

**Sygn. akt: KIO 376/13**

**WYROK**  
**z dnia 5 marca 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Renata Tubisz

**Protokolant:** Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 marca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lutego 2013 r. przez **odwołującego:** NEWAG S.A. w Nowym Sączu, Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz, w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** Województwo Lubuskie Urząd Marszałkowski, ul. Podgórna 7, 65-057 Zielona Góra,

przy udziale **wykonawcy** - Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A., ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża NEWAG S.A. w Nowym Sączu, Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez NEWAG S.A. w Nowym Sączu, Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz tytułem wpisu od odwołania,

Sygn. akt: KIO 376/13

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Zielonej Górze.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 14.11.2012 pod poz. 2012/S 219-360760 w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa czterech fabrycznie nowych pojazdów szynowych z napędem spalinowym do kolejowych przewozów pasażerskich.

W dniu 18.02.2013r. zostało wniesione odwołanie wobec czynności zamawiającego ponownego dokonania wyboru wykonawcy. Odwołujący zarzucił naruszenie art. 94 ust.1 ustawy PZP umowy poprzez dokonanie ponownego wyboru wykonawcy pomimo nie zaistnienia przesłanek do takiej czynności to jest w sytuacji wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy przez odwołującego oraz pomimo nie uchylania się odwołującego od zawarcia umowy oraz art.46 ust 5 pkt 1 ustawy PZP poprzez bezpodstawne zatrzymanie wadium pomimo, iż odwołujący nie odmówił podpisania umowy z zamawiającym.

Odwołujący wnosi o unieważnienie czynności ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty oraz zatrzymania wadium odwołującego.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł następujące okoliczności faktyczne i prawne oraz wniósł o przeprowadzenie następujących dowodów na okoliczności podniesione w odwołaniu.

Odwołujący po wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej wniósł zabezpieczenie należytego wykonania umowy, przesyłając je drogą kurierską. Jako dowód przedłożył gwarancję ubezpieczeniową należytego wykonania umowy i usunięcia wad NR GKDo/24/2013/051-25-01-00 PZU S.A. wraz z dowodem nadania.

Po otrzymaniu zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający wezwał w dniu 18.01.2013r. odwołującego do zawarcia umowy .

Przy czym zamawiający wezwał również między innymi do wskazania reprezentantów, numeru rachunku bankowego oraz przewidywanych terminów dostaw poszczególnych pojazdów z uwagi na zasady finansowania zamawiającego.

W wyniku wzajemnych uzgodnień nie doszło do podpisania umowy w wyznaczonym terminie 18.01.2013r., a strony ustaliły sposób podpisania umowy nie na spotkaniu tylko w obiegowy sposób podpisania umowy.

Pismem z dnia 01.02.2013r. zamawiający ponownie wyznaczył termin podpisania umowy tym razem w dniu 05.02.2013r. w siedzibie zamawiającego i w piśmie tym poinformował, że wniosek o zmianę umowy będzie rozpoznawany po podpisaniu umowy.

W dniu wyznaczonym to jest 05.02.2013r. stawił się pełnomocnik odwołującego i ponownie złożył wniosek o zmianę umowy i o podpisanie aneksu wraz z umową. Pełnomocnik otrzymał informację, że wniosek będzie rozpoznany w ciągu trzech dni.

W dniu 8 lutego 2013r. odwołujący został poinformowany o unieważnieniu wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej i o ponownym wyborze oferty tym razem jego konkurenta Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. oraz o zatrzymaniu wadium wobec uchylania się od zawarcia umowy.

W ocenie odwołującego czynności te zamawiającego są bezzasadne i nastąpiły z naruszeniem prawa. Tym bardziej, że termin związania ofertą upływał w dniu 19 lutego 2013r.

Odnosnie zarzutu bezzasadnego naruszenia art.94 ust.3 ustawy PZP to odwołujący oświadcza, że nie uchylał się od zawarcia umowy. Po wyborze jego oferty oraz wniesieniu zabezpieczenia należytego wykonania umowy złożył wniosek o rozważenie zmiany terminu wykonania umowy. Wniosek o zmianę terminu dostawy pojazdów szynowych, odwołujący uzasadniał wprowadzeniem nowych przepisów w 2012r. i opracowywaniem na przestrzeni tego roku procedur, które okazują się tak długotrwałe, że zmotywowało go to do wniosku o zmianę terminu dostaw. Na poparcie swojego wniosku przedstawił opinię co do procedur i czasu ich trwania Instytutu Kolejnictwa z dnia 18.01.2013r.

Wniosek o zmianę terminu wykonania umowy znajduje oparcie w rozdz. XXV pkt 2.6.1. zgodnie z którym w przypadku niemożności wykonania umowy jest możliwa zmiana umowy w sytuacji działania osób trzecich na które nie mają wpływu strony umowy.

Odwołujący chciał zawrzeć umowę, po to stawił się 5 lutego b.r. w siedzibie zamawiającego. Przy czym złożył dodatkowy wniosek o zmianę terminu i był zapewniany przez zamawiającego, że wniosek zostanie rozpatrzony w terminie 3 dni. Wobec tego, że do godz.15.00 dnia 08.02.b.r. odwołujący nie otrzymał odpowiedzi co do jego wniosku, nie chcąc przedłużać procedury zawarcia umowy oraz w związku z przyjęciem przez strony obiegowy metody podpisania umowy na koniec dnia zarząd złożył podpisy pod umową. W tym samym dniu o godz.15.00 POCZTEX- em odwołujący nadał przesyłkę z podpisanymi umowami do zamawiającego.

Po wysłaniu umów wpłynął faks o ponownym wyborze i zabranii wadium, który z uwagi na pracę do godz.15.00 został odczytany dopiero w poniedziałek to jest 11.02.2013roku.

Odwołujący przywołał szereg przykładów doktryny i orzecznictwa, z których wywiódł końcowy wniosek, że odmowa podpisania umowy jest tożsama ze stanowiskiem podjętym świadomie przez wykonawcę i przekazanym do wiadomości zamawiającego. Według odwołującego wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy i stawienie się 5 lutego b.r. w siedzibie zamawiającego świadczy o tym, że chciał podpisać umowę, a zamawiający jemu to uniemożliwił, ponieważ w czasie spotkania nie podał jemu umowy do podpisania.

W związku z tym wnosi o uwzględnienie odwołania. Do pisma załączono: pismo zamawiającego z dnia 08.01.2013r., pismo odwołującego z dnia 29.01.2013r., potwierdzenie nadania umowy oraz kopia podpisanej umowy, pismo z dnia 18.01.2013r. opinia Instytutu Kolejnictwa, gwarancja ubezpieczeniowa z dnia 15.01.2013r. PZU, pismo, dowód nadania Pocztex z dnia 08.02.2013r.

Pismem z dnia 20 lutego 2013r. przesłanym drogą faksową zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie w całości odwołania.

W uzasadnieniu przedstawił następujące okoliczności faktyczne i prawne oraz wniósł o przeprowadzenie następujących dowodów.

W dniu 08.01.2013r. w związku z wyborem odwołującego jako wykonawcy najkorzystniejszej oferty zamawiający wyznaczył termin na 18.01.2013r. w siedzibie zamawiającego na podpisanie umowy. W tym celu wysłał do odwołującego pismo, które przywołał w poczet dowodów. Pismo to zostało przesłane również drogą elektroniczną. W tym celu jako zał. nr 1 i nr 2 do odpowiedzi na odwołanie załączył treść pisma z dnia 08.01.2013r. oraz przesłanie mailem w dniu 08.01.2013r. z potwierdzeniem otrzymania przez odwołującego oraz ponowne zapytanie mail w dniu 22 stycznia 2013r. oraz odpowiedź odwołującego w tymże dniu z scedowaniem obowiązku odpowiedzi na Pana K..... P.....

W ocenie zamawiającego, odwołujący nie zamierzał podpisać umowy bez zawarcia aneksu przedłużającego termin wykonania umowy na 2014r. co jest niezgodne z SIWZ oraz budżetowaniem zamówienia.

Obowiązywał również system obiegu zawarcia umowy i pomimo dwóch wezwań odwołujący nie przedłożył podpisanej umowy.

Zamawiający podnosi, że otrzymał w dniu 11.02.2013r. podpisaną umowę z datą 05.03.2013r. i dziwi go fakt, że skoro w tym dniu podpisano umowę, to czemu pełnomocnik odwołującego, który przybył dnia 05.03.2013r. do jego siedziby tych podpisanych umów nie przedłożył zamawiającemu do podpisu.

W związku z powyższym zamawiający przedkłada szereg dokumentów i dowodów w sprawie załączonych do odpowiedzi na odwołanie na poparcie swojego stanowiska: 1. pismo zamawiającego do odwołującego z dnia 08.01.2013r. o wyznaczeniu terminu zawarcia

umowy, 2.potwierdzenie odczytania e-maila przez P. J..... M....., 3.e-mail do odwołującego z dnia 22.01.2013r. czy umowa została już podpisana, 4.wniosek odwołującego, który wpłynął do zamawiającego w dniu 29.01.2013r. 5. Pismo do odwołującego z dnia 01.02.2013r. z wyznaczeniem kolejnego terminu podpisania umowy.6.pismo odwołującego z dnia 05.02.2013r.,7. zawiadomienie o unieważnieniu postępowania DA.III.272.1.3.2011 z dn.07.11.2011r., 8. Pismo z 05.02.2013r. PESA Bydgoszcz S.A. o możliwości realizacji zamówienia., 9.zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny wraz z potwierdzeniem nadania faksem z dn.08.02.2013r. godz.15.14.,10. jednostronnie podpisana umowa z pismem z dnia 08.02.2013r. (wpłynęło 11.02.2013r. , 11.kopia otrzymanego dokumentu nadania EE 325 36 765 PL z dn.08.02.2013r. z godz.17.10 (wpłynęło do zamawiającego dnia 11.02.2013r.), 12. potwierdzenie nadania przesyłki z jednostronnie podpisaną umową przez spółkę NEWAG S.A.(wydruk)

Pismem z dnia 20.03.2013r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpiły Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A.

### **Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje**

#### **Co do prawa do wniesienia odwołania – art.179 ust.1 ustawy PZP.**

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, ponieważ złożył najkorzystniejszą ofertę. W dniu 07.01.2013r. zamawiający wybrał ofertę odwołującego jako najkorzystniejszą. Pismem z dnia 08.01.2013r. wezwał odwołującego do podpisania umowy dnia 18.01.2013r. Odwołujący nie podpisał umowy w pierwszym wyznaczonym terminie oraz w drugim wyznaczonym terminie to jest w dniu 05.02.2013r. Przy czym według odwołującego nie uchylał się on od zawarcia umowy tylko usiłował przekonać zamawiającego o konieczności zmiany umowy w zakresie terminu jej wykonania i podpisania umowy wraz z aneksem. W konsekwencji zaistniałej sytuacji zamawiający pismem z dnia 08.02.2013r. dokonał ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty spośród pozostałych ofert to jest w przedmiotowym postępowaniu drugiej pozostałej oferty przystępującego do postępowania po stronie zamawiającego. W ten sposób odwołujący stracił szansę uzyskania zamówienia a przez to może ponieść szkodę poprzez nie uzyskanie dochodu z wykonania zamówienia. Zaistniała sytuacja wyczerpuje przesłanki z art.179 ust.1 ustawy PZP uprawniające do

wniesienia odwołania. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

**Izba ustaliła co następuje.**

Na podstawie przeprowadzonego na rozprawie postępowania dowodowego z dokumentów, korespondencji odwołującego i zamawiającego, przedłożonej na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania oraz zeznania świadka wskazanego przez odwołującego, Izba dokonała następujących ustaleń.

1. Pismem zamawiającego z dnia 08.01.2013r. skierowanym do odwołującego wyznaczono termin zawarcia umowy na dzień 18.01.2013r. W piśmie tym wyznaczono również miejsce zawarcia umowy to jest w siedzibie zamawiającego Urząd Marszałkowski w Zielonej Górze. Ponadto poproszono odwołującego o przesłanie informacji na temat: osób reprezentujących wykonawcę, numeru rachunku bankowego wykonawcy, formy zabezpieczenia należytego wykonania umowy, przewidywanych terminów dostaw poszczególnych pojazdów szynowych. Z wnioskiem o rozłożenie w czasie terminów dostaw poszczególnych pojazdów z uwagi na obowiązujący u zamawiającego system płatności, uniemożliwiający zapłatę w jednym terminie. Pismo było skierowane do Dyrektora Marketingu odwołującego. Przedłożono również korespondencję mailową przesłanego pisma, z którego wynika, że adresat odczytał pismo o godz. 14.12. dnia 08.01.2013r. Przedłożono również drugi mail z dnia 22.02.2013r. do Dyrektora Marketingu odwołującego odczytany w tymże dniu o godz. 12.49 o treści „Czy umowa na dostawę czterech pojazdów została już podpisana ze strony NEWAG-u? Kiedy możemy spodziewać się odesłania jej do nas?” Adresat nie udzielił odpowiedzi, sędował udzielenie odpowiedzi wyznaczonemu przez siebie pracownikowi odwołującego.
2. Pismem z dnia 29 stycznia 2013r. odwołujący złożył do zamawiającego wniosek o zmianę terminów dostawy dwóch pierwszych dostaw na dzień 29 maja 2014r. oraz dwóch pozostałych na dzień 13 czerwca 2014r. Uzasadniając wniosek powołał się na działanie osób trzecich rozdz. XXV pkt.2 ppkt 2.6.1. SIWZ zgodnie z którym 2.6. Dopuszcza się zmianę umówionego terminu wykonania zamówienia w przypadku: 2.6.1. działań osób trzecich uniemożliwiających wykonanie prac, które to działania nie są konsekwencją winy którejkolwiek ze stron. Przywołując jako

dopuszczalną zmianę umowy w myśl obowiązującego art.144 ust.1 ustawy PZP. Odwołujący powołał się na niewiedzę w zakresie niezbędnego czasu na przeprowadzanie kompleksowych badań homologacyjnych, certyfikacji oraz wydania zezwolenia na eksploatację dla pojazdów zgodnych z technicznymi specyfikacjami interoperacyjności (TSI) do trzech miesięcy na badania, sześciu miesięcy na certyfikację TSI oraz trzech miesięcy na wydanie stosownego zezwolenia. Przy czym niewiedza miała miejsce na dzień składania oferty. W podsumowaniu uzasadnienia stwierdzono "Zważywszy jednak na pismo otrzymane z Instytutu Kolejnictwa z dnia 18 stycznia 2013 roku, w którym przedstawiono okoliczności od nas niezależne polegające na wydłużeniu z dniem 29 stycznia 2013r czasu niezbędnego na przeprowadzenie wszystkich badań dopuszczających, co uniemożliwia wykonanie przedmiotu zamówienia w oczekiwanym przez Państwa terminie oraz biorąc pod uwagę, że okoliczności te stanowią działania osób trzecich uniemożliwiających wykonanie prac, które to działania nie są konsekwencją winy którejkolwiek ze stron wnioskujemy jak na wstępie tj. o przesunięcie terminu dostawy pierwszych dwóch pojazdów na 29 maja 2014r., a pozostałych na 13 czerwca 2014r." Pismo podpisali członkowie zarządu spółki odwołującego..

3. W dniu 01.02.2013r. zamawiający zwrócił się do Prezesa zarządu odwołującego z prośbą (...) „o jednoznaczną informację czy Państwa wniosek z dnia 29.01.2013r. w sprawie zmiany terminu realizacji zamówienia, mamy traktować jako zmianę oferty. Ponownie wzywamy do zawarcia umowy na warunkach określonych w SIWZ, w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego tj. w Zielonej Górze w dniu 05.02.2013r. Informujemy, że ewentualne zmiany w umowie mogą być rozważane dopiero po jej zawarciu”.
4. Pismem z dnia 04.02.2013r. Prezes zarządu odwołującego poinformował, że wniosek odwołującego z dnia 29.01.2013r. nie stanowi zmiany złożonej oferty. (...) precyzujemy, iż wnosimy o podpisanie wraz z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego stosownego aneksu zamieniającego terminy dostaw na wskazane we wniosku. Kierując się troską o niegenerowanie dodatkowych kosztów związanych z procedurą zawierania aneksu, proponujemy jednoczesne podpisanie umowy i stosownego aneksu. Pismo to zostało złożone w siedzibie zamawiającego w dniu 05.02.2013r. przez Dyrektora Marketingu odwołującego to jest w dniu wyznaczonym na podpisanie umowy.
5. „Opinia na temat czasu badań i dopuszczeń jedno i dwuczłonowego nowego typu pojazdu” z dnia 18.01.2013r. Instytut Kolejnictwa ul. Chłopickiego 50 ; 04- 275



Warszawa na wskutek zlecenia nr PB/PS/15/01/13 z dnia 14 stycznia 2013r. określająca minimalne i maksymalne terminy uzgodnień dla wymaganych badań i certyfikacji zgodnie ze wskazanymi w opinii przepisami. W opinii używa się zwrotów typu "około 3 miesięcy", „do 3 miesięcy”.

6. gwarancję ubezpieczeniową należytego wykonania umowy i usunięcia wad NR GKDo/24/2013/051-25-01-00 PZU S.A. Nowy Sącz z dnia 15 stycznia 2013r. Zgodnie z §5 umowy „gwarancja obowiązuje od dnia zawarcia umowy”.
7. W wyznaczonym terminie dnia 18.01.2013r. nie stawił się pełnomocnik odwołującego w siedzibie zamawiającego celem podpisania umowy
8. W wyznaczonym kolejnym terminie dnia 05.02.2013r. stawił się Dyrektor Marketingu odwołującego, który złożył zamawiającemu pismo z dnia 04.02.2013 r. opisane w powyższym pkt.4. Ponadto na rozprawie pełnomocnik odwołującego złożył notatkę służbową z dn. 06.02.2013r. sporządzoną przez Dyrektora Marketingu odwołującego z pobytu w siedzibie zamawiającego w dniu 05.02.2013r. wraz z pełnomocnictwem do podpisania umowy noszącym datę 04.02.2013r. podpisane przez członków zarządu odwołującego. Na rozprawie na wniosek pełnomocnika odwołującego przesłuchano w charakterze świadka Dyrektora Marketingu odwołującego.
9. W dniu 08.02.2013r. zamawiający w piśmie do odwołującego poinformował o zatrzymaniu wadium na podstawie art.46 ust.5 pkt 1 ustawy PZP w związku z zakwalifikowaniem uzależniania podpisania umowy od równoczesnego zawarcia aneksu jako odmowę podpisania umowy. W uzasadnieniu stanowiska zamawiający wskazał min. na to, że brak zgody na zmianę terminu wykonania umowy (przedmiot aneksu) wynika z budżetu finansowego inwestycji współfinansowanej ze środków europejskich na lata 2007 – 2013 i niemożnością przesunięcia terminu finansowania na 2014r. oraz nowym rozkładem jazdy pociągów, który ma obowiązywać od 15.12.2013r. Pismo przesłano faksem w dniu 08.02.2013r. o godz.15.14 z potwierdzeniem przez odwołującego doręczenia 08.02.2013r. o godz.15.17
10. W dniu 08.02.2013r. zamawiający w piśmie zawiadomił odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny to jest przystępującego po stronie zamawiającego. W piśmie podał mi., że przyczyną ponownego wyboru oferty jest nie podpisanie w dwukrotnie wyznaczonym terminie umowy przez wykonawcę wybranego pierwotnie to jest odwołującego i uzależnianie podpisania umowy od zawarcia aneksu co do

terminu realizacji zamówienia z przesunięciem terminu z 2013r. na 2014r. Pismo przesłano faksem w dniu 08.02.2013r. o godz.15.14 z potwierdzeniem przez odwołującego doręczenia 08.02.2013r. o godz.15.17.

11. Pismem z dnia 08.02.2013r. przesłano od odwołującego do zamawiającego trzy egzemplarze podpisanej umowy (wpisana data zawarcia umowy 05.02.2013r. widnieją podpisy członków zarządu odwołującego) za pośrednictwem POCZTEX z przesłaniem drogi pocztowej z dokumentu nadania EE 32 536 765 5 PL od nadawcy 08.02.2013r. godzina 17.33. do adresata dnia 11.02.2013r. godz.7.50. Strony na rozprawie przedłożyły do akt sprawy oryginały kalek dokumentu nadania przesyłki drogą POCZTEX przez odwołującego wraz z oryginałem koperty POCZTEX.

Powyżej opisane dokumenty włączono do akt postępowania odwoławczego.

### **Izba zważyła co następuje.**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający wyznaczył termin podpisania umowy wskazując datę i miejsce to jest 18.01.2013r. w siedzibie zamawiającego. Jednocześnie oczekiwał podania danych do wypełnienia umowy to jest reprezentacji, numeru rachunku bankowego, formy zabezpieczenia wykonania umowy, przewidywanych terminów dostaw poszczególnych pojazdów szynowych (wagonów). Powyższe pismo jest dowodem na wyznaczenie odwołującemu przez zamawiającego obowiązującego terminu podpisania umowy. Żądanie danych do wypełnienia umowy w tym wniosek o rozłożenie terminów dostaw poszczególnych pojazdów (czterech wagonów) nie daje odwołującemu prawa do proponowania terminów dostaw wykraczających poza maksymalny termin wykonania umowy określony w SIWZ i potwierdzony w złożonej ofercie przez odwołującego to jest do dnia 13 grudnia 2013r. wszystkie cztery pojazdy szynowe.

Zgodnie z art.144 ust.1 ustawy PZP zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany.

Do istotnych postanowień umowy dostawy należą oznaczenie przedmiotu umowy, terminy wykonania oraz ustalenie ceny (art.605 k.c. w zw, z art.14 ustawy PZP zgodnie z którym przez umowę dostawy dostawca zobowiązuje się do wytworzenia rzeczy oznaczonych tylko

co do gatunku oraz do ich dostarczenia częściami albo periodycznie a odbiorca zobowiązuje się do odebrania tych rzeczy i do zapłacenia ceny). Tak więc istotną zmianą w umowach zamówień publicznych, która jest zakazana to zmiana terminu poza termin określony w ofercie to jest poza 13 grudnia 2013r. Tylko w wyjątkowych, przewidzianych warunkach w umowie jest możliwa zmiana terminu wykonania umowy. Przy czym nie dotyczy to zmian umowy co do terminu jej wykonania w granicach czasowych umowy za zgodą stron to jest w tym wypadku wcześniejszego wykonania umowy, ponieważ zmiany na korzyść zamawiającego są zawsze dopuszczalne w umowach o zamówienie publiczne. Natomiast w przedmiotowej sprawie wykonawca (odwołujący) zaproponował niedotrzymanie terminu wykonania umowy w stosunku do SIWZ (rozdz. X. Termin wykonania przedmiotu zamówienia: od dnia podpisania umowy do dnia 13.12.2013r.) i złożonej oferty (13 grudnia 2013r.). Bowiem odwołujący zaproponował termin 29 maja 2014r. i 13 czerwca 2014r. powołując się na rozdz. XXV pkt 2 ppkt 2.6.1. SIWZ o treści 2.6. Dopuszcza się zmiany umówionego terminu wykonania zamówienia w przypadku: 2.6.1.działań osób trzecich uniemożliwiających wykonanie prac, które to działania nie są konsekwencją winy którejkolwiek ze stron. Według Izby w zaistniałej sytuacji faktycznej i prawnej nie wystąpiła po pierwsze okoliczność działań osób trzecich opóźniających wykonanie umowy, ponieważ jako podstawę do zmiany terminu wykonania umowy nie przywołano jakichkolwiek działań w tym wypadku organów państwowych, które badają i certyfikują pojazdy szynowe a tylko przedłożoną opinię Instytutu Kolejnictwa w Warszawie z dnia 18.01.2013r. na temat potencjalnego czasu badań i certyfikowania wagonów (czyli nie było żadnych działań osób trzecich wpływających na opóźnienie terminu wykonania zamówienia). Po drugie nie została spełniona zasadnicza przesłanka do wniosku o zmianę terminu to jest nie zawarto umowy. Zgodnie z art.144 ust.1 ustawy, przywoływanym zresztą przez odwołującego w wyżej przywołanym wniosku odwołującego z dnia 29 stycznia 2013r. o zmianę terminu, „Zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty”(…). Z przepisu cytowanego jednoznacznie wynika, że dokonuje się zmiany umowy zawartej. Natomiast w przedmiotowej sprawie umowy jeszcze nie zawarto. Natomiast odwołujący oczekiwał jednoczesnego zawarcia umowy i podpisania aneksu wbrew treści art.144 ust.1 ustawy PZP oraz wbrew wymogowi ziszczenia się działań osób trzecich, które opóźniają wykonanie umowy i to pod warunkiem braku winy stron umowy. W związku z tym za słuszne należy uznać stanowisko zamawiającego, który w piśmie z dnia 01.02.2013 do odwołującego, wyznaczając kolejny termin na podpisanie umowy to jest 05.02.2013r. informuje, że ewentualne zmiany umowy mogą być rozważane dopiero po jej zawarciu. Reasumując żądanie zmiany terminu poza termin 13.12.2013r. było nieuzasadnione, ponieważ umowa jeszcze nie została zawarta, a tylko zawarta umowa może być zmieniana, po drugie nie wystąpiły żadne działania osób trzecich, które opóźniają realizację zamówienia, tylko

przedłożono hipotetyczną opinię Instytutu Kolejnictwa z dnia 18.01.2013r. na temat przewidywanych terminów badań i certyfikacji wagonów kolejowych w związku ze zmianą przepisów prawa w tym zakresie.

Poza bezspornym ustaleniem w sprawie, że dwukrotnie zamawiający wyznaczał termin zawarcia w jego siedzibie umowy to jest w dniach 18.01.2013r. oraz 05.02.2013r. to również bezspornie w toku rozprawy oraz z korespondencji stron ustalono obiegowy charakter podpisania umowy a co wynika np. z maila z dnia 22 stycznia 2013r. od zamawiającego do nadawcy (czy umowa na dostawę czterech pojazdów została już podpisana ze strony NEWAG-u. Kiedy możemy się spodziewać odesłania jej do nas) oraz pisma odwołującego z dnia 08.02.2013r. do zamawiającego (w załączeniu przesyłamy podpisane trzy egzemplarze umowy na dostawę czterech fabrycznie nowych pojazdów szynowych z napędem spalinowym do kolejowych przewozów pasażerskich z prośbą o zwrot jednego egzemplarza.)

Powyższe ustalenie ma znaczenie dla oceny argumentacji odwołującego, że zamawiający również oczekiwał zmiany terminu wykonania umowy. Przy czym jego propozycja dotyczyła okresu do 13 grudnia 2013r. czyli w ramach maksymalnego terminu przewidzianego na wykonanie umowy (pismo zamawiającego z dnia 08.01.2013r.) Z kolei w piśmie z dnia 01.02.2013r., w którym wyznaczono kolejny termin podpisania umowy wzywa się już odwołującego do podpisania umowy zgodnie z warunkami SIWZ („ponownie wzywamy do zawarcia umowy na warunkach określonych w SIWZ, w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego tj. w Zielonej Górze w dniu 05.02.2013r. Informujemy, że ewentualne zmiany w umowie mogą być rozważane dopiero po jej zawarciu.”) Z ostatniego pisma wynika, że zamawiający oczekuje podpisania umowy na warunkach SIWZ czyli zgodnie ze złożoną ofertą. Także jednoznacznie zamawiający informuje, że aneks może dotyczyć czasu po zawarciu umowy a nie przed czy jednocześnie z zawarciem umowy. Biorąc pod uwagę, że obowiązywał system obiegowy podpisania umowy to również dobrze odwołujący mógł nie przyjeżdżać w dniu 05.02.2013r. do Zielonej Góry do siedziby zamawiającego tylko wysłać podpisaną umowę zgodnie ze złożoną ofertą (wzór umowy załącznik do SIWZ był dostępny odwołującemu) byleby dotarła do dnia 05.02.2013r. do zamawiającego. Bowiem w myśl art. 61§1 k.c. w związku z art.14 ustawy PZP oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszli do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią.

Możliwości obiegowego podpisania umowy wynikały nie tylko z wyżej przywołanego maila zamawiającego z dnia 22 stycznia 2013r. i pisma odwołującego z dnia 08.02.2013r. ale także z przyznania tego sposobu popisanie umowy na rozprawie [oświadczenie pełnomocnika zamawiającego (...)] „w zw. z tym, że nie zamierzał dotrzeć na spotkanie 18 stycznia 2013r.

w celu podpisania umowy bo oczekiwał aneksu to ustaliliśmy telefonicznie, że będziemy kontaktować się poprzez doręczenie umowy obiegowo” str.6 protokołu rozprawy; wiersz 13,14,15,16 od góry oraz oświadczenie pełnomocnika odwołującego (... )”Zamawiający pomimo obowiązywania formy obiegowej ewentualnie podpisania umowy wyznacza jednak termin na podpisanie umowy w dniu 5 lutego 2013r.” str. 8 protokołu rozprawy; wiersz 3,4,5 od góry (...)].

Przesłuchany na wniosek odwołującego w charakterze świadka Dyrektor Marketingu odwołującego oświadczył między innymi, że nie proponowano jemu podpisania umowy kiedy przybył na spotkanie w dniu 05.02.2013r. do siedziby zamawiającego, chociaż jego zamiarem było podpisanie umowy. Przyznaje, że złożył wniosek o zmianę terminu wykonania umowy i zamawiający miał się w terminie trzech dni odnieść do wniosku. Z zeznania wynika, że nikt mu na spotkaniu nie proponował podpisania umowy chociaż w tym celu przyjechał do zamawiającego (dowód zeznania świadka Dyrektora Marketingu – str. 7 protokołu ostatni akapit od dołu strony).

Tym zeznaniom zaprzeczyli obecni na rozprawie przedstawiciele zamawiającego składając oświadczenia do protokołu (drugi i trzeci akapit na str.6 protokołu od góry) oraz pełnomocnik zamawiającego w głosie końcowym (akapit drugi – strona 8 protokołu z rozprawy) .

Izba dokonując oceny zgromadzonego w sprawie materiału w tym zeznania świadka ustaliła, że po stronie odwołującego nie było przeszkód w dotrzymaniu dwukrotnie ustalanych przez zamawiającego terminów podpisania umowy, ponieważ odwołujący mógł podpisać umowę, ponieważ nią dysponował (zał. nr 6 do SIWZ) i mógł doręczyć do zamawiającego w terminie wyznaczonym. Natomiast obowiązkiem zamawiającego jest doprowadzenie do zawarcia umowy co reguluje przywołany w odwołaniu art. 94 ust.1 pkt 1 ustawy PZP. Wykonując ten obowiązek zamawiający dwukrotnie wyznaczał termin i każdy z nich można było traktować jako ostateczny ze wszystkimi negatywnymi skutkami jego nie dotrzymania (zatrzymanie wadium – art. 46 ust.5 pkt 1 ustawy PZP, wybór kolejnej oferty – art.94 ust.3 ustawy PZP). Przy czym w drugim wezwaniu z dnia 01.02.2013r. zamawiający już nie podnosi wniosku rozłożenia na raty dostawy wagonów tylko żąda podpisania umowy ”na warunkach określonych w SIWZ” i wyjaśnia wprost ”ewentualne zmiany w umowie mogą być rozważane dopiero po jej zawarciu”.

Stąd zasada wynikająca z przepisów prawa zamówień publicznych (art. 94 ust.1 w zw. z art. 144 ust.1 ustawy PZP) „Najpierw należy podpisać umowę w terminie wyznaczonym przez zamawiającego a dopiero po tym można podpisywać zmiany umowy”.

Pomimo tak jednoznacznego wezwania zamawiającego z dnia 01.02.2013r., odwołujący pismem z dnia 04.02.2013r. wnosi o podpisanie wraz z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego stosownego aneksu zmieniającego terminy dostaw na wskazane w jego wniosku.

Świadek w swoim zeznaniu nie podaje, że zamawiający na spotkaniu w dniu 05.02.2013r. zmienił termin podpisania umowy tylko, że wniosek odwołującego w.s. aneksu miał być rozpoznany w ciągu trzech dni. Natomiast nawet gdyby przyjąć, że zamawiający na spotkaniu nie podał umowy do podpisania to profesjonalista przedstawiciel przedsiębiorcy występujący wielokrotnie w postępowaniach o zamówienie publiczne, powinien wiedzieć co jemu zagraża w przypadku przekroczenia terminu wezwania zamawiającego do podpisania umowy. W zaistniałej sytuacji przedstawiciel odwołującego powinien darzyć zamawiającego jako partnera biznesowego ograniczonym zaufaniem i doręczyć w tym dniu przez siebie podpisaną umowę i złożyć z potwierdzeniem odbioru w sekretariacie zamawiającego, jak potrafił to uczynić z kolejnym wnioskiem o aneks(pismo z dnia 04.02.2013r.). Aktualnie istnieją takie środki komunikacji internetowej, że nawet jeżeli przedstawiciel odwołującego nie zabrał w podróż egzemplarza umowy to mógł ją uzyskać za pośrednictwem elektronicznej komunikacji od odwołującego, podpisać, ponieważ jak okazał na rozprawie pełnomocnik odwołującego miał w tym dniu pełnomocnictwo z 04.02.2013r. od członków zarządu odwołującego i złożyć w sekretariacie zamawiającego.

Reasumując odwołujący nie wykazał, aby zamawiający podjął jakieś nadzwyczajne środki w stosunku do przedstawiciela odwołującego przybyłego do siedziby zamawiającego uniemożliwiający podpisanie umowy w dniu 05.02.2013r.

Według Izby odwołujący nie wykazał należytej staranności w wykonaniu wezwania zamawiającego do podpisania umowy w dniu 05.02.2013r. w myśl art. 355 §2 k.c. w zw. z art. 14 ustawy PZP w myśl, którego należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. W związku z powyższym zachowanie odwołującego należy zakwalifikować do uchylenia się od zawarcia umowy bądź odmowy podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W związku z powyższym zamawiający był uprawniony do zastosowania sankcji zatrzymania wadium w myśl art. 46 ust.5 pkt 1 ustawy PZP to jest, zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie.

Zamawiający był uprawniony również do wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert bez ponownego ich badania i oceny w związku ze stwierdzonym

uchylaniem się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w myśl art. 94 ust.3 ustawy PZP.

Czynności te zamawiający wykonał skutecznie wobec odwołującego w dniu 08.02.2013r. pismami przesłanymi faksem, których otrzymanie potwierdził odwołujący na godzinę 15.17 dnia 08.02.2013r. Natomiast odwołujący po terminie wykonania tych czynności doręczył w dniu 11.02.2013r. o godz. 7.50 za pośrednictwem POCZTEX-u. podpisane przez członków zarządu egzemplarze wysyłając je również przez POCZTEX z dokumentacją przebiegu przesyłki w terminie od 08.02.2013r. godz.17.33 do godz. 11.02.2013 godz.07.50.

Z powyższych ustaleń wynika, że odwołujący z zaskarżonymi czynnościami zamawiającego mógł zapoznać się o godz.15.17 w dniu 08.02.2013r. a zamawiający mógł zapoznać się z treścią oświadczenia woli odwołującego co do podpisania umowy w dniu 11.02.2013r.o godz.7.50.

Reasumując nawet gdyby rozważyć różnice pomiędzy odmową podpisania umowy w sprawach zamówienia publicznego na warunkach określonych ofercie (art.46 ust.5 pkt 1 ustawy PZP) a uchylaniem się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 94 ust.3 ustawy PZP) to według Izby obydwie okoliczności faktyczne zachowania odwołującego wystąpiły kwalifikują się do powyżej wskazanych przepisów prawa.

Z uwagi na powyższe Izba nie znalazła podstaw prawnych do uwzględnienia odwołania w myśl art. 192 ust.2 ustawy PZP, zgodnie z którym Izba uwzględnia odwołanie jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy PZP, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Bowiem w przedmiotowej sprawie nie wystąpiła pierwsza przesłanka co do naruszenia przepisów to jest art. 46 ust.5 pkt 1 i art. 94 ust.3 ustawy PZP.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1) oraz § 1 ust.1 pkt 2) 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. 2010r. Nr 41, poz. 238) zaliczając w koszty postępowania odwoławczego wpis w kwocie 15.000,00 złotych.

Przewodniczący: .....