

Sygn. akt: KIO/KD 2/25

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

Warszawa, dnia 13 lutego 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodnicząca: Beata Pakulska-Banach

Katarzyna Paprocka

Aleksandra Patyk

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 15 stycznia 2025 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Akademicki Związek Sportowy z siedzibą w Warszawie, dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 30 grudnia 2024 r. (znak: KND/10/24/DKZP), przeprowadzonej na podstawie art. 603 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2024 r. poz. 1320), dalej jako: „ustawa Pzp” w przedmiocie zamówienia na: *„Dostawę sprzętu strzeleckiego opartego na technologii laserowej w ramach realizacji zadania Program Upowszechniania Strzelectwa na lata 2023-2025”*

wyraża następującą opinię:

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

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej jako: „Prezes Urzędu” lub „Kontrolujący”) przeprowadził kontrolę doraźną zamówienia na: *„Dostawę sprzętu strzeleckiego opartego na technologii laserowej w ramach realizacji zadania Program Upowszechniania Strzelectwa na lata 2023-2025”*.

W wyniku kontroli Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przez Akademicki Związek Sportowy (dalej jako: „Zamawiający”) przepisów: art. 455 ust. 1 pkt 1 oraz art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 454 ust. 1 i 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zawarcie w dniu 20 października 2024 r., mimo braku podstaw prawnych, aneksu nr 1 do Umowy, w drodze którego został wydłużony do dnia 30 listopada 2023 r. termin realizacji zamówienia, stanowiący w postępowaniu o udzielenie zamówienia jedno z kryteriów oceny ofert.

W uzasadnieniu Prezes Urzędu podał, że Zamawiający prowadził – w trybie przetargu nieograniczonego - postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *„Dostawa sprzętu strzeleckiego opartego na technologii laserowej w ramach realizacji zadania Program Upowszechniania Strzelectwa na lata 2023-2025.”*. Zgodnie z rozdziałem IV pkt 21 SWZ (Tryb oceny ofert i kryteria oceny ofert), kryteria oceny ofert stanowiły:

1. Cena oferty brutto – 60 pkt = 60%
2. Termin dostawy – 40 pkt = 40%

Zgodnie zaś z dalszymi postanowieniami tego rozdziału SWZ, ocena ofert w kryterium „Termin dostawy” (T) miała zostać przeprowadzona na podstawie wskazanego w ofercie terminu realizacji dostawy w następujący sposób:

21.3.8. za zrealizowanie zamówienia w terminie od 26 dni do 30 dni od daty zawarcia umowy – 0 pkt. (0%)

21.3.9. za zrealizowanie zamówienia w terminie od 21 dni do 25 dni od daty zawarcia umowy – 20 pkt. (20 %)

21.3.10. za zrealizowanie zamówienia w terminie do 20 dni od daty zawarcia umowy – 40 pkt. (40%).

Natomiast zgodnie z § 12 ust. 2 projektowanych postanowień umowy (część V SWZ):

2. Zamawiający przewiduje możliwość zmiany terminu realizacji Umowy, o którym mowa w § 2 ust. 2 Umowy, w przypadku wystąpienia niżej wymienionych okoliczności, o czas niezbędny do zakończenia wykonywania jej przedmiotu w sposób należyty, nie dłużej jednak niż o okres trwania tych okoliczności lub ich skutków:

1) wystąpienia siły wyższej i innych zdarzeń nadzwyczajnych; Siła wyższa rozumiana jest jako zdarzenie o charakterze przypadkowym, nie możliwe do przewidzenia w momencie zawierania niniejszej Umowy i nie do uniknięcia, nad którym człowiek nie panuje. Zdarzeniami siły wyższej są w szczególności: wojny oraz inne działania zbrojne, inwazyjne, działania terrorystyczne, mobilizacje lub embarga, promieniowanie radioaktywne lub skażenie przez radioaktywność od paliwa jądrowego lub odpadów jądrowych, ze spalania paliwa jądrowego, radioaktywnych toksycznych materiałów wybuchowych oraz innych niebezpiecznych właściwości wszelkich wybuchowych zespołów nuklearnych składników, rebelia, rewolucja, powstanie, przewrót

wojskowy lub cywilny, lub wojna domowa, trzęsienie ziemi, powódź, pożar lub inne klęski żywiołowe;

2) zmiany przepisów prawa lub regulacji wewnętrznych Zamawiającego istotnych dla terminu realizacji przedmiotu Umowy (w tym także – aktualizacji norm wynikających z Umowy, ogłoszenia nowych norm związanych z przedmiotem Umowy, w zakresie wynikającym z wprowadzonych zmian);

3) opóźnienia organów administracji publicznej w wydaniu decyzji administracyjnych, uzgodnień, ekspertyz lub innych aktów administracyjnych niezbędnych do wykonania przedmiotu Umowy, pomimo spełnienia przez Wykonawcę warunków ich uzyskania, w tym przede wszystkim złożenia przez Wykonawcę prawidłowego i kompletnego wniosku o ich wydanie,

4) wystąpienia osób trzecich z roszczeniami lub ujawnienia się roszczeń osób trzecich, które uniemożliwiają dalsze wykonanie przedmiotu Umowy,

5) wszczęcia przez jakikolwiek podmiot postępowania sądowego lub administracyjnego uniemożliwiającego wykonanie przedmiotu Umowy przez Wykonawcę, w szczególności wstrzymujące możliwość uzyskania odpowiednich decyzji administracyjnych, uzgodnień, zezwoleń, ekspertyz lub innych aktów administracyjnych niezbędnych do wykonania przedmiotu Umowy,

6) zmiany opisu przedmiotu Umowy lub innych obowiązków Wykonawcy w trakcie realizacji Umowy, co nastąpiło na podstawie postanowień Umowy lub dopuszczalnej na podstawie przepisów Ustawy.

Zgodnie z § 12 ust. 7 pkt 1 – 3 umowy:

7. W związku z zaistnieniem okoliczności wskazanej w ust. 2 – 4:

1) Strona wnioskująca o dokonanie zmiany ma obowiązek niezwłocznie zawiadomić drugą Stronę o ewentualnej potrzebie dokonania zmiany Umowy.

2) Strona wnioskująca o dokonanie zmiany składa pisemny wniosek dotyczący proponowanych zmian Umowy wraz z wyczerpującymi wyjaśnieniami okoliczności, które są podstawą ich wprowadzenia wraz z ich udowodnieniem. Wniosek powinien zawierać co najmniej:

a) dokładny zakres proponowanych zmian;

b) opis okoliczności faktycznych uprawniających do dokonania zmiany;

c) podstawę dokonania zmiany (to jest podstawę prawną wynikającą z przepisów ustawy PZP lub postanowień umowy);

d) uzasadnienie prawne;

e) informacje i dowody potwierdzające, że zostały spełnione okoliczności uzasadniające dokonanie zmiany Umowy,

f) ewentualne koszty związane ze zmianą, przewidywany wpływ wykonania dokonanej zmiany na wynagrodzenie, o którym mowa w § 6 ust. 1 Umowy;

g) czas potrzebny dla wykonania zmiany oraz jego wpływ na ustalony termin realizacji przedmiotu Umowy.

3) Dowodami, o których mowa w pkt 2 lit. e) powyżej, są wszelkie dokumenty, które uzasadniają dokonanie proponowanej zmiany, w tym w szczególności:

b) w odniesieniu do zmiany terminu wykonania Umowy lub poszczególnych świadczeń:

– wniosek o wydanie orzeczenia, decyzji, opinii, dokonanie uzgodnień itp., wraz z orzeczeniem, decyzją organu lub urzędową notatką służbową, lub innym dokumentem określającym szczególne wymagania dotyczące realizacji umowy, które potwierdzają wystąpienie opóźnienia,

– dokument potwierdzający istnienie lub zgłoszenie roszczeń osób trzecich wpływających na termin realizacji Umowy lub poszczególnych świadczeń,

– orzeczenie sądu powszechnego lub administracyjnego, a także decyzja organu administracji publicznej skutkujące wstrzymaniem realizacji Umowy lub poszczególnych świadczeń,

– dokument potwierdzający wystąpienie opóźnień w realizacji innych przedsięwzięć, które wpływają na termin realizacji Umowy lub poszczególnych świadczeń,

– dokument potwierdzający wystąpienie okoliczności, których Strony nie mogły przewidzieć przed zawarciem Umowy, a które wpływają na termin wykonania Umowy lub poszczególnych świadczeń,

– dokument potwierdzający, że dokonanie zmian przedmiotu Umowy ma wpływ na termin wykonania Umowy lub poszczególnych świadczeń.

Natomiast stosownie do: § 13 ust. 2 pkt 5 PPU („Odstąpienie od umowy”):

2. Przez cały czas obowiązywania Umowy Zamawiający jest uprawniony do odstąpienia od Umowy (ze skutkiem na przyszłość) w terminie 7 dni od dnia uzyskania przez niego wiedzy o okoliczności uzasadniającej odstąpienie, jeżeli Wykonawca:

5) zwłoki w wykonaniu Przedmiotu Umowy przekroczy 10 dni roboczych w stosunku do terminu określonego w § 2 ust. 2 Umowy.

W postępowaniu zostały złożone dwie oferty tj.:

- 1) oferta Milisystem S.A. z siedzibą w Warszawie z ceną brutto 16 989 807,96 zł;
- 2) oferta Bestevents M.K. z siedzibą w Warszawie z ceną brutto 22 000 000,00 zł.

Obydwie oferty otrzymały maksymalną ilość punktów w ramach kryterium T - „Termin dostawy”, tj. po 40 pkt. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta wykonawcy Milisystem S.A. z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający zawarł Umowę z wykonawcą Milisystem S.A. w dniu 26 września 2023 r. Zgodnie z § 2 ust. 2 tej Umowy, strony ustaliły, że: *Przedmiot Umowy zostanie wykonany w terminie nie dłuższym niż 20 dni od daty zawarcia Umowy do dnia podpisania protokołu odbioru jakościowo – ilościowego przedmiotu Umowy bez uwag, którego wzór stanowi Załącznik nr 5 do Umowy.*

W dniu 16 października 2023 roku wykonawca Milisystem S.A. zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o aneksowanie umowy, wskazując, że: *„przesyłka zawierająca część elementów zestawów wysłana w dniu 09.10.2023 r. została zwrócona ponieważ stwierdzono, że repliki broni znajdujące się w przesyłce wyglądały na zbyt realistyczne i przypominały broń bojową. W celu uniknięcia podobnych sytuacji w przyszłości Milisystem S.A. wraz z dostawcą podjęła stosowne działania, by zminimalizować prawdopodobieństwo zaistnienia podobnej sytuacji w przyszłości. W naszej ocenie dostawy sprzętu powinny zakończyć się bez zakłóceń. Planowany przez nas termin dostawy powinien zakończyć się do 30.11.2023 r.”.*

W dniu 20 października 2023 r. został podpisany Aneks nr 1 do Umowy z dnia 26 września 2023 r., na mocy którego wydłużono termin zakończenia realizacji umowy do dnia 30 listopada 2023 r.

W dniu 23 listopada 2023 r. wykonawca Milisystem S.A. zwrócił się do Zamawiającego ponownie z prośbą o aneksowanie umowy w zakresie terminu realizacji zamówienia wskazując m.in., że: *„z przyczyn nie zależnych od nas, wystąpiły okoliczności, które najprawdopodobniej spowodują opóźnienie w dostawie ostatniej partii zamówienia do dnia 30 listopada 2023 roku. Opóźnienie dostaw obejmuje dwa elementy konieczne do montażu zestawów mobilnych strzelnic opartych na technologii laserowej, jak również część replik pistoletów wykorzystywanych do prowadzenia treningu (...)”.* Zamawiający tym razem nie wyraził zgody na zawarcie aneksu do Umowy.

Po przedstawieniu stanu faktycznego jak powyżej Prezes Urzędu przytoczył brzmienie przepisów art. 454 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, a także art. 455 ust. 1 pkt 1 i 4 ustawy Pzp.

Kontrolujący podkreślił, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest postępowaniem sformalizowanym, którego ramy określają przepisy ustawy Pzp, a co za tym idzie przepisy te w niektórych przypadkach przewidują ograniczenie swobody zamawiającego co do dokonywania określonych czynności z uwagi na potrzebę zapewnienia uczestnikom tego postępowania równego traktowania i możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia w warunkach uczciwej konkurencji. Z tych też przyczyn, także wynikająca z przepisów kodeksu cywilnego zasada swobody umów doznaje pewnych ograniczeń w stosunku do umów w sprawie zamówienia publicznego.

Kontrolujący podniósł, że w szczególności zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego może być dokonana jedynie pod warunkiem, że nie narusza przesłanek dopuszczalności tej zmiany określonych w przepisach art. 454 i art. 455 ustawy Pzp. Ma to na celu uniemożliwienie dokonania takich zmian warunków realizacji danego zamówienia, które, gdyby były znane już na etapie składania oferty, mogłyby spowodować wybór jako najkorzystniejszej innej oferty lub wzięcie udziału w postępowaniu przez innych wykonawców.

Po tych wstępnych uwagach, Prezes Urzędu zauważył, że Zamawiający jako podstawę prawną dokonania Aneksu nr 1 do Umowy wskazał art. 12 ust. 1 pkt 1 umowy - *Wystąpienie siły wyższej i innych zdarzeń nadzwyczajnych. Siła wyższa rozumiana jako zdarzenie o charakterze przypadkowym, nie możliwe do przewidzenia w momencie zawierania niniejszej umowy i nie do uniknięcia, nad którym człowiek nie panuje (...)*. Zapis ten stanowił klauzulę przeglądową przewidzianą przez Zamawiającego na mocy art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Kontrolujący dodał przy tym, że jest on znaczeniowo bardzo zbliżony do przesłanki zmiany umowy przewidzianej w art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Następnie wyjaśnił, że przesłanki warunkujące dopuszczalność zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 i pkt 4 ustawy Pzp mają charakter autonomiczny. Dodał też, że skorzystanie z możliwości wprowadzenia modyfikacji do umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie jest również wykluczone w okolicznościach, gdy zamawiający przewidział określone klauzule pozwalające na zmianę umowy w oparciu o dyspozycję art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, ale są one niewystarczające do zniwelowania niemożliwych do przewidzenia skutków spowodowanych zmianą okoliczności związanych z realizacją umowy lub niemożliwym do przewidzenia zakresem zmiany. Podkreślił również, że niezbędne jest dokonanie analizy i ustalenie, iż konieczność wprowadzenia zmian spowodowana jest okolicznościami (lub skalą tych okoliczności), których zamawiający nie mógł przewidzieć i wykraczają one poza unormowanie art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zakresie, w jakim zamawiający powinien działać z należytą starannością, a tego nie uczynił. Kontrolujący zauważył też, że przepis art. 455 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi implementację do polskiego porządku prawnego postanowień art. 72 ust. 1 lit. c) dyrektywy klasycznej oraz art. 89 ust. 1 lit. c) dyrektywy sektorowej i dodał, że w motywie 109 preambuły do dyrektywy klasycznej wyjaśniono, iż: *„instytucje zamawiające mogą napotkać okoliczności zewnętrzne, których nie mogły przewidzieć w momencie udzielania zamówienia, w szczególności gdy zamówienie jest wykonywane przez dłuższy czas. W takim przypadku niezbędny jest pewien stopień elastyczności w celu dostosowania umowy do tych okoliczności bez konieczności przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia. Pojęcie niemożliwych do przewidzenia okoliczności odnosi się do okoliczności, których*

nie można było przewidzieć, pomimo odpowiedniego starannego przygotowania pierwotnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez instytucję zamawiającą, z uwzględnieniem dostępnych jej środków, charakteru i cech tego konkretnego projektu, dobrych praktyk w danej dziedzinie oraz konieczności zagwarantowania odpowiedniej relacji pomiędzy zasobami wykorzystanymi na przygotowanie postępowania a jego przewidywalną wartością". Ponadto, Kontrolujący dodał, że niemożność przewidzenia w chwili zawarcia umowy okoliczności skutkujących koniecznością dokonania w niej zmian, nie należy rozumieć jako zdarzenia nieprzewidywanego przez strony, lecz zdarzenia, którego zaistnienie w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne, przy czym niemożliwość przewidywalności określonych zdarzeń przez zamawiającego powinna być określona w sposób obiektywny. Okoliczności skutkujące koniecznością wprowadzenia zmian do umowy o wykonanie zamówienia publicznego, z powołaniem się na ww. przesłankę, muszą mieć zatem charakter przekraczający standardowe ryzyka związane z realizacją kontraktu o określonym charakterze. Kontrolujący zwrócił też uwagę, że uwzględnienie określonych ryzyk kontraktowych lub przyjętej w danej branży skali ich wystąpienia, które wynikają ze specyfiki zamawianych przez inwestora, dostaw, usług lub robót budowlanych jest obowiązkiem każdego z podmiotów składających ofertę realizacji określonego świadczenia, w tym również ofertę wykonania zamówienia publicznego.

Zdaniem Prezesa Urzędu przy zamówieniach obejmujących dostawy transgraniczne, ryzyko zatrzymania towarów na granicy celem ich sprawdzenia przez służby celne stanowi ryzyko standardowe, z którym strony umowy powinny się liczyć, zaś czynności sprawdzających przez te służby nie można uznać za sytuację nadzwyczajną (lub zdarzenie o charakterze przypadkowym, jak stanowi § 12 ust. 2 pkt 1 Umowy), ponieważ odbywają się one na podstawie przepisów prawa. Prezes Urzędu podniósł, że w świetle przesłanek wskazanych treścią art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, okoliczności wywołujące konieczność zmiany umowy o wykonanie zamówienia publicznego powinny być niezależne od jej stron. Tymczasem zgodnie z § 3 ust. 7 pkt a) Umowy, *wykonawca oświadcza oraz gwarantuje, że tak zorganizuje dostawę, aby dotrzymany był termin wykonania przedmiotu Umowy*. W ocenie Kontrolującego wykonawca miał wpływ na sposób wykonania zamówienia tak, aby termin dostawy mógł być dotrzymany, o czym świadczy chociażby pismo z dnia 21.11.2023 r., w którym dostawca wykonawcy informuje, że: *„aby wykonać łączącą nas umowę i naprawić zaistniałą sytuację, oraz w celu uniknięcia takich sytuacji w przyszłości firma (...) zamówiła dodatkowe repliki i wysłała je innym kanałem spedycyjnym – bardziej kosztownym, ale o znacznie mniejszym ryzyku zajęcia*”.

W dalszej kolejności Kontrolujący stwierdził, że w opisanych okolicznościach faktycznych w sprawie nie zachodziły również podstawy prawne do dokonania przedmiotowej

zmiany Umowy na podstawie pozostałych klauzul przeglądowych określonych w § 12 ust. 2 tej Umowy.

Wyjaśniając powyższe twierdzenie Kontrolujący wskazał, że przesłanki określone w § 12 ust. 2 pkt 2 oraz 6 Umowy w sposób oczywisty dotyczą sytuacji nie występujących w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy, ponieważ odnoszą się one, odpowiednio, do: *„zmiany przepisów prawa lub regulacji wewnętrznych Zamawiającego istotnych dla terminu realizacji przedmiotu Umowy oraz zmiany opisu przedmiotu Umowy lub innych obowiązków Wykonawcy w trakcie realizacji Umowy.”*.

Dalej odniósł się do przesłanki zmiany umowy określonej w § 12 ust. 2 pkt 4 Umowy, tj.: *„wystąpienia osób trzecich z roszczeniami lub ujawnienia się roszczeń osób trzecich, które uniemożliwiają dalsze wykonanie przedmiotu Umowy”* i stwierdził, że nie sposób uznać czynności kontrolnych wykonywanych przez służby celne za „roszczenia osób trzecich”, dotyczące przedmiotu umowy.

Natomiast w odniesieniu do pozostałych przesłanek zmiany umowy, tj. określonych w § 12 ust. 2 pkt 3 i 5 Umowy, tj.:

3) opóźnienia organów administracji publicznej w wydaniu decyzji administracyjnych, uzgodnień, ekspertyz lub innych aktów administracyjnych niezbędnych do wykonania przedmiotu Umowy, pomimo spełnienia przez Wykonawcę warunków ich uzyskania, w tym przede wszystkim złożenia przez Wykonawcę prawidłowego i kompletnego wniosku o ich wydanie,

5) wszczęcia przez jakikolwiek podmiot postępowania sądowego lub administracyjnego uniemożliwiającego wykonanie przedmiotu Umowy przez Wykonawcę, w szczególności wstrzymujące możliwość uzyskania odpowiednich decyzji administracyjnych, uzgodnień, zezwoleń, ekspertyz lub innych aktów administracyjnych niezbędnych do wykonania przedmiotu Umowy,

- Kontrolujący stwierdził, że wniosek wykonawcy o Aneks z dnia 16 października 2023 r. nie zawiera wystarczających informacji i dowodów umożliwiających stwierdzenie, że ww. przesłanki mogły ewentualnie zachodzić. Zgodnie bowiem z § 12 ust. 7 pkt 1 – 3 Umowy Wykonawca był zobowiązany złożyć pisemny wniosek, dotyczący proponowanych zmian Umowy wraz z wyczerpującymi wyjaśnieniami okoliczności, które są podstawą ich wprowadzenia oraz dowodami.

Kontrolujący podkreślił, że w dokumentacji przesłanej przez Zamawiającego do Urzędu w toku postępowania wyjaśniającego brak jest dowodów na poparcie twierdzenia Wykonawcy zawartego we wniosku o zmianę umowy z dnia 16 października 2023 r. o zatrzymaniu przesyłki przez niemieckie służby celne. Z treści tego pisma również nie wynika, że zostały do niego

dołączone jakiegokolwiek załączniki. Natomiast wśród dokumentów przesłanych przez Zamawiającego do Urzędu znalazła się dokumentacja fotograficzna paczek (z których część została otwarta), składowanych w niezidentyfikowanym pomieszczeniu, wraz z informacją z systemu śledzenia przesyłek, z której wynika, że w dniu 9 października o godz. 11.52.15 zarejestrowano dane przesyłki o numerze 053228819880596, ale przesyłka nie została jeszcze nadana.

Powyższe, zdaniem Prezesa Urzędu nie stanowi wystarczającego dowodu na wystąpienie okoliczności, o których mowa we wniosku o zmianę Umowy z dnia 16 października 2023.

Prezes Urzędu zauważył również, że do kolejnego wniosku o zmianę terminu realizacji Umowy z dnia 23 listopada 2024 r. (który nie został przez Zamawiającego uwzględniony), Wykonawca załączył pismo od swojego podwykonawcy z dnia 21.11.2023 r., w którym wskazał, że: *„firma spedycyjna przekazała nam informacje, że część replik tj. około 100 sztuk zostało zatrzymanych na cargo celnym we Frankfurcie w Niemczech z uwagi na ich realistyczną konstrukcję i wygląd i podejrzenie iż nie są replikami a realną bronią bojową. Pomimo wyjaśnień i oświadczeń do tej pory nie zostały te repliki zwolnione”*. Jednakże, pismo to jest datowane dopiero na 21 listopada 2023 r., a więc już po podpisaniu Aneksu nr 1, a ponadto nie stanowi ono w ocenie Prezesa Urzędu bezpośredniego dowodu na wystąpienie faktów w nim opisanych. Dalej, Prezes Urzędu zauważył, że z pisma tego wynika, że oprócz zatrzymania części replik na granicy przyczyną opóźnień w dostawie jest także *opóźnienie produkcyjne (w 100 sztukach kamer i 100 sztukach komputerów) wynikające z dużej kumulacji zamówień u producenta oraz przesunięciem części zamówień podmiotów cywilnych na rzecz podmiotów zajmujących się produkcją wojskową*. Zdaniem Prezesa Urzędu, skoro opóźnienie produkcyjne miało miejsce w listopadzie 2023 r., to tym bardziej musiało istnieć również w październiku 2023 r., tj. w dacie podpisywania Aneksu nr 1 do Umowy. Tego zaś rodzaju przyczyny nie mieszczą się w katalogu przesłanek zmiany umowy, określonych w klauzuli przeglądowej określającej warunki zmiany terminu realizacji zamówienia, tj. w § 12 ust. 2 Umowy.

Niezależnie od powyższego, Prezes Urzędu stwierdził, że zaistnienie okoliczności, których Zamawiający działając z należytą starannością nie mógł przewidzieć nie stanowi samoistnej przesłanki zmiany umowy w oparciu o art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Niezbędnym bowiem warunkiem zmiany umowy na tej podstawie jest również ustalenie, iż zaistnienie wymienionych w tym przepisie zjawisk powoduje konieczność zmiany umowy o wykonanie zamówienia publicznego. W konsekwencji Zamawiający w każdym przypadku musi ocenić, czy zaistnienie nieprzewidywalnej sytuacji rzeczywiście wpływa na proces realizacji umowy w taki sposób, że konieczna jest jej zmiana. Kontrolujący podkreślił, że w tym względzie należy

kierować się obiektywną oceną skutków, jakie nieprzewidziana konieczność wywiera na proces wykonywania umowy o zamówienie publiczne, w szczególności na możliwość realizacji kontraktu zgodnie z pierwotnymi założeniami, a także na sytuację wykonawcy. Konkludując, stwierdził, że nawet w przypadku hipotetycznego uznania, że w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy zatrzymanie części towarów na granicy stanowiło sytuację nadzwyczajną, nieprzewidywalną i niezależną od stron umowy, to brak jest podstaw do stwierdzenia, że spowodowane tym wydłużenie terminu realizacji Umowy powodowało konieczność zmiany Umowy w tym zakresie. Zdaniem Prezesa Urzędu, sam fakt upływu wyznaczonego terminu nie powoduje konieczności dokonywania zmiany Umowy w tym zakresie. Wyjaśnił też, że w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy uznać należy, że zmiana terminu wykonania zamówienia stanowiła zmianę istotną, albowiem jeśli dłuższy termin wykonania zamówienia, odpowiadający terminowi początkowemu powiększonemu o termin wynikający z Aneksu nr 1 do Umowy (2 miesiące i 4 dni), zostałby określony przez Zamawiającego na etapie udzielenia zamówienia, wówczas zamówieniem mogłaby być zainteresowana większa liczba uczestników. Kontrolujący zwrócił też uwagę na to, że termin wykonania zamówienia stanowił jedno z kryteriów oceny ofert, zaś maksymalny termin wykonania zamówienia w SWZ został przez Zamawiającego określony na 30 dni. Zmiana tego terminu zmieniała również równowagę ekonomiczną zamówienia na korzyść Wykonawcy w sposób, który nie był przewidziany w pierwotnym zamówieniu.

Reasumując swoje stanowisko Prezes Urzędu stwierdził, że Zamawiający poprzez dokonanie w dniu 20 października 2023 r. zmiany Umowy, w formie Aneksu nr 1 do Umowy, w drodze którego został wydłużony do dnia 30 listopada 2023 r. termin jej realizacji, stanowiący w postępowaniu o udzielenie zamówienia jedno z kryteriów oceny ofert, naruszył art. 455 ust. 1 pkt 1 oraz art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 454 ust. 1 i 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 14 stycznia 2025 r. (data wpływu do Urzędu 15 stycznia 2025 r.) Zamawiający wniósł umotywowane zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej, stwierdzając, że nie zgadza się z informacją i wynikami kontroli doraźnej.

W uzasadnieniu Zamawiający w pierwszej kolejności wskazał na specyfikę postępowania, które dotyczyło zakupu replik broni oraz podkreślił, że dokonał dokładnego opisu przedmiotu zamówienia w oparciu o wytyczne ministerialnego programu upowszechniania strzelectwa, który miał objąć młodzież szkolną w latach 2023 — 2025. Ponadto, Zamawiający zapewnił, że przed wyborem oferty najkorzystniejszej przeprowadził szereg czynności, aby wybór ten był prawidłowy i, aby nie zarzucono mu wyboru oferty sprzecznie z przepisami ustawy Pzp.

Zamawiający wyjaśnił, że przy badaniu ofert przy założeniu dwóch kryteriów oceny ofert: cena i termin dostawy (wskazany przez obu Wykonawców taki sam) nie był w stanie przewidzieć i nie zakładał, że Wykonawca, który zostanie wybrany będzie miał opóźnienia w dostawie. Zaznaczył przy tym, że sprzęt zaoferowany przez obu Wykonawców, którzy wzięli udział w postępowaniu, pochodził od różnych producentów (Chiny i USA). Zamawiający podkreślił, że nie był w stanie przewidzieć, że wyłoniony Wykonawca nie dotrzyma terminu dostawy i zwróci się z prośbą o aneksowanie Umowy z przyczyn od niego niezależnych i niemożliwych do przewidzenia (zatrzymanie na granicy celnej w związku z konfliktem zbrojnym na Ukrainie).

Następnie Zamawiający zwrócił uwagę na fakt, że nie był w stanie przeprowadzić nowego postępowania, ponieważ czas realizacji szkoleń i całego programu, po przeprowadzeniu całej nowej procedury, byłby bezcelowy. Ministerstwo Sportu, które wybrało, jako operatora do realizacji programu, Akademicki Związek Sportowy jako Zamawiającego w umowie zobowiązywało go do przeprowadzania określonej ilości godzin w szkołach w określonym czasie. Jeżeli Zamawiający zdecydowałby się na ponowne przeprowadzenie postępowania, nie mógłby wówczas zrealizować szkoleń wynikających z umowy z Ministerstwem Sportu w tak krótkim czasie z powodu braku ilości godzin szkolnych na zajęcia, terminów oraz liczby osób mogących przeszkolić młodzież, tym samym nie wywiązałby się z założeń programu.

Odnosząc się do stwierdzonego naruszenia art. 455 ust. 1 pkt 1 i 4 ustawy Pzp Zamawiający podnosił, że przewidział możliwość zmiany Umowy w przypadku okoliczności niezależnych i nieprzewidzianych przez strony. Zdaniem Zamawiającego, zatrzymanie przesyłki przez Urząd celny jest taką okolicznością. W ocenie Zamawiającego, Wykonawca nie mógł przewidzieć składając ofertę i przystępując do realizacji umowy, że ze względu na charakter przedmiotu dostawy (repliki broni), zostaną one zatrzymane w celu dodatkowej weryfikacji. Wyjaśnił ponadto, że nieprzewidywalność zatrzymania przesyłki powinna być postrzegana w kategoriach obiektywnych, a zaistniałe okoliczności nie mogą być spowodowane brakiem należytej staranności. Zamawiający działał z należyłą starannością, po pierwsze wybierając wykonawcę, a także wykonawca, występując i opisując sytuację losową, za którą nie był odpowiedzialny przy realizacji (dowody w postaci zdjęć i pisma). Zamawiający podkreślił, że nie zmienił ogólnego charakteru Umowy, nie zastąpił przedmiotu zamówienia innym, ani też nie zmienił rodzaju zamówienia. Według Zamawiającego, zatrzymanie towaru przez niemieckie służby celne należy uznać za przesłankę odpowiednią do podpisania Aneksu, gdyż Zamawiający nie mógł jej przewidzieć w momencie podpisania Umowy, a tym bardziej zatrzymanie przesyłki nie jest ryzykiem standardowym - jak stwierdził Prezes Urzędu - przy przesyłkach transgranicznych. Dodał też, że okoliczności wskazane

do podpisania aneksu przez Wykonawcę były na tyle wyraźne i czytelne dla Zamawiającego, że, po dokładnej analizie pisma z dowodami zdjęciowymi, zdecydował się na podpisanie Aneksu. Wyjaśnił też, że dane zdjęciowe z dnia 9 października 2023 r. wskazywały na nie nadanie z miejsca celnego przesyłki (przedmiotu zamówienia), która w przypadku prawidłowej realizacji i braku zatrzymania dostarczona byłaby w ciągu 2 dni do Wykonawcy, a następnie do Zamawiającego, czyli w terminie wykonania Umowy.

Z kolei odnosząc się do stwierdzonego naruszenia art. 454 ust. 1 i 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp Zamawiający podnosił, że w przedmiotowym postępowaniu zgłosiło się tylko dwóch Wykonawców. Zdaniem Zamawiającego, nawet gdyby mógł on przewidzieć, że będzie wydłużony termin dostawy (z przyczyn niezależnych i nie do przewidzenia od Wykonawcy na etapie wszczęcia procedury), to zmiana terminu dostawy nie spowodowałaby, by inni wykonawcy złożyliby oferty w danym postępowaniu oraz nie wiadomo czy inna oferta zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza (różnica bowiem między 2 ofertami złożonymi w postępowaniu to 5 milionów złotych). Wyjaśnił też, że mały jest rynek podmiotów, które potencjalnie mogłyby być zainteresowane udziałem w postępowaniu lub mogłyby zaoferować inne warunki wykonania zamówienia niż przedstawione Zamawiającemu na podstawie treści warunków zamówienia w pierwotnej wersji.

Dalej Zamawiający wskazywał, że zmiana i aneksowanie umowy nie zmieniło sytuacji ekonomicznej na korzyść Wykonawcy, który został obciążony karą umowną za nieterminowe dostarczenie przedmiotu umowy, poprzez brak zgody na drugi aneks do Umowy. Nie doszło też do zmiany wynagrodzenia Wykonawcy, zmiany jego świadczenia, zmniejszenia świadczenia Wykonawcy, przy jednoczesnym pozostawieniu dotychczasowej wysokości wynagrodzenia, wynikającej z Umowy, a Wykonawca dodatkowo został obciążony karą umowną.

Zamawiający podkreślił, że podpisując Aneks do Umowy dokonał oceny istotności zmiany Umowy, uwzględnił konieczność zachowania podstawowych zasad procedur udzielania zamówień publicznych (zasady uczciwej konkurencji, zasady równego traktowania wykonawców, zasady przejrzystości). Zamawiający wskazywał, że zmiana umowy została wywołana przyczynami zewnętrznymi, które w sposób obiektywny uzasadniają potrzebę tej zmiany (zatrzymanie przesyłki), nie powodując zachwiania równowagi ekonomicznej pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym, która też nie prowadzi do zachwiania pozycji konkurencyjnej Wykonawcy w stosunku do innych Wykonawców, biorących udział w postępowaniu, jak też nie prowadzi do zmiany kręgu Wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia lub zainteresowanych udziałem w postępowaniu. Może być uznana za zmianę nieistotną, ponieważ konkurencyjny Wykonawca zaproponował taki sam termin dostawy, przy dużo wyższej - o ponad 23 % większej - cenie zamówienia oraz braku pewności czy termin

dostawy zostałyby zachowane ze względu na specyfiką przedmiotu dostawy (repliki broni) i dostarczanie ich z zagranicy w obecnej sytuacji politycznej i zbrojnej na świecie. Zamawiający wyraził też wątpliwości, czy gdyby informacja o dopuszczalności zmiany terminu wykonania zamówienia zostałaby przedstawiona w postępowaniu, to Wykonawcy, którzy nie złożyli oferty, po powzięciu takiej informacji, złożyliby ofertę, a ci, którzy złożyli ofertę, złożyliby ofertę o innej treści, korzystniejszą (np. z niższą ceną), gdyż złożona druga oferta była znacząco wyższa. Jego zdaniem, nie można „z góry” przyjąć, że termin wykonania zamówienia jest zawsze jednym z najistotniejszych elementów umowy, kształtującym krąg potencjalnych wykonawców, mogących skutecznie złożyć ofertę oraz wpływającym na poziom oferowanych cen.

Reasumując Zamawiający wskazywał, że wnioskowanie o istotnym charakterze zmiany umowy w zakresie zmiany terminu wykonania zamówienia powinno opierać się na wykazaniu, że zmiana terminu wykonania zamówienia mogła rzeczywiście - a nie hipotetycznie - wpłynąć na przebieg i wynik postępowania. Jednocześnie zauważył, iż termin realizacji zamówienia został przedłużony zgodnie z Aneksiem z dnia 26 października o 35 dni, a nie jak zostało wskazane w piśmie o 2 miesiące i 4 dni, a sam Zamawiający nie zgodził się na podpisanie kolejnego aneksu tylko naliczył kary umowne Wykonawcy.

W oparciu o powyższe Zamawiający stwierdził, że nie podpisał Umowy z naruszeniem prawa Pzp, a wszystkie czynności zostały przez niego wykonane zgodnie z przepisami prawa.

Prezes Urzędu podtrzymał stanowisko zawarte w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* i nie uwzględnił powyższych zastrzeżeń.

W odpowiedzi na zastrzeżenia, Kontrolujący stwierdził, iż Zamawiający we wniesionych zastrzeżeniach przede wszystkim podtrzymał swój pogląd wyrażony już wcześniej w wyjaśnieniach przesłanych do Urzędu w toku kontroli, że okoliczności leżące u podstaw podpisania Aneksu nr 1 do Umowy (tj. *zatrzymanie na granicy celnej w związku z konfliktem zbrojnym na Ukrainie*) stanowiły okoliczność, której Zamawiający, mimo zachowania należytej staranności, nie mógł przewidzieć na etapie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Zamawiającego, zatrzymanie towaru przez służby celne stanowiło „sytuację losową” i nie można jej uznać za „ryzyko standardowe” w przypadku przesyłek transgranicznych.

Odnosząc się do powyższego Kontrolujący stwierdził, że Zamawiający we wniesionych zastrzeżeniach nie powołuje żadnych nowych okoliczności ani argumentów na poparcie ww. tezy. W ocenie Prezesa Urzędu, przy zamówieniach obejmujących dostawy transgraniczne ryzyko zatrzymania towarów na granicy celem ich sprawdzenia przez służby celne stanowi ryzyko standardowe, z którym strony umowy powinny się liczyć, zaś czynności

sprawdzające przez te służby nie mogą zostać uznane za sytuację nadzwyczajną (lub zdarzenie o charakterze przypadkowym, jak stanowi § 12 ust. 2 pkt 1 umowy), ponieważ odbywają się one na podstawie przepisów prawa.

Odnosząc się natomiast do argumentu Zamawiającego, że dłuższe zatrzymanie towarów na granicy celnej miało związek z konfliktem zbrojnym na Ukrainie, zauważył, że wojna w Ukrainie toczy się już od 24 lutego 2022 r. Postępowanie o udzielenie zamówienia zostało natomiast wszczęte w czerwcu 2023 r., zaś jego przedmiot stanowił sprzęt strzelecki (repliki broni). Zdaniem Prezesa Urzędu, biorąc powyższe pod uwagę trudno uznać, że nie było obiektywnie możliwe do przewidzenia, że procedury celne na granicy z Polską mogą być bardziej rygorystyczne, a w konsekwencji wydłużać się. Zamawiający zatem mógł i powinien przewidzieć możliwość przedłużenia terminu wykonania zamówienia w związku z jej wystąpieniem w treści klauzuli przeglądowej opracowanej na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Jednocześnie Prezes Urzędu powołał się na orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, zgodnie z którym: *„jeżeli istnieją okoliczności możliwe do przewidzenia przez instytucję zamawiającą, działającą z należytą starannością, to może ona zgodnie z art. 72 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2014/24 powołać się na możliwość wyraźnego przewidzenia w dokumentach regulujących procedurę udzielenia zamówienia i w pierwotnej umowie w sprawie zamówienia publicznych klauzul przeglądowych, na mocy których warunki wykonania tej umowy mogą zostać dostosowane w przypadku zaistnienia takiej czy innej szczególnej okoliczności, co pozwala na wprowadzenie zmian, które w przeciwnym razie wymagałyby przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie tego art. 7 (...)*” (wyrok TSUE z dnia 7 grudnia 2023 r. w połączonych sprawach ws. Obshtina Razgrad (C-441/22) i vs. Obshtina Balchik (C-443/22).

Następnie – odnosząc się do argumentacji Zamawiającego odnośnie konieczności realizacji szkoleń w terminach wynikających z umowy zawartej z Ministerstwem Sportu – Prezes Urzędu wskazywał, że ocena dopuszczalności zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego może być dokonywana wyłącznie w świetle przesłanek wynikających z art. 454 oraz 455 ustawy Pzp. Kwestie wykraczające poza materię ustawy Pzp, dotyczącą zmian umowy (np. o charakterze organizacyjnym, lub wynikające z umowy wiążącej zamawiającego z instytucją zapewniającą finansowanie zamówienia), nie mogą być zatem przedmiotem kontroli Prezesa Urzędu prowadzonej na podstawie art. 607 i n. ustawy Pzp. Prezes Urzędu ponadto stwierdził, że sam fakt niedotrzymania terminu realizacji umowy nie oznacza jeszcze, że konieczne jest rozwiązanie tej umowy lub dokonanie jej zmiany. Ustalenie okoliczności towarzyszących temu przekroczeniu (w szczególności kwestii zawinienia opóźnienia przez Wykonawcę) może mieć wpływ na dokonanie oceny

prawidłowości wywiązywania się z kontraktu przez wykonawcę i ewentualne zastosowanie sankcji przewidzianych w umowie.

Natomiast odnosząc się do kwestii udokumentowania przez Wykonawcę okoliczności powoływanych we wniosku o Aneks nr 1 Prezes Urzędu wskazywał, że dokumentacja zdjęciowa nie stanowi wystarczającego dowodu, gdyż zawiera ona wyłącznie zdjęcia paczek (z których część została otwarta), składowanych w niezidentyfikowanym pomieszczeniu. Z informacji z systemu śledzenia przesyłek wynika, że w dniu 9 października o godz. 11:52:15 zarejestrowano dane przesyłki o numerze 053228819880596, ale przesyłka nie została jeszcze nadana i wyłącznie tę informację można uznać za potwierdzoną złożonymi dokumentami. Nie mówi ona jednak nic ani na temat okoliczności, ani czasu trwania „przeszkody”, polegającej na zatrzymaniu ww. przesyłki na granicy.

Co do argumentacji Zamawiającego w kwestii naruszenia art. 454 ust. 1 i 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp Kontrolujący wskazywał, że z literalnego brzmienia art. 454 ust. 2 pkt 1 wynika, że wystarczająca jest hipotetyczna możliwość wzięcia udziału w postępowaniu przez innych wykonawców lub przyjęcia ofert o innej treści. Prezes Urzędu stwierdził ponadto, że w sytuacji, gdy termin wykonania zamówienia stanowił jednocześnie kryterium oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to oczywiste jest, że kwestia ta była dla zamawiającego jednym z najistotniejszych aspektów zamówienia, na tyle istotnym, że podlegał on ocenie już na etapie ubiegania się Wykonawców o jego udzielenie. Zatem już na tym etapie część Wykonawców mogła uznać, że rezygnuje z ubiegania się o to zamówienie, ponieważ nie jest w stanie zobowiązać się do realizacji zamówienia w najkrótszym oczekiwanym przez Zamawiającego terminie, lub – w przypadku zaoferowania terminu niżej punktowanego – ma niewielkie szanse na uzyskanie zamówienia.

Reasumując, Prezes Urzędu podtrzymał stanowisko zawarte w Informacji o wyniku kontroli doraźnej i nie uwzględnił zastrzeżeń od wyniku kontroli.

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

Zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie.

W ocenie Izby Prezes Urzędu prawidłowo stwierdził naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 455 ust. 1 pkt 1 i 4 ustawy Pzp w związku z art. 454 ust. 1 i 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zawarcie w dniu 20 października 2023 r., mimo braku podstaw prawnych, Aneksu nr 1 do Umowy, w drodze którego, został wydłużony do dnia 30 listopada 2023 r.

termin realizacji zamówienia, stanowiący w postępowaniu o udzielenie zamówienia jedno z kryteriów oceny ofert.

Izba w pełni podziela stanowisko prezentowane przez Prezesa Urzędu zarówno w Informacji o wyniku kontroli doraźnej, jak i w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 14 stycznia 2025 r. (data wpływu: 15 stycznia 2025 r.), zawierającego zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej i przyjmuje je jako własne.

Zgodnie z art. 454 ust. 1 i 2 pkt 1 i 2 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;
 - 2) narusza równowagę ekonomiczną stron umowy na korzyść wykonawcy, w sposób nieprzewidziany w pierwotnej umowie;
 - 3) w sposób znaczny rozszerza albo zmniejsza zakres świadczeń i zobowiązań wynikający z umowy;
 - 4) polega na zastąpieniu wykonawcy, któremu zamawiający udzielił zamówienia, nowym wykonawcą w przypadkach innych, niż wskazane w art. 455 ust. 1 pkt 2.

Natomiast stosownie do art. 455 ust. 1 pkt 1 i 4 ustawy Pzp:

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;(...)
 - 4) jeżeli konieczność zmiany umowy, w tym w szczególności zmiany wysokości ceny, spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć, o ile zmiana nie modyfikuje ogólnego charakteru umowy a wzrost ceny spowodowany każdą kolejną zmianą nie przekracza 50% wartości pierwotnej umowy.

Przede wszystkim stwierdzić należy, że wniesione przez Zamawiającego zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej, dotyczącej dokonania przez Zamawiającego zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, nie podważyły – w ocenie Izby - ustaleń kontroli przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu.

Zamawiający - w dniu 20 października 2023 r. - zawarł z wykonawcą Milisystem S.A. z siedzibą w Warszawie Aneks nr 1 do Umowy, na podstawie którego został wydłużony termin realizacji Umowy do dnia 30 listopada 2023 r. Co istotne, termin realizacji stanowił jedno z kryteriów oceny ofert w tym postępowaniu. W ocenie Izby, powyższa zmiana została dokonana z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, o których mowa powyżej.

Jednocześnie wskazać należy, że Zamawiający przewidział w Umowie (§ 12 ust. 2) możliwość zmiany terminu realizacji Umowy, ale tylko i wyłącznie w przypadkach wymienionych w tym postanowieniu, o czas niezbędny do zakończenia wykonywania jej przedmiotu w sposób należyty, nie dłużej jednak niż o okres trwania tych okoliczności lub ich skutków. Na jedną z takich okoliczności wskazywał punkt 1 powołanego § 12 ust. 2:

1) wystąpienia siły wyższej i innych zdarzeń nadzwyczajnych; Siła wyższa rozumiana jest jako zdarzenie o charakterze przypadkowym, nie możliwe do przewidzenia w momencie zawierania niniejszej Umowy i nie do uniknięcia, nad którym człowiek nie panuje. Zdarzeniami siły wyższej są w szczególności: wojny oraz inne działania zbrojne, inwazyjne, działania terrorystyczne, mobilizacje lub embarga, promieniowanie radioaktywne lub skażenie przez radioaktywność od paliwa jądrowego lub odpadów jądrowych, ze spalania paliwa jądrowego, radioaktywnych toksycznych materiałów wybuchowych oraz innych niebezpiecznych właściwości wszelkich wybuchowych zespołów nuklearnych składników, rebelia, rewolucja, powstanie, przewrót wojskowy lub cywilny, lub wojna domowa, trzęsienie ziemi, powódź, pożar lub inne klęski żywiołowe (...).

Powyższa przesłanka stanowiła też podstawę prawną dla Zamawiającego do podpisania Aneksu nr 1 do Umowy.

Wykonawca, w sytuacji, gdy chciał skorzystać z takiej możliwości, zobowiązany był wystąpić do Zamawiającego z odpowiednio umotywowanym wnioskiem, popartym dowodami. Zgodnie bowiem z Umową, w przypadku wystąpienia okoliczności, powodujących konieczność zmiany Umowy, Strona wnioskująca o dokonanie zmiany miała obowiązek niezwłocznego zawiadomienia drugiej Strony o ewentualnej potrzebie dokonania zmiany Umowy i w tym celu winna złożyć pisemny Wniosek, dotyczący proponowanych zmian Umowy wraz z wyczerpującymi wyjaśnieniami okoliczności, które są podstawą ich wprowadzenia wraz z ich udowodnieniem. Przy czym Wniosek powinien zawierać m.in. opis okoliczności faktycznych uprawniających do dokonania zmiany, podstawę dokonania zmiany (to jest

podstawę prawną wynikającą z przepisów ustawy Pzp lub postanowień Umowy), uzasadnienie prawne oraz informacje i dowody potwierdzające, że zostały spełnione okoliczności uzasadniające dokonanie zmiany Umowy.

Izba podziela w szczególności stanowisko Prezesa Urzędu, z którego wynika, że przy zamówieniach obejmujących dostawy transgraniczne, ryzyko zatrzymania towarów na granicy celem ich sprawdzenia przez służby celne stanowi ryzyko standardowe, z którym Strony Umowy powinny się liczyć, zaś czynności sprawdzających przez te służby nie można uznać za sytuację nadzwyczajną (lub zdarzenie o charakterze przypadkowym), ponieważ odbywają się one na podstawie przepisów prawa. Jednocześnie trudno uznać, że nie było obiektywnie możliwe do przewidzenia, że procedury celne na granicy z Polską – w związku z wystąpieniem konfliktu zbrojnego na Ukrainie - mogą być bardziej rygorystyczne, a w konsekwencji wydłużać się. Tym bardziej, że Wykonawca oferował repliki (jak sam wskazywał we Wniosku) o realistycznej konstrukcji i wyglądzie, co mogło wzbudzać podejrzenia właściwych służb, że nie są one replikami, a realną bronią bojową. Nie sposób zatem przyjąć za uzasadnione twierdzenie, że okoliczności, wskazane przez Wykonawcę we Wniosku, potwierdzały wystąpienie siły wyższej lub innych zdarzeń nadzwyczajnych, o których mowa § 12 ust. 2 pkt 1 Umowy. Przy czym – jak już powyżej zostało wspomniane – podstawą wydłużenia terminu realizacji Umowy było rzekome wystąpienie okoliczności, o których mowa § 12 ust. 2 pkt 1 Umowy.

Dodatkowo należy wskazać - jak słusznie zauważył Prezes Urzędu - że powyższa przesłanka jest znaczeniowo zbliżona do przesłanki zmiany umowy przewidzianej w art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp (zmiana umowy z powodu okoliczności, których zamawiający działając z należytą starannością nie mógł przewidzieć) i ma charakter autonomiczny. Albowiem skorzystanie z możliwości wprowadzenia modyfikacji do Umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie jest również wykluczone w okolicznościach, gdy Zamawiający przewidział określone klauzule pozwalające na zmianę Umowy w oparciu o dyspozycję art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, ale są one niewystarczające do zniwelowania niemożliwych do przewidzenia skutków spowodowanych zmianą okoliczności związanych z realizacją Umowy lub niemożliwym do przewidzenia zakresem zmiany. Niemniej jednak, także w tym zakresie nie można uznać, że zostały spełnione przesłanki do zastosowania art. 455 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż ocena zaistniałych okoliczności, prowadzi do wniosku, że były one możliwe do przewidzenia, przy zachowaniu należytej staranności. A nawet gdyby hipotetycznie uznać, że w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy, zatrzymanie części towarów na granicy stanowiło sytuację nadzwyczajną, nieprzewidywalną i niezależną od Stron Umowy, to brak jest podstaw do stwierdzenia,

że spowodowane tym wydłużenie terminu realizacji umowy powodowało konieczność zmiany umowy w tym zakresie.

Odnosząc się zaś do kwestii udowodnienia Wniosku złożonego przez Wykonawcę, to Izba stwierdza, że Prezes Urzędu także w tym zakresie dokonał prawidłowych ustaleń. Umowa zawarta z Wykonawcą – w przypadku wystąpienia okoliczności uzasadniających wydłużenie terminu realizacji Umowy - nakładała na Stronę obowiązek przedstawienia wyczerpujących wyjaśnień wraz z ich udowodnieniem. Tymczasem Wniosek o Aneks z dnia 16 października 2023 r. nie zawiera wystarczających informacji i dowodów, umożliwiających stwierdzenie, że przesłanki te mogły ewentualnie zachodzić. Wśród dokumentów przesłanych przez Zamawiającego do Urzędu jest wyłącznie dokumentacja fotograficzna paczek, składowanych w niezidentyfikowanym pomieszczeniu, wraz z informacją z systemu śledzenia przesyłek, z której wynika, że w dniu 9 października o godz. 11.52.15 zarejestrowano dane przesyłki o numerze 053228819880596, ale przesyłka nie została jeszcze nadana. Powyższe słusznie - w ocenie Prezesa Urzędu - nie stanowi wystarczającego dowodu na wystąpienie okoliczności, o których mowa we wniosku o zmianę Umowy z dnia 16 października 2023 r. Co więcej, we wniosku o kolejną zmianę terminu realizacji Umowy Wykonawca wskazywał m.in. na opóźnienie produkcyjne, wynikające z dużej kumulacji zamówień u producenta oraz przesunięcia części zamówień podmiotów cywilnych na rzecz podmiotów zajmujących się produkcją wojskową. Prezes Urzędu zasadnie stwierdził, że skoro opóźnienie produkcyjne miało miejsce w listopadzie 2023 r., to tym bardziej musiało istnieć również w październiku 2023 r., tj. w dacie podpisywania Aneksu nr 1 do Umowy.

Konkludując, za Prezesem Urzędu należy wskazać, że w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy zmiana terminu wykonania zamówienia stanowiła zmianę istotną – jeśli bowiem dłuższy termin wykonania zamówienia, odpowiadający terminowi początkowemu powiększonemu o termin wynikający z Aneksu nr 1 do Umowy, zostałby określony przez Zamawiającego na etapie udzielenia zamówienia, wówczas zamówieniem mogłaby być zainteresowana większa liczba uczestników. Jednocześnie termin wykonania zamówienia stanowił jedno z kryteriów oceny ofert, zaś maksymalny termin wykonania zamówienia w SWZ został przez Zamawiającego określony na 30 dni. Zmiana tego terminu zmieniła również równowagę ekonomiczną zamówienia na korzyść Wykonawcy w sposób, który nie był przewidziany w pierwotnym zamówieniu.

Tym samym stwierdzić należy, że Zamawiający poprzez dokonanie w dniu 20 października 2023 r. zmiany Umowy, w formie Aneksu nr 1 do Umowy, w drodze którego został wydłużony do dnia 30 listopada 2023 r. termin jej realizacji, naruszył art. 455 ust. 1 pkt 1 i pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 454 ust. 1 i 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraża opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodnicząca:

Członkowie:

.....