

**Sygn. akt: KIO/KD 16/24**

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

Warszawa, dnia 10 września 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:**

**Przewodniczący: Danuta Dziubińska**  
**Elżbieta Dobrenko**  
**Przemysław Dzierzędzki**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 16 sierpnia 20124 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Fundację Solidarności Międzynarodowej w Warszawie, dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 5 sierpnia 2024 r. (znak: KND/138/23/DKZP) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Dostawa do Lwowa (Ukraina) 100 pojazdów kategorii M2 (50 szt.) i M3 (50 szt.) przeznaczonych do przewozu dzieci w wieku szkolnym”*

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zasługują na uwzględnienie.

**Uzasadnienie**

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes Urzędu” lub „Kontrolujący”) przeprowadził kontrolę doraźną postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. - dalej: „ustawa Pzp”) pn. *„Dostawa do Lwowa (Ukraina) 100 pojazdów kategorii M2 (50 szt.) i M3 (50 szt.) przeznaczonych do przewozu dzieci w wieku szkolnym”*. Zamówieni/e zostało podzielone na 12 części.

W wyniku kontroli Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przez Fundację Solidarności Międzynarodowej (dalej: „Zamawiający” lub „Fundacja”) przepisów: art. 454 ust. 1 i 2 w związku z art. 455 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do treści umowy w sprawie zamówienia publicznego istotnych zmian bez zaistnienia ustawowych przesłanek dokonania zmiany umowy. Zakwestionowane przez Kontrolującego zmiany umowy dotyczą zmiany terminów dostaw w niektórych z części zamówienia.

W uzasadnieniu Prezes Urzędu podał, iż Zamawiający w dniu 7 kwietnia 2023 r. zawarł umowę w sprawie ww. zamówienia publicznego w zakresie części nr 3, 5, 6, 9, 10, 12 z wykonawcą MMI Sp. z o.o. (dalej także: „MMI”). Treść umowy została zmieniona w drodze aneksów - z dnia 20 czerwca 2023 r., oraz z dnia 12 września 2023 r. W treści SWZ w rozdziale IV ppkt 1 Zamawiający wskazał: *Wymagany termin wykonania zamówienia wskazany jest odrębnie dla poszczególnych części zamówienia. Dla części 1, 2, 3, 4 zamówienie (dostawa) powinna być wykonana do dnia 31 maja 2023 r., dla części 5, 6, 7,8 zamówienie (dostawa) powinna być wykonana do dnia 31 lipca 2023 r., a dla części 9, 10, 11, 12 zamówienie (dostawa) powinna być wykonana do dnia 30 września 2023 r.* W toku postępowania w zakresie części nr 3, 5, 6, 9, 10, 12 zamówienia złożono następujące oferty:

Nr części	Wykonawca	Termin realizacji zamówienia	Cena brutto
3	MMI	do 29.03.2023 r.	550.000,00 zł

5	MMI	do 30.05.2023 r.	500 000,00 zł
6	Mercus PSQ sp. z o o	do 31.07.2023 r.	790 000,00 zł
	MMI	do 30.05.2023 r.	741 000,00 zł
9	MMI	do 29.07.2023 r.	500 000,00 zł
10	MERCUS PSQ sp. z 0	do 30.09.2023 r.	790 000,00 zł
	MMI	do 29.07.2023 r.	730 000,00 zł
12	MMI	do 29.07.2023 r.	810 000,00 zł

Oferta wykonawcy MMI została wybrana jako najkorzystniejsza w zakresie wszystkich ww. części. W ww. umowie w sprawie zamówienia publicznego wskazano:

## *§2 Termin, miejsce i warunki dostawy*

*1. Wykonawca zobowiązany jest zrealizować dostawę przedmiotu umowy i wydać go Zamawiającemu w terminie do 26.09.2023, w tym*

*1.1. Partia nr 1 dostarczona do 30.06.23 składająca się z: 10 sztuk, do tyg. 26*

*1.1.1. 2 autobusów kategorii M3 dostarczonych do 31.05.23*

*1.1.2. 1 autobusu kategorii M3 dostarczonego do 11.06.23*

*1.1.3. 2 autobusów kategorii M3 dostarczonych do 18.06.23*

*1.1.4. 1 autobusu kategorii M3 dostarczonego do 25.06.23*

*1.1.5. 2 wzmocnionych autobusów kategorii M2 dostarczonych do 25.06.23*

*1.1.6. 2 autobusów kategorii M3 dostarczonych do 30.06.23*

*1.2. Partia nr 2 dostarczona do 23.07.23 składająca się z: 10 sztuk, do tyg. 29*

*1.2.1. 2 wzmocnionych autobusów kategorii M2 dostarczonych do 30.06.23 tydzień 26*

*1.2.2. 2 autobusów kategorii M2 dostarczonych do 9.07.23*

*1.2.3. 1 autobusu kategorii M3 dostarczonego do 9.07.23*

*1.2.4. 2 autobusów kategorii M3 dostarczonych do 16.07.23*

*1.2.5. 2 autobusów kategorii M2 dostarczonych do 16.07.23*

*1.2.6. 1 autobusu kategorii M2 dostarczonych do 23.07.23 tydzień 29*

*1.3. Partia nr 3 dostarczona do 6.08.23 składająca się z: 10 sztuk, do tyg. 31*

*1.3.1. 2 autobusów kategorii M2 dostarczonych do 23.07.23*

*1.3.2. 1 autobusu kategorii M3 dostarczonego do 23.07.23*

*1.3.3. 3 autobusów kategorii M2 dostarczonych do 30.07.23*

*1.3.4. 2 autobusów kategorii M3 dostarczonych do 30.07.23*

*1.3.5. 2 autobusów kategorii M2 dostarczonych do 6.08.23 tydzień 31*

*1.4. Partia nr 4 dostarczona do 27.08.23 składająca się z: 10 sztuk, do tyg. 33*

*1.4.1. 1 autobusu kategorii M2 dostarczonego do 6.08.23*

*1.4.2. 1 autobusu kategorii M3 dostarczonego do 6.08.23*

*1.4.3. 3 autobusów kategorii M2 dostarczonych do 13.08.23*

*1.4.4. 2 autobusów kategorii M3 dostarczonych do 13.08.23*

*1.4.5. 3 autobusów kategorii M2 dostarczonych do 20.08.23 tydzień 33*

1.5. Partia nr 5 dostarczona do 10.09.23 składająca się z:10 sztuk, do tyg. 35

1.5.1. 1 autobusu kategorii M3 dostarczonego do 20.08.23

1.5.2. 3 autobusów kategorii M2 dostarczonych do 27.08.23 tydzień 34

1.5.3. 2 autobusów kategorii M3 dostarczonych do 27.08.23

1.5.4. 3 autobusów kategorii M2 dostarczonych do 31.08.23

1.5.5. 1 autobusu kategorii M3 dostarczonego do 31.08.23 tydzień 35

1.6. Partia nr 6 dostarczona do 24.09.23 składająca się z:10 sztuk, do tyg. 37

1.6.1. 3 autobusów kategorii M2 dostarczonych do 10.09.23

1.6.2. 2 autobusów kategorii M3 dostarczonych do 10.09.23

1.6.3. 3 autobusów kategorii M2 dostarczonych do 17.09.23

1.6.4. 2 wzmocnionych autobusów kategorii M3 dostarczonych do 17.09.23 tydzień 37

1.7. Partia nr 7 dostarczona do 26.09.23 składająca się z: 5 sztuk, do tyg. 39

1.7.1. 3 autobusów kategorii M2 dostarczonych do 24.09.23

1.7.2. 2 autobusów kategorii M2 dostarczonych do 26.09.23.

W §1 ust. 2 aneksu do umowy w sprawie zamówienia publicznego z dnia 12 września 2023 r. wskazano, co następuje: *Wykonawca zobowiązany jest zrealizować dostawę przedmiotu umowy i wydać go Zamawiającemu w terminie do 26.09.2023 oprócz partii nr 6 i nr 7, które Wykonawca zobowiązuje się dostarczyć do 28.10.2023 [...].* Jednocześnie stwierdzono, iż w treści rozdziału III pkt 10 lit. d) SWZ Zamawiający wskazał: *Termin wykonania zamówienia objętego prawem opcji nie może być dłuższy niż 14 dni od dnia terminu dostawy wskazanego w poszczególnych częściach zamówienia.* Uwzględniając wyjaśnienia przekazane przez Zamawiającego w toku kontroli w szczególności pismami z dnia 20 listopada 2023 r. (wpływ do Urzędu w dniu 22 listopada 2023 r.) oraz z dnia 15 marca 2024 r. (wpływ do Urzędu w dniu 20 marca 2024 r.) ustalono, iż poszczególne partie autobusów wskazane w treści umowy w sprawie zamówienia publicznego podlegają przyporządkowaniu do danych części zamówienia w następujący sposób:

- Część 3: autobusy w ramach partii nr: 1, 2;
- Część 5: autobusy w ramach partii nr: 2, 3, 4, 5;
- Część 6: autobusy w ramach partii nr: 1, 2;
- Część 9: autobusy w ramach partii nr: 5, 6, 7;
- Część 10: autobusy w ramach partii nr: 2, 3, 4, 5, 6;

- Część 12: autobusy w ramach partii nr: 6.

Tym samym ustalono, iż w zawartej umowie w sprawie zamówienia publicznego z uwzględnieniem treści aneksu z dnia 12 września 2023 r., Zamawiający wydłużył termin realizacji zamówienia w stosunku do terminu określonego w dokumentach zamówienia w poszczególnych częściach w następujący sposób:

- Część 3: Zamówienie podstawowe: z dnia 31 maja 2023 r. do dnia 25 czerwca 2023 r. (data dostawy ostatniego autobusu w danej części wynikająca z umowy); Zamówienie opcjonalne: z dnia 14 czerwca 2023 r. do dnia 30 czerwca 2023 r. (data dostawy ostatniego autobusu w danej części wynikająca z umowy);
- Część 5: Zamówienie podstawowe: termin nie został wydłużony; Zamówienie opcjonalne: z dnia 14 sierpnia 2023 r. do dnia 27 sierpnia 2023 r. (data dostawy ostatniego autobusu w danej części wynikająca z umowy);
- Część 6: termin nie został wydłużony;
- Część 9: Zamówienie podstawowe: z dnia 30 września 2023 r. do dnia 28 października 2023 r. (data dostawy ostatniego autobusu w danej części wynikająca z umowy z uwzględnieniem treści aneksu z dnia 12 września 2023 r.); Zamówienie opcjonalne: z dnia 16 października 2023 r. (wniosek z art. 115 kodeksu cywilnego w związku z treścią rozdziału III pkt 10 lit. d) SWZ) do dnia 28 października 2023 r. (data dostawy ostatniego autobusu w danej części wynikająca z umowy z uwzględnieniem treści aneksu z dnia 12 września 2023 r.);
- Część 10: Zamówienie podstawowe: termin nie został wydłużony; Zamówienie opcjonalne: z dnia 16 października 2023 r. do dnia 28 października 2023 r. (data dostawy ostatniego autobusu w danej części wynikająca z umowy z uwzględnieniem treści aneksu z dnia 12 września 2023 r.

- Część 12: Zamówienie podstawowe: z dnia 30 września 2023 r. do dnia 28 października 2023 r. (data dostawy ostatniego autobusu w danej części wynikająca z umowy z uwzględnieniem treści aneksu z dnia 12 września 2023 r.).

W ocenie Kontrolującego dokonane przez Zamawiającego zmiany umowy w zakresie terminu wykonania zamówienia mają charakter istotny w rozumieniu art. 454 ust. 1 ustawy Pzp co najmniej z uwagi na fakt ziszczenia się przesłanki, o której mowa w art. 454 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Zmiana terminu wykonania zamówienia w realiach przedmiotowego postępowania niewątpliwie stanowi o wprowadzeniu warunków, które gdyby zostały zastosowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to wzięliby lub mogliby wziąć w nim udział inni wykonawcy. W okolicznościach sprawy, przesunięcie tego terminu skutkowało procentowym wydłużeniem czasu przysługującego wykonawcy na realizację zamówienia w następujący sposób: dla zamówienia podstawowego w części nr 3 zamówienia termin wykonania zamówienia (data dostawy ostatniego autobusu w części) został wydłużony z 54 dni do 79 dni, tj. o ok. 46%; dla zamówienia opcjonalnego w części nr 3 zamówienia termin wykonania zamówienia (data dostawy ostatniego autobusu w części) został wydłużony z 68 dni do 84 dni, tj. o ok. 24%; dla zamówienia opcjonalnego w części nr 5 zamówienia termin wykonania zamówienia (data dostawy ostatniego autobusu w części) został wydłużony z 129 dni do 142 dni, tj. o ok. 10%; dla zamówienia podstawowego w części nr 9 zamówienia termin wykonania zamówienia (data dostawy ostatniego autobusu w części) został wydłużony z 176 dni do 204 dni, tj. o ok. 16%; dla zamówienia opcjonalnego w części nr 9 zamówienia termin wykonania zamówienia (data dostawy ostatniego autobusu w części) został wydłużony z 192 dni do 204 dni, tj. o ok. 6%; dla zamówienia opcjonalnego w części nr 10 zamówienia termin wykonania zamówienia (data dostawy ostatniego autobusu w części) został wydłużony z 192 dni do 204 dni, tj. o ok. 6%; dla zamówienia podstawowego w części nr 12 zamówienia termin wykonania zamówienia (data dostawy ostatniego autobusu w części) został wydłużony z 176 dni do 204 dni, tj. o ok. 16%, co w każdym przypadku stanowi niebagatelną różnicę mogącą mieć wpływ na decyzję innych wykonawców o przystąpieniu do postępowania, w sytuacji, gdyby pierwotne warunki zamówienia przewidywały termin wykonania zamówienia ustalony ostatecznie w drodze zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego. W toku postępowania o udzielenie zamówienia dwóch wykonawców na etapie przed upływem terminu składania ofert wnosilo o przedłużenie terminu wykonania zamówienia, na co wskazuje treść zawartych w dokumentacji postępowania pism wykonawców z dnia 19 lutego 2023 r. oraz z dnia 21 lutego 2023 r. Zamawiający odmówił zmiany terminu wykonania zamówienia na danym etapie postępowania.

Według oceny Prezesa Urzędu nie ziszcily się także przesłanki dopuszczalności zmiany umowy określone w art. 455 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. W szczególności, w zakresie podstawy

zmiany umowy, o której mowa w art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp ustawodawca uzależnił jej zastosowanie od przewidzenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które mogą obejmować postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości ceny, jeżeli spełniają one łącznie następujące warunki:

- a) określają rodzaj i zakres zmian,
- b) określają warunki wprowadzenia zmian,
- c) nie przewidują takich zmian, które modyfikowałyby ogólny charakter umowy.

Zamawiający w treści §9 ust. 2 załącznika nr 5 do SWZ (wzór umowy) wskazał co następuje: *Zamawiający działając w oparciu o art. 455 Ustawy PZP określa następujące okoliczności zmiany terminu ustalonego w niniejszej umowie, w szczególności:*

- 1) *wstrzymania, zawieszenia dostaw przez Zamawiającego, o uzasadniony pisemnie przez Zamawiającego czas wstrzymania, w sytuacji, gdy Zamawiający nie będzie w stanie odebrać przedmiotu umowy, np. ze względu na okoliczności organizacyjne, o czas trwania tych okoliczności,*
- 2) *jeżeli dochowanie terminu przewidzianego w umowie stało się niemożliwe z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, po pisemnym uzasadnieniu tych przyczyn przedłożonym Zamawiającemu wraz z wnioskiem o zmianę terminu dostawy przedmiotu zamówienia,*
- 3) *wystąpienia okoliczności, których strony umowy nie były w stanie przewidzieć, pomimo zachowania należytej staranności,*
- 4) *wystąpienia okoliczności, których strony umowy nie były w stanie przewidzieć, pomimo zachowania należytej staranności,*
- 5) *w przypadku zmiany technologii, jakości lub parametrów charakterystycznych dla danego elementu, wprowadzanych na wniosek Wykonawcy,*
- 6) *na skutek działań osób trzecich lub organów władzy publicznej, które spowodują przerwanie lub czasowe zawieszenie realizacji zamówienia.*

W ocenie Prezesa Urzędu w tym względzie ustalenia stanu faktycznego kontroli nie dają podstawy do stwierdzenia zajścia którejkolwiek z powyższych okoliczności. W szczególności, iż w zakresie okoliczności, o której mowa w pkt 2), Zamawiający nie wykazał, że nie był w stanie odebrać przedmiotu umowy, biorąc pod uwagę przebieg procedury odbioru określonej w §2 umowy w sprawie zamówienia publicznego, jak również, iż ewentualne opóźnienia w tym zakresie skorelowane były z faktycznym okresem przedłużenia terminu wykonania zamówienia w poszczególnych częściach. §2 umowy w sprawie zamówienia

publicznego nie przewiduje udziału przedstawicieli docelowych użytkowników autobusów (strony ukraińskiej) w procedurze odbioru, wobec czego za bezprzedmiotowe należy uznać wyjaśnienia Zamawiającego odnoszące się do faktu koordynacji określonych czynności z przedstawicielami strony ukraińskiej wskazane w piśmie z dnia 8 kwietnia 2024 r. Natomiast w zakresie okoliczności, o której mowa w pkt 4), Zamawiający nie wykazał wystąpienia okoliczności nieprzewidywalnych pomimo zachowania należytej staranności. W treści pisma z dnia 20 listopada 2023 r. Zamawiający powołuje się na fakt nieposiadania wiedzy o brakach komponentów na rynku produkcyjnym autobusów, lecz to na zamawiającym ciąży obowiązek przygotowania postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców jak również proporcjonalny, co obejmuje także elementy odnoszące się do weryfikacji realności terminu wykonania zamówienia w kontekście sytuacji rynkowej, jak również - iż to na zamawiającym ciąży obowiązek wykazania, iż zachował należytą staranność w danym zakresie. Nie sposób przy tym uznać, aby ograniczenie dostępności komponentów na rynku stanowiło okoliczność z natury nieprzewidywalną, biorąc pod uwagę fakt, że okoliczność ta obiektywnie istniała już przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia. Ustawa Pzp przewiduje określone narzędzia, w szczególności wstępne konsultacje rynkowe, które mają na celu dopomóc zamawiającemu przygotować postępowanie o udzielenie zamówienia, w tym ustalić warunki zamówienia w sposób umożliwiający prawidłowe przeprowadzenie tego postępowania, jednakże Zamawiający nie wykorzystał tej możliwości. Wobec powyższego uznać należy, iż Zamawiający nie może powoływać się na brak wiedzy w danym zakresie dla uzasadnienia zmiany terminu wykonania zamówienia, jeśli nie wykazał zachowania należytej staranności dla zbadania możliwych okoliczności mogących mieć wpływ na termin wykonania zamówienia. Nie stanowi okoliczności nieprzewidywalnej pomimo zachowania należytej staranności koordynacja terminów dostaw z przedstawicielami strony ukraińskiej wobec uprzednio stwierdzonego faktu braku związku tejże okoliczności z procedurą realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Przesądzenie o niezachodzeniu przesłanek zmiany umowy na podstawie §9 ust. 2 pkt 4 wzoru umowy skutkuje uznaniem, iż nie ziszczyły się przesłanki art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Jednocześnie zdaniem Kontrolującego, należy odmówić Zamawiającemu możliwości powoływania się na postanowienie §2 ust. 3 wzoru umowy (także jako §2 ust. 2 umowy w sprawie zamówienia publicznego) w brzmieniu „Termin, miejsce dostawy oraz wielkość każdego zamówienia zostaną ustalone przez Zamawiającego każdorazowo, stosownie do jego potrzeb”, dla uzasadnienia dokonywanych zmian terminu wykonania zamówienia. Termin wykonania zamówienia stanowi obligatoryjny element SWZ (art. 134 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp),



który powinien zostać określony przez Zamawiającego precyzyjnie (vide wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 stycznia 2014 r., sygn. KIO 3034/13), w innym bowiem przypadku skutkowałoby to znaczącym naruszeniem równowagi stron umowy na niekorzyść wykonawcy oraz naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Niedopuszczalne jest zatem dokonywanie przez Zamawiającego w toku realizacji umowy arbitralnych zmian terminu wykonania zamówienia w oparciu o niedookreśloną, generalną klauzulę z wyłączeniem enumeratywnie określonego katalogu dopuszczalnych zmian umowy wynikającego z treści art. 454 oraz art. 455 ustawy Pzp. Ponadto należy wskazać, iż inne okoliczności wymienione w treści §9 ust. 2 wzoru umowy, jak również podstawy zmiany umowy określone w art. 455 ust. 1 i 2 ustawy Pzp nie były przez Zamawiającego powoływane w toku kontroli.

W podsumowaniu Prezes Urzędu stwierdził, że poprzez wprowadzenie do treści umowy w sprawie zamówienia publicznego istotnych zmian bez zaistnienia ustawowych przesłanek dokonania zmiany umowy, Zamawiający naruszył przepis art. 454 ust. 1 i 2 w związku z art. 455 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 16 sierpnia 2024 r. Zamawiający wniósł umotywowane zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej, wnioskując o uznanie, że zamówienie zostało udzielone bez naruszenia art. 454 ust. 1 i 2 w związku z art. 455 ustawy Pzp. Zastrzeżenia dotyczą zarówno ustaleń co do stanu faktycznego jak też co do dokonanej przez Kontrolującego oceny prawnej. Zdaniem Zamawiającego wprowadzone zmiany, gdyby miały miejsce przed terminem składania ofert, nie miały i nie mogły mieć istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia i potencjalny krąg wykonawców nim zainteresowanych.

W zakresie ustaleń kontroli dotyczących stanu faktycznego Zamawiający wskazał m.in. na niespójność pisma Prezesa Urzędu z 7 sierpnia 2024 r. z wyjaśnieniami Zamawiającego z 20 listopada 2023 r., w których Zamawiający stwierdził, że posiadał wiedzę o brakach komponentów, stąd podział na 12 części, by umożliwić udział wykonawcom, którzy dysponują mniejszą ilością komponentów i są w stanie zrealizować zamówienie w mniejszym zakresie. Zamawiający w swoich pismach nie wskazywał na § 9 ust. 2 pkt 4 załącznika nr 5 do SWZ (Wzór umowy dostawy autobusów) jako podstawy zmiany terminów, lecz § 9 ust. 1 pkt 4, tj. wystąpienie okoliczności, których strony umowy nie były w stanie przewidzieć, pomimo zachowania należytej staranności. Zamawiający zwrócił m.in. uwagę na treść swojego pisma z dnia 20.11.2023, strona 2: *„Dodatkowo Fundacja miała podstawową wiedzę o braku komponentów niezbędnych do realizacji Zamówienia. W obawie przed brakiem ofert na taką ilość autobusów przetarg FSM-2023-01-14 został podzielony na 12 części – zróżnicowanych względem terminów dostaw i rodzajów autobusów. Przewidziano również opcje zakupu większej ilości w każdej z części. W przetargu nr FSM-2023-01-14, w którym ostatecznie*

wygrała firma MMI udało się zakupić jedynie 65 autobusów. Z tego względu Fundacja ogłaszała kolejne przetargi by wywiązać się z umowy z BGK - postępowania o numerach FSM-2023-04-04 (podział na 4 części), oraz FSM2023-06-09 i FSM-2023-06. Należy podkreślić, że zgodnie z umową z BGK Fundacja została zobowiązana do zakupienia, dostarczenia i dystrybucji autobusów na Ukrainie do dnia 11 listopada 2023 r.” (...) oraz strona 15 pisma: „Fundacja miała bardzo ogólną wiedzę o niedoborach na rynku bazowych nadwozi, na których ustawia się autobusy, czy wind dla niepełnosprawnych (wymóg polityczny Ołeny Zeteńskiej), co jest spowodowane zakłóceniem łańcuchów dostaw w Europie po epidemii COVID. W obawie przed brakiem ofert na taką ilość autobusów Fundacja postanowiła ogłosić przetarg na unijnej platformie zakupowej (TED), by dotrzeć również do potencjalnych oferentów z zagranicy i oprzeć go o procedury wzorowane na Pzp. Fundacja nie miała jednak wiedzy o skali tych niedoborów, co powodowało ostatecznie małe zainteresowanie przetargami i opóźnienia. Również z powyższych przyczyn FSM-2023-01-14 został podzielony aż na 12 części – zróżnicowanych względem terminów dostaw (30.05, 31.07, 30.09) i rodzajów busów (M2, M3, M2 wzmocnione, M3 wzmocnione) przewidziano również opcje zakupu większej ilości w każdej z części, termin na składanie ofert 6.03.2023. Zakładano, że taki podział pozwoli na uzyskanie autobusów również od mniejszych dostawców, którzy nie mają możliwości wyprodukowania aż 100 sztuk.” Także na treść ad.3 (str.2) pisma Fundacji z 8.04.2024 r.:

„Podobnie jak w odpowiedzi nr. 2 – terminy były rozdzielone w celu umożliwienia zgłoszenia ofert na mniejszą ilość busów (2 w przypadku busów o wzmocnionej konstrukcji, 10 w przypadku zwykłych M2 i M3), co miało umożliwić otrzymanie ofert od dostawców, gdyż otrzymanie oferty na 100 autobusów od jednego dostawcy uznaliśmy za mało prawdopodobne, po analizie zamówień publicznych na autobusy w Polsce. Odstępy 2-miesięczne w terminach dostaw miały umożliwić Zamawiającemu dywersyfikację terminów dystrybucji autobusów szkolnych pomiędzy lokalne samorzady.”

Zamawiający wskazał także na stronę 3 pisma Fundacji z dnia 20.11.2023:

„Szczególne okoliczności, jakie były związane z koniecznością zmiany terminu, związane były z warunkami odbioru, jakim FSM musiała sprostać (dostawy na teren państwa obcego, znajdującego się w stanie wojny przy jednoczesnym zapewnieniu maksymalnego bezpieczeństwa dostaw oraz współpracy z beneficjentami dostaw).

Autobusy były odbierane technicznie przez eksperta na terenie fabryk Wykonawców oraz przez przedstawicieli Fundacji we Lwowie. Następnie autobusy były przekazywane hromadom (zarząd nad szkołami) obwodów przyfrontowych – sumskiego, dniprowskiego, czernihowskiego, mikołajowskiego oraz wyzwolonych spod okupacji części obwodu kijowskiego – lista odbiorców była uzgadniania z Ukraińskimi Ministerstwem Oświaty oraz

z obwodowymi władzami oświatowymi dla uniknięcia dublowania z innymi programami zakupowymi autobusów szkolnych.

Odbiory przez Fundację wiązały się z brandingiem autobusów zgodnym z wymogami Komisji Europejskiej oraz z przygotowaniem przez Fundację i hromady wielu formalności (zgody rad, rejestracje autobusów w Ukrainie, umowy darowizny) oraz z taką koordynacją dostaw na Ukrainę i odbiorów przez hromady, by nie dopuścić do kumulacji autobusów na terenie Lwowa, co podnosiłoby ryzyko zniszczenia ich w ataku bombowym (w tym czasie m.in. rosyjskie bomby zniszczyły magazyn humanitarny Caritasu we Lwowie, czy Czerwonego Krzyża w Odessie).

Podsumowując, ww. okoliczności wypełniały przesłankę zawartą w § 9 ust. 1 pkt 4 Umowy tj. wystąpienie okoliczności, których strony umowy nie były w stanie przewidzieć, pomimo zachowania należytej staranności, a w tym na skutek działań osób trzecich lub organów władzy publicznej, które spowodowały konieczność dostosowania dostaw do wymagań strony ukraińskiej, co wpływało na terminy realizacji zamówienia.”.

Zamawiający wskazał, że szczegółowo proces został opisany w ad 6 pisma Fundacji z dnia 8.04.2024 r.

Ad 6. wyjaśnienie w jaki sposób odbywała się koordynacja działań FSM ze stroną ukraińską celem ustalenia terminów odbioru przedmiotu zamówienia we Lwowie, w szczególności, czy Zamawiający dysponuje dowodami (np. korespondencją), na potwierdzenie, iż z przyczyn niezależnych od stron lub leżących po stronie ukraińskiej wymagane było wydłużenie terminów wykonania zamówienia względem terminów określonych w SWZ, a jeśli tak – proszę o przekazanie kopii ww. dowodów.

Za dystrybucję autokarów na Ukrainie odpowiadało Przedstawicielstwo Fundacji Solidarności Międzynarodowej na Ukrainie. Dystrybucja wymagała skoordynowania kilku elementów:

A) ustalenia z wydziałami edukacji obwodowych administracji wojskowych listy hromad (gmin), które powinny otrzymać autobusy w pierwszej kolejności. Ustalenia z administracjami obwodowymi były o tyle istotne, że autobusy szkolne dostarczają też inni donatorzy oraz kupuje je centralnie Ministerstwo Edukacji Narodowej na Ukrainie - koordynacja pozwalała uniknąć sytuacji, gdy jedna hromada otrzymuje kilka autobusów, a w innych potrzeby w ogóle nie są zaspokojone.

W dniu podpisywania umowy z MMI, tj. 7 kwietnia 2024 r. nieznanne były jeszcze hromady, które miały otrzymać busy. Administracje Obwodowe przekazywały takie listy od maja do końca sierpnia 2023 r. (poniżej szczegóły), a to było dopiero początkiem procesu wyboru hromad i przygotowania odbiorów.

15.05.2023 r. - lista potrzeb hromad w zakresie autobusów otrzymana z Sumskiej Wojskowej Administracji Obwodowej (kopia w j. ukraińskim z datą podpisania w załączeniu)

16.05.2023 r. - lista potrzeb hromad w zakresie autobusów otrzymana z Czernihowskiej Wojskowej Administracji Obwodowej (kopia w j. ukraińskim z datą podpisania w załączeniu)

19.05.2023 r. - lista potrzeb hromad w zakresie autobusów otrzymana z Kijowskiej Wojskowej Administracji Obwodowej (kopia w j. ukraińskim z datą podpisania w załączeniu)

5.06.2023 r. - lista potrzeb hromad w zakresie autobusów otrzymana z Mikołajowskiej Wojskowej Administracji Obwodowej (kopia w j. ukraińskim z datą podpisania w załączeniu)

28.08.2023 r. - lista potrzeb hromad w zakresie autobusów otrzymana z Dnipropietrowskiej Wojskowej Administracji Obwodowej (kopia w j. ukraińskim z datą podpisania w załączeniu)

B) Po ustaleniu listy hromad telefonicznie kontaktowali się z nimi pracownicy Fundacji prosząc o złożenie oficjalnych wniosków o darowiznę, ponadto hromady musiały spełnić szereg wewnętrznych wymogów formalnych pozwalających przyjąć do swojego majątku darowiznę, z którą wiążą się koszty (eksploatacja, kierowcy).

C) Dopiero po uzyskaniu takich zgód mogliśmy przygotować projekt umowy i wstępnie ustalać termin odbioru.

Poniżej przykładowa tabela 12 wybranych hromad wskazująca, ile czasu minęło od złożenia oficjalnego wniosku o autokar do podpisania umowy darowizny. Jak widać zdarzało się procedowanie formalności w ciągu niespełna miesiąca, ale były sytuacje, gdy trwało to 3 miesiące. Nawet orientacyjnych terminów podpisania umów darowizn z hromadami nie mogliśmy znać 7 kwietnia, tj. w momencie podpisania umowy dostawy z firmą MMI, gdyż były one zależne od strony ukraińskiej.

<b>Nazwa hromady</b>	<b>Data oficjalnego wniosku hromady</b>	<b>Data podpisania umowy darowizny</b>
Barshivska	01.06.2023	12.07.2023
Dymirska	01.06.2023	06.10.2023
Korovinska	10.07.2023	27.10.2023
Kyinska	07.08.2023	26.09.2023

<i>Kyselivska</i>	<i>10.07.2023</i>	<i>04.10.2023</i>
<i>Makarivska</i>	<i>01.06.2023</i>	<i>06.07.2023</i>
<i>Mrynska</i>	<i>04.08.2023</i>	<i>20.09.2023</i>
<i>Mykhailo-Kotsubinska</i>	<i>11.07.2023</i>	<i>13.10.2023</i>
<i>Nedrykhalivska</i>	<i>12.07.2023</i>	<i>19.10.2023</i>
<i>Novobasivka</i>	<i>06.06.2023</i>	<i>14.07.2023</i>
<i>Plyskivska</i>	<i>07.08.2023</i>	<i>12.10.2023</i>
<i>Sadivska</i>	<i>10.07.2023</i>	<i>29.10.2023</i>

*Całość korespondencji obejmuje setki maili, nie licząc spotkań i telefonów; wymiana informacji była prowadzona w języku ukraińskim.*

*D) zapewnienia bezpiecznego parkingu dla autokarów we Lwowie na okres między dostawą, a odbiorem przez stronę ukraińską; W związku z atakami bombowymi na pomoc humanitarną, zależało nam, by jednorazowo na parkingach była minimalna ilość busów - ok. 10 sztuk.*

*E) Z terminem odbioru dodatkowo wiązała się konieczność zapewnienia przez hromadę kierowcy i jego przejazdu do Lwowa długą trasą ze Wschodniej Ukrainy i to w warunkach wojny. Autobusy szkolne mają ograniczenia prędkości i biorąc pod uwagę odległości, hromady niejednokrotnie musiały zorganizować aż dwóch kierowców, którzy wymieniali się dla wymaganego prawem odpoczynku.*

*Podsumowując, w dniu podpisania umowy z Wykonawcą nieznane były listy potrzeb poszczególnych hromad, konieczne było takie rozdzielenie dostaw, by zminimalizować ryzyko zniszczenia lub uszkodzenia autobusów w wyniku bombardowań, a ostatnia umowa z hromadą została podpisana na ok. tydzień przed zamknięciem możliwości finansowania projektu przez Komisję Europejską.”*

Następnie, odnośnie stanowiska Kontrolującego w zakresie hipotetycznej możliwości złożenia ofert przez wykonawców, jeśli termin byłby przedłużony Zamawiający podniósł, że przetargiem interesowało się 6 potencjalnych wykonawców, z których tylko 2 zgłosiło

zastrzeżenia co do terminu podstawowego, co zostało przez niego wyjaśnione w piśmie z dnia 20.11.2023 r. *„W postępowaniu dało się dostrzec dwie postawy wykonawców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia. Pierwsza grupa, to wykonawcy, którzy nie wnosili o zmianę terminów wykonania (z wyjątkiem wniosku i zmiany w zakresie terminu wykonania prawa opcji). Należy wnosić, że były to podmioty posiadające dostęp do wyprodukowanych pojazdów. Druga grupa, to podmioty, które mogły ewentualnie dostarczyć pojazdy, ale takie, które miałyby być dopiero wyprodukowane. W tej grupie było dwóch wykonawców, którzy wnioskując o przesunięcie terminów powoływali się na długie terminy wykonania. Firma Otokar Bus, w piśmie z 19 lutego 2023 r. informowała: „Dzisiejsze realia pozwalają producentom dostarczać autobusy z produkcji na zamówienie w terminie co najmniej 7-mio miesięcznym licząc od podpisania zamówienia.” Wykonawca ten wnosił o odpowiednie wydłużenie terminów dostaw i ustalenie sukcesywnych dostaw, gdzie termin dostawy pierwszej partii pojazdów wynosił będzie 7 miesięcy od podpisania umowy. Firma Procar w dniu 21 lutego 2023 r. zwróciła uwagę, że „Aktualnie cykl produkcji autobusu z napędem tradycyjnym Diesla wynosi od 5 do 7 miesięcy i nie jest uwarunkowany mocami produkcyjnymi, tylko terminami dostaw komponentów i materiałów do ich produkcji.” Fundacja nie mogła przychylić się do żadnego z wniosków, bo uniemożliwiłoby to dostawę autobusów zgodnie z umową z BGK.”*

Przy piśmie z dnia 8.04.2024 r. Fundacja przekazała UZP korespondencję z tymi dwoma potencjalnymi wykonawcami. Większość pytań potencjalnych wykonawców dotyczyła rozwiązań technicznych, jedynie firma Otokar dołożyła do pytań technicznych pytanie o terminy (twierdząc, że potrzebuje 7 miesięcy od podpisania kontraktu na wykonanie zamówienia) – pozwoliłoby to jednak złożyć firmie oferty na części 9-12, Firma Procar J.K. twierdziła, że na wykonanie zamówienia potrzebuje 3-4 miesiące – pozwoliłoby to tej firmie złożyć zamówienie na części od 5-12. Ani jedna, ani druga firma nie złożyła oferty – mimo, iż warunki zamówienia pozwoliłyby im złożyć oferty na kilka części. Dla pozostałych firm termin wykonania zamówienia nie stanowił problemu. Ponadto zgodnie z wyliczeniami UZP – opóźnienia terminów dla poszczególnych części w stosunku do wzoru umowy wynosiły od 12 do max. 25 dni. Wobec tego w opinii Zamawiającego taka niewielka różnica nie mogłaby wpłynąć na decyzję o złożeniu oferty. A w przypadku 3 z 6ciu podstawowych części terminy w ogóle nie uległy zmianie w stosunku do wzoru umowy. Cytat z pisma Fundacji z dnia 8.04.2024:

„Ad. 5 wyjaśnienie czy FSM udzieliła odpowiedzi na pytania wykonawców Bus Trans Technik sp. z o.o. (Otokar) z dnia 19 lutego 2023 r. oraz Procar J.K. z dnia 21 lutego 2023 r. w zakresie w jakim dotyczyły zmiany terminu wykonania zamówienia, a jeśli tak – proszę o przekazanie kopii udzielonych odpowiedzi;

Tak, odpowiedzi te zostały udzielone w dniu 23 lutego 2023 r. w formie komunikatu publicznego na portalu PlatformaZakupowa.pl – ze względu na uniwersalne znaczenie odpowiedzi dla wszystkich potencjalnych wykonawców. Po opublikowaniu komunikatu publicznego informacja o jego zamieszczeniu automatycznie została też wysyłana do wszystkich podmiotów, które wysyłały jakiegokolwiek pytania do postępowania, tj. wyrażały zainteresowanie. Większość pytań potencjalnych wykonawców dotyczyła rozwiązań technicznych, jedynie firma Otokar dołożyła do pytań technicznych pytanie o terminy (twierdząc, że potrzebuje 7 miesięcy od podpisania kontraktu na wykonanie zamówienia) – pozwoliłoby to jednak złożyć firmie oferty na części 9-12, Firma Procar J.K. twierdziła, że na wykonanie zamówienia potrzebuje 3-4 miesiące – pozwoliłoby to tej firmie złożyć zamówienie na części od 5-12. W sprawie zmian terminów wykonania zamówienia Fundacja odpowiedziała zbiorczo w dniu 23 lutego, w formie Komunikatu Publicznego o treści: *„Z uwagi na liczne zapytania dot. terminu składania ofert i realizacji postępowania poszczególnych części Zamówienia pragniemy poinformować, że na chwilę obecną Zamawiający nie rozważa zmiany obowiązujących terminów.”* Podobną odpowiedź, jeszcze indywidualnie dostała firma Procar J.K. w dniu 22 lutego 2023 r.: *„Na chwilę obecną Zamawiający nie ma możliwości przedłużenia terminu realizacji Zamówienia. Zamawiający nie posiada ani nie posiadał wiedzy dot. autobusów już wyprodukowanych bądź będących w zaawansowanej produkcji na etapie przygotowania postępowania”*

W odniesieniu do powiązania przesunięcia terminów z nałożeniem kar umownych na Wykonawcę, Zamawiający podał, że w informacji o wyniku kontroli doraźnej” z dnia 7.08.2024 r. Kontrolujący pominął fakt, że zmiana terminów dostaw była połączona ze zmianami umowy wprowadzającymi kary za opóźnienia. Zakładając, że podpisana umowa nie wprowadzałaby zmian terminów, ale też nie zawierała żadnych sankcji za opóźnienia (z wyjątkiem opóźnień serwisowania) – Wykonawca podpisując umowę, ale realizując zamówienia z opóźnieniem, mógł domagać się wynagrodzeń bez względu na opóźnienia i przekraczając terminy o wiele więcej dni niż ostatecznie wynikało to z podpisanej umowy. W ostatecznie podpisanej umowie – Zamawiający wprowadził:

- karę za opóźnienie w dostarczeniu autobusów we wskazanych w umowie terminach
- możliwość odstąpienia od przyjęcia partii autobusów, w przypadku opóźnienia dostaw o ponad 30 dni
- zwiększył potencjalną karę dla Wnioskodawcy za odstąpienie od umowy z 10% (we wzorze) do 30 % w ostatecznie podpisanej umowie.

O tych zmianach wprowadzających istotne obostrzenia (kary) w stosunku do niezbyt daleko idących ułatwień w wykonaniu umowy (częściowa zmiana terminów wykonania) Zamawiający

poinformował UZP w piśmie z dnia 8.04.2024 r. oraz z dnia 20.11.2023 r. przekazaniem samej umowy): Cytaty ze strony 4 odpowiedzi Fundacji z dnia 8.04.2024 r.:

<p>§ 6 ust. 1 wg numeracji umowy docelowej</p>	<p>Brak zapisu</p>	<p>W przypadku opóźnienia Wykonawcy w realizacji dostawy przedmiotu zamówienia w ramach uzgodnionej partii Wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 0,3% wartości wynagrodzenia określonego dla partii, której opóźnienie dotyczy. Za opóźnienie uznaje się niedostarczenie jednego lub więcej autobusów każdej z kategorii w terminach szczegółowych w ramach danej partii jak również przekroczenie terminu dostawy określonego dla całej partii.</p>
<p>§ 6 ust. 2 wg numeracji umowy docelowej</p>	<p>Brak zapisu</p>	<p>W przypadku gdy opóźnienie w dostawie przedmiotu zamówienia dotyczące określonej partii lub jej części zgodnie z harmonogramem opisanym w par. przekroczy 30 dni Zamawiający może odmówić przyjęcia przedmiotu zamówienia w opóźnionej partii. W tej sytuacji Wykonawca jest zobowiązany do niezwłocznego zwrotu otrzymanej zaliczki na dostawę opóźnionej partii, a nadto Wykonawcy nie przysługuje roszczenie o zapłatę lub jakiegokolwiek innego rodzaju względem Zamawiający.</p>



<p>§ 6 ust. 3 wg numeracji umowy docelowej</p>	<p>W przypadku opóźnienia Wykonawcy w realizacji usług serwisu gwarancyjnego względem terminów oznaczonych w § 3 umowy Wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 0,2 % wartości wynagrodzenia określonego w § 4 ust. 1 umowy za każdy dzień opóźnienia, nie więcej niż 20% wynagrodzenia całkowitego z tytułu wykonania umowy.</p>	<p>W przypadku opóźnienia Wykonawcy w realizacji usług serwisu gwarancyjnego względem terminów oznaczonych w § 3 umowy Wykonawca zapłaci karę umowną za każdy dzień opóźnienia w wysokości 0,001 % wartości serwisowanego pojazdu wskazanej w § 4 umowy, nie więcej niż 10% wartości serwisowanego pojazdu.</p>
		<p><b>Była to omyłka, która powstała przy wprowadzaniu zaosttrających zapisów ust. 1 i ust. 2. Aneks nr 1 z dnia 20.06.2023 r. przywrócił prawidłowy zapis:</b></p> <p>W przypadku opóźnienia Wykonawcy w realizacji usług serwisu gwarancyjnego względem terminów oznaczonych w § 3 umowy Wykonawca zapłaci karę umowną za każdy dzień opóźnienia w wysokości 0,2 % wartości serwisowanego pojazdu wskazanej w § 4 umowy, nie więcej niż 20% wartości serwisowanego pojazdu.</p>
<p>§ 6 ust. 4 wg numeracji umowy docelowej</p>	<p>W przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn dotyczących Wykonawcy Wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 10% wynagrodzenia określonego w § 4 ust. 1 umowy.</p>	<p>W przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn dotyczących Wykonawcy Wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 30% wynagrodzenia określonego w § 4 ust. 2 umowy.</p>

Odnosząc się do aneksu z dnia 12.09.2023 r., Zamawiający podał, że aneks ten wypełniał przesłankę zmiany umowy z §9 ust. 2 pkt 1 umowy (też wzoru umowy) dotyczył: „*wstrzymania, zawieszenia dostaw przez Zamawiającego, o uzasadniony pisemnie przez Zamawiającego czas wstrzymania,*” – w związku z kumulacją dostaw autobusów we wrześniu 2023 r. i potrzebą wynikającą z umowy z donatorem – wykonania brandingu autobusów (Umowa z BGK stanem na 12.09.2023 r. miała zakończyć się 12.11.2023 r. – w tym terminie należało przekazać ukraińskim hromadom obrandowane busy oraz dokonać wszelkich płatności).

Zamawiający zdecydował się na wykonanie brandingu w fabryce i przez dostawcę (pozostały branding wykonywany był we Lwowie po odbiorze autobusów), co spowodowało wstrzymanie dostaw tych partii o czas konieczny na przygotowanie brandingu – ustalony umownie do dnia 28 października 2023 r.

W odniesieniu do oceny stanu faktycznego w świetle przepisów prawa dokonanej przez Kontrolującego, Zamawiający podał, że nie zgadza się z wnioskami przedstawionymi w informacji o wyniku kontroli doraźnej i podał własną interpretację, wskazując w szczególności, że ustalenia opisane w „Informacji o wyniku kontroli doraźnej” nie potwierdzają, że doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania lub konkursu albo zawarto lub zmieniono umowę lub umowę ramową z naruszeniem przepisów ustawy. Wprowadzona zmiana miała swoją podstawę w zawartej w dniu 7.04.2023 r. Umowie dostawy autobusów, a ponadto zawarte do tej Umowy aneksy, pomimo, że wydłużyły terminy wykonania zamówienia (nie we wszystkich częściach) w żaden sposób nie wpłynęły na ograniczenie kręgu zainteresowanych podmiotów, które sugerując się krótkim terminem wykonania specyfikacji mogły nie złożyć oferty. Wykonawca, który złożył ofertę w postępowaniu, tj. MERCUS PSQ Sp. z o. o., nie zadawał pytań w zakresie terminu wykonania umowy, a zatem nie miał zastrzeżeń w tym zakresie. Postawiony przez Wnioskodawcę zarzut nie został poparty, żadnymi argumentami ani dowodami. Istotność zmian warunków zamówienia, o których mowa w przepisie stanowiącym podstawę udzielenia zamówienia z wolnej ręki, należy rozpatrywać pod kątem wpływu tej zmiany na krąg potencjalnych wykonawców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia. W szczególności za nieistotne zmiany nie mogą być uznane takie, które powodują zmniejszenie obciążeń po stronie wykonawców, prowadząc do rozszerzenia kręgu potencjalnych wykonawców zainteresowanych ubieganiem się o pozyskanie zamówienia i zdolnych do jego realizacji (takie podejście potwierdza zarówno stanowisko UZP, jak i orzecznictwo KIO – np. uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 maja 2016 roku, sygn. akt KIO/KD 37/16, gdzie Zamawiający dokonał obniżenia w ramach postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki wymagań stawianych wykonawcom w stosunku do postępowań prowadzonych uprzednio w jednym z

trybów podstawowych, poprzez rezygnację z wymogu wykazania się robotami budowlanymi). Ponadto, zmianą istotną będzie także: znacząca modyfikacja przedmiotu zamówienia, kryteriów oceny ofert, znaczne obniżenie wymagań dotyczących wysokości wadium lub warunków udziału w postępowaniu, istotna zmiana w zakresie określenia kar umownych, warunków płatności, gwarancji (tak też A. Hryc-Ląd, w: A. Hryc-Ląd, A. Smered, Tryby negocjacyjne w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Warszawa 2017, s. 137–138). Fundacja nie wprowadziła żadnej z ww. zmian. Ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia i charakter zmiany, jej wprowadzenie nie wpłynęło na potencjalny krąg podmiotów mogących zrealizować przedmiot zamówienia. Stąd w żadnym razie, doszło do naruszenia, czy też zagrożenia naruszeniem zasady konkurencyjności i równego traktowania wykonawców (także tych potencjalnych). Ani ustawa, ani dyrektywy nie precyzują, jak należy rozumieć pojęcie istotna zmiana warunków. Niemniej jednak pojęcie to można doprecyzować w oparciu o orzecznictwo ETS oraz analizując ten przepis w kontekście podstawowego celu unijnych regulacji w dziedzinie zamówień, jakim jest zapewnienie swobodnego przepływu usług i otwarcie na niezakłóconą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich, oraz w kontekście podstawowych zasad prawa unijnego mających zastosowanie do zamówień publicznych, w tym: zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową, zasady równego traktowania wykonawców oraz wynikający z nich obowiązek przejrzystości. W związku z powyższym, za istotną zmianę należy uznać modyfikację pierwotnych warunków zamówienia polegającą na wprowadzeniu zmian, które, gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówienia umożliwiłyby dopuszczenie innych wykonawców niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty (wyr. ETS z 4.06.2009 r., *Komisja v. Grecja*, w sprawie C-250/07, Legalis pkt 52). Za istotną zmianę należy uznać więc taką zmianę, która może wpływać na krąg potencjalnie zainteresowanych oferentów, stanowiąc naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. W wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 czerwca 2009 r. w sprawie C-250/07 Komisja przeciwko Grecji, pkt 52, uznano, że *za stojącą w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców należy uznać taką modyfikację warunków udziału w postępowaniu, która, gdyby była znana na etapie prowadzonego wcześniej postępowania o udzielenie zamówienia w jednym z trybów podstawowych, umożliwiłaby udział w nim innych wykonawców.*

Zamawiający podniósł, że dokonując jedynie wskazania o ile dni i w których zadaniach wydłużono terminy, ale bez przedstawienia argumentacji, Kontrolujący stwierdził, że dokonane przez Zamawiającego zmiany w zakresie terminu wykonania zamówienia w rozumieniu art. 454 ust. 1 i 2 Pzp co najmniej z uwagi na fakt ziszczenia się przesłanki, o której mowa w art. 454 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Podkreślono przy tym, że zmiana terminu wykonania zamówienia

w realiach przedmiotowego postępowania niewątpliwie stanowi o wprowadzeniu warunków, które, gdyby zostały zastosowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to wzięliby lub mogliby wziąć w nim udział inni wykonawcy. Kontrolujący zwrócił uwagę, iż w okolicznościach sprawy, przesunięcie tego terminu skutkowało procentowym wydłużeniem czasu przysługującego wykonawcy na realizację zamówienia w następujący sposób:

- dla zamówienia podstawowego w części nr 3 zamówienia termin wykonania zamówienia (data dostawy ostatniego autobusu w części) został wydłużony z 54 dni do 79 dni, tj. o ok. 46%; (wydłużenie o 25 dni – przypis Fundacji);
- dla zamówienia opcjonalnego w części nr 3 zamówienia termin wykonania zamówienia (data dostawy ostatniego autobusu w części) został wydłużony z 68 dni do 84 dni, tj. o ok. 24% (wydłużenie o 16 dni – przypis Fundacji);
- dla zamówienia opcjonalnego w części nr 5 zamówienia termin wykonania zamówienia (data dostawy ostatniego autobusu w części) został wydłużony z 129 dni do 142 dni, tj. o ok. 10% (wydłużenie o 13 dni – przypis Fundacji);
- dla zamówienia podstawowego w części nr 9 zamówienia termin wykonania zamówienia (data dostawy ostatniego autobusu w części) został wydłużony z 192 dni do 204 dni, tj. o ok. 16%; (wydłużenie o 12 dni – przypis Fundacji);
- dla zamówienia opcjonalnego w części nr 9 zamówienia termin wykonania zamówienia (data dostawy ostatniego autobusu w części) został wydłużony z 192 dni do 204 dni, tj. o ok. 6%; (wydłużenie o 12 dni – przypis Fundacji);
- dla zamówienia opcjonalnego w części nr 10 zamówienia termin wykonania zamówienia (data dostawy ostatniego autobusu w części) został wydłużony z 192 dni do 204 dni, tj. o ok. 6% (wydłużenie o 12 dni – przypis Fundacji);
- dla zamówienia podstawowego w części nr 12 zamówienia termin wykonania zamówienia (data dostawy ostatniego autobusu w części) został wydłużony 176 dni do 204 dni, tj. o ok. 16%; (wydłużenie o 25 dni – przypis Fundacji),

co w każdym przypadku stanowi okoliczność, zdaniem Kontrolującego, mogącą mieć wpływ na decyzję innych wykonawców o przystąpieniu do postępowania, w sytuacji, gdyby pierwotne warunki zamówienia przewidywały termin wykonania zamówienia ustalony ostatecznie w drodze zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Kontrolujący zwrócił przy tym uwagę, że dwóch wykonawców przed upływem terminu składania ofert wniosło o przedłużenie terminu wykonania zamówienia, na co wskazuje treść zawartych w dokumentacji postępowania pism wykonawców z dnia 19 lutego 2023 r. oraz z dnia 21 lutego 2023 r., przy czym jak ustalono w toku kontroli, Zamawiający odmówił zmiany terminu wykonania zamówienia na danym etapie postępowania. Jak wynika z dokumentacji postępowania i akt kontroli, co jednoznacznie powyżej wykazała Fundacja wskazując na niezgodne ze stanem faktycznym ustalenia kontrolującego, Fundacja omówiła wydłużenia terminu, ale z uzasadnionych powodów.

Następnie Zamawiający, stwierdzając, iż czyni to wobec braku przekonującego uzasadnienia zarzutów Kontrolującego, zwrócił uwagę, że zainteresowanie postępowaniem wyraziło sześciu (6) wykonawców. Większość pytań potencjalnych wykonawców dotyczyła rozwiązań technicznych, jedynie firma Otokar obok pytań technicznych zadała pytanie o terminy, twierdząc, że potrzebuje 7 miesięcy od podpisania kontraktu na wykonanie zamówienia. Fakt ten nie mógł w żadnym razie wpłynąć na decyzję o złożeniu oferty w kilku częściach – wykonawca ten mógł złożyć oferty na częściach 9-12. Firma Procar J.K. twierdziła, że na wykonanie zamówienia potrzebuje 3-4 miesiące. Podobnie jak w powyższym przypadku, fakt ten nie mógł w żadnym razie wpłynąć na decyzję o złożeniu oferty w kilku częściach – wykonawca ten mógł złożyć oferty na części od 5-12. Mimo to, żaden z ww. wykonawców nie złożył oferty. Dla pozostałych Wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu termin nie stanowił problemu i przeszkody do złożenia ofert. Oferty w postępowaniu złożyło dwóch (2) wykonawców: MERCUS PSQ Sp. z o. o. - oferta na część 6 i część 10; MMI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością - oferta na 12 części. Podkreślenia wymaga, że w części 6: wykonawca MERCUS PSQ Sp. z o. o., zaoferował wykonanie zamówienia za cenę 790 000,00 PLN, w maksymalnym dopuszczonym SWZ terminie, tj. 31.07.2023 r., zaś wykonawca MMI Sp. z o. o., zaoferował wykonanie zamówienia za cenę 741 000,00 PLN, w skróconym terminie, tj. 30.05.2023 r.; w części 10: wykonawca MERCUS PSQ Sp. z o. o., zaoferował wykonanie zamówienia za cenę 790 000,00 PLN, w maksymalnym dopuszczonym SWZ terminie, tj. 30.09.2023 r., zaś wykonawca MMI Sp. z o. o., zaoferował wykonanie zamówienia za cenę 730 000,00 PLN, w skróconym terminie, tj. 29.07.2023 r.

W ramach określonych SWZ kryteriów, tj.: Cena brutto (całkowity koszt wykonania zamówienia) – 70%, Okres gwarancji (całopojazdowej bez limitu kilometrów) – 10%, Termin realizacji zamówienia – 20% i przy przyjętym przez Fundację sposobie oceny ofert w ramach poszczególnych kryteriów, zaoferowanie przez wykonawcę MMI Sp. z o. o., skróconych terminów wykonania zamówienia przy zaoferowanych cenach, nie miało wpływu na wybór oferty najkorzystniejszej. Na skróceniu terminu wykonawca MMI Sp. z o. o. zyskał bowiem po 20 pkt zarówno w części 6, jak i 10, ale nie miało to znaczenia wobec ocen łącznych: w części

6: wykonawca MERCUS PSQ Sp. z o. o.: 66 pkt a wykonawca MMI Sp. z o. o.: 100 pkt, zaś w części 10: wykonawca MERCUS PSQ Sp. z o. o.: 65 pkt a wykonawca MMI Sp. z o. o.: 100 pkt. Zgodnie z SWZ:

*5.2. Maksymalny termin realizacji zamówienia dla części 1, 2, 3, 4 to 31 maja 2023 r., dla części 5,6,7,8 to 31 lipca 2023 r., dla części 9, 10, 11, 12 to 30 września 2023 r.*

*5.3. Za każde 30 dni skrócenia terminu realizacji zamówienia wykonawca otrzyma 10 pkt.*

*5.4. Wykonawca może skrócić termin realizacji dostaw maksymalnie o 60 dni.*

*5.5. Wykonawca może uzyskać maksymalnie 20 pkt w niniejszym kryterium.*

*5.7. Oferty, które deklarują realizację zamówienia po upływie maksymalnego terminu realizacji zamówienia wskazanym w XXI pkt.5.2. zostaną odrzucone.*

W świetle powyższego, termin wykonania zamówienia nie był kryterium determinującym wybór oferty najkorzystniejszej. Postępowanie zostało zakończone zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego w zakresie części nr 3, 5, 6, 9, 10, 12 - w dniu 7 kwietnia 2023 r. z wykonawcą MMI Sp. z o.o. Załącznik nr 5 do SWZ - Wzór umowy dostawy autobusów, w wersji umowy podpisanej z wykonawcą, określił następujące postanowienia w zakresie kar umownych:

#### **§ 6 Kary umowne**

- 1. W przypadku opóźnienia Wykonawcy w realizacji dostawy przedmiotu zamówienia w ramach uzgodnionej partii Wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 0,3% wartości wynagrodzenia określonego dla partii, której opóźnienie dotyczy. Za opóźnienie uznaje się niedostarczenie jednego lub więcej autobusów każdej z kategorii w terminach szczegółowych w ramach danej partii jak również przekroczenie terminu dostawy określonego dla całej partii.*
- 2. W przypadku gdy opóźnienie w dostawie przedmiotu zamówienia dotyczące określonej partii lub jej części zgodnie z harmonogramem opisanym w par. przekroczy 30 dni Zamawiający może odmówić przyjęcia przedmiotu zamówienia w opóźnionej partii. W tej sytuacji Wykonawca jest zobowiązany do niezwłocznego zwrotu otrzymanej zaliczki na dostawę opóźnionej partii, a nadto Wykonawcy nie przysługuje roszczenie o zapłatę lub jakiegokolwiek innego rodzaju względem Zamawiającego. Wykonawca wyraża zgodę na potrącenie kar umownych z wynagrodzenia należnego Wykonawcy.*
- 3. W przypadku opóźnienia Wykonawcy w realizacji usług serwisu gwarancyjnego względem terminów oznaczonych w § 3 umowy Wykonawca zapłaci karę umowną za każdy dzień*

*opóźnienia w wysokości 0,2 % wartości serwisowanego pojazdu wskazanej w § 4 umowy, nie więcej niż 20% wartości serwisowanego pojazdu.*

- 4. W przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn dotyczących Wykonawcy Wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 30% wynagrodzenia określonego w § 4 ust. 2 umowy.*
- 5. Wykonawca wyraża zgodę na potrącenie kar umownych z wynagrodzenia należnego Wykonawcy.*
- 6. Zapłata przez Wykonawcę kar umownych z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy nie wyłącza prawa Zamawiającego do dochodzenia odszkodowania przewyższającego ustalone powyżej kary na zasadach ogólnych.*
- 7. Kary umowne mogą być naliczane niezależnie od siebie, jednakże maksymalna łączna wysokość kar umownych nie może przekroczyć 30 % wartości wynagrodzenia określonego w § 4 ust. 2 umowy.*

Pierwotne postanowienia wzoru umowy przewidywały w § 6 ust. 4 karę umowną w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn dotyczących Wykonawcy Wykonawca zapłaci karę umowną w wysokości 10% wynagrodzenia określonego w § 4 ust. 1 umowy (wynagrodzenia w danej części zamówienia).

Zamawiający podniósł, że zgodnie z wyliczeniami kontrolującego opóźnienia terminów dla poszczególnych części w stosunku do wzoru umowy wynosiły od 12 do max. 25 dni, co w opinii Fundacji powoduje, że taka niewielka różnica nie mogłaby wpłynąć na decyzję o złożeniu oferty. Wskazując jako przykład część nr 3, gdzie termin wykonania zamówienia (data dostawy ostatniego autobusu w części) został wydłużony z 54 dni do 79 dni, tj. o ok. 46%, co oznacza wydłużenie o 25 dni, dostawa 2 pojazdów, po 550 000 PLN brutto/szt., czyli 1 100 000 PLN, przełożyłoby się na karę umowną, o ile byłaby naliczona, w wysokości 3 300 PLN dziennie, czyli łącznie 82 500 PLN. Ostatecznie, zgodnie z zawartą umową, dostarczono 4 autobusy. Z kolei w części nr 10, na którą złożono konkurencyjną ofertę, a przedmiot obejmował 10 sztuk autobusów: dla zamówienia opcjonalnego w części nr 10 zamówienia termin wykonania zamówienia (data dostawy ostatniego autobusu w części) został wydłużony z 192 dni do 204 dni, tj. o ok. 6%, co oznacza wydłużenie o 12 dni; 730 000 PLN brutto/szt., dostawa 10 pojazdów, po 730 000 PLN brutto/szt., czyli 7 300 000 PLN, co przełożyłoby się na karę umowną, o ile byłaby naliczona, w wysokości 21 900 PLN dziennie, czyli łącznie 262 800 PLN); Ponadto w części nr 12, na którą złożono konkurencyjną ofertę, a przedmiot obejmował 10 sztuk autobusów: dla zamówienia podstawowego termin wykonania zamówienia (data dostawy ostatniego autobusu w części) został wydłużony 176 dni do 204 dni, tj. o ok. 16%, co oznacza wydłużenie o 25 dni; 810 000 PLN brutto/szt., dostawa 10 pojazdów, po 880 000 PLN

brutto/szt., czyli 8 800 000 PLN, co przełożyłoby się na karę umowną, o ile byłaby naliczona, w wysokości 26 400 PLN dziennie, czyli łącznie 660 000 PLN).

W dalszej kolejności Zamawiający odniósł się do wyceny oferty przez wykonawców w kontekście określonych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert, stwierdzając, że w sytuacji, gdy cena nie jest jedynym kryterium, każde inne kryterium ma wymierną w pieniądzu wartość. Wobec przyjętych kryteriów oceny ofert, kryterium: Okres gwarancji należy wycenić na 3 872 000 PLN brutto (cena łączna wykonania zamówienia, na które została zawarta umowy z MMI Sp. z o.o. to 38 720 000 PLN brutto); Termin realizacji zamówienia należy wycenić na 7 744 000 PLN brutto (cena łączna wykonania zamówienia, na które została zawarta umowy z MMI Sp. z o.o. to 38 720 000 PLN brutto). Biorąc zatem pod uwagę pierwotną wartość maksymalnych kar umownych za odstąpienie (10%) np. w związku z nieterminową realizacją zamówienia i wartość podpisanej umowy, należy uznać, że wartość kary umownej, jaką mógłby potrącić Zamawiający równałaby się kwocie maksymalnej, jaką wykonawca mógłby wycenić w swojej ofercie w związku z zaoferowanym terminem gwarancji i uzyskanymi w związku z tym punktami. Wartość potencjalnych kar umownych (gdyby nie doszło do zmiany terminów dostaw, a jednocześnie doszło do opóźnień wyliczonych przez kontrolującego) byłaby niższa niż możliwy do uzyskania potencjalny przychód w związku z zaoferowaną gwarancją. Zmiana umowy polegająca na tym, że zwiększono karę za odstąpienie do 30% oraz wprowadzenie kar z tytułu dziennych opóźnień przy jednoczesnym ustaleniu wartości kary umownej w wysokości 0,3% wartości wynagrodzenia określonego dla partii, której opóźnienie dotyczy (w sytuacji, gdy za opóźnienie uznaje się niedostarczenie jednego lub więcej autobusów każdej z kategorii w terminach szczegółowych w ramach danej partii, jak również przekroczenie terminu dostawy określonego dla całej partii), a także wprowadzenia postanowienia: *2. W przypadku, gdy opóźnienie w dostawie przedmiotu zamówienia dotyczące określonej partii lub jej części zgodnie z harmonogramem opisanym w par. przekroczy 30 dni Zamawiający może odmówić przyjęcia przedmiotu zamówienia w opóźnionej partii. W tej sytuacji Wykonawca jest zobowiązany do niezwłocznego zwrotu otrzymanej zaliczki na dostawę opóźnionej partii, a nadto Wykonawcy nie przysługuje roszczenie o zapłatę lub jakiegokolwiek innego rodzaju względem Zamawiającego. Wykonawca wyraża zgodę na potrącenie kar umownych z wynagrodzenia należnego Wykonawcy.* powodują, że nie występuje uprzywilejowanie wykonawcy w stosunku do potencjalnych innych wykonawców.

Ponadto w ocenie Zamawiającego charakter umowy nie zmienił się w sposób istotny w stosunku do pierwotnej umowy, w szczególności dlatego, że zmiana:



- 1) nie wprowadza warunków, które, gdyby zostały zastosowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to wzięliby w nim udział lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęte zostałyby oferty innej treści;
- 2) nie narusza równowagi ekonomicznej stron umowy na korzyść wykonawcy, w sposób nieprzewidziany w pierwotnej umowie;
- 3) w ogóle nie rozszerza ani nie zmniejsza zakresu świadczeń i zobowiązań wynikający z umowy;
- 4) nie polega na zastąpieniu wykonawcy, któremu zamawiający udzielił zamówienia, nowym wykonawcą w przypadkach innych, niż wskazane w art. 455 ust. 1 pkt 2. PZP

W świetle powyższego, w ocenie Zamawiającego, kwestionowane wydłużenia terminu wykonania dostaw nie mogły być okolicznością mogącą mieć wpływ na decyzję innych wykonawców o przystąpieniu do postępowania. Wprowadzone do umowy zmiany w zakresie zmiany terminu wykonania nie były istotne z punktu widzenia zagrożenia naliczeniem kar umownych.

Niezależnie od powyższego, w ocenie Zamawiającego, dokonując błędnych ustaleń i interpretacji przepisów prawa na gruncie istniejącego stanu faktycznego, Kontrolujący stwierdził, że w okolicznościach sprawy nie ziszczyły się przesłanki dopuszczalności zmiany umowy określone w art. 455 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, w szczególności, w zakresie podstawy zmiany umowy, o której mowa w art. 455 ust. 1 pkt 1 tej ustawy Pzp, podczas gdy dokumentacja postępowania świadczy o tym, że przesłanki zostały spełnione. Za zupełnie niezrozumiałe i oderwane od celu i przeznaczenia umowy, a zatem wykonania zamówienia należy uznać w kontekście przedmiotu zamówienia, kwestionowanie przez Kontrolującego, że *Zamawiający nie był w stanie odebrać przedmiotu umowy, biorąc pod uwagę przebieg procedury odbiór określonej w §2 umowy w sprawie zamówienia publicznego, jak również - iż ewentualne opóźnienia w tym zakresie skorelowane były z faktycznym okresem przedłużenia terminu wykonania zamówienia w poszczególnych częściach, a w tym także twierdzenie, że §2 umowy sprawie zamówienia publicznego nie przewiduje udziału przedstawicieli docelowych użytkowników autobusów (strony ukraińskiej) w procedurze odbioru (...)* Postanowienia § 2 Umowy w zakresie terminów dostaw i odbiorowej, a także procedury, czy też dotyczące przesłanek zmiany umowy powinny być interpretowane zgodnie z art. 65 Kodeksu cywilnego. Wykładnia oświadczeń woli i umów wymaga uwzględnienia znaczenia kontekstu sytuacyjnego. W przypadku kontrolowanego postępowania miały one niezwykle istotne, doniosłe znaczenie, w szczególności wobec zaistniałego w związku z toczącym się w Ukrainie konfliktem zbrojnym. Jak czytamy w postanowieniu Sądu Najwyższego (SN) z 29.05.2018 r. (sygn. akt II CSK 42/18):

1. *Wykładnia oświadczeń woli powinna uwzględniać stosownie do art. 65 § 2 KC – rzeczywistą wolę stron, co wymaga zbadania nie tylko konkretnego postanowienia określonej umowy, ale analizy jej całości. Innymi słowy wskazane jest przyjmowanie takiego sensu oświadczenia woli, które uwzględnia logikę całego tekstu (kontekst umowny).*

2. *Dla stwierdzenia zgodnej woli stron mogą mieć znaczenie ich wcześniejsze i późniejsze oświadczenia oraz zachowania, czyli kontekst sytuacyjny. Wykładnia oświadczeń woli stron umowy wymaga uwzględnienia wzajemnych relacji między postanowieniami tej umowy.*

3. *W ramach wykładni umów uwzględnić trzeba, co oczywiste, relewantne w okolicznościach ogólne sprawy przesłanki, o których mowa w art. 65 § 1 KC.*

W uzasadnieniu swego rozstrzygnięcia SN wskazał, że skarżący wnosząc o przyjęcie skargi kasacyjnej do rozpoznania powołał się na jej oczywistą zasadność oraz na wystąpienie istotnego zagadnienia prawnego wymagającego przesądzenia, czy w przypadku dokonywania przez sąd wykładni oświadczeń woli stron sąd może poprzestać jedynie na regułach językowych oraz odwołaniu się do zamiaru i celu, jakie towarzyszyły zawarciu przedmiotowej umowy z pominięciem zasad współżycia społecznego oraz przyjętych reguł, czy też dla dokonania prawidłowej wykładni niezbędne jest uwzględnienie zasad współżycia społecznego, które nie mogą zostać pominięte, tym samym, czy w przypadku dokonywania wykładni umowy powinny mieć zastosowanie przesłanki, o jakich mowa w art. 65 § 1 i 2 KC stosowane łącznie, czy też można poprzestać na oparciu wykładni jedynie o reguły językowe oraz odwołaniu się do zamiaru i celu, jakie towarzyszyły zawarciu przedmiotowej umowy. Sąd Najwyższy wyjaśnił przy tym, że w orzecznictwie tego sądu utrwalony jest pogląd, zgodnie z którym wykładnia oświadczeń woli powinna uwzględniać stosownie do art. 65 § 2 KC – rzeczywistą wolę stron. W tym celu należy zbadać nie tylko konkretne postanowienia określonej umowy, ale dokonać analizy jej całości. Innymi słowy wskazane jest przyjmowanie takiego sensu oświadczenia woli, które uwzględnia logikę całego tekstu (kontekst umowny). Ponadto, dla stwierdzenia zgodnej woli stron mogą mieć znaczenie ich wcześniejsze i późniejsze oświadczenia oraz zachowania, czyli kontekst sytuacyjny. Wykładnia oświadczeń woli stron umowy wymaga uwzględnienia wzajemnych relacji między postanowieniami tej umowy (por. m.in. wyroki SN z 5.07.2013 r., IV CSK 1/13, Legalis; postanowienie SN z 14.10.2016 r., I CSK 631/15, Legalis; wyrok SN z 16.03.2018 r., IV CSK 106/17, Legalis). Ponadto, SN zwrócił uwagę, że przy dokonywaniu wykładni umów uwzględnić należy relewantne w okolicznościach sprawy przesłanki, o których mowa w art. 65 § 1 KC.

Ze względu na powyższe nie można zgodzić się ze stwierdzeniem, że nie zaszły przesłanki zmiany umowy.

Zdaniem Fundacji nie doszło do arbitralnych zmian terminu wykonania zamówienia w oparciu o niedookreśloną, generalną klauzulę z wyłączeniem enumeratywnie określonego katalogu dopuszczalnych zmian umowy wynikającego z treści art. 454 oraz art. 455 ustawy Pzp i z naruszeniem tych przepisów. Wprowadzone zmiany, gdyby były wprowadzone przed terminem składania ofert, nie miałyby i nie mogły mieć istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia i potencjalny krąg wykonawców nim zainteresowanych.

Prezes Urzędu nie uwzględnił powyższych zastrzeżeń.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Kontrolujący wskazał w pierwszej kolejności, iż nie zaistniała wzmiankowana przez Zamawiającego w treści zastrzeżeń od wyniku kontroli niespójność pomiędzy treścią informacji o wyniku kontroli a wyjaśnieniami Zamawiającego z dnia 20 listopada 2023 r. Wskazany w treści informacji o wyniku kontroli fakt powołania się przez Zamawiającego na nieposiadanie wiedzy o brakach komponentów na rynku produkcyjnym autobusów odnosi się do braku wiedzy w zakresie wystarczającym na przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców jak również w sposób proporcjonalny, co obejmuje także elementy odnoszące się do weryfikacji realności terminu wykonania zamówienia w kontekście sytuacji rynkowej. Brak takiej wiedzy podkreśla fakt posługiwania się przez Zamawiającego w ramach wyjaśnień sformułowaniami takimi jak "dodatkowo Fundacja miała podstawową wiedzę o braku komponentów niezbędnych do realizacji Zamówienia" czy "Fundacja miała bardzo ogólną wiedzę o niedoborach na rynku bazowych nadwozi, na których ustawia się autobusy, czy wind dla niepełnosprawnych (...)", które Zamawiający powoływał w toku kontroli jako uzasadnienie zmiany terminu wykonania zamówienia. Podkreślić należy, iż przedmiotem oceny Kontrolującego nie jest sam fakt posiadania przez Zamawiającego określonej wiedzy, ale powołanie tego faktu przez Zamawiającego celem wykazania zaistnienia przesłanek dla zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jak zaznaczono w treści informacji o wyniku kontroli: „Zamawiający nie może powoływać się na brak wiedzy w danym zakresie dla uzasadnienia zmiany terminu wykonania zamówienia, jeśli nie wykazał zachowania należytej staranności dla zbadania możliwych okoliczności mogących mieć wpływ na termin wykonania zamówienia”. Zamawiający sam wskazał, iż posiadana przez niego wiedza miała zakres jedynie "podstawowy" czy też "bardzo ogólny", a pomimo to Zamawiający nie skorzystał z przewidzianych treścią ustawy Pzp instytucji, dla uzupełnienia tejże wiedzy na etapie przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego zasadne jest uznanie, iż Zamawiający nie wykazał w powyższym zakresie zachowania należytej staranności dla zbadania możliwych okoliczności mogących mieć wpływ na termin wykonania zamówienia.

Następnie Prezes Urzędu wskazał w szczególności, iż jakkolwiek niewątpliwie główna oś argumentacji Zamawiającego w toku kontroli zorientowana była na próbę wykazania zaistnienia podstawy dopuszczalności zmiany umowy, do której odnosi się §9 ust. 2 pkt 4 załącznika nr 5 do SWZ (wzoru umowy), tj. "wystąpienia okoliczności, których strony umowy nie były w stanie przewidzieć, pomimo zachowania należytej staranności", wobec szerokiego zakresu argumentacji Zamawiającego w toku kontroli, Kontrolujący dokonał także weryfikacji istnienia innych podstaw dopuszczalności zmiany umowy warunkowanych treścią ustawy Pzp z uwzględnieniem treści dokumentów zamówienia, stwierdzając nieziszczenie się żadnej z nich w świetle informacji pozyskanych w toku kontroli.

Zdaniem Kontrolującego o zaistnieniu przesłanek warunkujących dopuszczalność zmiany umowy nie może a priori przesądzać fakt, iż istniała grupa wykonawców, która zaakceptowała terminy wynikające z treści dokumentów zamówienia, jak również - iż wykonawcy kwestionujący długość przewidzianych terminów nie złożyli oferty w żadnej z części postępowania bowiem ocena skutku przedłużenia przez Zamawiającego terminu wykonania zamówienia w kontekście wprowadzenia w ten sposób warunków, które gdyby zostały zastosowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to wzięliby lub mogliby wziąć w nim udział inni wykonawcy, musi być dokonywana w formie zobiektywizowanej. Zasadą jest, że wykonawcy oceniają możliwość realizacji zamówienia na podstawie terminów określonych w dokumentach zamówienia, wobec czego wykonawca, który nie ma gwarancji co do przedłużenia danego terminu w drodze zmiany umowy, może z góry nie wykazać zainteresowania danym postępowaniem, nawet w formie złożenia wniosku o wydłużenie terminu wykonania zamówienia. Niemniej jednak uwzględniając okoliczności faktyczne przedmiotowego postępowania, w odniesieniu do dwóch wykonawców, którzy wnioskowali o przedłużenie terminu wykonania zamówienia, nie sposób z góry wykluczyć możliwości, iż gdyby dłuższe terminy wykonania zamówienia były im znane na etapie przed upływem terminu składania ofert, to zdecydowałiby się złożyć ofertę, bowiem decyzja o wzięciu udziału w postępowaniu z perspektywy wykonawcy nie jest uwarunkowana względami czysto technicznymi, ale także ekonomicznymi. Zamawiający nie może zatem zakładać, iż wykonawca, który nie złożył oferty nawet w tej części, w której w aspekcie możliwości technicznych był w stanie to zrobić biorąc pod uwagę terminy wykonania zamówienia wynikające z dokumentów zamówienia, nie zdecydowałby się złożyć oferty, gdyby miał świadomość, że termin wykonania zamówienia jest realnie dłuższy - gdyż mogłyby decydować o tym inne względy, np. gospodarcze czy organizacyjne.

Kontrolujący podniósł niezależnie od powyższego, że Zamawiający nie zdecydował się w toku postępowania o udzielenie zamówienia na wydłużenie terminu wykonania zamówienia (na etapie, w którym możliwa była zmiana treści specyfikacji warunków zamówienia) co

najmniej o czas, o jaki wydłużył termin wykonania zamówienia w drodze pierwotnej zmiany umowy, pomimo, że częściowe zmiany terminów zostały dokonane już w momencie zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zauważyć należy, iż jakkolwiek zakres terminów wykonania zamówienia w niektórych częściach został zmieniony już w momencie zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, Zamawiający nie wykazał jednak, aby w okresie pomiędzy czynnością otwarcia ofert (6 marca 2023 r.) a zawarciem umowy z wykonawcą MMI sp. z o.o. (7 kwietnia 2023 r.) powziął informacje o istnieniu okoliczności uzasadniających takie przedłużenie terminu wykonania zamówienia, których to informacji nie posiadał na etapie przed otwarciem ofert. Zaznaczyć należy w szczególności, informacje od ukraińskich hromad, do których odnosi się Zamawiający na str. 6-8 zastrzeżeń od wyniku kontroli, Zamawiający uzyskiwał już po zawarciu umowy w sprawie publicznego. Wobec faktu, iż sam Zamawiający przyznał (str. 7 zastrzeżeń), że, cyt. "nawet orientacyjnych terminów podpisania umów darowizn z hromadami nie mogliśmy znać 7 kwietnia, tj. w momencie podpisania umowy dostawy z firmą MMI, gdyż były one zależne od strony ukraińskiej", tym bardziej niezrozumiałe jest, na jakiej podstawie Zamawiający był w stanie na dzień zawarcia umowy (7 kwietnia 2023 r.) ustalić, iż niezbędne jest przedłużenie terminu realizacji umowy o konkretny okres, a jeśli Zamawiający opierał się w tym zakresie na pewnym szacunku – dlaczego nie uwzględnił dłuższych terminów od razu na etapie sporządzania dokumentów zamówienia, ewentualnie - dlaczego nie dokonał zmiany ich treści przed upływem terminu składania ofert. W tym względzie nie sposób uznać w szczególności, iż powyższa kwestia stanowi okoliczność, której Zamawiający działając z należytą starannością nie mógł przewidzieć.

Prezes Urzędu podkreślił, iż postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone na podstawie ustawy Pzp jest procedurą ściśle sformalizowaną, w której nadrzędną zasadę stanowi wyrażony w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp obowiązek zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zamawiający zobligowany jest zatem do uzasadnienia i wykazania zgodności z przepisami ustawy Pzp każdej czynności, która potencjalnie mogłaby ograniczać konkurencję pomiędzy wykonawcami. Zamawiający w szczególności nie może działać w sposób arbitralny, oparty na uogólnionych założeniach i estymacjach niemających potwierdzenia w rzetelnych danych, takie działanie świadczy bowiem o zaniechaniu Zamawiającego w odniesieniu do prawidłowego przygotowania postępowania o udzielenie zamówienia, co podkreślono także w treści informacji o wyniku kontroli. Należy odmówić zasadności twierdzeniu Zamawiającego w odniesieniu do skutku przedłużenia terminów wykonania zamówienia, jakoby „niewielka różnica nie mogłaby wpłynąć na decyzję o złożeniu oferty” (str. 9 zastrzeżeń). Uznać należy, iż z uwagi na ogólnie przyjęte przez Zamawiającego w ramach danego postępowania krótkie terminy wykonania zamówienia, na co wskazywał sam Zamawiający w toku kontroli oraz powtórzył na str. 2

zastrzeżeń, zróżnicowanie pomiędzy terminami wynikającymi z dokumentów zamówienia, a terminami po dokonanych zmianach przy zawarciu umowy oraz aneksu do umowy, mogło mieć wpływ na decyzję innych wykonawców o przystąpieniu do postępowania, a w konsekwencji, musi być uznane za różnicę istotną w rozumieniu art. 454 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, co szczegółowo zreferowano w treści informacji o wyniku kontroli (str. 6-7).

Odnosząc się do podniesionej przez Zamawiającego argumentacji dotyczącej faktu powiązania przedłużenia terminu wykonania zamówienia z wprowadzeniem kar umownych za opóźnienia, Kontrolujący podkreślił, iż powyższe pozostaje irrelewantne w kontekście zarzutów naruszenia przepisów ustawy Pzp, o których mowa w informacji o wyniku kontroli, bowiem przepisy art. 454 oraz art. 455 ustawy Pzp nie przewidują podstawy dopuszczalności zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego z uwagi na zastrzeżenie przez Zamawiającego kar umownych. Ewentualne kary umowne za opóźnienia byłyby naliczane w sytuacji niedotrzymania terminów już wydłużonych, podczas gdy istotą zarzucanego Zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy Pzp jest sam fakt wydłużenia terminów wykonania zamówienia niezgodnie z regulacjami ustawy Pzp. Na marginesie jedynie zaznaczyć należy, iż ustawa Pzp nie uzależnia dopuszczalności wprowadzenia kar umownych od zmiany umowy - Zamawiający mógł owe kary przewidzieć już w pierwotnych dokumentach zamówienia (w tym we wzorze umowy), tym samym niezrozumiałe jest, z jakiego powodu Zamawiający wiąże wydłużenie terminu wykonania zamówienia z faktem wprowadzenia określonych kar umownych za opóźnienia do umowy w drodze zmiany

Względem argumentu Zamawiającego dotyczącego wypełniania przez aneks z dnia 12 września 2023 r. przesłanki zmiany umowy z §9 ust. 2 pkt .1 umowy (też wzoru umowy) (str. 12 zastrzeżeń) Kontrolujący zauważył, iż Zamawiający nie przekazał w powyższym zakresie szczegółowych informacji, które mogłyby pozwolić na ocenę proporcjonalności przedłużenia terminu wykonania zamówienia względem okresu zawieszenia dostaw przez Zamawiającego związanego z brandingiem autobusów, co czyni dany argument nieweryfikowalnym. Niezależnie od powyższego należy stwierdzić, iż zakres tego argumentu odnosi się jedynie do przedłużenia terminu wykonania zamówienia na mocy aneksu z dnia 12 września 2023 r., tj. część 9, 10 i 12 zamówienia.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego określonej jako „zarzuty dotyczące oceny stanu faktycznego w świetle przepisów prawa” (str. 12 i nast. zastrzeżeń), Kontrolujący podtrzymał stanowisko co do zaistnienia zmiany wprowadzającej warunki, które gdyby zostały zastosowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to wzięliby w nim udział lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęte zostałyby oferty innej treści. Uzupełniająco wskazał, iż podstawa faktyczna zarzutów wykazanych w informacji o wyniku kontroli nie odnosi się do kwestii kryteriów oceny ofert oraz samej procedury badania i oceny ofert w toku postępowania

o udzielenie zamówienia, lecz do terminu wykonania zamówienia jako warunku zamówienia, z którym ewentualna niezgodność oferty skutkowałaby jej odrzuceniem, terminy te były bowiem ustanowione jako maksymalne i nieprzekraczalne, niezależnie od faktu, iż kryteria oceny ofert w postępowaniu premiowały ich dalsze skrócenie przez wykonawców. Jednocześnie należy podkreślić, iż przesłanką art. 454 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp determinującą uznanie zmiany umowy za istotną nie jest to, czy ewentualne naruszenie w zakresie zmiany umowy miałyby wpływ na wynik postępowania, ale czy zmiana wprowadza warunki, które gdyby zostały zastosowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to wzięłyby w nim udział lub mogłyby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęte zostałyby oferty innej treści. Zamawiający nie może antycypować decyzji wykonawcy o wzięciu czy rezygnacji z udziału w postępowaniu biorąc pod uwagę ustalenia odnoszące się do faktycznie zaoferowanych cen i innych kryteriów oceny ofert przez wykonawców, którzy oferty złożyli, bowiem wykonawca podejmując decyzję o złożeniu oferty przed otwarciem ofert nie ma wiedzy co do treści ofert innych wykonawców, kierując się wyłącznie informacjami zawartymi w dokumentach zamówienia. Na marginesie zauważyć należy, iż stosownie do treści art. 607 ust. 1 ustawy PZP in fine, dla wszczęcia kontroli doraźnej celem stwierdzenia zawarcia lub zmiany umowy z naruszeniem przepisów ustawy nie podlega badaniu kwestia wpływu naruszenia na wynik postępowania. Tym samym bezprzedmiotową jest w zakresie zarzutów wykazanych w treści informacji o wyniku kontroli kwestia ustalenia, czy ewentualny inny wykonawca mógł uzyskać przedmiotowe zamówienie.

W ocenie Kontrolującego nie można także uznać argumentu Zamawiającego, iż „wprowadzone do umowy zmiany w zakresie zmiany terminu wykonania nie były istotne z punktu widzenia zagrożenia naliczeniem kar umownych”, bowiem, po pierwsze, nie jest kwestionowane, iż nawet wzór umowy zawarty w dokumentach zamówienia przed zmianą umowy zawierał postanowienia dopuszczające możliwość nałożenia takich kar w szczególności w związku z odstąpieniem od umowy z przyczyn dotyczących wykonawcy (str. 12 oraz 19 zastrzeżeń), po drugie zaś, Zamawiający pomija, iż obowiązek zapłaty kary umownej nie stanowi jedynej konsekwencji niewykonania zobowiązań umownych po stronie wykonawcy - przykładem może być wynikająca z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, która, pod określonymi warunkami, może zaktualizować się także w sytuacji, w której niewykonanie lub nienależyte wykonanie uprzedniej umowy związane było z przekroczeniem terminu realizacji zamówienia. Tym samym nie jest dopuszczalne przyjęte przez Zamawiającego założenie, iż jedynie obawa przed naliczeniem kar umownych w związku z przekroczeniem terminu realizacji zamówienia mogłaby przesądzać o decyzji potencjalnego wykonawcy o rezygnacji ze złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu i w konsekwencji - iż wyłącznie ten aspekt decyduje o istotności zmiany umowy.

Względem zastrzeżeń twierdzeń odnoszących się do celu i przeznaczenia umowy, Kontrolujący wskazał, iż Zamawiający nie przedstawił konkretnych argumentów wskazujących na niezasadność wyrażonej w informacji o wyniku kontroli tezy, iż *„Zamawiający nie wykazał, że nie był w stanie odebrać przedmiotu umowy, biorąc pod uwagę przebieg procedury odbioru określonej w §2 umowy w sprawie zamówienia publicznego, jak również iż ewentualne opóźnienia w tym zakresie skorelowane były z faktycznym okresem przedłużenia terminu wykonania zamówienia w poszczególnych częściach. Należy zwrócić uwagę, iż §2 umowy w sprawie zamówienia publicznego nie przewiduje udziału przedstawicieli docelowych użytkowników autobusów (strony ukraińskiej) w procedurze odbioru (...)”*. W szczególności sam fakt toczącego się konfliktu zbrojnego nie może uzasadniać dowolnej, arbitralnej interpretacji postanowień umowy i jej zmian, jak również niezadośćuczynienia obowiązkom dowodowym w toku kontroli. Istotą kontroli doraźnej nie jest określanie sposobu wykonywania przez Zamawiającego postanowień umowy na etapie jej realizacji, a wyłącznie ocena okoliczności faktycznych sprawy pod względem uzasadniania przez nie dopuszczalności zmiany umowy.

Uzupełniająco Kontrolujący zaznaczył, iż uwzględniając art. 603 ust. 1 ustawy Pzp, kontrola doraźna prowadzona jest pod względem kryterium legalności rozumianego jako zgodność z treścią ustawy Pzp. Skutkiem tego, za bezprzedmiotowe należy uznać argumenty odnoszące się do aspektów związanych z gospodarnością czy celowością wydatkowania środków publicznych, nie mogą one bowiem sanować stwierdzonych naruszeń bezwzględnie obowiązujących przepisów ustawy Pzp.

**Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się ze stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i Zamawiającego oraz biorąc pod uwagę materiał zgromadzony w sprawie, zważyła, co następuje:**

Zastrzeżenia zasługują na uwzględnienie.

Istotą sprawy jest to, czy wydłużenie terminów dostaw w częściach: nr 3 (w zakresie zamówienia podstawowego i opcjonalnego), nr 5 (w zakresie zamówienia opcjonalnego) nr 9 (w zakresie zamówienia podstawowego i opcjonalnego), nr 10 (w zakresie zamówienia opcjonalnego), nr 12 (w zakresie zamówienia podstawowego) nastąpiło z naruszeniem przepisów art. 454 ust. 1 i 2 w związku z art. 455 ustawy Pzp.

Jak wynika ze stanowiska Fundacji, Prezes Urzędu niezasadnie uznał, że dokonane przez Zamawiającego zmiany umowy w zakresie terminu wykonania zamówienia mają charakter istotny w rozumieniu art. 454 ust. 1 ustawy Pzp, co najmniej z uwagi na fakt ziszczenia się przesłanki, o której mowa w art. 454 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, bowiem stanowią o wprowadzeniu warunków, które gdyby zostały zastosowane w postępowaniu o udzielenie



zamówienia, to wzięliby lub mogliby wziąć w nim udział inni wykonawcy, oraz, że nie ziszcili się przesłanki dopuszczalności zmiany umowy określone w art. 455 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, w szczególności, w zakresie podstawy zmiany umowy, o której mowa w art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 454 ust. 1 ustawy Pzp: *1. Istotna zmiana zawartej umowy wymaga przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia. 2. Zmiana umowy jest istotna, jeżeli powoduje, że charakter umowy zmienia się w sposób istotny w stosunku do pierwotnej umowy, w szczególności jeżeli zmiana: 1) wprowadza warunki, które gdyby zostały zastosowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to wzięliby w nim udział lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęte zostałyby oferty innej treści;*

*Art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, że 1. Dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia: 1) niezależnie od wartości tej zmiany, o ile została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które mogą obejmować postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości ceny, jeżeli spełniają one łącznie następujące warunki:*

- a) określają rodzaj i zakres zmian,*
- b) określają warunki wprowadzenia zmian,*
- c) nie przewidują takich zmian, które modyfikowałyby ogólny charakter umowy;*

Jak zostało wskazane powyżej w wyniku kontroli, w §9 ust. 2 pkt 4 załącznika nr 5 do SWZ, zawierającego wzór umowy, Zamawiający, wskazując, iż działa w oparciu o art. 455 ustawy Pzp, określił okoliczności zmiany terminu ustalonego w umowie, wskazując na wystąpienie okoliczności, których strony umowy nie były w stanie przewidzieć, pomimo zachowania należytej staranności.

W ocenie Izby w okolicznościach analizowanej sprawy, Zamawiający wykazał, że wystąpiła przesłanka wprowadzenia, zakwestionowanych przez Prezesa Urzędu, zmian terminów wykonania umowy, wskazana w §9 ust. 2 pkt 4 umowy.

W szczególności wskazania wymaga, iż w sytuacji, gdy zakup objętych umową autobusów szkolnych, nie służył zabezpieczeniu potrzeb samego Zamawiającego, a zatem to nie Zamawiający był jedynym podmiotem mającym wpływ na terminy odbioru, lecz służył zabezpieczeniu potrzeb szkół na terenie Ukrainy i był częścią projektu realizowanego przez Fundację we współpracy z BGK w porozumieniu z Komisją Europejską, przy ocenie zaistnienia przesłanki do wydłużenia terminu realizacji umowy, o której mowa w §9 ust. 2 pkt 4 umowy, w ocenie Izby nie sposób nie uwzględnić całej treści umowy oraz okoliczności towarzyszących

zarówno wszczęciu postępowania, szczegółowo przedstawione powyżej w zastrzeżeniach do wyniku kontroli, jak i odbiorom.

W wyniku analizy umowy dostawy autobusów, zawartej w dniu 7 kwietnia 2023 r. pomiędzy Fundacją Solidarności Międzynarodowej a MMI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Redzikowie, Izba ustaliła, że stosownie do § 2 ust. 4, 5 i 6 umowy: *4. Odbiór każdej partii potwierdzony będzie protokołem odbioru częściowego. 5. Za dzień wykonania przedmiotu umowy uznaje się dzień podpisania przez Zamawiającego protokołu końcowego 65 sztuk autobusów objętych niniejszą Umową. 6. Transport autobusów wraz z rozładunkiem do Zamawiającego zapewnia Wykonawca na swój koszt i ryzyko. Miejscem spełnienia świadczenia jest Lwów, Ukraina.*

W sytuacji, gdy dostawy miały być realizowane do Ukrainy i to na tym terenie miał być dokonywany odbiór, za istotne dla oceny w analizowanej sprawie należy uznać okoliczności związane z tym odbiorem.

Jak wskazał Zamawiający, odbiory, dla uniknięcia dublowania z innymi programami zakupowymi autobusów szkolnych, wiązały się z obowiązkiem dopełnienia szeregu formalności, w tym uzyskania zgody rad, rejestracją autobusów w Ukrainie, zawarcia umów darowizny oraz z koordynacją dostaw na Ukrainę i odbiorów przez hromady, sprawujące zarząd nad szkołami obwodów przyfrontowych oraz wyzwolonych spod okupacji części obwodu kijowskiego, w taki sposób, aby nie dopuścić do kumulacji autobusów na terenie Lwowa, co zwiększałoby ryzyko zniszczenia ich w ataku bombowym.

W związku z tym, przy ocenie ziszczenia się ww. przesłanki zmiany terminu realizacji zamówienia w niektórych jego częściach w zakresie wystąpienia okoliczności, których strony umowy nie były w stanie przewidzieć przy zachowaniu należytej staranności, nie można pomijać faktu toczącego się w Ukrainie konfliktu zbrojnego, zwłaszcza w sytuacji, gdy, jak wskazał Zamawiający, na dzień podpisania umowy nie znał listy hromad.

Skoro, jak podał Zamawiający, Administracje Obwodowe przekazywały informacje w zakresie hromad uprawnionych do odbioru autobusów od maja do końca sierpnia 2023 r., a to było początkiem procesu wyboru hromad i przygotowania odbiorów, przy czym hromady musiały spełnić szereg wymogów formalnych pozwalających przyjąć do swojego majątku darowiznę, z którą wiążą się koszty (eksploatacja, kierowcy) i dopiero po uzyskaniu takich zgód mógł być przygotowywany projekt umowy i wstępnie ustalony termin odbioru, to nie sposób uznać, że strony przedmiotowej umowy miały wyłączny wpływ na terminy odbiorów oraz, że były w stanie, przy zachowaniu należytej staranności, przewidzieć potrzebę ich wydłużenia.

Izba nie dopatrzyła się podstaw do stwierdzenia, iż dokonane przez Zamawiającego, w niektórych częściach zamówienia, zmiany terminów dostaw miały istotny charakter w szczególności wskazywały na zaistnienie podstawy do przyjęcia, iż w okolicznościach analizowanej sprawy zastosowanie znajduje przepis art. 454 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Nie zostało bowiem wykazane, aby na skutek ich wprowadzenia charakter umowy zmienił się w sposób istotny w stosunku do pierwotnej umowy, w szczególności, że stanowią one warunki, które gdyby zostały zastosowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to wzięliby w nim udział lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęte zostałyby oferty innej treści.

W ocenie Izby trudno bowiem jednoznacznie stwierdzić, że gdyby pierwotnie umowa przewidywała wydłużone ostatecznie terminy, w zakresie części, w których to nastąpiło, to miałyby to lub mogłyby mieć wpływ na zwiększenie liczby ofert w postępowaniu. Tym bardziej, że w przypadku dwóch ww. części procentowo podana przez Kontrolującego zmiana terminu dla zamówienia opcjonalnego stanowiła 6%. Po pierwsze, nie sposób pomijać, że tylko dwóch z sześciu potencjalnych zainteresowanych zamówieniem wykonawców podnosiło kwestię wydłużenia terminów dostaw. Po drugie, wydłużenie terminów nie dotyczyło wszystkich części postępowania, jak też nie we wszystkich częściach odnosiło się zarówno do zamówienia podstawowego jak i do zamówienia opcjonalnego, a dla tych, w których miało zastosowanie, jak wskazał Zamawiający, w stosunku do wzoru umowy wynosiło od 12 do 25 dni.

Nadto nie sposób nie zauważyć, że na decyzję wykonawców o wzięciu udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma wpływ nie tylko termin realizacji, ale także inne aspekty zamówienia, m.in. wymogi Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia oraz treść przyszłych postanowień umowy, w szczególności konsekwencje niedotrzymania terminu realizacji w aspekcie m.in. kar umownych.

W związku z tym, w okolicznościach analizowanej sprawy, przy ocenie, czy dokonane zmiany umowy w zakresie terminów dostaw miały wpływ na krąg wykonawców biorących udział w postępowaniu, w ocenie Izby, nie można pomijać porównania wcześniej istniejących i później wprowadzonych przez Zamawiającego konsekwencji przekroczenia tych terminów w postaci kar umownych. Kontrolujący natomiast uznał argumentację Zamawiającego w tym zakresie za irrelevantną w kontekście postawionych zarzutów. Zauważenia przy tym wymaga, że wskazywany przez Kontrolującego przepis art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, na okoliczność innej możliwej konsekwencji dla wykonawcy niewykonania zobowiązań umownych, wymaga wykazania, iż niewykonanie lub nienależyte wykonanie nastąpiło z przyczyn leżących po jego stronie. Tymczasem wskazywane w wyjaśnieniach Zamawiającego okoliczności, z uwagi, na które pierwotne terminy realizacji zamówienia nie mogły być dotrzymane, wskazują na przyczyny leżące po stronie Zamawiającego, tj. na nieprzewidziane utrudnienia związane z dokonaniem odbioru i przekazania autobusów ich odbiorcom.

Mając powyższe na uwadze Izba wydała opinię jak w sentencji uchwały.

Przewodnicząca: .....

Członkowie: .....

.....