

Sygn. akt: KIO 686/22

WYROK

z dnia 28 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 marca 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 marca 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Impel System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, ARS Medica Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Międzyleski Szpital Specjalistyczny w Warszawie**

orzeka:

1. odrzuca zarzut naruszenia art. 137 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 roku, poz. 1129 ze zm.) poprzez zmianę treści specyfikacji warunków zamówienia, tj. postanowień wzoru umowy, po upływie terminu składania ofert,
2. w pozostałym zakresie uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Międzyleskiemu Szpitalowi Specjalistycznemu w Warszawie** – unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego – **Międzyleski Szpital Specjalistyczny w Warszawie** oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Impel System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, ARS Medica Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Impel System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, ARS Medica Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu** tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od zamawiającego – **Międzyleskiego Szpitala Specjalistycznego w Warszawie** – na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Impel System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, ARS Medica Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu** – kwotę **9 715,28 zł 00 gr** (słownie: dziewięć tysięcy siedemset piętnaście złotych dwadzieścia osiem groszy), stanowiącą połowę kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

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 2021 r. poz. 1129 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.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Międzyleski Szpital Specjalistyczny w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest świadczenie usług kompleksowego utrzymania czystości w Międzyleskim Szpitalu Specjalistycznym na okres 24 miesięcy.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 roku, poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 11 marca 2022 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Impel System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu, ARS Medica Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy P.z.p. czynności, polegających na:

- 1) unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 ust. 7 ustawy P.z.p.;
- 2) na zmianie treści specyfikacji warunków zamówienia (s.w.z.), tj. postanowień wzoru umowy po upływie terminu składania ofert.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 255 ust. 7 ustawy P.z.p. poprzez unieważnienie postępowania, mimo że wybrany wykonawca (odwołujący) nie uchylał się od zawarcia umowy;
- 2) art. 137 ustawy P.z.p. poprzez zmianę treści s.w.z. tj. postanowień wzoru umowy po upływie terminu składania ofert mimo, że po upływie ww. terminu zmiana treści s.w.z. jest niedopuszczalna.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu

- 1) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;
- 2) sporządzenia umowy o zamówienie publiczne zgodnej z treścią s.w.z. i zawarcia tak sporządzonej umowy z odwołującym.

Ponadto odwołujący o obciążenie kosztami postępowania odwoławczego zamawiającego, w tym zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż unieważnienie postępowania doprowadziło bezpośrednio do pozbawienia odwołującego możliwości zawarcia umowy i tym samym pozyskania zamówienia a w konsekwencji szkody w postaci utraty zysku, który odwołujący mógłby osiągnąć w wyniku realizacji umowy.

Odwołujący oświadczył, iż ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ jest wykonawcą, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu. Odwołujący ma możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia i przysługuje mu wobec zamawiającego roszczenie o zawarcie umowy.

Na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 marca 2022 roku odwołujący sprostował podstawę pierwszego zarzutu odwołania, wskazując, że winien to być art. 255 pkt 7 ustawy P.z.p., nie zaś art. 255 ust. 7 ustawy P.z.p.

Zamawiający w oświadczeniu złożonym na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 marca 2022 roku zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Wartość postępowania przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy P.z.p. (*dowód: pismo zamawiającego z dnia 14 marca 2022 roku*).

Zamawiający po przeprowadzeniu czynności badania i oceny ofert uznał ofertę odwołującego za najkorzystniejszą (*dowód: informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 7 lutego 2022 r. w aktach sprawy*).

Zamawiający w dniu 23 lutego 2022 r. wezwał odwołującego do podpisania umowy w dniu 01 marca 2022 r. godz. 10.00. (*dowód: pismo zamawiającego z dnia 23 lutego 2022 r. w aktach sprawy*).

Odwołujący poprosił zamawiającego o przesunięcie daty podpisania umowy (*dowód: pismo odwołującego z dnia 24 lutego 2022 roku w aktach sprawy*).

Odwołujący w dniu 24.02.2022 r. ponowił prośbę o przesunięcie terminu umowy, podtrzymał gotowość zawarcia umowy oraz poprosił o przekazanie projektu tekstu umowy, która miała zostać przedstawiona do podpisu w dniu 01.03.2022 roku (*dowody: pismo odwołującego z dnia 24 lutego 2022 r. w aktach sprawy*).

Zamawiający nie odpowiedział na prośby odwołującego o przesunięcie terminu podpisania umowy (*dowód: oświadczenie odwołującego*).

Odwołujący w dniu 28 lutego 2022 r. przesłał zamawiającemu do akceptacji projekt gwarancji należytego wykonania umowy (*dowód: projekt gwarancji w aktach sprawy*).

Zamawiający w dniu 28 lutego 2022 r. ponownie wezwał odwołującego do podpisania umowy w pierwotnym terminie tj. 01 marca 2022r. godz. 10.00. Ponadto zamawiający wezwał odwołującego do zmiany treści gwarancji zabezpieczenia należytego wykonania umowy przed podpisaniem umowy (*dowody: zrzut ekranu z informacji zamieszczonej na platformie na której prowadzone jest postępowanie*).

W dniu 28 lutego 2022 roku zamawiający przesłał odwołującemu projekt umowy do podpisu (*dowody: projekt umowy*).

Odwołujący w dniu 28 lutego 2022 r. wystąpił do zamawiającego z prośbą o zmianę terminu realizacji zamówienia określonego w umowie (*dowód: zrzut ekranu z informacji zamieszczonej na platformie na której prowadzone jest postępowanie*).

Zamawiający w dniu 28 lutego 2022 r. zakwestionował treść projektu gwarancji zabezpieczenia należytego wykonania umowy przedstawionej przez odwołującego i zakwestionował termin obowiązywania ww. gwarancji i wskazał, że gwarancja powinna obowiązywać od dnia 01.03.2022 r. tj. od dnia podpisania umowy a nie od dnia 01.04.2022 r. od dnia rozpoczęcia realizacji umowy. Termin wyznaczony na podpisanie umowy nie uległ zmianie i był oznaczony na dzień 01 marca 2022 r. godz. 10.00 (*dowody: zrzut ekranu z informacji zamieszczonej na platformie na której prowadzone jest postępowanie*).

Zamawiający w dniu 01 marca 2022 r. godz. 06.41 wezwał odwołującego do przedstawienia zmienionej treści gwarancji należytego wykonania umowy przed podpisaniem umowy (*dowód: zrzut ekranu z informacji zamieszczonej na platformie na której prowadzone jest postępowanie*).

W dniu 01 marca 2022 r. pracownik odwołującego stawił się w miejscu i terminie wyznaczonym na podpisanie umowy przez zamawiającego. Przedstawiciel zamawiającego w okolicach godz. 13.00 przekazał odwołującemu podpisany przez siebie w zwykłej formie

pisemnej egzemplarz umowy i ustnie poprosił o oddanie podpisanej przez odwołującego umowy bez określenia terminu na dokonanie ww. czynności (*dowody: kopia umowy przekazana odwołującemu, oświadczenie odwołującego*).

Odwołujący w dniu 01 marca 2022 r. przesłał skan zmienionej gwarancji zabezpieczenia należytego wykonania umowy zamawiającemu (*dowody: zrzut ekranu z informacji zamieszczonej na platformie na której prowadzone jest postępowanie, gwarancja należytego wykonania umowy*).

Zamawiający w dniu 02 marca 2022 r. wezwał odwołującego do przekazania oryginału gwarancji należytego wykonania umowy (*dowód: zrzut ekranu z informacji zamieszczonej na platformie na której prowadzone jest postępowanie*).

Odwołujący w dniu 02 marca 2022 r. zawiadomił zamawiającego o rozbieżnościach ww. umowy z treścią, która wynika z dokumentacji postępowania. Odwołujący wskazał zamawiającemu ww. różnice oraz poinformował, iż w jego ocenie są to zmiany, które mogą być kwalifikowane jako istotne zmiany umowy względem treści s.w.z. Odwołujący zaznaczył potrzebę wyjaśnienia ww. różnic oraz podtrzymał gotowość do zawarcia umowy wynikającej z s.w.z. Odwołujący przesłał jednocześnie oryginał gwarancji należytego wykonania umowy (*dowody: zrzut ekranu z informacji zamieszczonej na platformie na której prowadzone jest postępowanie, pismo Odwołującego dotyczące umowy z dnia 02 marca 2022 roku, załącznik z informacją o różnicach pomiędzy umową podpisaną przez zamawiającego a treścią s.w.z. – załącznik do pisma Odwołującego dotyczącego umowy z dnia 02 marca 2022 r. w aktach sprawy*).

Odwołujący w dniu 03 marca 2022 r. został zawiadomiony za pośrednictwem platformy, na której prowadzone jest postępowanie, że w związku z brakiem podpisania umowy w dniu 01 marca 2022 r. zamawiający traktuje to jako uchylenie się od podpisania umowy. Umowa została przesłana w dniu 28 lutego 2022 r. i to był moment na proponowanie poprawek, na chwilę obecną zamawiający traktuje to jako uchylenie się od podpisania umowy i unieważnia postępowanie (*zrzut ekranu z informacji zamieszczonej na platformie na której prowadzone jest postępowanie*).

Odwołujący w odpowiedzi na ww. zawiadomienie w dniu 03 marca 2022 r. poinformował zamawiającego, że nie zgadza się z zaprezentowaną przez niego oceną faktyczną i prawną sprawy. Wskazał, że zachowanie zamawiającego uprawdopodobnia tezę, że to zamawiający poszukuje przeszkód formalnych do zawarcia umowy (*dowód: zrzut ekranu z informacji zamieszczonej na platformie na której prowadzone jest postępowanie*).

Zamawiający w dniu 03 marca 2022 r. opublikował i przekazał informację o unieważnieniu postępowania. Zamawiający w unieważnieniu postępowaniu wskazał, że wskazane przez odwołującego różnice pomiędzy umową przekazaną do podpisu a s.w.z. mają charakter redaktorski i nieistotny, a nadto uzasadnił, że odwołujący podejmuje próbę negocjacji umowy, a zatem uchyla się od zawarcia umowy (*dowód: zrzut ekranu z informacji zamieszczonej na platformie na której prowadzone jest postępowanie, informacja o unieważnieniu postępowania w aktach sprawy*).

Odwołujący w dniu 02 marca 2022 r. zwrócił się pisemnie do kierownika zamawiającego o wyznaczenie spotkania w celu wyjaśnienia sprawy i podtrzymał gotowość zawarcia umowy zgodnej z treścią s.w.z. (*dowód: pismo odwołującego z dnia 02 marca 2022 r.*).

Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na ww. pytanie (*dowód: oświadczenie odwołującego*).

Izba zważyła, co następuje:

Zarzut naruszenia art. 137 ustawy P.z.p. poprzez zmianę treści specyfikacji warunków zamówienia, tj. postanowień wzoru umowy, po upływie terminu składania ofert, podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy P.z.p., tj. z powodu jego podniesienia po upływie terminu określonego w ustawie.

W pozostałym zakresie odwołanie jest zasadne i podlega uwzględnieniu.

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.

W odniesieniu do zarzutu odrzuconego, Izba wskazuje, że zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p., odwołanie wnosi się, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Zamawiający przekazał odwołującemu projekt umowy drogą mailową w dniu 28 lutego 2022 roku. Tym samym termin do wniesienia odwołania na treść projektu upłynął w

dniu 10 marca 2022 roku. Odwołujący wniósł odwołanie w dniu 11 marca 2022 roku, zatem z naruszeniem terminu do jego wniesienia.

Izby nie przekonuje argumentacja odwołującego, że projekt, który otrzymał w dniu 28 lutego 2022 roku potraktował jako brudnopis, ponieważ niektóre jego fragmenty były napisane czcionką o różnym kolorze. W ocenie Izby nie ma przesłanek, by na podstawie koloru czcionki wnioskować, iż jest to brudnopis. Tym bardziej, że odwołujący nie wykazał, by tekst egzemplarzy, które odwołujący otrzymał w dniu 1 marca 2022 roku, różnił się od tego, który został mu przesłany w dniu 28 lutego 2022 roku.

Tym samym Izba uznała, że zarzut został podniesiony z naruszeniem terminu do jego podniesienia i odwołanie w tym zakresie odrzuciła.

Izba uznała za uzasadniony zarzut naruszenia art. 255 pkt 7 ustawy P.z.p. poprzez unieważnienie postępowania, mimo że odwołujący nie uchylił się od zawarcia umowy.

Zgodnie z art. 255 pkt 7 ustawy P.z.p., zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub uchylił się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, z uwzględnieniem art. 263.

Ustawa nie wskazuje, jakie zachowanie wykonawcy należy uznać za uchylenie się od zawarcia umowy. W wyroku z dnia 4 marca 2014 r., sygn. akt: KIO 288/14, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że uchylenie 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.

W ocenie Izby w rozpoznawanym przypadku zachowanie odwołującego nie daje żadnych podstaw do uznania, że uchylił się on od zawarcia umowy. Odwołujący reagował na wszystkie żądania zamawiającego, w tym np. dostarczył zamawiającemu dokument gwarancji należytego wykonania umowy, dostarczył zmieniony dokument tej gwarancji, reagował na informacje dotyczące czynności zawarcia umowy itp. W żaden sposób nie dał do zrozumienia zamawiającemu, że nie zamierza zawrzeć z nim umowy.

W szczególności za podstawę do takiego uznania nie można uznać okoliczności, że odwołujący zgłosił uwagi do przesłanego mu projektu umowy. Faktem jest, że zamawiający przesłał odwołującemu projekt, który różnił się od projektu udostępnionego wcześniej. Sam zamawiający na posiedzeniu Izby w dniu 23 marca 2022 roku przyznał, że przekazany projekt różnił się od wcześniejszego, niemniej jednak stwierdził, że wprowadzone zmiany

wynikały z wcześniejszego uwzględnienia wniesionych w sprawie odwołań, z odpowiedzi na pytania do s.w.z. bądź też były nieistotne.

Izba wskazuje, że dokonanie zmian w projekcie umowy jest jedną z czynności zamawiającego, na którą wykonawcy przysługuje uprawnienie do wniesienia odwołania. Zamawiający, który dopiero na dzień przed wyznaczonym terminem zawarcia umowy, przekazuje wykonawcy zmieniony projekt umowy, w istocie pozbawia wykonawcę tego uprawnienia. Bez znaczenia pozostaje fakt, że – jak twierdzi zamawiający – zmiany wynikają z innych czynności zamawiającego lub są nieistotne. Jest to kwestia ocenna i – w przypadku, gdyby wykonawca nie podzielił stanowiska zamawiającego w tej kwestii – podlega rozstrzygnięciu Krajowej Izby Odwoławczej. W rozpoznawanym przypadku zarzuty dotyczące treści zmienionego projektu nie były przez Izbę rozpoznane wyłącznie z tego powodu, że zostały podniesione z uchybieniem terminu. Nie zmienia to faktu, że wykonawca był uprawniony do ich podniesienia, jak również do zasygnalizowania zamawiającemu swych zastrzeżeń w tym zakresie. W ocenie Izby nie do zaakceptowania jest sytuacja, w której wykonawca, który niezwłocznie po otrzymaniu projektu umowy, zwraca uwagę zamawiającemu na fakt, iż przekazany mu projekt zawiera postanowienia, które nie są zgodne z wcześniejszymi zapowiedziami i czynnościami zamawiającego, zostaje uznany za uchylającego się od zawarcia umowy. Tym bardziej, że oceny tej zamawiający dokonał pomimo tego, że termin na skorzystanie ze środka ochrony prawnej w postaci odwołania jeszcze nie upłynął.

Wskazując na powyższe stwierdzić należy, że zamawiający niezasadnie uznał, że odwołujący uchyła się od zawarcia umowy i unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 7 ustawy P.z.p.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania, oraz na podstawie § 7 ust. 2 pkt 1 oraz ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: