykonywane w ramach zamówienia polegały będą wyłącznie na pełnieniu funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane i nie będą miały charakteru stosunku pracy określonego w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy Dz. U. z 2019 r. poz. 1040, 1043 i 1495). Czynności wykonywane będą przez osoby pełniące samodzielne funkcje

w budownictwie. Osoby te są samodzielnymi uczestnikami procesu budowlanego i działają samodzielnie, także w tym rozumieniu, że same wyznaczają sobie zadania i same te zadania realizują, oznacza to, że czynności realizowane przez nie, nie polegają na wykonywaniu pracy w rozumieniu Kodeksu pracy.

Na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu związanego z dysponowaniem określonym potencjałem osobowym Wykonawca zobowiązany był złożyć na wezwanie Zamawiającego załącznik nr 7 do SWZ - wykaz osób wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień i doświadczenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakres wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. Do wykazu osób w stosunku do inspektorów nadzoru należało dołączyć oświadczenie Wykonawcy, że zaproponowane osoby posiadają wymagane uprawnienia i przynależą do właściwej izby samorządu zawodowego, jeżeli taki wymóg na te osoby nakłada Prawo Budowlane.

Zamawiający poinformował, że żąda złożenia wraz z ofertą następujących podmiotowych środków dowodowych: oświadczenia o spełnianiu warunków udziału.

Z zapisów SWZ wynikało, że Zamawiający w oparciu o zapisy art. 274 ust. 1 ustawy Pzp wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, w tym wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

Wykonawca nie był zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które Zamawiający posiada, jeżeli Wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność.

Z rozdziału XXI. Formalności, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, wynikało że Zamawiający, zgodnie z art. 577 ustawy Pzp zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego, w terminie nie krótszym niż 5 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, jeżeli zawiadomienie zostało przesłane przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, albo 10 dni w sytuacji, w której zawiadomienie zostało przesłane w inny sposób. Zamawiający informuje wykonawcę, któremu zostanie udzielone zamówienie, o miejscu i terminie zawarcia umowy. Zamawiający może zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego przed upływem terminu, jeżeli

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożona została tylko jedna oferta.
Wykonawca przed zawarciem umowy:

- poda wszelkie informacje niezbędne do wypełnienia treści umowy na wezwanie Zamawiającego,

- złoży dokumenty potwierdzające posiadanie odpowiednich uprawnień budowlanych przez osoby wskazane do realizacji zamówienia.

Umowa zostanie zawarta zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik do SWZ uzupełnionym o dane wynikające ze złożonej oferty.

W przypadku wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia przed podpisaniem umowy Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia muszą przedstawić Zamawiającemu umowę regulującą ich współpracę, przy czym termin, na jaki została zawarta umowa, nie może być krótszy niż termin realizacji zamówienia.

Ponadto przed podpisaniem umowy Wykonawca jest zobowiązany dostarczyć Zamawiającemu:

- a) pełnomocnictwo do zawarcia umowy w imieniu Wykonawcy, w przypadku, gdy umowę podpisuje inna osoba/osoby niż wskazana(e) w dokumentach rejestrowych. Pełnomocnictwo musi być udzielone przez osobę/osoby upoważnione zgodnie z wypisem z odpowiedniego rejestru.

Niedopełnienie powyższych formalności przez wybranego Wykonawcę będzie potraktowane przez Zamawiającego jako niemożność zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.

W postępowaniu oferty złożyło trzech wykonawców, w tym Odwołujący.

Odwołujący w listopadzie 2022 roku wzywany był do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny i Zamawiający takie wyjaśnienia uzyskał.

22 listopada 2022 roku Zamawiający, na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp związku z tym, że oferta Odwołującego została najwyżej oceniona, wezwał do złożenia podmiotowych środków dowodowych:

- a) wykaz osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami – zgodnie z treścią załącznika nr 7 do SWZ.

Na złożenie dokumentów Zamawiający wyznaczył termin do dnia 29 listopada 2022 r. do godziny 10:00.

Odwołujący w wyznaczonym terminie złożył oświadczenie o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu o niepodleganiu wykluczeniu oraz spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, a także wykaz osób.

W dniu 30 listopada 2022 roku Zamawiający zawiadomił o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznana została oferta Odwołującego.

Następnie Zamawiający, w dniu 6 grudnia 2022 roku, w nawiązaniu do zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, poinformował, że podpisanie umowy na realizację zadania odbędzie się w dniu 8 grudnia 2022 r. o godzinie 13:00. Miejsce podpisania umowy – Urząd Miasta i Gminy, ul. Fabryczna 5, 26 – 130 Suchedniów. Wskazano także, iż zgodnie z rozdziałem XXI pkt SWZ, Wykonawca przed podpisaniem umowy zobowiązany jest do:

- złożenia dokumentów potwierdzających posiadanie odpowiednich uprawnień budowlanych przez osoby wskazane do realizacji zamówienia.

Proszono również o podanie drogą elektroniczną na adres mailowy Zamawiającego danych Wykonawcy, niezbędnych do wypełnienia w treści zawieranej umowy (w tym m.in. dane osób podpisujących w imieniu Wykonawcy umowę, dane osoby sprawującej nadzór nad zadaniem itp.).

Zamawiający, w dniu 13 grudnia 2022 roku poinformował, że o unieważnieniu na podstawie art. 255 pkt 7) ustawy Pzp postępowania. Wskazano, że zgodnie z art. 255 pkt 7) ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub uchylił się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, z uwzględnieniem art. 263 (uzasadnienie prawne). W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający podał, że w dniu 30.11.2022 r. opublikował na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta Wykonawcy: Arkadis Sp. z o.o. M1 Sp. K. z siedzibą w Czudcu. W dniu 06 grudnia 2022 r. Zamawiający skierował do Wykonawcy pismo wyznaczające miejsce oraz termin podpisania umowy, a także wzywające do złożenia niezbędnych przed podpisaniem umowy dokumentów. Wykonawca nie stawiał się we wskazanym miejscu i terminie do podpisania umowy.

Po otrzymaniu informacji o unieważnieniu postępowania Odwołujący wezwał Zamawiającego do zawarcia z wykonawcą umowy dot. postępowania. Podał, że wezwanie do podpisania umowy otrzymał dnia 6 grudnia 2022 roku o godz. 13:56, gdzie termin podpisania umowy wyznaczono na 8 grudnia 2022 rok, godz. 13:00. Nie można

zatem mówić o dotrzymaniu terminu wynikającego z art. 8 ust. 4 ustawy Pzp, następnie zaś powtórzono argumentację przedstawioną w odwołaniu.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu w całości.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2019 r. poz. 1145 i 1495), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Z ust. 2 art. 8 wynika, że termin oznaczony w godzinach rozpoczyna się z początkiem pierwszej godziny i kończy się z upływem ostatniej godziny.

Art. 8 ust. 3 stanowi, że jeżeli początkiem terminu oznaczonego w godzinach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu godziny, w której to zdarzenie nastąpiło.

Z art. 8 ust. 4 ustawy Pzp wynika, że termin obejmujący dwa lub więcej dni zawiera co najmniej dwa dni robocze, a ust. 5 przepisu stanowi, że dniem roboczym nie jest dzień uznany ustawowo za wolny od pracy oraz sobota.

Art. 255 pkt 7 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub uchylił się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, z uwzględnieniem art. 263 ustawy Pzp, z którego wynika, że 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.

Zgodnie zatem z treścią z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie nieuregulowanym w ustawie do kwestii liczenia terminów mają zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego. Do postępowań ma więc zastosowanie zasada, iż termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia, a jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu dnia, w którym to zdarzenie

nastąpiło (art. 111 Kc). Ponadto stosuje się zasadę, iż termin oznaczony w tygodniach, miesiącach lub latach kończy się z upływem dnia, który nazwą lub datą odpowiada początkowemu dniowi terminu, a gdyby takiego dnia w ostatnim miesiącu nie było – w ostatnim dniu tego miesiąca (art. 112 Kc). Jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na dzień uznany ustawowo za wolny od pracy lub na sobotę, termin upływa następnego dnia, który nie jest dniem wolnym od pracy ani sobotą (art. 115 Kc).

W przypadku terminu oznaczonego w godzinach ustawa Pzp reguluje ten element, jako nieobjęty przepisami Kc. Termin oznaczony w godzinach rozpoczyna się z początkiem pierwszej godziny i kończy się z upływem ostatniej godziny, a jeżeli początkiem terminu oznaczonego w godzinach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu godziny, w której to zdarzenie nastąpiło.

Ustawa Pzp wprowadza także zasadę wynikającą z rozporządzenia nr 1182/71 dotyczącą oznaczania terminów, ważną również z uwagi na zasadę zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu i równego traktowania wykonawców. W przypadku, gdy wyznaczony termin obejmuje dwa lub więcej dni, wówczas termin ten powinien uwzględniać przynajmniej dwa dni robocze. Wprowadzono również definicję pojęcia „dzień roboczy”. Dniem roboczym jest każdy dzień inny niż dzień ustawowo wolny od pracy oraz inny niż sobota. Zgodnie z art. 1 ustawy o dniach wolnych od pracy dniami wolnymi od pracy są niedziele oraz wymienione w ustawieni dni świąteczne.

Przenosząc powyższe rozważania na przedmiot zarzutów odwołania można stwierdzić, iż w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z zasadą, według której jeżeli początkiem terminu oznaczonego w godzinach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu godziny, w której to zdarzenie nastąpiło, czyli zasadą ujętą w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Dla przedmiotowej sprawy oznacza to, że jeżeli Zamawiający wezwał Odwołującego w dniu 6 grudnia 2022 roku o godz. 13:56 do podpisania umowy i wyznaczył termin tego zdarzenia na 8 grudnia 2022 roku godz:13:00, to działania Zamawiającego miały charakter prawidłowy. Innymi słowy, w takim przypadku nie ma znaczenia o której godzinie dane zdarzenie miało miejsce, bowiem dla zachowania terminu istotna jest data dzienna tego zdarzenia, a nie godzina.

Odnosząc się do zarzutów odwołania, że Zamawiający uchybił zasadzie zastosowania terminu minimalnego, 2 dni roboczych, Izba nie podzieliła w tym zakresie zapatrywań Odwołującego. Jeżeli bowiem weźmiemy pod uwagę sposób liczenia terminów wynikający z przepisów Kodeksu cywilnego, uzupełniony o regulacje ustawy Pzp, to Odwołującemu zostały wyznaczone dwa dni robocze. Pierwszym dniem był 7 grudnia, a drugim dniem był 8 grudnia, przy czym jak już zaznaczono w niniejszym uzasadnieniu, godzina wystąpienia zdarzenia jest irrelevantna dla sposobu obliczenia

terminu. Nie były uprawnione twierdzenia odwołania, że Zamawiający nie przestrzegał zasady wyrażonej w art. 8 ust. 4 ustawy Pzp.

Izba jednocześnie nie podziela zdania Zamawiającego, wyrażonego w odpowiedzi na odwołanie, że art. 8 ustawy Pzp nie ma zastosowania do czynności wezwania wykonawcy do podpisania umowy. Zgodnie z art. 7 pkt 18 ustawy Pzp pod pojęciem „postępowania o udzielenie zamówienia publicznego” należy rozumieć postępowanie wszczynane przez przekazanie albo zamieszczenie ogłoszenia, przekazanie zaproszenia do negocjacji albo zaproszenia do składania ofert, prowadzone jako uporządkowany ciąg czynności, których podstawą są warunki zamówienia ustalone przez zamawiającego, prowadzące do wyboru najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, kończące się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo jego unieważnieniem, z tym że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie stanowi czynności w tym postępowaniu. Oznacza to w ocenie Izby, że wszelkie czynności podejmowane przez zamawiającego przed podpisaniem umowy są czynnościami w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym znajdują do nich zastosowanie przepisy odnoszące się do sposobu liczenia terminów. Zamawiający zatem przy wezwaniu do podpisania umowy zobowiązany jest honorować reguły określone przez przepisy odnoszące się do wyznaczania odpowiednio terminów i ich czasu. Sama zaś czynność podpisania umowy nie jest dopiero czynnością w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba pragnie podkreślić, co także zauważył Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, że Odwołujący miał wystarczająco dużo czasu, by pozyskać wymagane zapisami SWZ dokumenty. Po pierwsze Wykonawca od udostępnienia SWZ wiedział, jakie dokumenty będą wymagane. Wiedział również w jakim czasie będą wymagane i przede wszystkim z momentem otrzymania zawiadomienia o wyborze złożonej przez Odwołującego oferty jako najkorzystniejszej, dla każdego profesjonalnego Wykonawcy oczywistym powinno być, że musi on rozpocząć przygotowania do podpisania umowy, jeżeli dla ważności tej czynności konieczne są dodatkowe elementy, jak choćby przedstawienie Zamawiającemu dokumentów potwierdzających posiadanie uprawnień przez zespół osób dedykowanych do realizacji przedmiotu zamówienia. Odwołujący ani w odwołaniu, ani na rozprawie przed Izbą nie przedstawił wiarygodnych dowodów, z których wynikałoby, że niestawiennictwo na wyznaczony termin podpisania umowy było niezawinione. Nawet gdyby uznać tłumaczenia Odwołującego z rozprawy, że wiadomość z wezwaniem do podpisania umowy trafiła do folderu spam w skrzynce pocztowej, czego Odwołujący nie udowodnił, to Odwołujący od momentu otrzymania informacji o wyborze do momentu otrzymania informacji o unieważnieniu postępowania, nie podjął żadnej próby kontaktu z pracownikami Zamawiającego, co wydaje się zastanawiające w sytuacji

podmiotu, który wygrał postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Wziąć również należało pod uwagę okoliczność, z której Wykonawca powinien sobie zdawać sprawę, mianowicie upływ terminu związania ofertą i wpływ tego faktu na ważność samej oferty i możliwość podpisania ważnej umowy. Odwołujący do momentu zapoznania się z informacją o unieważnieniu postępowania, czyli przez 13 dni od otrzymania informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej pozostawał bierny. Taki sposób postępowania nie wpisuje się w zasadę podwyższonej staranności, której wymaga się od podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą. Przedsiębiorcę czy osobę zajmującą się zawodowo danym typem działalności obowiązuje wyższy miernik staranności. Postawa Odwołującego stoi w sprzeczności do tego wymagania.

Następnie dostrzeżenia wymaga, że w ocenie Izby nie jest rolą Zamawiającego dociekać dlaczego dany wykonawca nie przystąpił do podpisania umowy. Tym bardziej, jeżeli nie dostał On żadnego sygnału od Wykonawcy, że istnieje obiektywna niemożliwość dotrzymania tego terminu, czy stawienia się na termin. Zamawiający nie musi także ponawiać wezwania do podpisania umowy, żaden z przepisów ustawy Pzp nie nakłada na niego takiego obowiązku, zwłaszcza w obliczu bierności drugiej strony. Jak słusznie również zauważył w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, obecnie istnieje możliwość podpisania umowy przy wykorzystaniu kwalifikowanego podpisu elektronicznego, której także Odwołujący nie zaproponował. Zastanawiająca jest również okoliczność, iż w całym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego tylko ta jedna wiadomość nie dotarła do Odwołującego, podczas gdy nie miał On problemów z odbiorem każdej innej wiadomości, w tym informacji o unieważnieniu postępowania, na którą zareagował.

Odnosząc się do zarzutów odwołania, że Zamawiający nie zbadał, czy wykonawca, który złożył ofertę najkorzystniejszą, rzeczywiście uchyla się od zawarcia umowy, czyli nie ma zamiaru zawarcia umowy i umyślnie podejmuje działania, które mają na celu niedopuszczenie do jej zawarcia, Izba zauważa, że Zamawiający po wyznaczeniu terminu na podpisanie umowy i niestawiennictwie na tym terminie drugiej strony, czekał kilka dni, aż postępowanie unieważnił. W tym czasie Odwołujący nie wykazał się żadnym czynnym działaniem, by ustalić obecny stan postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Jak czytamy w komentarzu do ustawy Pzp pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza *„Uchylaniem się od zawarcia umowy jest nie tylko odmowa podpisania umowy (art. 98 ust. 6 pkt 2 lit. a Pzp), 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 Pzp), zarówno przez niego zawinione, jak i niezawinione. Przykładami uchylania 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”.**

Co najmniej kilka z tych wymienionych w komentarzu przykładowych sytuacji można przypisać postawie Odwołującego. Wbrew więc twierdzeniom odwołania uchylanie się od podpisania umowy nie zawsze musi przyjąć postać złożenia oświadczenia woli, z którego wynika, że wykonawca umowy nie podpisze. Zamawiający ma prawo i obowiązek ocenić całokształt działań i zaniechań danego wykonawcy. W ocenie Izby w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający miał prawo uznać, że skoro Wykonawca nie stawił się na wyznaczony termin i nie podjął jakiegokolwiek próby kontaktu z pracownikami Zamawiającego po wyborze oferty najkorzystniejszej, jego wolą nie jest podpisanie umowy w zakresie przedmiotu zamówienia.

Końcowo, Izba uważa, że Zamawiający nie naruszył art. 255 pkt 7 ustawy Pzp unieważniając postępowanie, ponieważ decyzja o unieważnieniu postępowania w sytuacji ziszczenia się przesłanek określonych w art. 263 ustawy Pzp należy do swobodnego uznania zamawiającego. Zamawiający może bowiem, przy zaistnieniu przewidzianego w art. 263 ustawy Pzp stanu faktycznego, dokonać – w ramach uznania – wyboru jednego z dopuszczalnych w tym przepisie następstw prawnych: ponownie wybrać ofertę spośród pozostałych ofert albo unieważnić postępowanie. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający skorzystał z drugiego uprawnienia.

W świetle powyższych ustaleń Izba uznała za niezasadne zarzuty odwołania wskazujące na naruszenia przez Zamawiającego przepisów wymienionych w petitum odwołania. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający naruszył wskazywane przepisy ustawy Pzp, a jego działania miały charakter świadomy i celowy.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich

rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stroną przegrywającą, czyli Odwołującego. Jednocześnie Izba odmówiła zasadności wnioskowi Odwołującego o zaniechanie zasądzenia kosztów zastępstwa procesowego na rzecz pełnomocnika Zamawiającego, ponieważ wniosek nie odnosił się do stanu faktycznego ustalonego przez Izbę w sprawie.

Przewodniczący:

.....