

WYROK
z dnia 25 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 listopada 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 listopada 2021 r. przez wykonawcę **Webfleet Solutions Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Prosta 51; 00-838 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Poczta Polska S.A., ul. Rodziny Hiszpańskich 8; 00-940 Warszawa**, przy udziale wykonawcy **GEOTIK sp. z o.o., ul. Kolejowa 5/7; 01-217 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Webfleet Solutions Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Prosta 51; 00-838 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Webfleet Solutions Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Prosta 51; 00-838 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Webfleet Solutions Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Prosta 51; 00-838 Warszawa** na rzecz zamawiającego **Poczta Polska S.A., ul. Rodziny Hiszpańskich 8; 00-940 Warszawa** kwotę **3 617 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Poczta Polska S.A., prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Udostępnienie Systemu Zarządzania i Ewidencji Floty*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 30 czerwca 2021 r., pod nr 2021/S 124-329643.

Dnia 29 października 2021 roku, zamawiający poinformował odwołującego o zatrzymaniu wadium.

Dnia 8 listopada 2021 roku wykonawca Webfleet Solutions Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 98 ust. 6 pkt 2) lit. b) i pkt 3 ustawy Pzp, poprzez niezasadne zatrzymanie wadium wniesione przez odwołującego,
2. art. 98 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie zwrotu wadium odwołującemu, pomimo zaistnienia ustawowej przesłanki,
3. art. 16 ustawy Pzp, poprzez niezachowanie zasady przejrzystości i proporcjonalności oraz zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na niezasadne zatrzymanie wadium, zaniechanie zwrotu wadium, brak wykazania przesłanek którymi kierował się zamawiający przy podejmowaniu działań.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności zatrzymania wadium, nakazanie zamawiającemu zwrot wadium, obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego. Odwołujący wniósł również o przeprowadzenie dowodu z dokumentów, tj. protokołu z postępowania wraz ze wszystkimi załącznikami.

Odwołujący wskazał, że zamawiający nie miał podstaw faktycznych i prawnych do zatrzymania wadium. Zatrzymanie wadium skutkuje wprost szkodą w majątku odwołującego w kwocie równej wadium. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, w tym celu złożył ofertę, która została uznana za najkorzystniejszą i dlatego odwołujący ma prawo do zawarcia umowy o zamówienie.

Uzasadniając wniesione odwołanie, odwołujący podniósł, co następuje.

Odwołujący poprosił zamawiającego o spotkanie w celu ustalenia znaczenia niektórych elementów w opisie przedmiotu zamówienia, które odbyło się on-line w dniu 14 października 2021 r. Strony ustaliły m.in. iż odwołujący sporządzi i - w celu usunięcia wątpliwości - przekaze zamawiającemu listę elementów budzących jego wątpliwości. Termin zawarcia umowy nie został ustalony.

Zdaniem odwołującego, zamawiający miał wypowiedzieć się co do zgłoszonych przez siebie wątpliwości w zakresie pełnomocnictwa P. G. (czy jest wystarczające do podpisania umowy), miał wezwać odwołującego do złożenia oświadczenia o przedłużeniu okresu związania ofertą. Zamawiający do dnia złożenia niniejszego odwołania nie dokonał żadnej czynności, do której zobowiązał się w dniu 14 października 2021 r. Zamawiający zażądał, aby wątpliwości odwołującego zostały mu przedstawione pisemnie do dnia 20 października br. Odwołujący w dniu 19 października, powołując się na chorobę osób kluczowych dla realizacji zamówienia wskazał, iż wątpliwości te zostaną przedstawione w terminie do 25 października do godz. 12.00. - termin ten został dochowany.

Zamawiający w dniu 19 października, o godzinie 15.42 umieścił na portalu wezwanie do zawarcia umowy i wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania. Odwołujący w dniu 20 października 2021 r., złożył via portal odpowiedź na wezwanie, w którym zapewnił zamawiającego o chęci zawarcia umowy i prosił o zmianę terminu zawarcia umowy.

Dnia 22 października 2021 r., zamawiający ustalił termin zawarcia umowy na 28 października 2021 r.

Dnia 29 października 2021 r., zamawiający złożył oświadczenie o zatrzymaniu wadium.

Zdaniem odwołującego, nie ma podstaw do zatrzymania wadium. W sprawie nie zaszła żadna przesłanka wymieniona w art. 98 ust. 6 pzp. Zamawiający wyznaczył nierealny termin zawarcia umowy (ze względu na niemożność uzyskania gwarancji bankowej w tym terminie) i to pomimo, iż nie udzielił odpowiedzi na pytania odwołującego do czego się zobowiązał 14 października br. Oświadczenie z dnia 29 października 2021 r. nie może odnieść zamierzonego przez zamawiającego skutku ze względu na: nieistniejącą podstawę prawną zatrzymania wadium, wadliwie wskazaną podstawę faktyczną zatrzymania wadium, tj. nie jest prawdą, że zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn zależnych od odwołującego, odwołujący nie mógł wnieść zabezpieczenia ze względu na działania zamawiającego.

W konsekwencji zamawiający nie może zatrzymać wadium - co niezasadnie uczynił, ma obowiązek zwrócić wadium na podstawie art. 98 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp - czego zaniechał.

Przesłanki zatrzymania wadium zostały opisane w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp. Zamawiający jako podstawę prawną zatrzymania wadium wskazał „art. 98 ust. 2 lit b) i ust. 3” ustawy Pzp. Art. 98 ust. 2 ustawy Pzp, stanowi o zwrocie wadium - lit. b) nie jest jednostką redakcyjną tego przepisu. Art. 98 ust. 3 stanowi o rozwiązaniu stosunku prawnego z wykonawcą wraz z utratą prawa wykonawcy do korzystania ze środków ochrony prawnej o ile złożył on wniosek o zwrot wadium. Żaden z przepisów wskazanych przez zamawiającego nie daje podstaw do zatrzymania wadium.

Jako podstawę faktyczną zatrzymania wadium zamawiający wskazał na to, że: zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po

stronie odwołującego, oraz że odwołujący nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Odwołujący w wielu pismach, a także podczas spotkania 14 października br. wskazywał na to, że chce zawrzeć umowę - okoliczność ta nie jest sporna.

Zamawiający nie uzasadnił swego poglądu jakoby zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie odwołującego. Okoliczność taka nie istnieje w aktualnym stanie faktycznym. W świetle przepisów ustawy Pzp, upływ terminu związania ofertą nie jest okolicznością, która uniemożliwia zawarcie umowy - nie jest także okolicznością, która powoduje także brak możliwości wyboru oferty najkorzystniejszej. Biorąc zaś pod uwagę, że odwołujący nigdy nie złożył jakiegokolwiek oświadczenia, które mogłoby być interpretowane jako uchylenie się od zwracania umowy, a zamawiający nie unieważnił postępowania, to tym samym bezzasadnym było stwierdzenie, iż „zawarcie umowy stało się niemożliwe”. Przy czym zamawiający w uzasadnieniu zatrzymania wadium nie wskazuje na żadne okoliczności, które jego zdaniem powodowałyby obiektywną niemożliwość zawarcia umowy. W publikacji: Prawo zamówień publicznych. Komentarz (Urząd Zamówień Publicznych. Warszawa 2021 r.) pod redakcją Huberta Nowaka stwierdzono, że: Związanie ofertą oznacza brak możliwości wycofania oferty przez wykonawcę w okresie związania ofertą (w tym również brak możliwości zmiany oferty) i obowiązek zawarcia przez wykonawcę umowy na warunkach określonych ofertą w przypadku wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Zgodnie z dyspozycją art. 220 ust. 4 pzp przedłużenie terminu związania ofertą następuje na podstawie pisemnego oświadczenia wykonawcy. Podczas spotkania 14 października 2021 r. zamawiający zadeklarował, iż wezwie odwołującego do przedłużenia okresu związania ofertą, jednak nie wywiązał się z tej deklaracji. Nawet jeżeliby uznać, iż zamawiający nie może podpisać umowy z odwołującym ze względu na upływ terminu związania ofertą, to odpowiedzialność za ten stan rzeczy odpowiada zamawiający, bo nie wezwał odwołującego do złożenia stosownego oświadczenia.

Podsumowując, zawarcie umowy o zamówienie publiczne jest możliwe, jeżeli uznać, że przeszkodą w zawarciu umowy jest brak związania ofertą, to przyczyną tego stanu rzeczy jest zaniechanie zamawiającego polegające na tym, że nie wezwał odwołującego do przedłużenia okresu związania ofertą.

Brak wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Odwołujący faktycznie nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy - dalej: ZNW lub zabezpieczenie. Ustawa nie reguluje szczegółowo czynności, które muszą być wykonane w celu skutecznego wniesienia ZNW, stwierdzając jedynie, że ma to nastąpić przed zawarciem umowy. Art. 450 ust. 1 ustawy Pzp, jednoznacznie stanowi, iż zabezpieczenie jest wnoszone według wyboru wykonawcy. Zamawiający nie może zatem podejmować działań, które ingerowałyby we wskazane w art. 450 ustawy Pzp, prawo wyboru.

Z definicji zawartej w art. 7 pkt 18) ustawy Pzp wynika, iż postępowanie o zamówienie publiczne to porządkowany ciąg czynności kończący się zawarciem umowy (lub nieważnieniem postępowania), z tym, że zawarcie umowy nie stanowi czynności w tym postępowaniu. Uzupełnieniem tej regulacji jest art. 254 ustawy Pzp wskazujący, iż postępowanie o zamówienie publiczne kończy się zawarciem umowy lub unieważnieniem. Tym samym działania związane z wniesieniem ZNW są dokonywane w toku postępowania i muszą być zgodne m.in. z art. 16 ustawy Pzp.

Podczas spotkania 14 października 2021 r. strony ustaliły, co każda z nich ma wykonać przed zawarciem umowy i nie ustaliły terminu zawarcia umowy. Zamawiający - jak się wydawało - ze zrozumieniem przyjął kwestie związane z opisem przedmiotu zamówienia. Spotkanie z 14 października br. zakończyło się ustaleniem jakie czynności zostaną wykonane przez Strony przed podpisaniem umowy. Odwołujący miał prawo oczekiwać, iż do czasu wykonania zobowiązań podjętych podczas spotkania, termin zawarcia umowy nie będzie wyznaczony. W szczególności zamawiający miał wezwać odwołującego do przedłużenia terminu związania ofertą - jednak wezwania takiego nie dokonał. Odwołujący chciał wnieść zabezpieczenie w formie gwarancji bankowej. Jednak pozyskanie takiej gwarancji jest czasochłonne i wymaga współpracy z zamawiającym w zakresie ustalenia okresu ważności gwarancji.

Zgodnie z SWZ Rozdział IV Opis przedmiotu zamówienia usługa (zamówienie) ma być świadczona przez okres 48 miesięcy. W konsekwencji ustalenie okresu odpowiedzialności banku-gwaranta wymaga znajomości okresu świadczenia usługi przez odwołującego. To zaś wymaga znajomości daty zawarcia umowy. Jeżeli okres gwarancji byłby zbyt krótki, to nie można uznać, iż ZNW jest wniesione. Rozwiązania tego problemu są dwa: albo termin jest ustalany w drodze konsensusu, co wymaga - a nie jest zasadniczo trudne - porozumienia pomiędzy stronami, albo zamawiający arbitralnie wyznacza termin zawarcia umowy, ale termin jest wystarczająco długi na pozyskanie stosownej gwarancji.

Art. 431 ustawy Pzp, zobowiązuje zamawiających i wykonawców do współdziałania w wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zasada ta może być stosowana do czynności związanych z samym zawarciem umowy skoro (jak wcześniej wskazano) zawarcie umowy nie jest czynnością dokonywaną w toku postępowania o zamówienie publiczne.

W niniejszej sprawie zamawiający nie ustalał z odwołującym terminu na zawarcie umowy i arbitralnie wyznaczył termin, w którym wniesienie zabezpieczenia w gwarancji było niemożliwe - działanie takie jest sprzeczne z art. 431 i art. 16 ustawy Pzp. Ustawa jednoznacznie wskazuje (art. 254 pkt 2 ustawy Pzp), że postępowanie o zamówienie publiczne kończy się z chwilą zawarcia umowy (lub z chwilą unieważnienia postępowania). A zatem czynności związane z zawarciem umowy podlegają pzp. Art. 8 ustawy Pzp stanowi, że do czynności podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez

zamawiającego i wykonawców oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego (o ile przepisy pzp nie stanowią inaczej). W konsekwencji, zastosowanie ma przepis art. 5 kc zakazujący nadużywania prawa. Jednocześnie tożsamy wniosek można wywieść m.in. z zasad proporcjonalności i przejrzystości wskazanych w art. 16 ustawy Pzp. Ustawa wprost nie daje zamawiającym uprawnienia do wyznaczenia czasu i miejsca zawarcia umowy o zamówienie. Jednocześnie powszechną praktyką jest wyznaczanie przez zamawiających czasu i miejsca zawarcia umowy o zamówienie publiczne, jednak najczęściej dzieje się to w porozumieniu z wykonawcą. Nawet jeśli przyjąć, iż zamawiający mają prawo do wyznaczenia terminu zawarcia umowy, to świadomie wyznaczenie terminu zawarcia umowy, który jest nieakceptowalny przez wykonawcę nie korzysta z ochrony, jako że jest sprzeczne z przeznaczeniem tego prawa i zasadami współżycia społecznego. Celem postępowania jest bowiem zawarcie umowy i zrealizowanie zamówienia a wszelkie działania zamawiającego, które utrudniają zawarcie umowy naruszają pzp, co najmniej w zakresie art. 16 ustawy Pzp.

W niniejszej sprawie, wyznaczenie terminu zawarcia umowy przed wykonaniem przyjętych przez zamawiającego zobowiązań jest działaniem co najmniej niespodziewanym i naruszającym zasady prowadzenia postępowania. Takie swoiste zaskakiwanie odwołującego nie daje się pogodzić przede wszystkim z zasadą przejrzystości i proporcjonalności. Termin wyznaczony przez zamawiającego na zawarcie umowy to 22 października. Wezwanie umieszczono na portalu późnym popołudniem 19 października. Zamawiający nie wysłał tak istotnego dokumentu na adresy kontaktowe podane w ofercie, nie wskazał też godziny zawarcia umowy, choć wskazał miejsce zawarcia (w swojej siedzibie). Tego rodzaju działania nie potwierdzają woli zawarcia umowy z odwołującym i stanowią przykład utrudniania zawarcia umowy.

Jak już wskazano, zamawiający i odwołujący ustalili w dniu 14 października br., że będą wykonane konkretne czynności, a zatem do czasu wykonania tych czynności odwołujący mógł zasadnie przypuszczać, iż zamawiający nie wyznaczy terminu na zawarcie umowy. Dla odwołującego kluczowe były: wezwanie przez zamawiającego do złożenia oświadczenia o przedłużeniu okresu związania ofertą, oświadczenie zamawiającego czy uznaje, iż pełnomocnictwo (...) (który podpisał ofertę, prowadził z zamawiającym korespondencję etc.) jest wystarczające do zawarcia umowy, wyjaśnienia zamawiającego, co do opisu przedmiotu zamówienia.

Żadna z ww. wymienionych czynności nie została wykonana przez zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że nie odmówił zawarcia umowy, ale jej zawarcie doznało przeszkód ze strony zamawiającego. Jeżeli zamawiający doszedł do wniosku, iż przyjmując na siebie powyższe zobowiązania w dniu 14 października 2021 r. np. działał pod wpływem błędu to aby uchylić się od konsekwencji tych zobowiązań winien złożyć oświadczenie o uchyleniu się

od ich skutków prawnych zgodnie z dyspozycją art. 88 kc, który ma tu zastosowanie ze względu na brzmienie art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Oświadczenie takie nie zostało złożone.

W niniejszej sprawie działania zamawiającego uniemożliwiły wniesienie ZNW i uniemożliwiły zawarcie umowy. Brak złożenia zabezpieczenia wynikał z faktu oczekiwania odwołującego na czynności zamawiającego, do których to czynności zamawiający się zobowiązał. Tym samym, działanie zamawiającego, jako sprzeczne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa [tj. prawa do zatrzymania wadium] i z zasadami współżycia społecznego nie może być uznane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony - zgodnie z dyspozycją art. 5 kc w zw. art. 8 ustawy Pzp - w konsekwencji zamawiający winien zwrócić zatrzymane wadium. Całą sytuację można ocenić, jako uchylanie się zamawiającego od zwrócenia umowy z odwołującym.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wskazał, iż zgodnie z art. 98 ust. 6 pkt 2 lit. b i pkt 3 ustawy Pzp zamawiający zatrzymuje wadium w przypadku, gdy wykonawca którego oferta została wybrana nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy i zaszły okoliczności, leżące po stronie wykonawcy uniemożliwiające zawarcie umowy.

W przedmiotowym stanie faktycznym wbrew twierdzeniom odwołującego zaszły okoliczności faktyczne, na mocy których zamawiający był uprawniony do zatrzymania wadium. Odwołujący jest wykonawcą, którego oferta została wybrana, jako oferta najkorzystniejsza 26 sierpnia 2021 r., w dniu 31 sierpnia 2021 r. wykonawca został poproszony o podanie wszystkich niezbędnych informacji umożliwiających przygotowanie umowy do podpisu w tym w szczególności dane dotyczące personelu kluczowego, czy też do wskazania formy zabezpieczenia należytego wykonania umowy (dowód: mail z dnia 31 sierpnia 2021 r. (w aktach postępowania) - na okoliczność wezwania do przedstawienia informacji umożliwiających przygotowanie umowy do podpisu, w tym do wskazania formy zabezpieczenia).

W dniu 6 września 2021 r. odwołujący wniósł odwołanie na zaniechanie zamawiającego, polegające na nie odrzuceniu oferty kolejnego w rankingu wykonawcy, tj. Geotic sp. z o.o. W dniu 28 września 2021 r. Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem o sygn. KIO 2647/21 oddaliła w całości odwołanie.

W dniu 29 września 2021 r., w związku z zakończeniem postępowania odwoławczego, zamawiający ponownie zwrócił się do odwołującego z prośbą o podanie niezbędnych danych, ze szczególnym uwzględnieniem informacji dotyczącej zabezpieczenia należytego wykonania. W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie przedstawiciel odwołującego Pan P. G. odpowiedział, że przesłane materiały zostały przekazane odpowiednim komórkom

organizacyjnym i wykonawca oczekuje na uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej (dowód: mail z dnia 29 września 2021 r. (w aktach postępowania)).

Dodatkowo zamawiający wskazał, iż w dniu 1 października 2021 r. odwołujący wystosował do zamawiającego prośbę o spotkanie w celu wyjaśnienia wątpliwości dotyczących treści specyfikacji warunków zamówienia i umowy. W dniu 4 października 2021 r. zamawiający (w imieniu którego działał pracownik Biura Zamówień) wskazał, że nie ma żadnego uzasadnienia, aby spotykać się osobiście wskazując, aby wykonawca przedstawił dane, o które był już poproszony, w tym pełnomocnictwo dla osoby, podpisującej umowę oraz przesłanie projektu gwarancji (jeśli zabezpieczenie miało być wniesione w takiej formie) (dowód: mail z dnia 1 października 2021 r. i z dnia 4 października 2021 r. (w aktach postępowania)).

W dniu 6 października 2021 r., zamawiający ponownie wystosował zapytanie kiedy zostaną przekazane niezbędne dane umożliwiające zawarcie umowy, na które wykonawca odpowiedział w dniu 6 października 2021 r., ponawiając prośbę o spotkanie w celu wyjaśnienia wymagań technicznych, z uwagi na fakt, iż dział techniczny wykonawcy chciał potwierdzić rozumienie poszczególnych wymagań. Jednocześnie odwołujący wskazał, że zabezpieczenie należytego wykonania zostanie wniesione w formie gwarancji bankowej i już oczekują na stosowny dokument z banku. Oznacza to, wbrew twierdzeniom podniesionym w odwołaniu, że odwołujący przed dniem 6 października 2021 r., podjął stosowne czynności związane z pozyskaniem gwarancji bankowej - przy czym do zamawiającego nigdy nie trafił nawet projekt gwarancji.

Zgodnie z postanowieniami SWZ, wykonawca zamierzając ustanowić, jako zabezpieczenie należytego wykonania umowy gwarancję bankową lub ubezpieczeniową, zobowiązany był do przedłożenia jej projekt do akceptacji zamawiającego (dowód: mail z dnia 6 października 2021 r. (w aktach postępowania)).

Z uwagi na fakt, iż odwołujący pomimo deklaracji nie przedłożył zamawiającemu żadnego dokumentu gwarancji, zamawiający w dniu 11 października 2021 r. kolejny raz zwrócił się z prośbą o jego przekazanie. Z uwagi na brak reakcji ze strony wykonawcy, zamawiający w dniu 19 października wystosował oficjalne wezwanie do zawarcia umowy na dzień 22 października 2021 r. i przedłożenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy zamieszczając wezwanie na platformie zakupowej, będącej oficjalną ścieżką komunikacji z wykonawcą, zgodnie z postanowieniami specyfikacji warunków zamówienia (dowód: mail z dnia 11 października 2021 r., wezwanie z dnia 19 października 2021 r. zamieszczone na platformie zakupowej zamawiającego (w aktach postępowania)).

W dniu 20 października 2021 r., odwołujący złożył pismo wskazując, że wyznaczony przez zamawiającego dzień na zawarcie umowy i przedstawienie wszystkich niezbędnych informacji i dokumentów niezbędnych do zawarcia umowy jest dla niego nierealny

i wnioskuje o jego zmianę, na co zamawiający się przychylił wyznaczając nowy termin na dzień 28 października 2021 r. W dniu 22 października 2021 r. wykonawca złożył odwołanie (sygn. sprawy KIO 3126/21) na czynność zamawiającego polegającą na wezwaniu do zawarcia umowy na dzień 22 października 2021 r., pomimo, że zamawiający przychylił się do wniosku odwołującego o wydłużenie pierwotnie wyznaczonego terminu na zawarcie umowy, wyznaczając go ostatecznie na dzień 28 października 2021 r. (dowód: wniosek wykonawcy z dnia 20 października 2021 r. i stanowisko zamawiającego z dnia 22 października 2021 r. (w aktach postępowania)).

Jednocześnie zamawiający wskazał, iż odwołujący związany był ofertą zabezpieczoną wadium do dnia 30 października 2021 r.

Mając powyższe okoliczności na uwadze zamawiający w dniu 26 października 2021 r. wystąpił do Krajowej Izby Odwoławczej z wnioskiem o uchylenie zakazu zawarcia umowy na podstawie art. 578 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, na mocy którego Izba uchyliła zakaz wydając postanowienie z dnia 28 października 2021 r. o sygn. KIO/W 92/21.

Co istotne, w dniu 28 października 2021 r., zamawiający wystosował do odwołującego pismo wskazując w nim, że termin przez niego wyznaczony jest terminem ostatecznym i oczekuje na stawiennictwo celem zawarcia umowy, lub przesłania podpisanej umowy wraz z przedłożeniem dokumentu potwierdzającego wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Ze strony odwołującego podpisana umowa nie wpłynęła, do tego dnia odwołujący nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy, stąd też w dniu 29 października 2021 r. zamawiający zatrzymał odwołującemu wadium, podając jako podstawę:

- wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
- zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, którego oferta została wybrana.

(dowód: Informacja z dnia 29 października 2021 r. o zatrzymaniu wadium (w aktach postępowania)).

Zamawiający wskazał, iż w przedmiotowym stanie faktycznym zaskarżona przez odwołującego czynność od samego początku była bezprzedmiotowa, bowiem zamawiający przychylił się do wniosku i zmienił termin zawarcia umowy, wyznaczając go ostatecznie na dzień 28 października 2021 r. Odwołujący nie zaskarżył dnia 28 października 2021 r. na zawarcie umowy jako terminu nierealnego, ani też nie złożył do zamawiającego wniosku o zmianę przedmiotowego terminu. W ocenie zamawiającego od samego początku jedyną intencją na złożenie przedmiotowego odwołania była chęć „zablokowania” przez odwołującego możliwości zawarcia przez zamawiającego umowy na podstawie art. 577 ustawy Pzp, chcąc doprowadzić do upływu terminu związania z ofertą, uzależniając zawarcie umowy wyłącznie od własnej decyzji, nie będąc do tego zobligowanym terminem związania

ofertą. Takie działanie, w ocenie zamawiającego, w przedmiotowym postępowaniu stanowiło nadużycie jego prawa podmiotowego i naruszenie art. 5 kodeksu cywilnego (wbrew temu, co twierdzi odwołujący w odwołaniu) i jako takie nie powinno korzystać z ochrony. Zgodnie bowiem z art. 5 kodeksu cywilnego nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycia społecznego. Wykonywanie prawa podmiotowego w sposób sprzeczny z tymi kryteriami jest bezprawne i z tego względu nie powinno korzystać z ochrony jurysdykcyjnej. Z niezrozumiałych dla zamawiającego powodów odwołujący wykorzystując instytucję odwołania skutecznie próbował blokować zawarcie z nim umowy w terminie związania ofertą, najpierw zarzucając zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty kolejnego w rankingu wykonawcy, a później kwestionując termin zawarcia umowy. W ocenie zamawiającego żadne okoliczności leżące po stronie zamawiającego nie stały na przeszkodzie, aby zawrzeć z odwołującym umowę zgodnie z jego deklaracją. Zamawiający żadnym swoim działaniem nie dał odwołującemu do zrozumienia, że nie jest zainteresowany zawarciem z nim umowy, wręcz przeciwnie wszystkie jego działania zmierzały do tego, aby umowa z wykonawcą mogła zostać skutecznie zawarta, stąd też zarzut, że to zamawiający uchylał się od zawarcia umowy jest w sposób oczywisty bezzasadny i nieprawdziwy.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu wyznaczenie nierealnego terminu na wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy pomijając przy tym istotną okoliczność, że pierwsze wezwania ze strony zamawiającego do przedłożenia dokumentu odbywały się jeszcze w sierpniu tego roku - co oznacza, że odwołujący miał prawie 2 miesiące na zorganizowanie zabezpieczenia należytego wykonania umowy i przedłożenie wszystkich niezbędnych informacji, o które był proszony, umożliwiające przygotowanie umowy i przedłożenie jej do podpisu. A co najważniejsze nie przedłożył zamawiającemu nawet projektu dokumentu - co stoi w oczywistej jawnej sprzeczności z podnoszonymi twierdzeniami w odwołaniu o konieczności współpracy ze strony zamawiającego, nie ma bowiem możliwości współpracy, jeśli ktoś od tej współpracy skutecznie się uchyla i nie podejmuje działań ją inicjujących. Odwołujący próbuje w odwołaniu wykreować tezę, iż przedłożenie zabezpieczenia należytego wykonania umowy jest dobrą wolą wykonawcy, a nie jego obowiązkiem. Odwołujący próbuje przekonać, że blisko 2 miesięczny okres jest zbyt krótki, aby skutecznie ustanowić zabezpieczenia w postaci gwarancji należytego wykonania umowy, co biorąc pod uwagę doświadczenie zamawiającego w innych postępowaniach, jak również jego własne doświadczenia jako wykonawcy jest to oczywistą nieprawdą. Zamawiający pomija już fakt, że jeśli odwołujący miał trudności w uzyskaniu gwarancji bankowej nic nie stało na przeszkodzie, aby wnieść zabezpieczenie w innej formie. Niemożność uzyskania zabezpieczenia w formie preferowanej przez wykonawcę nie daje mu prawa do wstrzymywania podejmowania przez zamawiającego określonych czynności czy

wręcz zarzucania zamawiającemu podejmowanie określonych działań. Brak skuteczności działania w tym zakresie obciąża tylko i wyłącznie odwołującego. Jak słusznie zauważył odwołujący, forma zabezpieczenia jest uprawnieniem wykonawcy, ale wniesienie zabezpieczenia w przypadku, gdy jego ustanowienie zostało przewidziane w postanowieniach SWZ, jest już obowiązkiem wykonawcy.

Mając powyższe okoliczności na uwadze należy wskazać, iż bezsprzeczną okolicznością jest, iż odwołujący nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy przed wyznaczonym przez zamawiającego terminem zawarcia umowy, nie uzupełnił wszystkich informacji niezbędnych do zawarcia umowy, o które zamawiający wnioskował w związku z czym niemożliwe stało się zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego z przyczyn leżących po stronie odwołującego. Zamawiający wskazał, że niemożliwość zawarcia umowy należy odnosić do konkretnego stanu faktycznego, a nie dokonywać jej *in abstracto*. W ocenie zamawiającego fakt, iż ustawa nie zabrania zawarcia umowy po upływie terminu związania ofertą, jeśli wykonawca wyrazi na to zgodę, nie ma żadnego znaczenia, biorąc pod uwagę fakt, iż w przedmiotowym stanie, termin ten został wyznaczony na dzień 28 października i nie został dochowany przez odwołującego. Sama okoliczność, że zgodnie z ustawą istniała możliwość zawarcia umowy po 30 października 2021 r., nie oznacza, iż ustawa kreuje po stronie zamawiającego obowiązek świadomego i celowego wyznaczenia terminu po tej dacie, tylko po to, aby wykonawca według swojej decyzji mógł odmówić jej zawarcia bez żadnych konsekwencji. Należy podkreślić, że jeśli wykonawca zdecydował się złożyć ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, to zobowiązany jest w terminie jej obowiązywania zawrzeć z zamawiającym umowę, a nie podejmować czynności, które mają temu zapobiec, albo skutecznie odwlec w czasie.

Odnosząc się do twierdzeń odwołującego, że nie zawarł umowy, ponieważ zamawiający nie wyjaśnił jego wątpliwości co do treści SWZ, pomimo, że był w przeświadczeniu, że zamawiający takich wyjaśnień mu udzieli ciężko uznać je za zrozumiałe. Po pierwsze zamawiający pomija już fakt, że wszelkie wątpliwości co do treści SWZ, czy też treści przyszłego zobowiązania należało skutecznie ustalić na etapie przed złożeniem oferty. Okoliczność, że odwołujący złożył ofertę pomimo, iż posiadał istotne wątpliwości, co do treści jego zobowiązania i tego jaki system powinien dostarczyć zamawiającemu jest okolicznością, która obciąża odwołującego nie zamawiającego, a chęć wyjaśnienia wątpliwych dla odwołującego treści nie może być przesłanką wstrzymującą zamawiającego z podpisaniem umowy, czy wręcz jak próbuje wskazać odwołujący okolicznością uniemożliwiającą zamawiającemu wyznaczenie terminu zawarcia umowy. Gdyby przyjęć taką interpretację każdy wykonawca, którego oferta została wybrana, jako najkorzystniejsza mógłby skutecznie uniemożliwić zamawiającemu zawarcie umowy zasypując go pismami, w których żądałby wyjaśniania każdej wątpliwości. Interpretacja prezentowana przez

odwołującego prowadzi w sposób oczywisty do wypaczenia celu ustawy Pzp w zakresie terminu związania ofertą i instrumentu jakim jest wadium. Po drugie należy wskazać, iż zamawiający jednoznacznie wskazał, że na tym etapie postępowania nie widzi konieczności spotykania się z odwołującym, wystarczające jest podanie przez niego niezbędnych informacji celem przygotowania umowy do podpisu. W tym miejscu należy wskazać, iż osoby merytoryczne, odpowiedzialne za realizację umowy wyszły naprzeciw oczekiwaniom wykonawcy faktycznie organizując takie spotkanie w dniu 14 października 2021 r., treść tego spotkania została utrwalona. Spotkanie odbyło się wyłącznie z udziałem osób merytorycznych bez udziału prawnika ze strony zamawiającego (nie uczestniczył w nim również kierownik zamawiającego), nie mniej jednak przedstawiciele zamawiającego od samego początku wskazywali, iż na tym etapie postępowania nie widzą możliwości dokonywania ustaleń ani zmian dotyczących wymagań funkcjonalnych, w tym celu zgodnie z umową został przewidziany etap analizy przedwdrożeniowej i wszelkie uszczegółowienia wynikające z dostarczanego systemu, zgodnie z SWZ zostaną podjęte po zawarciu umowy. Odwołujący wskazywał, że dokonał już stosownej analizy, a pełnomocnik reprezentujący odwołującego utwierdzał przedstawicieli zamawiającego, że ustawa Pzp dopuszcza dokonywanie modyfikacji, w związku z czym w jego ocenie jednocześnie z zawarciem umowy należy zawrzeć stosowny aneks, albo ewentualnie porozumienie interpretacyjne. Co istotne przedstawiciele zamawiającego jednoznacznie podkreślali, że na tyle na ile znają system odwołującego w ich ocenie spełnia wszystkie obligatoryjne wymagania funkcjonalne opisane w SWZ, natomiast szczegóły działania poszczególnych funkcjonalności zostaną określone po zawarciu umowy. Jednocześnie zamawiający podkreślił, że istotna jest dla niego realizacja wymagań funkcjonalnych, a nie konkretny sposób ich realizacji. Z uwagi na fakt, iż odwołujący upierał się, że przedstawi swoje stanowisko w tym zakresie, zamawiający wskazał, że jeśli odwołujący widzi taką potrzebę to oczywiście niech przekaże takie stanowisko, nie mniej jednak zamawiający nie gwarantuje jakie będzie jego stanowisko w tym zakresie. Biorąc pod uwagę harmonogram czasowy, Strony uzgodniły, że odwołujący przekaże stanowisko do dnia 20 października 2021 r., nie mniej jednak odwołujący w tym terminie nie przedstawił listy zagadnień dla niego wątpliwych, wskazując, iż przedstawi swoje stanowisko w dniu 25 października 2021 r. W odpowiedzi w dniu 20 października 2021 r. zamawiający nie wyraził zgody, wskazując, że odwołujący miał możliwość wyjaśnienia wszystkich wątpliwości na etapie przed złożeniem oferty, a z uwagi na przyjęty harmonogram zamawiający nie może pozwolić sobie na dalszą zwłokę w tym zakresie.

W ocenie zamawiającego mając na uwadze sekwencję zdarzeń w przedmiotowym postępowaniu działania wykonawcy zmierzały do wymuszenia na zamawiającym dostosowanie dokumentacji technicznej do wymagań korzystnych dla wykonawcy

i jednocześnie do uniemożliwienia zamawiającemu zawarcia umowy w terminie związania ofertą.

Odnosząc się do zarzutu odwołującego o rzekomym braku wezwania odwołującego do przedłużenia terminu związania ofertą po wyborze jego oferty, należy wskazać, iż zgodnie z art. 220 ust. 3 ustawy Pzp, uprawnia zamawiającego do wezwania wykonawcy do przedłużenia terminu związania ofertą, ale tylko jeśli wybór nie nastąpił w terminie związania ofertą. Co w przedmiotowym stanie faktycznym oczywiście nie miało miejsca bowiem wybór najkorzystniejszej oferty nastąpił w dniu 26 sierpnia 2021 r. i nie został on unieważniony. Oznacza to, że właśnie, gdyby zamawiający postąpił zgodnie z tym czego oczekuje od niego odwołujący w odwołaniu, dopuściłby się naruszenia ustawy Pzp.

Podnoszony przez odwołującego rzekomy brak wyjaśnienia wątpliwości w zakresie pełnomocnictwa jest oczywiście bezprzedmiotowy w kontekście maila Pana P. G. z dnia 6 października 2021 r., który wskazał, że umowę będą podpisywały osoby ujawnione w KRS, a w razie zmiany decyzji zostanie dostarczone do zamawiającego stosowne pełnomocnictwo do zawarcia umowy. Stąd też podnoszone przez pełnomocnika odwołującego twierdzenia są w całości chybione i niezrozumiałe. Co więcej należy podkreślić, iż analiza załączonego do oferty pełnomocnictwa Pana P. G. prowadzi do jednoznacznego stanowiska, iż osoba ta nie była uprawniona do zawarcia umowy i bez względu czy wątpliwości zamawiającego zostałyby zwerbalizowane czy też nie, Pan P. G. na mocy przedmiotowego pełnomocnictwa nie był uprawniony do zawarcia umowy.

Odnosząc się do zarzutu wadliwej jednostki redakcyjnej w piśmie informującym o zatrzymaniu wadium zamawiający wskazał, iż faktycznie wkradła się oczywista omyłka pisarska i zamiast art. 98 ust. 6 pkt 2 lit. b i pkt 3 ustawy Pzp wskazał art. 98 ust. 2 lit. b i ust. 3 ustawy Pzp, nie mniej jednak w samym piśmie zamawiający zacytował podstawy zatrzymania wadium jednoznacznie wskazując podstawy działania zamawiającego w sposób czytelny i umożliwiający precyzyjne odniesienie do konkretnej podstawy prawnej przez odwołującego. Sam fakt powołania błędnej jednostki redakcyjnej nie oznacza, iż nie istniała przesłanka do zatrzymania wadium na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 2 lit. b i pkt 3 ustawy Pzp. Co więcej, zamawiający w przedmiotowym stanie faktycznym dochował należytej staranności i daleko idącego zrozumienia dla odwołującego, nie mniej jednak postępowanie o udzielenie zamówienia jest postępowaniem, które nie tylko zamawiających obciąża określonym sposobem działania, ale również i wykonawców, czego odwołujący zdaje się nie dostrzegać.

Z analizy przedmiotowego stanu faktycznego nie można zarzucić zamawiającemu zachowania, które można by było ocenić jako działanie na niekorzyść wykonawcy, albo celowe utrudnienie, czy wręcz uniemożliwienie mu dokonania zawarcia umowy. Ocena stanu faktycznego przy uwzględnieniu doświadczenia życiowego oraz zasad logiki prowadzi

jednoznacznie do wniosku, że wykonawca miał wystarczająco dużo czasu, aby przygotować niezbędne formalności, umożliwiające zawarcie umowy - w szczególności do zorganizowania gwarancji bankowej (na którą sam wykonawca wskazywał już w mailu z dnia 6 października i nie informując jednocześnie zamawiającego o jakichkolwiek problemach w tym zakresie).

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Zgodnie z przepisem art. 98 ust. 6 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp, 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 wykonawca, którego oferta została wybrana nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Art. 98 ust. 6 pkt 3) ustawy Pzp stanowi, iż 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 zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, którego oferta została wybrana.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, stan faktyczny każdej sprawy, w której zamawiający decyduje się na zatrzymanie wadium wykonawcy, musi podlegać indywidualnej ocenie, opartej o ustalone w sprawie, dedykowane temu postępowaniu, okoliczności.

Tym samym, aby prawidłowo zrekonstruować stan faktyczny przedmiotowej sprawy, należy odnieść się do czynności faktycznych, jakie w ramach tego zamówienia były podejmowane przez zamawiającego oraz odwołującego.

Okolicznością bezsporną w sprawie jest, że oferta odwołującego została uznana za najkorzystniejszą, o czym odwołujący dowiedział się z informacji zamawiającego, przesłanej w dniu 26 sierpnia 2021 roku. Oznacza to, że już od tej daty odwołujący był świadomy, że zamawiający będzie chciał zawrzeć z nim umowę, co potwierdził zamawiający pismem z dnia 31 sierpnia 2021 roku, wzywając odwołującego o podanie wszystkich danych niezbędnych do podpisania umowy z jednoczesnym podaniem formy zabezpieczenia należytego wykonania umowy. W międzyczasie odwołujący wniósł odwołanie, które jednakże pozostaje irrelevantne z punktu widzenia czynności zmierzających do zawarcia umowy.

Dnia 29 września 2021 roku, zamawiający ponownie zwrócił się do odwołującego z wnioskiem o podanie informacji wskazanych przy piśmie z dnia 31 sierpnia 2021 r.

Odwołujący nie wypełnił żądania zamawiającego, wystosowując w dniu 1 października 2021 roku, pismo do zamawiającego z wnioskiem o spotkanie celem wyjaśnienia wątpliwości dotyczących treści SWZ. Zamawiający dnia 4 października 2021 roku, wskazał, że nie ma podstaw do takiego spotkania. Następczo w dniach 6 i 11 października 2021 roku, zamawiający kolejny raz wzywał odwołującego do złożenia dokumentów do podpisania umowy. W dniu 6 października odwołujący ponowił prośbę o spotkanie oraz oświadczył, iż zabezpieczenie należytego wykonania umowy zostanie wniesione w formie gwarancji bankowej i cyt. „już oczekują na stosowny dokument”.

W dniu 14 października odbyło się spotkanie on-line przedstawicieli zamawiającego i odwołującego, w wyniku którego, zamawiający korespondencją e-mail z tego samego dnia zwrócił się do odwołującego o przygotowanie i przesłanie w terminie do 20 października listy wymagań OPZ, które budzą wątpliwości odwołującego, przypominając jednocześnie o obowiązku złożenia draftu gwarancji bankowej.

19 października br. odwołujący skierował pismo do zamawiającego, w którym oświadczył, że nie jest w stanie sporządzić ww. listy do 20 października, zakreślając termin jej przesłania do 25 października br.

Zamawiający w dniu 20 października br. odpowiedział odwołującemu, że uzgodniony termin był ustalony przez strony i wiążący i nie ma potrzeby jego wydłużania, dlatego też zamawiający wezwał odwołującego (zgodnie z pismem z dnia 19 października) do podpisania umowy.

20 października 2021 roku, odwołujący odpowiedział na wezwanie do zawarcia umowy oświadczając, iż nie uchyla się od zawarcia umowy i nie odmawia jej zawarcia, nie uchyla się od wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, jednocześnie przekazując zamawiającemu niektóre informacje niezbędne do podpisania umowy.

Izba wskazuje, że odwołujący nie przekazał zamawiającemu wykazu kluczowego personelu, wykazu cen i kosztów, oświadczenia o przetwarzaniu danych osobowych oraz projektu (draftu) gwarancji zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej wszystkie czynności wykonywane przez odwołującego miały *de facto* charakter pozorny. Z faktycznych czynności podejmowanych przez odwołującego nie sposób wywieść chęci zawarcia umowy z zamawiającym, mimo składanych przez odwołującego deklaracji. Świadczy o tym korespondencja odwołującego, za którą nie podążały odpowiednie czynności.

Wskazać należy, iż odwołujący od chwili wyboru oferty najkorzystniejszej (jego oferty) w postępowaniu miał obowiązek przygotowania się do podpisania umowy. Wszelkiego rodzaju wątpliwości, na które powoływał się odwołujący, a które rzekomo wynikały ze spotkania z 14 października, nie mogą mieć wpływu na ocenę prawidłowości czynności podejmowanych przez zamawiającego. OPZ i SWZ w postępowaniu stanowiły podstawę do wyceny i złożenia oferty, tak więc podnoszenie jakichkolwiek wątpliwości do ich treści na tym etapie postępowania musiało zostać uznane za niedopuszczalne. Dlatego też zasadne było stanowisko zamawiającego o braku przeciwwskazań do podpisania umowy.

Podnoszone przez odwołującego argumenty, iż proces pozyskiwania gwarancji bankowej jest procesem długotrwałym (ok. 7-10 dni) uznać należało za niezasadne, gdyż już w dniu 6 października 2021 roku, odwołujący wskazał, że oczekuje na stosowny dokument z banku, co oznacza, że proces pozyskiwania rzeczonyj gwarancji był w toku. Z ostrożności przyjmując, że nawet jeżeli odwołujący o taki dokument do banku nie wystąpił (co przeczy oświadczeniu odwołującego z 6 października), to licząc termin od 20 października do 28 października br., odwołujący miał dość czasu aby taki dokument pozyskać.

Stąd też wezwanie zamawiającego do podpisania umowy na dzień 22 października ostatecznie wydłużone na dzień 28 października 2021 r., było wiążące. Skoro zatem odwołujący do dnia wskazanego przez zamawiającego nie złożył stosownych dokumentów, wymaganych przez zamawiającego, w szczególności nie przedłożył gwarancji bankowej mającej stanowić zabezpieczenie należytego wykonania umowy, zamawiający miał pełne prawo do zatrzymania odwołującemu wadium na podstawie przepisu art. 98 ust. 6 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (odwołującego), czym wypełniła się

również przesłanka do zatrzymania wadium określona przepisem art. 96 ust. 6 pkt 3 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 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: