

Sygn. akt: KIO/KD 83/14

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 1 października 2014 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych w dniu 5 września 2014 roku do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego

**Gminę Juchnowiec Kościelny,**  
**ul. Lipowa 10**  
**16-061 Juchnowiec Kościelny**

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 29 sierpnia 2014 roku w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „**Dostawę Energii Elektrycznej**”

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

**Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek**  
**Członkowie: Magdalena Grabarczyk**  
**Emil Kawa**

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia zamawiającego od wyniku kontroli nie zasługują na uwzględnienie.**

## Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Juchnowiec Kościelny przeprowadziła w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę energii elektrycznej. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 490578 – 2012 w dniu 5 grudnia 2012 r.; tego samego dnia zamawiający zamieścił ogłoszenie na swojej stronie internetowej oraz w siedzibie zamawiającego w miejscu publicznie dostępnym.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, w wyniku przeprowadzonej kontroli doraźnej stwierdził:

Po pierwsze, że przepis art. 94 ust. 3 ustawy Pzp nie miał w przedmiotowej sprawie zastosowania, gdyż nie wystąpiła żadna z przesłanek pozwalająca na dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert, poza ofertą wybraną pierwotnie tj. ofertą Energa Obrót S.A. Zdaniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, okoliczności faktyczne wskazują, że w niniejszym postępowaniu Wykonawca Energa Obrót S.A. nie złożył oświadczenia o odstąpieniu od zawarcia umowy sprzedaży energii, a jego zachowanie nie świadczyło o chęci uchylecia się od jej podpisania. Tym samym nie zostały spełnione przesłanki zastosowania przepisu art. 94 ust. 3 ustawy Pzp i Zamawiający nie był uprawniony do wyboru oferty Wykonawcy PGE Obrót S.A. Powyższe działanie Zamawiającego stanowiło naruszenie art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, które miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jednocześnie Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podniósł, że oferta Wykonawcy PGE Obrót S.A. nie była ofertą najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert. Taką ofertą była oferta Wykonawcy DUON Marketing and Trading S.A., który telefonicznie odmówił podjęcia się realizacji przedmiotowego zamówienia. W uzasadnieniu stanowiska Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał, że „uchylanie się od podpisania umowy” powinno przejawiać się wyraźną odmową zawarcia umowy przez wykonawcę lub odmową podpisania umowy w dniu określonym przez zamawiającego. Odmowa jest każdym oświadczeniem woli wyrażającym brak zgody na zawarcie umowy, która zgodnie z zasadą pisemności wyrażoną w art. 9 ust. 1 ustawy Pzp, została złożona przez wykonawcę na piśmie lub w jednej z form dopuszczonych przez zamawiającego na podstawie przepisów art. 27 ustawy Pzp. Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego dotyczącym art. 390 § 1 k.c. (wyrok SN z dnia 14 grudnia 1999 r.; sygn.: II CKN 624/98), który posługuje się pojęciem „*uchylania się od zawarcia umowy przyrzeczonej po zawarciu umowy przedwstępnej sprzedaży*”: „*Uchylanie się od zawarcia umowy przyrzeczonej, będące przejawem niewykonania umowy przedwstępnej, powinno (...) być rozumiane jako świadome działanie lub zaniechanie, zmierzające do bezpodstawnego niezawarcia umowy przyrzeczonej, a przynajmniej godzenie się z takim skutkiem*”. Warto w

tym miejscu przytoczyć także stanowisko wyrażone przez Sąd Okręgowy w Białymstoku w wyroku z dnia 6 września 2005 r. (sygn. akt II Ca 460/05), zgodnie z którym: „*Sąd Okręgowy aprobuje pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w wyroku z 9 maja 2001 r. (sygn. akt II CKN 440/00), iż za uchylanie 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.*” Ponadto na poparcie argumentacji przywołano szereg orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej.

Po drugie, w wyniku przeprowadzonej kontroli Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego, jak i ogłoszenie zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego różnią się treścią od ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 490578 – 2012 w zakresie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał, że podanie w ogłoszeniu zamieszczonym w siedzibie oraz na stronie internetowej Zamawiającego innych informacji niż zamieszczone w ogłoszeniu zamieszczonym w BZP stanowi naruszenie art. 40 ust. 6 pkt 2 ustawy Pzp.

Po trzecie, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczonym w BZP zawarł rozbieżne informacje w zakresie dokumentów, jakie miały zostać złożone przez Wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania na terytorium i poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, co w ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Po czwarte, w toku kontroli stwierdzono, że katalog dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu zawartym w BZP i katalog dokumentów przewidziany w SIWZ były rozbieżne.

Zamawiający, nie zgodził się z ustaleniami kontroli i w dniu 5 września 2014 roku wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zastrzeżenia od wyników kontroli doraźnej. Podniósł, że kontrolujący nie uwzględnił okoliczności, że wykonawca nie dochował terminu podpisania umowy wyznaczonego przez zamawiającego, nie uzasadnił zwłoki w odesłaniu podpisanych umów przez ponad 3 tygodnie, po upływie terminu. Ponadto

kontrolujący pominął okoliczność związaną z charakterem przedmiotu umowy, uzasadniającej żądanie Zamawiającego do podpisania umowy oraz jej zgłoszenia w odpowiednim przedsiębiorstwie. Kontrolujący wskazał na naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez samo zróżnicowanie wymagań związanych z dokumentacją w odniesieniu do polskich i zagranicznych przedsiębiorców, bez uwzględnienia że zróżnicowanie ma na celu poszerzenie rodzajów dokumentów, którymi zagraniczny wykonawca może wykazać konkretną okoliczność, wymaganą również od wykonawcy posiadającego siedzibę na terenie Polski. Zamawiający stwierdził, że ewentualne naruszenia w zakresie rozbieżności pomiędzy treścią ogłoszenia zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz w miejscu publicznie dostępnym nie mogły mieć wpływu na wynik postępowania.

W ocenie zamawiającego istotne znaczenie w sprawie ma charakter zobowiązania i przedmiot umowy tj. dostawy energii elektrycznej na terenie Gminy. Wobec faktu, że umowa z dotychczasowym sprzedawcą energii wygasła w dniu 31 grudnia 2012 roku i od dnia 1 stycznia 2013 roku Gmina nie posiadała żadnej umowy ze sprzedawcą energii elektrycznej, wykonanie jednego z podstawowych zadań Gminy tj. zapewnienia bezpieczeństwa na drogach należy ocenić na innych zasadach niż np. umowę o roboty budowlane. Wykonawca przystępujący do przetargu doskonale znał te okoliczności, choćby z samej umowy która określała termin realizacji od dnia 1 stycznia 2013 roku. Ponadto wykonawca posiadał informację, że procedura zawarcia umów dystrybucyjnych dokonywana jest na wniosek składany do końca poprzedzającego miesiąc, od kiedy sprzedaż energii ma być świadczona i aby wykonać przedmiot umowy zgodnie z treścią siwz, zmiana sprzedawcy powinna być dokonana do 31 grudnia 2012 roku. Kontrolującemu umknęła okoliczność, że wykonawca miał świadomość, że wskutek nie zgłoszenia przez niego w grudniu 2012 roku umowy sprzedaży do dystrybutora, sprzedaż mogła być dokonana dopiero od miesiąca lutego 2013 roku. Zdaniem Zamawiającego wykonawca mógł podjąć wszelkie czynności przygotowawcze w dniu zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. w dniu 14 grudnia 2012 roku, wykonawca natomiast pierwsze czynności związane z przedmiotowym przetargiem podjął w dniu 3 stycznia 2013 roku, narażając tym samym Zamawiającego na co najmniej miesięczny okres pozostawienia bez usług sprzedaży energii elektrycznej. Dane, których domagał się Wykonawca nie miały na celu zawarcia umowy sprzedaży, gdyż jej treść była już wykonawcy znana w dniu ujawnienia ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający stwierdził, że w niniejszej sprawie znajduje zastosowanie art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi *lex specialis* do art. 390 ust. 1 kc. uzupełniony o art. 389 ust. 2 kc w zw. z art. 61 ust. 1 kc. Siedmiodniowy termin do zawarcia umowy został wyznaczony w dniu 7 stycznia 2013 roku określając datę, w której strona przestawała być związana złożoną ofertą, jak również przestawały być nią związane pozostałe strony. Zamawiający był w okresie zawieszenia i nie mógł zastosować żadnego z środków dyscyplinujących wynikających z umowy, jak również przepisów dotyczących jej

wykonania. Kontrolujący przeoczył okoliczność, że wykonawca w żaden sposób nie usprawiedliwił zwłoki w podpisaniu umowy, gdyż okres trzech tygodni do podpisu umowy, której treść Wykonawcy była znana od ponad miesiąca zdecydowanie przekracza ustawowy termin „zwykłego toku czynności bez uzasadnionego opóźnienia” (art. 66kc). Zdaniem Zamawiającego wszelkie czynności podejmowane przez Wykonawcę obrazują raczej, że Wykonawca koncentruje się na wykazaniu, że do takiej sytuacji doszło ze względów leżących po stronie Zamawiającego, z uwagi na rzekomo niepełne dane umieszczone w treści siwz. Zamawiający podniósł, że kontrolującemu umknęła okoliczność, że większość z tych informacji jest łatwo dostępna stronach Urzędu Gminy Juchnowiec Kościelny. W ocenie Zamawiającego wystąpienie o żądanie tych informacji w żaden sposób nie usprawiedliwia nie podpisania umowy sprzedaży, nawet na wyznaczony przez Zamawiającego siedmiodniowy termin. Nie świadczy o tym fakcie okoliczność, że umowa została nadana w ostatnim dniu jej obowiązywania na pocztę, gdyż żaden z przepisów pzp, ani kodeksu cywilnego nie wskazuje, że taka czynności stanowi o dochowaniu terminu (nie znajdują tu zastosowania także przepisy kpa czy kpc). Zastosowanie znajdzie art. 70 § 1 kc, który stanowi, że w razie wątpliwości umowę poczytuje się za zawartą w chwili otrzymania przez składającego ofertę oświadczenia o jej przyjęciu, a jeżeli dojdzie od składającego ofertę oświadczenia o jej przyjęciu – nie jest wymagane – w chwili przystąpienia przez drugą stronę do wykonania umowy. Wykonawca winien liczyć się z tym, że nadanie umowy w ostatnim dniu wezwania nie oznacza, że termin został zachowany, na co wskazuje także przepis art. 61 ust. 1 kc.

Kontrolujący pominął także okoliczność terminu związania ofertą, który mijał z dniem 14 stycznia 2013 roku, a więc czynności zachowawcze Zamawiającego nie mogą świadczyć na jego niekorzyść, gdyż jego obowiązkiem było doprowadzenie do zawarcia umowy sprzedaży energii elektrycznej. Sytuacja ta była o tyle uzasadniona, że dystrybutor wyznaczył Gminie termin na wskazanie sprzedawcy energii do dnia 12 stycznia 2013 roku.

Zarzut, że Gmina miała możliwość zawarcia umowy sprzedaży rezerwowej jest zupełnie nieuzasadniony, gdyż Gmina dokonała wyboru wykonawcy w trybie przetargu nieograniczonego, a jedyną przyczyną niezawarcia umowy sprzedaży na dzień 4 stycznia 2013 roku był fakt, że wybrany Wykonawca uchylał się od podpisania umowy.

Kontrolujący pominął przy ocenie stanu faktycznego treść korespondencji wysłanej do zamawiającego w dniu 8 stycznia 2013 roku, w której Wykonawca posługuje się pojęciem projektu umowy tj. dokumentu, który nie został podpisany, wskazując że umowa zostanie wykonana w terminie określonym w siwz zgodnie z zapisami umowy. Treść tego oświadczenia świadczy o fakcie, że wykonawca w dalszym ciągu zwlekał z podpisaniem umowy nie dając Zamawiającemu żadnej konkretnej informacji, nawet na jego oświadczenie, że w jego ocenie Wykonawca przewleka z podpisaniem umowy. Kolejna korespondencja

Wykonawcy wskazuje, że w jego ocenie umowa może zostać podpisana nawet w dniu 31 grudnia 2013 roku i Zamawiający nie jest uprawniony do żądania dokonania czynności prawnej przez Wykonawcę we wcześniejszym terminie. Zdaniem Zamawiającego zachowanie oraz treść oświadczenia Wykonawcy świadczą o fakcie, że uchylał się on z zawarciem umowy, skoro wyraźnie określił, że Wykonawca nie jest związany żadnym terminem ani na rozpoczęcie sprzedaży energii elektrycznej, ani na zawarcie samej umowy. Kontrolujący pominął także, że oświadczenia Wykonawcy były ze sobą sprzeczne. W piśmie z dnia 10 stycznia 2013 roku stwierdza, że umowa została podpisana niezwłocznie po jej otrzymaniu, tj. dnia 24 grudnia 2012 roku z kolei w piśmie z dnia 8 stycznia 2013 roku Wykonawca odnosząc się do treści projektu umowy, sugeruje, że fizycznie nie została jeszcze podpisana. W kolejnym mailu z dnia 9 stycznia oświadcza, że umowa może zostać zawarta do dnia 31 grudnia 2013 roku. Na uwadze trzeba mieć też fakt, że w dniu 14 stycznia 2013 roku oferta przestała wiązać wykonawców, stąd nie otrzymanie do tego dnia umowy wskazuje, że Wykonawca uchyla się do jej zawarcia. Zamawiający zwrócił także uwagę, że orzecznictwo zapadłe na tle przepisu art. 94 ust. 3 ustawy Pzp nie potwierdza tezy, że w świetle tego przepisu uchylaniem się od zawarcia umowy jest wyłącznie wyraźna odmowa Wykonawcy jej zawarcia. Zamawiający przytoczył orzecznictwo (wyrok z dnia 4 marca 2014 roku, KIO 288/14 oraz uchwała KIO z dnia 13 grudnia 2013 roku KIO/KD 109/13) zgodnie z którym do oceny zachowania się Wykonawcy istotne jest rozważenie okoliczności sprawy, a Kontrolujący w niniejszej sprawie takiej analizy nie dokonał, gdyż przede wszystkim pominął całkowicie charakter przedmiotu umowy. Zdaniem Zamawiającego, o ile Gmina wskazuje uzasadnienie konieczności żądania podpisania umowy w wyznaczonym terminie i konsekwentnie podpisanie umowy z kolejnym wykonawcą, który podtrzymał swoją ofertę złożoną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, o tyle Wykonawca nie przedstawił żadnego uzasadnienia do niedochowania terminu podpisania umowy, ani nie podpisania umowy przez okres ok. trzech tygodni.

Zamawiający przytoczył treść art. 167 ust. 1 ustawy Pzp, wskazując, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wszcząć z urzędu lub na wniosek kontrolę doraźną w przypadku uzasadnionego przypuszczenia, że w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik. Zamawiający wyjaśnił, że sugerując się postanowieniami umowy, w których wszczęcie postępowania likwidacyjnego lub złożenie wniosku o upadłość spółki stanowi podstawę do odstąpienia od umowy przez Zamawiającego, jak również spełniania warunków określonych w art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, w zakresie wykonawców, którzy nie posiadają siedziby na terenie RP, informację taką mógł uzyskać jedynie z odpowiedniego dokumentu. Zamawiający nie wyklucza, że taka informacja mogłaby wynikać z odpowiedniego polskiego odpisu KRS, gdyż w polskim systemie prawnym to w tym właśnie dokumencie ujawniane są takie informacje niezwłocznie.

Uwzględniając okoliczność, że Zamawiający nie zna przepisów innych krajów UE w zakresie dokumentów ujawniających dane o Wykonawcy w tym zakresie, określił najbardziej szeroki sposób możliwości udokumentowania tej okoliczności w sposób przewidziany w danym kraju. W ocenie Zamawiającego zakwestionowany zapis nie dyskryminuje w żaden sposób jakiegokolwiek podmiotu, a wręcz przeciwnie zobowiązanie podmiotu zagranicznego do przedstawienia danych dotyczących likwidacji spółki w formie odpowiednika polskiego KRS, w sytuacji gdy takie dane w zagranicznym rejestrze nie są ujawnione oraz wykluczenie na tej podstawie zagranicznego wykonawcy stanowiłoby przejaw nierównego traktowania. Kontrolujący niesłusznie przyjął, że jakiegokolwiek zróżnicowanie Wykonawców z uwagi na jego siedzibę stanowi przejaw dyskryminacji, Kontrolujący nie wskazał na czym taka dyskryminacja mogłaby polegać, ani która ze stron jest dyskryminowana. Zamiarem Zamawiającego było uzyskanie informacji dotyczącej, czy dany wykonawca jest w stanie upadłości lub likwidacji. W stosunku do polskiego podmiotu wystarczający jest wydruk KRS, który ma moc dokumentu urzędowego. W stosunku do zagranicznego podmiotu zażądano również dokumentu potwierdzającego tę okoliczność, określając sposób udokumentowania szeroko i stosując tę samą rangę dokumentu urzędowego. Brak uzasadnienia, dlaczego kwestionowane zapisy stanowią o nierównym traktowaniu podmiotów wskazuje, że do takiego naruszenia nie doszło. Decydująca jest, zdaniem Zamawiającego okoliczność, że żaden z zagranicznych wykonawców nie przystąpił do przetargu, ani nie zgłoszono zastrzeżeń do siwz. Z tych względów okoliczność ta nie miała znaczenia i wpływu na przebieg postępowania, co jest niezbędną przesłanką wszczęcia kontroli doraźnej.

Zamawiający przyznał, że postanowienia siwz i ogłoszenia o przetargu różnią się i do tej okoliczności doszło z uwagi na fakt, że czynności związane z przetargiem wykonywało kilka osób. Kontrolujący pominął, że pomyłka została zauważona i brak któregoś z dokumentów, które były wymienione w kwestionowanym punkcie nie były brane pod uwagę przy ocenie ofert, o czym przesądza zawartość dokumentacji ofertowej, z których część nie zawiera wymienionych w ogłoszeniach dokumentów, jednakże wykonawcy nie zostali wykluczeni. Z tych względów okoliczność ta nie miała wpływu na przebieg postępowania, co jest niezbędną przesłanką wszczęcia kontroli doraźnej.

Pismem z dnia 16 września 2014 roku Prezes Urzędu Zamówień Publicznych poinformował zamawiającego, że nie uwzględnia zastrzeżeń wniesionych przez zamawiającego. W uzasadnieniu wskazał, że zgodnie z procedurą zmiany sprzedawcy energii elektrycznej, określoną w § 7 regulaminu świadczenia usług dystrybucji energii elektrycznej, będącego załącznikiem nr 1 do umowy nr 2011/OSD/02659 o świadczenie usług dystrybucji energii elektrycznej zawartej pomiędzy PGE Dystrybucja S.A. Oddział Białystok a Gminą Juchnowiec Kościelny dnia 30 września 2011 r., warunkiem do

możliwości rozpoczęcia takiej procedury jest zawarcie umowy sprzedaży energii elektrycznej. Odbiorca zobowiązany jest również do rozwiązania umowy zawartej z dotychczasowym Sprzedawcą energii. Dopiero więc zawarcie umowy w sprawie sprzedaży energii elektrycznej i rozwiązanie umowy poprzedniej upoważnia Odbiorcę, bądź też umocowanego przez Odbiorcę Sprzedawcę energii do zgłoszenia zmiany sprzedawcy do Operatora Systemu Dystrybucyjnego (dalej jako OSD), co wiąże się z rozpoczęciem procesu zmiany sprzedawcy. Podkreślić również należy, że zgodnie z § 8 ust. 1 umowy Nr IGK.272.24.2012 z dnia 19 grudnia 2012 r. (dalej jako Umowa) wejście w życie Umowy, a tym samym rozpoczęcie dostaw energii elektrycznej, mogło nastąpić dopiero po m.in. pozytywnie przeprowadzonej procedurze zmiany sprzedawcy energii elektrycznej, która zgodnie z danymi, dostępnymi na stronie internetowej OSD PGE Dystrybucja S.A. Oddział Białystok (<http://www.bialystok.pgedystrybucja.pl/pl/main.php?m=320>) może trwać do 14 lub do 30 dni, w zależności od tego czy chodzi o kolejną czy też pierwszą zmianę sprzedawcy. Wskazać należy, iż zgodnie z kopią zwrotnego potwierdzenia odbioru, oryginał Umowy wysłany przez Zamawiającego dnia 19 grudnia 2012 r., dotarł do Wykonawcy dopiero dnia 28 grudnia 2012 r. (piątek). Ponownie podkreślił, że iż czynności podejmowane przez wybranego Wykonawcę miały na celu prawidłowe przeprowadzenie procesu zmiany sprzedawcy u OSD. Przede wszystkim Wykonawca starał się ustalić poprawną liczbę punktów poboru energii (dalej jako PPE), do czego jednak Zamawiający w swoich zastrzeżeniach w ogóle się nie odniósł. Załącznik nr 1 do przesłanego Wykonawcy oryginału Umowy, będący integralną jej częścią zawierał listę obiektów Zamawiającego objętych Umową. Wykonawca w e-mailu z dnia 4 stycznia 2013 r. z godz. 17:29 wskazał, że liczba PPE w załączniku nr 1 wysłanej mu Umowy wynosi 55 szt., podczas gdy w załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako SIWZ), zawierającej szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, wykazano listę 99 PPE. Liczba 99 PPE wykazana była także w przekazanym Wykonawcy wraz z Umową pełnomocnictwie do dokonania w imieniu i na i na rzecz Zamawiającego czynności niezbędnych do zmiany sprzedawcy energii (załącznik nr 2 do Umowy). Wykonawca zwrócił również uwagę, iż do e-maila z dnia 4 stycznia 2013 r. z godz. 08:13 Zamawiający załączył skan z wykazem 97 szt. PPE, do których nie jest możliwe jednoznaczne przyporządkowanie danych PPE z SIWZ czy też ww. pełnomocnictwa. Ostatecznie Zamawiający w e-mailu z dnia 7 stycznia 2013 r. z godz. 12:26 wezwał Wykonawcę do zgłoszenia OSD 97 PPE, na co w odpowiedzi e-mail z dnia 7 stycznia 2013 r. z godz. 12:40 Wykonawca przystał. Jak wynika także z informacji dostępnej na stronie internetowej OSD PGE Dystrybucja S.A. Oddział Białystok dotyczącej zmiany sprzedawcy „Odbiorca i nowy Sprzedawca (lub umocowany przez Odbiorcę Sprzedawca) zobowiązani są do złożenie wniosku zgłoszenia zmiany sprzedawcy dla każdego punktu poboru energii elektrycznej. Złożenie tego dokumentu rozpoczyna procedurę zmiany sprzedawcy”. Wobec



tego oraz różnic w otrzymywanej od Zamawiającego dokumentacji wykonawca miał prawo oraz obowiązek rozwiązać wszelkie wątpliwości w powyższej kwestii, przed podpisaniem umowy i akceptacji jej załączników. Równie istotne znacznie miało ustalenie przyczyn rozbieżności związanych z NIP Gminy Juchnowiec Kościelny, gdyż mogło to mieć wpływ na pozytywną weryfikację przez OSD wniosku zgłoszenia zmiany sprzedawcy energii elektrycznej.

Prezes wskazał, że dokumenty na jakie powołuje się Zamawiający w zastrzeżeniach: pismo wybranego Wykonawcy, wysłane do Zamawiającego dnia 8 stycznia 2013 r., w którym Wykonawca posługiwać się miał pojęciem projektu umowy, wskazując przy tym, że umowa zostanie wykonana w terminie określonym w SIWZ zgodnie z zapisami umowy oraz wiadomość e-mail Wykonawcy z dnia 9 stycznia 2013 r., która miała wskazywać, że umowa może zostać zawarta nawet do dnia 31 grudnia 2013 r. i Zamawiający nie jest uprawniony do żądania dokonania czynności prawnej przez Wykonawcę we wcześniejszym terminie, nie zostały przesłane do UZP w trakcie kontroli, mimo dwukrotnych wezwań. Dlatego nie sposób odnieść się do ich treści a ocena zgodności postępowania dokonana została w oparciu o dokumentację oraz wyjaśnienia przesłane w toku postępowania wyjaśniającego oraz kontroli. Działanie Zamawiającego, który po wyznaczeniu wybranemu wykonawcy ostatecznego terminu zwracania umowy, stwierdza tego samego dnia, że umowa jest nieważna i nie wywołuje skutków prawnych, świadczy o tym, że Zamawiający już w tamtym momencie nie miał woli zawarcia przedmiotowej umowy i podjął kroki zmierzające do zawarcia umowy sprzedaży energii z innym Wykonawcą. Odnośnie przytoczonego w zastrzeżeniach orzecznictwa Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że ustalony w toku kontroli stan faktyczny nie świadczy o tym, aby z okoliczności oraz z zachowania wybranego wykonawcy wynikało, iż uchylał się od podpisania umowy. Stwierdzenie zawarte w wyroku z dnia 4 marca 2014 roku o sygn. akt KIO 288/14, iż termin zawarcia umowy wyznacza zamawiający w kontekście poprzedniego akapitu pisma nie przystaje do przedmiotowego przypadku, gdyż Zamawiający nie odczekał nawet ustalonego dla Wykonawcy 7- dniowego terminu na podpisanie umowy.

Zamawiający mylnie w uzasadnieniu stwierdza, iż żądał od zagranicznych Wykonawców dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, podczas gdy w rzeczywistości w ogłoszeniu zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych wymagał dokumentów odnośnie zakresu art. 24 ust. 1 pkt 4-8. W związku z faktem, iż Zamawiający w ww. ogłoszeniu żądał od Wykonawców krajowych oraz zagranicznych przedłożenia dokumentów, które miały na celu wykazanie braku podstaw do wykluczenia, jednakże opartych o różne przesłanki wymienione w art. 24 ustawy Pzp, doprowadziło to do niezachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Dlatego też należy stwierdzić, iż zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej

wniesione w zakresie naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie zasługują na uwzględnienie. Odnośnie zarzutu, iż powyższe działanie nie miało wpływu na wynik postępowania, należy wskazać, iż w świetle art. 161 ust. 2 ustawy Pzp kontrola obejmuje sprawdzenie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z przepisami ustawy. Z zakończonej kontroli sporządza się protokół, który zgodnie z art. 164 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp zawiera w szczególności informacje o stwierdzeniu naruszeń bez ograniczenia iż chodzi o naruszenia mające wpływ na wynik postępowania.

Odnośnie naruszenia art. 25 ust. 1 oraz 40 ust. 6 pkt 2 ustawy Pzp, które zostały wykazane w informacji o wyniku kontroli doraźnej zamawiający przyznał, że postanowienia zawarte w SIWZ oraz w ogłoszeniu o przetargu różnią się, tłumacząc to wielością osób wykonujących czynności w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Zamawiający przyznał również, że pomyłka została zauważona, a braki w dokumentacji ofert Wykonawców wynikające z tego powodu, nie miały wpływu przy badaniu formalnym ofert i w konsekwencji nie miało zdaniem Zamawiającego wpływu na ostateczny wynik postępowania. Ustosunkowując się do powyższego, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, iż duża liczba osób wykonujących czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie może być usprawiedliwieniem dla braku zachowania należytej staranności przy przygotowaniu oraz przeprowadzeniu postępowania, za które zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp odpowiada Kierownik zamawiającego.

W związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń zamawiającego, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, zgodnie z treścią art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, przekazał zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

**II. Po przeprowadzeniu analizy dokumentacji postępowania, objętego kontrolą, a także po zapoznaniu się z argumentacją zamawiającego, zawartą w zastrzeżeniach, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zastrzeżenia zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie.**

Izba podzieliła zarówno ustalenia faktyczne dokonane w toku kontroli jak i argumentację prawną zawartą w informacji o jej wyniku z dnia 29 sierpnia 2014 roku i odpowiedzi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na zastrzeżenia zamawiającego i stwierdziła, że w postępowaniu, objętym kontrolą nie zaistniały okoliczności uzasadniające zastosowanie art. 94 ust. 3 ustawy Pzp. Ponadto w postępowaniu doszło do naruszenia art. 25 ust. 1 oraz art. 40 ust. 6 pkt 2 ustawy Pzp przez podanie rozbieżnych wymogów w zakresie spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp w ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczonym w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego

oraz na stronie internetowej a ogłoszeniu zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych. Izba podzieliła także argumentację Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odnośnie naruszenia zasady równego traktowania oraz uczciwej konkurencji przez zróżnicowanie zakresu żądanych dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia w stosunku do podmiotów mających siedzibę na terytorium RP i poza terytorium RP. Ponadto, katalog dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu zawartym w BZP i katalog dokumentów wskazanych w siwz są rozbieżne.

Stosownie do treści art. 94 ust.3 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, chyba, że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania, o których mowa w art. 93 ust. 1 ustawy.

Termin „*uchylać się*” według Słownika języka polskiego PWN, oznacza „rozmyślnie nie wypełniać czegoś”. Stwierdzenie zatem, że wykonawca, który złożył ofertę najkorzystniejszą, uchyla się od zawarcia umowy, musi być poprzedzone ustaleniem, iż wykonawca ten nie miał zamiaru zawarcia umowy i umyślnie podejmował działania, które miały na celu niedopuszczenie do jej podpisania. Izba podziela w tym zakresie przywołane w informacji o wyniku kontroli stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z dnia 14 grudnia 1999 r, sygn. II CKN 624/98, gdzie sąd wyraził pogląd, iż uchylanie się powinno być rozumiane jako świadome działanie lub zaniechanie, zmierzające do bezpodstawnego niezawarcia umowy przyrzeczonej. Podobny pogląd wyraził także Sąd Okręgowy w Białymstoku w wyroku z dnia 6 września 2005 roku (sygn. akt II Ca 460/05), w którym zaaprobował pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w wyroku z dnia 9 maja 2001 (sygn. akt II CKN 440/00).

Zdaniem Izby, całokształt okoliczności sprawy i postawa wykonawcy po wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej, nie pozwalają na stwierdzenie, że wykonawca ten świadomie i celowo uchylał się od podpisania umowy. Przeciwnie, korespondencja prowadzona z zamawiającym po wyborze oferty świadczy o tym, że wykonawca pozostawał w stałym kontakcie z zamawiającym i dążył do wyjaśnienia wszelkich rozbieżności i uzyskania informacji niezbędnych do prawidłowego przeprowadzenia procesu zmiany sprzedawcy energii elektrycznej tj. ustalenia właściwej liczby punktów poboru energii, wskazania dotychczasowego sprzedawcy energii elektrycznej, terminu obowiązywania i rodzaju zawartej umowy, informacji o ilości dotychczasowych zmian sprzedawców energii, rozbieżności w ustaleniu NIP. Czynności podejmowane przez wybranego wykonawcę świadczyły raczej o

istnieniu po jego stronie woli podpisania umowy a nie uchylaniu się od jej zawarcia. Wola ta została wyrażona przez wykonawcę w sposób jednoznaczny przez fakt podpisania umowy w ostatecznie wyznaczonym przez zamawiającego terminie i przesłania dwóch egzemplarzy umowy drogą pocztową do zamawiającego pismem z dnia 11 stycznia 2013 r., nadanym w placówce Poczty Polskiej w dniu 14 stycznia 2013 r., które wpłynęło do Zamawiającego dnia 16 stycznia 2013 r.

Izba dostrzega znacznie i szczególny charakter przedmiotu zamówienia oraz starania zamawiającego zmierzające do zapewnienia ciągłości dostaw energii elektrycznej dla gminy, jednak w zaistniałym stanie faktycznym należy stwierdzić, że nie zaszły okoliczności uprawniające zamawiającego do zawarcia umowy z wykonawcą PGE Obrót S.A. w oparciu o art. 94 ust. 3 ustawy Pzp. Jak słusznie wskazano zamawiający mógł zawrzeć umowę na sprzedaż rezerwową, do czasu dopełnienia i wyjaśnienia wszelkich rozbieżności i niejasności z wykonawcą Energa Obrót S.A., wybranym w trybie przetargu nieograniczonego i podpisania przez niego umowy.

Ponadto wskazać należy, że oferta PGE Obrót S.A. nie była ofertą najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert, bowiem ofertą kolejną pod względem kryteriów oceny ofert była oferta DUON Marketing and Trading S.A., który telefonicznie odmówił podpisania umowy. Zdaniem Izby, przepis art. 94 ust. 3 ustawy Pzp ma charakter wyjątkowy, co oznacza, że nie może być interpretowany rozszerzająco i zamawiający może z niego skorzystać wyłącznie jednokrotnie. Oznacza, to, że jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyli się od podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego, zamawiający może wybrać kolejną ofertę spośród pozostałych ofert. W sytuacji, gdy wykonawca wybrany w trybie art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, również uchyli się od zawarcia umowy, zamawiający winien unieważnić postępowanie o zamówienie publiczne. W rozpatrywanym stanie faktycznym, skoro wykonawca DUON Marketing and Trading S.A., wybrany w trybie art. 94 ust. 3 ustawy Pzp, odmówił podpisania umowy, zamawiający nie mógł ponownie zastosować tego przepisu i dokonać wyboru oferty PGE Obrót S.A..

Zasadnym jest także stanowisko wyrażone w informacji o wyniku kontroli, że podanie w ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego oraz na stronie internetowej informacji o wykazie dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp innych niż w ogłoszeniu zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych, stanowi naruszenie art. 40 ust. 6 pkt 2 ustawy Pzp. W złożonych zastrzeżeniach od wyniku kontroli, zamawiający nie kwestionuje istnienia rozbieżności, podnosi jedynie, że okoliczność ta nie ma wpływu na wynik postępowania oraz jest wynikiem tego, że czynności związane z przetargiem wykonywało

kilka osób. Zdaniem Izby, ta ostatnia okoliczność nie stanowi z pewnością usprawiedliwienia dla zaistniałej rozbieżności.

Podanie w treści ogłoszenia o zamówieniu innego zakresu żądanych dokumentów w stosunku do wykonawców mających siedzibę na terytorium RP (art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp), zaś w stosunku do wykonawców, mających siedzibę poza terytorium RP (art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp), stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Przy czym bez znaczenia dla oceny tego naruszenia pozostaje okoliczność, że w toku postępowania nie doszło do różnicowania podmiotów, mających siedzibę poza i na terytorium RP a także okoliczność, że jak twierdzi zamawiający zakres możliwych dokumentów w stosunku do podmiotów zagranicznych był szerszy i nie stanowił o ich dyskryminacji.

Podnieść także należy, że zarówno Izba wydając opinię w sprawie zastrzeżeń jak i kontrolujący, nie są uprawnieni do oceny czy stwierdzone naruszenie miało wpływ na wynik postępowania. Zgodnie z art. 161 ust. 2 ustawy Pzp kontrola obejmuje sprawdzenie zgodności postępowania z przepisami ustawy, zaś w protokole z kontroli zamieszcza się informację o stwierdzeniu naruszeń (art. 164 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp). Przywołany przez zamawiającego przepis art. 167 ust. 1 ustawy Pzp, który mówi o naruszeniu przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania znajduje zastosowanie wyłącznie do czynności wszczęcia kontroli, a nie do naruszeń przepisów Pzp stwierdzonych w jej toku.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust.3 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....