

Sygn. akt: KIO 1631/22

## Wyrok

z dnia 13 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 czerwca 2022 r. przez wykonawcę Boxmet Medical Sp. z o.o., Piskorzów 51, 58-250 Pieszycy w postępowaniu prowadzonym przez Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej, ul. Wojska Polskiego 57, 05-430 Celestynów

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Boxmet Medical Sp. z o.o., Piskorzów i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

2.1. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu poniesionych uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Sygn. akt KIO 1631/22

Uzasadnienie

Zamawiający: Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej w Celestynowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pt: „Dostawa toreb do Indywidualnego Pakietu Medycznego - IPMed”, oznaczenie sprawy: WOFiTM/17/2022/PN.

Odwołujący: Boxmet Medical spółka z o.o. wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na tym, że w dniu 9 czerwca 2022 r. na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 2a ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) z uwagi

na rzekomą "pisemną odmowę Odwołującego Wykonawcy podpisania umowy w postępowaniu, na warunkach określonych ofercie, z przyczyn leżących wyłącznie po stronie Odwołującego Wykonawcy, podjął on decyzję o tym, że wystąpi do Gwaranta - Banku Handlowego w Warszawie SA z siedzibą w Warszawie, z żądaniem zapłaty wadium wniesionego przez Wykonawcę w formie gwarancji bankowej nr GK22-1090007 z 19 kwietnia 2022 r. w kwocie 62 300 zł (słownie: sześćdziesiąt dwa tysiące trzysta złotych).

Zaskarżonej czynności Zamawiającego zarzuca naruszenie art. 98 ust. 6 pkt 2a Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie i podjęcie decyzji o zatrzymaniu wadium (wystąpieniu do gwaranta z żądaniem zapłaty wadium), mimo braku podstaw określonych w tym przepisie. Zamawiający wskazuje, że podjął decyzję o zatrzymaniu wadium ze względu na to, że Odwołujący (Wykonawca wybrany w postępowaniu) odmówił podpisania umowy o zamówienie publiczne na warunkach określonych w ofercie (w szczególności z terminem dostawy - 90 dni od podpisania umowy), gdy tymczasem:

- Odwołujący miał prawo odmówić podpisania umowy w proponowanym kształcie ze względu na zajście okoliczności niezależnych i nieprzewidzianych, w szczególności będących następstwem epidemii COVID-19, polegających na wydłużeniu terminu dostawy przędzy;

- poinformował Zamawiającego, wykazując się chęcią współdziałania i proponując

wydłużenie terminu realizacji. Przedłożył także wyjaśnienia z dowodem - oświadczeniem autoryzowanego dystrybutora przędzy;

- Podpisanie umowy z proponowanym pierwotnym terminem (90 dni od podpisania Umowy)

z góry narażałoby Odwołującego na niemożliwość jej wykonania i zapłatę kar umownych oraz dalej idącą odpowiedzialność i wręcz zarzut podpisania umowy w złej wierze

- proponowany przez Odwołującego - wydłużony termin o 45 dni - nie wykroczył ponad termin 30.10.2022 r., który był ostatecznym, mającym znaczenie dla Zamawiającego.

- Wykonawca dołożył wymaganej należytej staranności, zgodnie z art. 355 §1 i 2 k.c., by zapewnić realizację Umowy, działając zgodnie z zasadą z art. 354 k.c., a zamawiający zignorował propozycję Wykonawcy, wbrew powyższej zasadzie.

Powyższe naruszenia mają istotny wpływ na wynik postępowania, ponieważ gdyby Zamawiający wziął pod uwagę powyższe okoliczności i wnikliwie przeanalizował stan faktyczny oraz dokonał właściwej interpretacji art. 98 ust. 6 lit. 2a) P.z.p., nie znalazłby podstaw do zatrzymania wadium (wystąpieniu do gwaranta z żądaniem jego zapłaty).

Wskazując na powyższe, wnosi o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;

2. unieważnienie czynności Zamawiającego jako dokonanej z naruszeniem prawa oraz

3. nakazanie Zamawiającemu - na podstawie art. 98 ust. 5 P.z.p. zwrotu wadium poprzez złożenie gwarantowi oświadczenia o zwolnieniu wadium wniesionego w formie opisanej gwarancji bankowej;

4. w przypadku, gdy Zamawiający otrzymał zapłatę - nakazanie Zamawiającemu zwrotu kwoty otrzymanego wadium Odwołującemu Boxmet Medical sp z o.o., z ustawowymi odsetkami za opóźnienie od dnia otrzymania kwoty wadium do dnia zapłaty;

Odwołujący posiada interes w rozpoznaniu niniejszego odwołania, gdyż jego pozytywne rozpatrzenie prowadzić winno do zwrotu bezpodstawnie zatrzymanego wadium. Właściwą drogą do realizacji tego prawa jest odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej. Kompetencja KIO nie budzi wątpliwości - wykonawca, którego wadium zostało zatrzymane, może skorzystać ze środków ochrony prawnej wobec tej czynności. W postanowieniu z 7.05.2010 r., V CSK 456/09, Sąd Najwyższy zauważył: „Wniesienie wadium stanowi element postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, umożliwia ono branie udziału w takim postępowaniu, stanowi zatem niewątpliwie instytucję właściwą dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Należy w konsekwencji przyjąć, że wykonawcy przysługują środki prawne określone pzp”. Por. też KIO 1990/10). Izba jest uprawniona do rozpatrzenia odwołania od czynności zatrzymania wadium także wówczas, gdy wykonawca nie ma już możliwości uzyskania zamówienia publicznego (wyroki: KIO/UZP 599/09, KIO/UZP 1055/09, KIO/UZP 1054/09).

W postępowaniu tym wadium zostało wniesione w formie gwarancji bankowej. Zgodnie z art. 98 ust. 6 P.z.p. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, a w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2-4, występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium, jeżeli (...).

Użycie pojęcia "zatrzymanie wadium" jest w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji bankowej swego rodzaju skrótom myślowym, niemniej używane jest potocznie także w praktyce.

Ilekcioć w odwołaniu mowa jest o "zatrzymaniu wadium" należy rozumieć przez to decyzję Zamawiającego o wystąpieniu do gwaranta o jego zapłatę. Również przyjąć należy, że termin na wniesienie odwołania biegnie od dnia kiedy Zamawiający jednoznacznie zakomunikował Odwołującemu swoją wolę wystąpienia do gwaranta o zapłatę wadium (tym bardziej, że w piśmie z 15 czerwca skierowanym do Odwołującego Zamawiający wskazuje, że podtrzymuje podjętą już decyzję o zatrzymaniu wadium (podjętą w piśmie z 9 czerwca 2022 r.)

Podstawowe żądanie Odwołującego to nakazanie Zamawiającemu zwrotu wadium, gdyby Zamawiający otrzymał już pieniądze z tytułu wadium od banku, w takim wypadku Izba winna nakazać Zamawiającemu zwrot tych pieniędzy na rzecz Odwołującego.

#### UZASADNIENIE

Firma złożyła ofertę i wniosła wadium w kwocie 62 300 zł, w formie gwarancji bankowej.

W dniu 20 maja 2022 r. Zamawiający zawiadomił, że dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu- tj. oferty złożonej przez Boxmet Medical sp. z o.o. w zakresie zadań od 1 do 8. Wybrana oferta spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego zawarte w SWZ oraz uzyskała największą ilość punktów. W pkt II poinformował, że umowa w sprawie zamówienia publicznego zostanie zawarta w terminie określonym przepisami art. 264 P.z.p.

Zgodnie z Rozdziałem III, pkt 5 i 6 SWZ: Przedmiot zamówienia objęty zamówieniem gwarantowanym należy dostarczyć w terminie 90 dni kalendarzowych od dnia podpisania umowy, jednakże nie później niż do 30.10.2022 r.

31 maja 2022 r. Zamawiający zaprosił Boxmet Medical do podpisania umowy, wyznaczając termin jej podpisania na dzień 6 czerwca 2022 r. godz. 13.00.

W dniu 2 czerwca 2022 r. otrzymaliśmy informację od dostawcy tkaniny podszewkowej, że z powodu m. in. COVID-19, który nadal ma bardzo silny wpływ na produkcję wyrobów, nastąpi opóźnienie w transporcie przędzy koniecznej do produkcji tkaniny i produkcja oraz dostawa tkaniny do Nas to około 90 dni. Potrzebujemy więc dodatkowych 45 dni na wyprodukowanie opakowania IPMed. Niestety, mimo wszelkich starań nie jesteśmy w stanie przyspieszyć tego terminu. Sytuacja epidemiologiczna skutecznie dezorganizuje swobodny przepływ towarów m. in. wpływając na dostępność przędzy produkcyjnej, wydłużenie terminów produkcyjnych, wydłużenie czasu oczekiwania na miejsce logistyczne u przewoźników, transport oraz na wydłużanie się czasu trwania odpraw celnych.

Niezwłocznie, tj. następnego dnia (3 czerwca 2022 r.) firma wystosowała pismo z wnioskiem o zmianę do przyszłej umowy oraz akceptację rozwiązań równoważnych. W piśmie zawarł

wnioski o:

I) - zmianę poszczególnego przedmiotu umowy na asortyment równoważny, powołując się na ust. 5 dopuszczający zmianę przedmioty umowy. Proponowane zmiany dotyczyły: specyfikacji technicznej torby, szerokości lamówki przy tkaninie podszewkowej, zmianę nici na produkt równoważny, zaakceptowania haftu w kolorze czarnym, zmiany producenta taśmy technicznej, zmiany wykonania miejsca na nożyczki ratownicze, zmianę w zakresie odstępstw od poszczególnych wymagań jakościowych AQAP 2110 wydanie D na wymagania AQAP 2131 C /.../."

II) na podstawie §1 4 ust. 2 pkt 10 Umowy - przedłużenie terminu dostawy kompletnego przedmiotu umowy (...) w wymiarze niezbędnym, tj. o kolejne 45 dni. Wniosek uzasadniono okolicznościami powoływanymi tj. informacją od dostawcy tkaniny. Wniosek o wydłużenie terminu realizacji przedmiotu zamówienia o 45 dni, nie dłużej niż 30.10.2022 r.

Do pisma załączono oświadczenie autoryzowanego dystrybutora przędzy - firmy Green Side, w którym firma to wskazuje, że w związku z opóźnieniami w transporcie przędzy,

wynikającymi z szeregu następstw: epidemii COVID-19, globalnej sytuacji logistycznej i dostępności kontenerów, jak również dostępności samej przędzy produkcyjnej, co jest niezależne od fabryki, jak również zamawiającego, wyprodukowanie i bezpośrednio dostawa tkaniny do szwalni to obecnie ok. 90 dni, co powoduje przesunięcie się procesów produkcyjnych i realizacji zamówień w zakładanym terminie".

W odpowiedzi 6 czerwca 2022 r. Zamawiający poinformował, że wyraził zgodę na proponowane zmiany techniczne w zakresie pkt 1, 2, 4, 5,6, natomiast nie wyraża zgody na zmiany proponowane w pkt 3 oraz pkt 8. I co ważne - nie wyraża zgody na wydłużenie terminu realizacji. Zamawiający arbitralnie wezwał "ostatecznie" do podpisania umowy w "nieprzekraczalnym terminie" tj. do 08.06.2022 r. do 13:00 pod rygorem zatrzymania wadium na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 2a P.z.p.

Pismem z dnia 07.06.2022 r. poinformowaliśmy Zamawiającego, że pomimo wszelkich starań nie jesteśmy w stanie podpisać umowy w w/w postępowaniu. Niemożliwość podpisania Umowy jest wynikiem trwającej epidemii COVID 19 i braku zgody Zamawiającego na wydłużenie terminu realizacji. Informację o przedłużeniu się terminu realizacji zamówienia na tkaninę podszewkową z powodu COVID-19 otrzymaliśmy już po złożeniu oferty i po jej wyborze. Jest to sytuacja niezależna od Nas, na którą nie mamy wpływu.

Zamawiający dnia 9 czerwca 2022 r. poinformował, że z uwagi na pisemną odmowę podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie, z przyczyn leżących wyłącznie po stronie Wykonawcy, wystąpi do Gwaranta o zapłatę wadium w kwocie 62 300 zł. powołując

art. 98 ust. 6 pkt 2a P.z.p.

Wskazał, że przyjęcie przez niego proponowanych przez Wykonawcę rozwiązań doprowadziłoby do istotnej zmiany treści oferty i tym samym zmiany opisu przedmiotu zamówienia oraz warunków realizacji przyszłej umowy, co w efekcie mogłoby doprowadzić do zachwiania uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców.

W odpowiedzi wystosowaliśmy obszernie pismo z 13 czerwca do Zamawiającego, w której szczegółowo przedstawiliśmy argumentację faktyczną i prawną (powieloną w większości w niniejszym Odwołaniu), informując o braku podstaw do zatrzymania wadium.

Zamawiający pismem z 15 czerwca 2022 r. podtrzymał podjętą decyzję w przedmiocie zatrzymania wadium.

Odwołujący stwierdza, że miał prawo odmówić podpisania umowy ze względu na zajście okoliczności niezależnych i nieprzewidzianych, w szczególności będących następstwem epidemii COVID-19, polegających na wydłużeniu terminu dostawy przędzy, wykazał się chęcią współdziałania proponując wydłużenie terminu, podpisanie umowy z proponowanym pierwotnym terminem (90 dni od podpisania Umowy) z góry narażałoby go na niemożliwość wykonania i zapłatę kar umownych i wręcz zarzut podpisania umowy w złej wierze, proponowany wydłużony termin o 45 dni - nie wykraczał ponad termin 30.10.2022 r. , który był ostatecznym terminem zamawiającego, zatem dołożył należytej staranności, zgodnie z art. 355 §1 i 2 k.c., zgodnie z zasadą współdziałania Stron (art. 354 k.c.).

Odnosząc się szczegółowo do braku podstaw zatrzymania wadium:

Zwrot lub zatrzymanie wadium następuje zgodnie z przepisami art. 98 P.z.p. Kluczowy jest ust. 6: Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, a w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2-4, występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium, jeżeli:

(.....) 2) wykonawca, którego oferta została wybrana:

a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,

b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;

3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, którego oferta została wybrana.

Przepis art. 98 ust. 6 ma w interesującym zakresie brzmienie tożsame z art. 46 dawnego

P.z.p. z 2004 r.

W nowym P.z.p. dodano "którego oferta została wybrana" - przy przesłance niemożliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zatem orzecznictwo dotyczące

przesłanek zatrzymania wadium znajduje w pełni zastosowanie.

Choć Zamawiający jako podstawę zatrzymania wadium wskazuje art. 98 ust. 6 pkt 2a, tj. odmowę podpisania Umowy, to warto rozważyć jeszcze zaistnienie drugiej podstawy, tj. art. 98 ust 6 pkt 3 - niemożliwość zawarcia Umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. Problem niemożności podpisania Umowy o zamówienie publiczne na skutek okoliczności wywołanych epidemią COVID-19 jest przedmiotem opinii wydanej przez UZP. Zgodnie z opinią: "Przesłanki zatrzymania wadium w kontekście okoliczności wywołanych panującą epidemią COVID-19" : „Analizując przesłanki zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 5 ustawy Pzp nie można pomijać podkreślanego w doktrynie i orzecznictwie sankcyjnego oraz restrykcyjnego charakteru tego przepisu. Konsekwencją jest konieczność ścisłej interpretacji art. 46 ust. 5 ustawy Pzp w zakresie oceny spełnienia przesłanek zatrzymania

wadium, a także konieczność uwzględnienia przy tej ocenie wszelkich okoliczności stanu

faktycznego konkretnej sprawy. /.../ Zamawiający przed podjęciem decyzji o zatrzymaniu wadium na podstawie art. 46 ust. 5 ustawy Pzp, powinien rzetelnie zbadać przyczyny odmowy podpisania umowy lub niewniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Powinien również zbadać i ocenić okoliczności sprawy, w sytuacji, w której zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Biorąc pod uwagę obecne realia, wynikające z panującej epidemii COVID-19, zamawiający w szczególności powinien przeanalizować, czy wskazane w przepisie art. 46 ust. 5 ustawy Pzp okoliczności nie wynikają z przyczyn niezależnych od wykonawcy np. z uwagi na utrudnienia w transporcie, niedobory określonego rodzaju towarów z uwagi na przerwanie łańcucha dostaw lub utrudnienia w przepływie osób związane ze stanem epidemii itp. /.../ Należy zwrócić uwagę, że również wykonawcy powinni wykazać aktywność w związku z badaniem przez zamawiającego zaistnienia przesłanek zatrzymania wadium, o których mowa w art. 46 ust. 5 ustawy Pzp./.../ .

Z opinii wynika, że dopuszczalne jest odstępianie od zatrzymania wadium, w przypadku, gdy powodem zaistnienia przesłanki zatrzymania wadium jest sytuacja związana z COVID-19. Jednakże przed podjęciem takiej decyzji zamawiający jest zobowiązany szczegółowo zbadać zdarzenia wskazane przez wykonawcę jako uzasadnienie, w szczególności w zakresie ich wpływu na możliwość wykonania umowy."

Zamawiający wbrew stanowisku UZP nie przeprowadził analizy okoliczności faktycznych i przyczyn odmowy podpisania Umowy na warunkach proponowanych w ofercie. Ograniczył się do arbitralnej odmowy zaproponowanych warunków przedłużenia terminu realizacji, zaś w 10 czerwca ogólnikowo powołał się na rzekome "zmiany w warunkach realizacji przyszłej umowy" i następujące w efekcie potencjalne "zachwianie uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców". Tym samym zadział wbrew wytycznym Urzędu.

Zamawiający wbrew normie automatycznie podjął decyzję o zatrzymaniu wadium ze względu na "odmowę podpisania Umowy" (art. 98 ust. 6 pkt 2a P.z.p.), stwierdził arbitralnie i bez uzasadnienia, że odmawia przedłużenia terminu realizacji o 45 dni, w drugim z 10 czerwca wskazał jedynie na "zmianę warunków umowy" i rzekome zakłócenie konkurencji;

Wymagane jest ustalenie, że zaistniały nadzwyczajne okoliczności rzeczywiście, w sposób bezpośredni i realny skutkują brakiem możliwości wykonania umowy na pierwotnych warunkach określonych w ofercie wykonawcy, a z treści oświadczenia firmy Green Side wynika, że wskazane wyżej opóźnienia powodują przesunięcie się procesów produkcyjnych i realizacji zamówienia w zakładanym terminie, co uniemożliwia zrealizowanie dostawy do Zamawiającego przez BOXMET Medical w pierwotnie zakładanym terminie 90 dni.

„Również Wykonawcy powinni wykazać aktywność w związku z badaniem przez Zamawiającego zaistnienia przesłanek zatrzymania wadium (...). Dochowujący należytej staranności wykonawca powinien przedstawić zamawiającemu rzetelną informację na temat okoliczności stanu faktycznego sprawy i wykazać, że okoliczności wskazane w art. 46 ust. 5 P.z.p. nie wynikają z przyczyn leżących po jego stronie.” Wykonawca informację o tym, że nastąpi opóźnienie w realizacji dostawy przędy otrzymał 2 czerwca 2022 r., po wyborze swojej oferty, na cztery dni przed terminem podpisania umowy.

Wykonawca nie odmówił podpisania Umowy w ogóle, a jedynie zaproponował wydłużenie terminu dostawy o 45 dni. Czym innym jest odmowa czy niemożność podpisania (zawarcia) umowy w ogóle, a czym innym sytuacja, gdy Wykonawca gotów jest podpisać umowę, ale ze zmianą polegającą na wydłużeniu terminu dostawy o 45 dni, tym bardziej, że zachowany miał być drugi termin graniczny, tj. 30.10.2022 r. Sformułowanie SWZ o terminie dostawy (90 dni od podpisania Umowy nie później niż 30.10.2022 r.) jednoznacznie wskazuje, że to ten drugi termin był dla Zamawiającego kluczowy.

Nie można zawrzeć umowy mając z góry świadomość, że nie zrealizuje się jej w terminie,

tego typu zachowanie może mieć bowiem poważne skutki prawne, zwłaszcza dla renomowanej i obecnej na rynku od wielu lat firmy Boxmet Medical sp zoo, która to wielokrotnie z powodzeniem realizowała przetargi do Zamawiającego jak i innych jednostek sektora publicznego. Zamawiający, który mimo, że miał możliwość uzyskania zamawianego asortymentu w nieco dłuższym terminie (ale mieszczącym się w terminie granicznym 30.10.2022) nie przeprowadził jakiegokolwiek postępowania wyjaśniającego, nie wyraził jakiegokolwiek chęci współpracy z Wykonawcą, nie wyraził zgodę na wydłużenie terminu realizacji oraz arbitralnie zatrzymał wadium.

Dodatkowo zastosowanie przesłanki z art. 98 ust. 6 pkt 2a P.z.p. w ogóle jest bezpodstawne - albowiem przepis mówi o "odmowie podpisania Umowy", tymczasem Wykonawca nie odmówił podpisania Umowy, a jedynie wnioskował o zmianę terminu jej realizacji z przyczyn od siebie niezależnych i niezawinionych, co jest jak najbardziej dopuszczalne, a pozostał warunki Umowy akceptował i gotów był ją podpisać.

Zachowanie Zamawiającego jest tym bardziej niezrozumiałe, że nie tylko decyzja o zatrzymaniu wadium jest bezzasadna. Bezpodstawna jest także decyzja o braku zgody na zmianę terminu realizacji umowy. Dopuszczalność zmiany terminu realizacji umowy oraz wynagrodzenia wykonawcy jest w opisanym w sytuacji regulowana przez art. 15r ust. 4 ustawy z 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych. Z przywołanego przepisu jednoznacznie wynika dopuszczalność zmiany terminu realizacji zamówienia.

Załączono dokumenty powołane w odwołaniu.

Zamawiający Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej w Celestynowie wniósł odpowiedź na odwołanie, w której ustosunkował się do treści odwołania.

Odwołujący złożył odwołanie od niezgodnej z prawem czynności Zamawiającego w postępowaniu, polegającej na tym, że w dniu 9 czerwca 2022 r. na podstawie art. 98 ust. 6 pkt. 2a pzp, z uwagi na pisemną odmowę Wykonawcy podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie, z przyczyn leżących wyłącznie po stronie odwołującego się Wykonawcy. Zamawiający podjął decyzję o tym, że wystąpi do Gwaranta — Banku Handlowego w Warszawie S.A. z żądaniem zapłaty wadium wniesionego przez Wykonawcę w formie gwarancji bankowej z 19 kwietnia 2022r. w kwocie 62 300,00 zł  
W pierwszej kolejności Zamawiający wskazuje, że Odwołującemu nie przysługuje prawo do wniesienia odwołania na zaskarżoną czynność Zamawiającego, gdyż zgodnie z art. 513 pzp odwołanie przysługuje na czynność podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zarówno na działania, jak i zaniechania.

Dana czynność lub zaniechanie musi nastąpić w toku postępowania. Musi więc mieścić się w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z jego definicją z art. 7 pkt 18 pzp w okresie od jego wszczęcia do zakończenia. Zawarcie umowy nie jest już czynnością w postępowaniu. Tym samym nie jest możliwe wniesienie odwołania na zaniechanie czynności zawarcia umowy, a tym samym na wystąpienie przez Zamawiającego do Gwaranta z żądaniem zapłaty wadium. Termin na podpisanie umowy upłynął 8 czerwca 2022r., a informacja o wystąpieniu do Gwaranta z żądaniem zapłaty wadium przekazano Odwołującemu 9 czerwca 2022 r.

Zamawiający odnosząc się merytorycznie do zarzutów odwołania wskazuje, że zaskarżona przez Odwołującego Wykonawcę czynność Zamawiającego w postępowaniu jest w całości zgodna z prawem i została podjęta w po wnikliwej analizie poniższych okolicznościach faktycznych i prawnych, a mianowicie:

1/ Zamawiający w dniu 20 maja 2022r. dokonał wyboru oferty Wykonawcy, która w całości odpowiadała opisowi przedmiotu zamówienia określonego w SWZ. Następnie, 31 maja 2022r. Zamawiający zaprosił Wykonawcę do podpisania umowy wyznaczając termin jej podpisania na dzień 6 czerwca 2022r. godz. 13.00.

Wykonawca pismem z 3 czerwca 2022 r. złożył wniosek o zmianę postanowień przyszłej umowy, w tym wnosił o akceptację rozwiązań równoważnych dotyczący min. parametrów technicznych oferowanych toreb do IPMed, oraz wnosił o zmianę AQAP i zmianę terminu realizacji umowy.

Stanowisko Zamawiającego w przedmiotowej sprawie zostało Wykonawcy przedstawione w i zawierało akceptację wniosku Odwołującego w zakresie pkt. 1, 2, 4, 5, 7, 8, natomiast Zamawiający nie wyraził zgody na zmianę przyszłej umowy w zakresie pkt. 3, 6 i 9 wniosku Wykonawcy o zmianę. Zamawiający ostatecznie wezwał wykonawcę do podpisania umowy

wyznaczając nieprzekraczalny termin na dzień 8 czerwca 2022., godz. 13.00.

W toku prowadzonej korespondencji Odwołujący w piśmie z 7 czerwca 2022r. oświadczył, że nie jest w stanie podpisać umowy w w/w postępowaniu, co jednoznacznie potwierdza uchylenie się Wykonawcy od podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie. Zgodnie z art. 98 ust. 6 pkt 2a PZP: Zamawiający zatrzymuje wadium z odsetkami, a w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2-4, występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium, jeżeli:

2) wykonawca, którego oferta została wybrana:

a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,

Jak wynika z dokumentów postępowania Odwołujący nie był jedynym wykonawcą, który złożył ofertę. Tym samym doprowadzenie przez Zamawiającego do sytuacji, w której po wyborze oferty najkorzystniejszej, Zamawiający wyraża zgodę na zmianę istotnych warunków zamówienia takich jak termin realizacji umowy, istotne parametry techniczne, obniżenie nadanego AQAP, jest niedopuszczalne. Takie zachowanie, polegające na wprowadzeniu istotnej zmiany warunków zamówienia, w ocenie Zamawiającego naruszałoby zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców.

Tym samym, decyzja Zamawiającego dotycząca wystąpienia o zapłatę wadium nie została podjęta jedynie w oparciu o wniosek Odwołującego do wprowadzenia zmian przyszłej umowy w zakresie wydłużenia terminu realizacji umowy, ale również w zakresie obniżenia nadanego AQAP 2110 wydanie D (nadzór nad procesem produkcji) na AQAP 2131 wydanie C (odbiór końcowy) oraz w zakresie zmiany parametrów nici wewnętrznych i zewnętrznych. Nie wyrażenie zgody na zmianę parametrów nici wewnętrznych i zewnętrznych wynika z poprzednio realizowanych przez Zamawiającego zakupów przedmiotowych toreb, gdzie doszło w dniu 15 marca 2022r. do odstąpienia przez Zamawiającego od umowy poprzedniej.

Zgodnie z art. 455 ust. 1 pkt. 1 pzp Zamawiający nie mógł zaakceptować całości wnioskowanych przez Wykonawcę zmian przyszłej umowy, gdyż proponowane zmiany nie zostały przewidziane ani w ogłoszeniu o zamówieniu, ani też w dokumentach zamówienia, a ich wprowadzenie do umowy wymagałoby przeprowadzenia nowego postępowania.

Zamawiający wyjaśnia, że przyjęcie przez niego zaproponowanych przez Wykonawcę rozwiązań, na które Zamawiający nie wyraził zgody doprowadziłoby do istotnej zmiany treści oferty i tym samym zmiany w opisie przedmiotu zamówienia oraz warunkach realizacji przyszłej umowy, co w efekcie mogłoby doprowadzić do zachwiania uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców.

2/ W toku postępowania Wykonawcy zwracali się do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ, w tym również o wydłużenie terminu realizacji z 45 dni kalendarzowych na 90 dni. Zamawiający wyraził zgodę. Pytanie zadał sam Odwołujący, wskazując, iż „wydłużenie terminu realizacji zamówienia do realnego 90 dniowego jest konieczne, aby Wykonawcy terminowo i z należytą starannością wykonali zamówienie”.

Jak wynika z treści korespondencji, dla Odwołującego liczył się sam fakt przedłużenia terminu realizacji umowy, bez względu na okoliczności. Powyższy wniosek można wysnuć na podstawie analizy złożonego zapytania o wyjaśnienie treści SWZ, z których wynika, że według Odwołującego pierwotny termin realizacji umowy nie może zostać dochowany z powodu trwającej wojny na Ukrainie. Następnie w pismach kierowanych do Zamawiającego przez Odwołującego, w sprawie dokonania zmiany przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego, kierowanych już po dokonaniu wyboru oferty Odwołującego, jako uzasadnienie zmiany terminu realizacji umowy pojawia się pandemia COVID.

W ocenie Zamawiającego, Odwołujący, nie był gotowy do realizacji umowy i za wszelką cenę walczył o zmianę warunków zamówienia, w tym o przedłużenie terminu wykonania umowy. Jednocześnie zgodnie warunkami SWZ przedmiot zamówienia należało zrealizować w terminie 90 dni kalendarzowych od podpisania umowy, nie później niż do dnia 30.10.2022r. , w zależności od tego, który w w/w terminów wpływa wcześniej. Wykonawca błędnie wskazuje dzień 30.10.2022r. jako termin ostateczny zrealizowania przedmiotu zamówienia. Dla Zamawiającego, jak i Wykonawców biorących udział w postępowaniu wiążący jest termin 90 dni kalendarzowych od podpisania umowy. Oferta Odwołującego nie była jedyną złożoną w postępowaniu, inni Wykonawcy byli w stanie zrealizować zamówienie. Do postępowania wpłynęły 4 oferty. Oferta Odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza.

3/ Odnosząc się do okoliczności podnoszonych przez Odwołującego w zakresie okoliczności niezależnych i nieprzewidywalnych, w szczególności będących następstwem epidemii COVID 19, które zadaniem Odwołującego miały wpływ na odmowę zawarcia przez niego

umowy Zamawiający, wskazuje, że:

a) przedstawione przez Odwołującego oświadczenie dystrybutora przędzy nie potwierdza, że produkt nie jest dostępny na rynku. Wykonawca nie przedstawił żadnego dokumentu, z którego wynikałoby, że próbował pozyskiwać te komponenty na innych rynkach lub u innych podwykonawców. Oświadczenie jest mało wiarygodne, z uwagi na fakt, iż w szczycie epidemii COVID -19, a nie w stanie zagrożenia epidemicznego Zamawiający w grudniu 2021 r. zawarł umowę na dostawę toreb Indywidualnego Pakietu Medycznego IPMed, w których termin realizacji wynosił 34 dni od dnia podpisania umowy i 62 dni od podpisania umowy w zakresie poszczególnych pakietów. Realizacja była krótsza niż w przedmiotowym postępowaniu.

b) zgodnie z art. 15r ust. 1 ust. 1 ustawy z dnia 2 marca 2020r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z COVID-19, (Dz.U. z 2021 r., poz. 2095), strony umowy w sprawie zamówienia publicznego niezwłocznie wzajemnie informują się o wpływie okoliczności związanych z wystąpieniem COVID 19 na należyte wykonanie umowy, o ile taki wpływ wystąpił lub może wystąpić. Jednak, poinformowanie Zamawiającego przez Wykonawcę o zaistnieniu trudności z powodu epidemii lub stanu zagrożenia epidemicznego nie może opierać się na subiektywnej analizie wystąpienia przeszkód, muszą mieć charakter obiektywny i wynikać z dowodów, które w sposób niepodważalny przedstawiają wszechstronny obraz sytuacji, w której znalazł się Odwołujący. Zatem, brak możliwości zawarcia umowy z przyczyn leżących wyłącznie po stronie Wykonawcy, na który miał wpływ COVID 19, winien mieć charakter obiektywny, tj. taki, że umowy nie można byłoby zawrzeć niezależnie od tego, jaki wykonawca, i jaki zamawiający znalazłby się w podobnej sytuacji i niezależnie od ich woli w tym zakresie. Istotne jest również istnienie ścisłego związku pomiędzy zaistnieniem okoliczności wpływających na należyte wykonanie umowy, a wystąpieniem epidemii COVID-19.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności w przedmiotowej sprawie nie sposób przyjąć, aby inni wykonawcy mieli te same trudności w wykonaniu umowy, na które powoływał się Odwołujący, co potwierdza zawarta w dniu 24 czerwca 2022r. umowa nr 85/MAT/2022 z MILENA BIS Sp. z o.o. z terminem realizacji 90 dni od dnia zawarcia umowy, tj. z terminem, który był dopuszczony w niniejszym postępowaniu .

Zamawiający uznaje powyższy wniosek o unieważnienie zaskarżonej czynności Zamawiającego oraz nakazanie Zamawiającemu zwrotu wadium jako w całości bezzasadny i sprzeczny z interesem Zamawiającego.

Zgodnie z art. 554 ust. 1 PZP: Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi:

1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców;

2) niezgodność projektowanego postanowienia umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy.

Tym, samym, odwołanie może zostać uwzględnione jedynie wówczas, gdy zarzucane przez Odwołującego naruszenie przepisów ustawy miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Przesłanką uwzględnienia odwołania jest więc wykazanie istotnego wpływu na wynik postępowania.

W niniejszej sprawie, Odwołujący kwestionuje jedynie czynność zatrzymania wadium, która w ocenie Zamawiającego nie ma żadnego wpływu na wynik postępowania. Tym samym, w ocenie Zamawiającego sprawa o zwrot wadium jest sprawą cywilną i powinna zostać rozpoznana jako sprawa o zapłatę, w postępowaniu przed sądem powszechnym. Zamawiający stwierdza, że nie zaistniały przesłanki do uwzględnienia odwołania określone w art. 554 p.z.p., dlatego Zamawiający wnioskuje o oddalenie odwołania w całości zgodnie z art. 553 p.z.p.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie, w wyniku analizy stanowisk stron przedstawionych na piśmie i do protokołu, stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności skład orzekający stwierdza, że nie podziela stanowiska zamawiającego, iż skarżona czynność zamawiającego nie podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej, jakkolwiek znane są rozbieżne stanowiska w orzecznictwie powodowane nie

tylko odmienna wykładnią przepisów ustawy, lecz także odmiennymi stanami faktycznymi podlegającymi rozpatrzeniu.

Zamawiający słusznie wskazuje, że wskazuje, że zgodnie z art. 513 pzp odwołanie przysługuje na czynność podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zarówno na działania zamawiającego, jak i zaniechania działań, do których był zobowiązany na podstawie przepisów prawa. Zasadnie przypomina także zamawiający, że dana czynność lub zaniechanie musi nastąpić w toku postępowania i mieć miejsce się w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Definicją postępowania zaś jest sformułowana art. 7 pkt 18 ustawy pzp ze wskazaniem, że postępowanie kończy się zawarciem umowy o udzielenie zamówienia publicznego z tym, że samo zwanie umowy nie stanowi czynności w tym postępowaniu. Zawarcie umowy nie jest już czynnością w postępowaniu.

W sprawie rozpatrywanej przedmiotem odwołania nie jest czynność zawarcia umowy lub jej zaniechanie lecz czynność zamawiającego dokonana po wyborze oferty najkorzystniejszej, przed zawarciem umowy, w ramach przygotowania się do zawarcia umowy. W okolicznościach sprawy odwołujący skarży wprost czynność zawiadomienia go przez zamawiającego o podjęciu decyzji zwrócenia się do wystawcy gwarancji o przekazanie na rzecz zamawiającego kwoty zabezpieczenia wadialnego z powodu uchylecia się przez wybranego wykonawcę od zawarcia umowy. Jak wynika z dokumentacji postępowania wyznaczony przez zamawiającego termin na podpisanie umowy upłynął 8 czerwca 2022r., a informacja o wystąpieniu do gwaranta z żądaniem zapłaty wadium przekazano odwołującemu 9 czerwca 2022 r. W ocenie Izby czynność zamawiającego jest informacją o zamiarze złożenia oświadczenia woli skierowanego do wystawcy gwarancji wadialnej. Czynność ta może być, z punktu widzenia ustawy pzp zaskarżona przez wykonawcę zważywszy, że może prowadzić do uszczerbku w jego interesie w rozumieniu art. 505 pzp. Wydaje się, że ocena taka byłaby wyrazista w odniesieniu do kwestionowania samej czynności żądania przez zamawiającego zaspokojenia z wadium, jednakże w takiej sytuacji potencjalna ochrona interesu wykonawcy stałaby się iluzoryczna przy przewidywanym braku wiedzy o faktycznym wystąpieniu zamawiającego do wystawcy wadium, w tym terminie dokonania takiej czynności.

Zamawiający odnosząc się merytorycznie do zarzutów odwołania wskazuje, że zaskarżona przez Odwołującego Wykonawcę czynność Zamawiającego w postępowaniu jest w całości zgodna z prawem i została podjęta w po wnikliwej analizie poniższych okolicznościach

faktycznych i prawnych, a mianowicie:

1/ Zamawiający w dniu 20 maja 2022r. dokonał wyboru oferty Wykonawcy, która w całości odpowiadała opisowi przedmiotu zamówienia określonego w SWZ. Następnie, 31 maja 2022r. Zamawiający zaprosił Wykonawcę do podpisania umowy wyznaczając termin jej podpisania na dzień 6 czerwca 2022r. godz. 13.00.

Wykonawca pismem z 3 czerwca 2022 r. złożył wniosek o zmianę postanowień przyszłej umowy, w tym wnosił o akceptację rozwiązań równoważnych dotyczący min. parametrów technicznych oferowanych toreb do IPMed, oraz wnosił o zmianę AQAP i zmianę terminu

realizacji umowy.

Stanowisko Zamawiającego w przedmiotowej sprawie zostało Wykonawcy przedstawione w i zawierało akceptację wniosku Odwołującego w zakresie pkt. 1, 2, 4, 5, 7, 8, natomiast Zamawiający nie wyraził zgody na zmianę przyszłej umowy w zakresie pkt. 3, 6 i 9 wniosku

Wykonawcy o zmianę. Zamawiający ostatecznie wezwał wykonawcę do podpisania umowy wyznaczając nieprzekraczalny termin na dzień 8 czerwca 2022., godz. 13.00.

W toku prowadzonej korespondencji Odwołujący w piśmie z 7 czerwca 2022r. oświadczył, że nie jest w stanie podpisać umowy w w/w postępowaniu, co jednoznacznie potwierdza uchylene się Wykonawcy od podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie. Zgodnie z art. 98 ust. 6 pkt 2a PZP: Zamawiający zatrzymuje wadium z odsetkami, a w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 97

ust. 7 pkt 2-4, występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium, jeżeli:

2) wykonawca, którego oferta została wybrana:

a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,

Jak wynika z dokumentów postępowania Odwołujący nie był jedynym wykonawcą, który złożył ofertę. Tym samym doprowadzenie przez Zamawiającego do sytuacji, w której po wyborze oferty najkorzystniejszej, Zamawiający wyraża zgodę na zmianę istotnych warunków zamówienia takich jak termin realizacji umowy, istotne parametry techniczne, obniżenie nadanego AQAP, jest niedopuszczalne. Takie zachowanie, polegające na wprowadzeniu istotnej zmiany warunków zamówienia, w ocenie Zamawiającego naruszałoby zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców.

Tym samym, decyzja Zamawiającego dotycząca wystąpienia o zapłatę wadium nie została podjęta jedynie w oparciu o wniosek Odwołującego do wprowadzenia zmian przyszłej umowy w zakresie wydłużenia terminu realizacji umowy, ale również w zakresie obniżenia nadanego AQAP 2110 wydanie D (nadzór nad procesem produkcji) na AQAP 2131 wydanie C (odbiór końcowy) oraz w zakresie zmiany parametrów nici wewnętrznych i zewnętrznych. Nie wyrażenie zgody na zmianę parametrów nici wewnętrznych i zewnętrznych wynika z poprzednio realizowanych przez Zamawiającego zakupów przedmiotowych toreb, gdzie doszło w dniu 15 marca 2022r. do odstąpienia przez Zamawiającego od umowy poprzedniej. Zgodnie z art. 455 ust. 1 pkt. 1 pzp Zamawiający nie mógł zaakceptować całości wnioskowanych przez Wykonawcę zmian przyszłej umowy, gdyż proponowane zmiany nie zostały przewidziane ani w ogłoszeniu o zamówieniu, ani też w dokumentach zamówienia, a ich wprowadzenie do umowy wymagałoby przeprowadzenia nowego postępowania. Zamawiający wyjaśnia, że przyjęcie przez niego zaproponowanych przez Wykonawcę rozwiązań, na które Zamawiający nie wyraził zgody doprowadziłoby do istotnej zmiany treści oferty i tym samym zmiany w opisie przedmiotu zamówienia oraz warunkach realizacji przyszłej umowy, co w efekcie mogłoby doprowadzić do zachwiania uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców.

2/ W toku postępowania Wykonawcy zwracali się do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ, w tym również o wydłużenie terminu realizacji z 45 dni kalendarzowych na 90 dni. Zamawiający wyraził zgodę. Pytanie zadał sam Odwołujący, wskazując, iż „wydłużenie terminu realizacji zamówienia do realnego 90 dniowego jest konieczne, aby Wykonawcy terminowo i z należytą starannością wykonali zamówienie”.

Jak wynika z treści korespondencji, dla Odwołującego liczył się sam fakt przedłużenia terminu realizacji umowy, bez względu na okoliczności. Powyższy wniosek można wysnuć na podstawie analizy złożonego zapytania o wyjaśnienie treści SWZ, z których wynika, że według Odwołującego pierwotny termin realizacji umowy nie może zostać dochowany z powodu trwającej wojny na Ukrainie. Następnie w pismach kierowanych do Zamawiającego przez Odwołującego, w sprawie dokonania zmiany przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego, kierowanych już po dokonaniu wyboru oferty Odwołującego, jako uzasadnienie zmiany terminu realizacji umowy pojawia się pandemia COVID.

W ocenie Zamawiającego, Odwołujący, nie był gotowy do realizacji umowy i za wszelką cenę walczył o zmianę warunków zamówienia, w tym o przedłużenie terminu wykonania umowy. Jednocześnie zgodnie warunkami SWZ przedmiot zamówienia należało zrealizować w terminie 90 dni kalendarzowych od podpisania umowy, nie później niż do dnia 30.10.2022r. , w zależności od tego, który w w/w terminów upływa wcześniej. Wykonawca błędnie wskazuje dzień 30.10.2022r. jako termin ostateczny zrealizowania przedmiotu zamówienia. Dla Zamawiającego, jak i Wykonawców biorących udział w postępowaniu wiążący jest termin 90 dni kalendarzowych od podpisania umowy. Oferta Odwołującego nie była jedyną złożoną postępowaniu, inni Wykonawcy byli w stanie zrealizować zamówienie. Do postępowania wpłynęły 4 oferty. Oferta Odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza.

3/ Odnosząc się do okoliczności podnoszonych przez Odwołującego w zakresie okoliczności niezależnych i nieprzewidywalnych, w szczególności będących następstwem epidemii COVID 19, które zadaniem Odwołującego miały wpływ na odmowę zawarcia przez niego umowy Zamawiający, wskazuje, że:

a) przedstawione przez Odwołującego oświadczenie dystrybutora przędzy nie potwierdza, że produkt nie jest dostępny na rynku. Wykonawca nie przedstawił żadnego dokumentu, z którego wynikałoby, że próbował pozyskiwać te komponenty na innych rynkach lub u innych podwykonawców. Oświadczenie jest mało wiarygodne, z uwagi na fakt, iż w szczycie epidemii COVID -19, a nie w stanie zagrożenia epidemicznego Zamawiający w grudniu 2021 r. zawarł umowę na dostawę toreb Indywidualnego Pakietu Medycznego IPMed, w których

termin realizacji wynosił 34 dni od dnia podpisania umowy i 62 dni od podpisania umowy w zakresie poszczególnych pakietów. Realizacja była krótsza niż w przedmiotowym postępowaniu.

b) zgodnie z art. 15r ust. 1 ust. 1 ustawy z dnia 2 marca 2020r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z COVID-19, (Dz.U. z 2021 r., poz. 2095), strony umowy w

sprawie zamówienia publicznego niezwłocznie wzajemnie informują się o wpływie okoliczności związanych z wystąpieniem COVID 19 na należyte wykonanie umowy, o ile taki wpływ wystąpił lub może wystąpić. Jednak, poinformowanie Zamawiającego przez Wykonawcę o zaistnieniu trudności z powodu epidemii lub stanu zagrożenia epidemicznego nie może opierać się na subiektywnej analizie wystąpienia przeszkód, muszą mieć charakter obiektywny i wynikać z dowodów, które w sposób niepodważalny przedstawiają wszechstronny obraz sytuacji, w której znalazł się Odwołujący. Zatem, brak możliwości zawarcia umowy z przyczyn leżących wyłącznie po stronie Wykonawcy, na który miał wpływ COVID 19, winien mieć charakter obiektywny, tj. taki, że umowy nie można byłoby zawrzeć niezależnie od tego, jaki wykonawca, i jaki zamawiający znalazłby się w podobnej sytuacji i niezależnie od ich woli w tym zakresie. Istotne jest również istnienie ścisłego związku pomiędzy zaistnieniem okoliczności wpływającej na należyte wykonanie umowy, a wystąpieniem epidemii COVID-19.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności w przedmiotowej sprawie nie sposób przyjąć, aby inni wykonawcy mieli te same trudności w wykonaniu umowy, na które powoływał się Odwołujący, co potwierdza zawarta w dniu 24 czerwca 2022r. umowa nr 85/MAT/2022 z

MILENA BIS Sp. z o.o. z terminem realizacji 90 dni od dnia zawarcia umowy, tj. z terminem,

który był dopuszczony w niniejszym postępowaniu .

Zamawiający uznaje powyższy wniosek o unieważnienie zaskarżonej czynności Zamawiającego oraz nakazanie Zamawiającemu zwrotu wadium jako w całości bezzasadny i sprzeczny z interesem Zamawiającego.

Zgodnie z art. 554 ust. 1 PZP: Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi:

- 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców;
- 2) niezgodność projektowanego postanowienia umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy.

Tym, samym, odwołanie może zostać uwzględnione jedynie wówczas, gdy zarzucane przez Odwołującego naruszenie przepisów ustawy miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Przesłanką uwzględnienia odwołania jest więc wykazanie istotnego wpływu na wynik postępowania.

W niniejszej sprawie, Odwołujący kwestionuje jedynie czynność zatrzymania wadium, która w ocenie Zamawiającego nie ma żadnego wpływu na wynik postępowania. Tym samym, w

ocenie Zamawiającego sprawa o zwrot wadium jest sprawą cywilną i powinna zostać rozpoznana jako sprawa o zapłatę, w postępowaniu przed sądem powszechnym. Zamawiający stwierdza, że nie zaistniały przesłanki do uwzględnienia odwołania określone w art. 554 p.z.p., dlatego Zamawiający wnioskuje o oddalenie odwołania w całości zgodnie z

art. 553 p.z.p.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania

(Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: .....