

Sygn. akt: KIO 1604/22

## WYROK

z dnia 14 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Joanna Gawdzik-Zawalska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lipca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 czerwca 2022 r. przez wykonawcę

CATERMED sp. z o.o. w Łodzi (ul. Traktorowa 126 lok. 201) ubiegającego się o zamówienie w postępowaniu prowadzonym przez

Międzyleski Szpital Specjalistyczny w Warszawie (ul. Bursztynowa 2)

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy Fudeko S.A. z pominięciem stosowania ustawy z dnia 11 września 2019

r. - Prawo zamówień publicznych poprzez przedłużenie okresu obowiązywania zawartej w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego umowy nr

22/U/19 z dnia 31 stycznia 2019 r. do dnia 31 maja 2022 r. aneksem nr 2 z dnia 31 stycznia 2022 r.;

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego CATERMED sp. z o.o. w Łodzi i zalicza w ich poczet poniesione przez odwołującego CATERMED sp. z o.o. w Łodzi kwoty: 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu, 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, 17 zł 00 gr (słownie: siedemnaście złotych zero groszy) tytułem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa oraz 239 zł 04 gr (słownie: dwieście trzydzieści dziewięć złotych cztery grosze) tytułem kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) 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 - Międzyleski Szpital Specjalistyczny w Warszawie zawarł w dniu 31

stycznia 2019 r. na okres 3 lat tj. od dnia 1 lutego 2019 r. do 31 stycznia 2022 r. w trybie konkurencyjnym na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2004 Nr 19 poz. 177 z późn. zm.), zwanej Ustawą z 2004 r., z Fudeko S.A. umowę nr 22/U/19 na świadczenie przez wykonawcę na rzecz zamawiającego i pod jego nadzorem usługi w zakresie kompleksowego żywienia pacjentów (zwaną dalej Umową), zmienioną między innymi aneksem nr 2 z dnia 31 stycznia 2022 r. przedłużającym okres obowiązywania Umowy o cztery miesiące do dnia 31 maja 2022 r. (zwanym dalej Aneksem nr 2) oraz aneksem nr 3 z dnia 31 maja 2022 r. przedłużającym okres obowiązywania Umowy o cztery miesiące do dnia 30 września 2022 r. (zwanym dalej Aneksem nr 3).

W dniu 15 czerwca 2022 r. CATERMED sp. z o.o. w Łodzi złożyła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie odwołanie na udzielenie przez Zamawiającego zamówienia z pominięciem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), dalej zwanej Ustawą poprzez zawarcie Aneksu nr 2 oraz Aneksu nr 3.

Czynnościami Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 4 pkt 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 17 ust. 2 w zw. z art. 37 ust. 1 w zw. z art. 88 ust. 1 w zw. z art. 129 ust. 2 Ustawy poprzez udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy Fudeko S.A. z pominięciem stosowania Ustawy, tj. bez przeprowadzenia postępowania, bez ogłoszenia, podmiotowi niewybranemu zgodnie z przepisami ustawy, w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
2. art. 144 ust. 1 pkt 3 i 6, ust. 1a, ust. 1c oraz ust. 3 Ustawy z 2004 r. w zw. z art. 91 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020) poprzez przedłużenie okresu obowiązywania Umowy do dnia 31 maja 2022 r. Aneksem nr 2 a następnie do 30 września 2022 r. Aneksem nr 3, które to zmiany umowy były niedopuszczalne, bowiem konieczność zmiany umowy jest spowodowana okolicznościami, które

Zamawiający, działając z należytą starannością, mógł przewidzieć, a nadto:

- a) wartość zmiany Umowy Aneksem nr 2 z dnia 31 stycznia 2022 r. nie jest mniejsza niż 10% wartości zamówienia określonej pierwotnie w Umowie,
- b) Zamawiający nie ogłosił o zmianie Umowy dokonanej Aneksem nr 3 z dnia 31 maja 2022 r.

co prowadzić powinno do wniosku, że Zamawiający wprowadził kolejne zmiany do Umowy w celu uniknięcia stosowania przepisów Ustawy.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i unieważnienie umowy o udzielenie zamówienia publicznego zawartej w formie Aneksu nr 3 z dnia 31 maja 2022 r. do Umowy w zakresie zobowiązań niewykonanych i o nałożenie na Zamawiającego kary finansowej - na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 2 lit. b) Ustawy.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, bowiem prowadzi działalność w zakresie żywienia pacjentów podmiotów leczniczych i miałby możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wnosil o dopuszczenie dowodu z:

1. Umowy, Aneksu nr 2, Aneksu nr 3, pisma Odwołującego z dnia 1 czerwca 2022 r. o udzielenie informacji publicznej „z wnioskiem o udostępnienie do wglądu umowy lub aneksu przedłużającego poprzednią umowę z obecnym Wykonawcą świadczącym usługi „Świadczenie usług w zakresie kompleksowego żywienia pacjentów z dzierżawą pomieszczeń kuchni Zamawiającego, oraz całej dokumentacji na podstawie której umowa/aneks została zawarta”, odpowiedzi Zamawiającego z dnia 9 czerwca 2022 r. którą Zamawiający przesłał wymienione w piśmie dokumenty tj. Umowę wraz z załącznikami oraz aneksami, w celu wykazania faktu, że: Odwołujący w dniu 9 czerwca 2022 roku dowiedział się

udzieleniu zamówienia z pominięciem stosowania Ustawy (tj. zawarcia Aneksów nr 2 oraz nr 3); Zamawiający dwukrotnie zmienił Umowę, w tym przedłużył termin realizacji zamówienia o łącznie 8 miesięcy, pomimo niespełnienia przesłanek zmiany Umowy; Zamawiający pod pozorem zmiany Umowy udzielił zamówienia publicznego z pominięciem stosowania przepisów Ustawy;

2. wydruku ogłoszenia o zamówieniu nr 2022/S 087-237773 w celu wykazania faktu, że Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w maju 2022 roku.

Pismem z dnia 5 lipca 2022 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, wskazując między innymi, że zawarcie Umowy na pierwotny okres uwzględniało szacowanie wartości Umowy przy przyjęciu średniej liczby osobodni na poziomie 290 rocznie. Tymczasem między innymi z uwagi na okres epidemiczny faktyczny poziom osobodni był znacząco niższy, co wpłynęło na fakt, że środki finansowe określone w Umowie nie zostały w pełni wykorzystane i w konsekwencji zawarto Aneks nr 2 na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 6) Ustawy z 2004 r. . Celem wykazania faktu zawarcia Aneksu nr 2 z poszanowaniem pułapu zmiany określonego powołanym powyżej przepisem 10 % wartości umowy Zamawiający złożył podsumowanie wartości żywienia (luty 2019 - maj 2022) , który wskazuje, między innymi, że pułap realizacji Umowy wraz z aneksami na koniec maja 2022 r. wynosił 106 %. Zamawiający wskazał również, że równocześnie z zawarciem Aneksu nr 2 rozpoczął pracę nad wszczęciem nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zlecając jego przygotowanie zespołowi pracowników, których wielotygodniowa praca skutkowałą zainicjowaniem nowego postępowania w maju 2022r. , które zostało unieważnione na podstawie art. 255 pkt. 3) Ustawy albowiem wszystkie trzy złożone oferty przewyższały kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Unieważnienie to zrodziło konieczność zawarcia Aneksu nr 3 na podstawie art. 144 ust. 1 pkt. 3) Ustawy z 2004 r. , okoliczności tej bowiem Zamawiający nie mógł przewidzieć i nie przekraczała ona 50 % wartości zamówienia z Umowy. Wysokość ofert wynikała również z inflacji i przekraczała istotnie kwotę na sfinansowanie zamówienia.

Pismem z dnia 11 lipca 2022 r. Odwołujący wskazał dodatkowo na brak prawnej możliwości przedłużenia Umowy w drodze Aneksów nr 2 i nr 3 wobec charakteru świadczeń nią objętych. W ocenie Odwołującego zmiana terminu obowiązywania umowy w sprawie zamówienia publicznego jest niedopuszczalna jeżeli jej przedmiotem są świadczenia ciągłe lub okresowe. Przedstawił własną kalkulację wartości zmiany dokonanej Aneksem nr 2. Odwołujący wskazał również, że Zamawiający wykazał się rażącym niedbalstwem zawierając Aneks nr 3 z uwagi na unieważnienie postępowania wszczętego w maju 2022 r. wobec tego, że powinien wszcząć nowe postępowanie na co najmniej 3 miesiące przez zakończeniem Umowy a więc z końcem października 2021 r. , co umożliwiłoby mu w sytuacji gdyby okazało się że ofertowe kwoty przekraczają kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia wszczęcie kolejnego postępowania.

W dniu 11 lipca 2022 r. Zamawiający przedłożył dokumenty postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług w zakresie kompleksowego żywienia pacjentów z dzierżawą pomieszczeń Zamawiającego na okres 36 miesięcy wszczętego ogłoszeniem opublikowanym w dniu 4 maja 2022 r.: informację z dnia 23 maja 2022 r. o kwocie przeznaczony na sfinansowanie zamówienia w wysokości 8 260 000 zł brutto; informację z otwarcia ofert z dnia 23 maja 2022 r. wykonawców Fudeko S.A. na kwotę jednostkową 34,23 zł, Impel Catering sp. z o.o. na kwotę jednostkową 10 755 037,44 zł, Catermed sp. z o.o. na kwotę jednostkową 45,54 zł.; zawiadomienie o wyniku postępowania przetargowego z dnia 26 maja 2022r. o unieważnieniu w trybie art. 255 ust. 3 Ustawy , gdzie najniższa oferta przekraczała kwotę przeznaczona na sfinansowanie o 2 495 037, 44 zł brutto a Zamawiający nie mógł jej zwiększyć, a oferty złożone zostały na wartość ogólną: Fudeko S.A. 10 869 736,50 zł, czynsz 20.000,00 zł, Impel Catering sp. z o.o. 10 755 037,44 zł, czynsz 24 600 zł, Catermed sp. z o.o. 13 508 577,00 zł, czynsz 24 600 zł.

Rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając powołane przez Strony i załączone do akt sprawy postępowania dokumenty, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy oraz dokumenty składające się na akta postępowania prowadzonego przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie o sygnaturze akt KIO 1513/22, z których dowód Izba dopuściła z urzędu, Krajowo Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutu udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy Fudeko S.A. z pominięciem stosowania Ustawy poprzez przedłużenie okresu obowiązywania zawartej w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego

umowy nr 22/U/19 z dnia 31 stycznia 2019 r. do dnia 31 maja 2022 r. aneksem nr 2 z dnia 31 stycznia 2022 r. odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w Ustawie na zaskarżenie opisanych w nich czynności lub zaniechań zamawiającego i w tym zakresie umorzyła postępowanie.

W pozostałym zakresie Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Ustawy tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności i zaniechania Zamawiającego. Jednak ze względu na nie wykazanie zaistnienia naruszeń Ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na pozyskanie zamówienia Izba oddaliła odwołanie w pozostałym zakresie.

Izba ustaliła, że Zamawiający zawarł w dniu 31 stycznia 2019 r. na okres 3 lat tj. od dnia 1 lutego 2019 r. do 31 stycznia 2022 r. w trybie konkurencyjnym na podstawie Ustawą z 2004 r. z Fudeko S.A. Umowę na świadczenie przez wykonawcę na rzecz zamawiającego i pod jego nadzorem usługi w zakresie kompleksowego żywienia pacjentów wraz z dzierżawą pomieszczeń, gdzie przyjęto w szczególności, że: przeciętna ilość hospitalizowanych pacjentów wyniesie średnio dziennie 290 osobodni i Zamawiający zastrzegł, iż podana wartość szacunkowa średniej ilości żywionych pacjentów w może ulec zmianie (par. 1 ust. 3 Umowy); podstawą sporządzania posiłków dla pacjentów stanowi aktualne zapotrzebowanie na posiłki (par. 7 ust. 6 lit. d. Umowy); Zamawiający będzie przekazywał Wykonawcy drogą elektroniczną ilość zamawianych posiłków na dzień następnny z możliwością wprowadzania korekt w bieżącym dniu w określonych godzinach (pat. 7 ust. 1 Umowy); strony ustaliły cenę jednostkową, bazową i ryczałtową osobodnia żywienia dla określonej diety (23,55 zł netto tj 25,43 zł brutto) oraz wartość umowy 8 082 671, 20 zł brutto (par. 11 ust. 1- 7 2, 3, 4 , 5,6 Umowy); podstawą rozliczenia stanowiło specyfikacja wydanych posiłków w rozbiu na oddziały oraz wykaz umów na świadczenie usług dla odbiorców zewnętrznych (par. 11 ust. 12 Umowy). Umowa zmieniona została między innymi:

1. Aneksem nr 2 z dnia 31 stycznia 2022 r., którym przedłużono okres obowiązywania Umowy o cztery miesiące do dnia 31 maja 2022 r., zmieniono jednostkową cenę ryczałtowa podstawową osobodnia żywienia oraz dodano zapis zgodnie z którym zamawiający zastrzegł sobie prawo wcześniejszego rozwiązania Umowy w przypadku zakończenia procedury przetargowej i wyłonienia wykonawcy na świadczenie usług żywienia, poprzez złożenie pisemnego oświadczenia z zachowaniem 14 dniowego okresu wypowiedzenia, jako podstawę zawarcia wskazano art. 144 ust. 1 pkt. 6 Ustawy z 2004 r.;
2. Aneksem nr 3 z dnia 31 maja 2022 r. , którym przedłużono okres obowiązywania Umowy o cztery miesiące do dnia 30 września 2022 r., jako podstawę zawarcia wskazano art. 144 ust. 1 pkt. 3 Ustawy z 2004 r.

Izba ustaliła również, że: Zamawiający po zawarciu Aneksu nr 2 przystąpił do przygotowania postępowania konkurencyjnego w ramach Ustawy na usługę kompleksowego żywienia pacjentów. W marcu 2022 r. szacowana była wartość zamówienia oraz, że po zawarciu Aneksu nr 3 nie przekazał ogłoszenia o zmianie umowy do Urzędowego Dziennika Unii Europejskiej, co wynika z oświadczeń Zamawiającego oraz Odwołującego złożonych na rozprawie, w tym w szczególności w zakresie niezaprzeczonemu przez drugą stronę i spójne jest z zebranych w sprawie materiałem dowodowym.

W dniu 6 czerwca 2022 r. Catermed sp. z o.o. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie Ustawy, mimo że Zamawiający był do tego obowiązany i udzielenie go w trybie niekonkurencyjnym z wolnej ręki dotychczasowemu wykonawcy Fudeko S.A. przez: zaniechanie udzielenia zamówienia na żywienie w trybach konkurencyjnych i udzielenie przez Zamawiającego zamówienia na usługi żywienia w trybie niekonkurencyjnym - z wolnej ręki bez wykazania ustawowych podstaw do udzielenia zamówienia z wolnej ręki, w sytuacji gdy udzielenie zamówienia, w trybie niekonkurencyjnym możliwe jest po spełnieniu ustawowych przesłanek, które należy wyklądać w sposób ściśle i wnosić o unieważnienie Umowy zawartej przez Zamawiającego z Fudeko S.A. na okres 4 miesięcy począwszy od dnia 1 czerwca 2022 roku. Sprawa rozpatrywana była przez Izbę pod sygnaturą akt KIO 1513/22 i zakończyła się wydaniem postanowienia o umorzeniu w związku z cofnięciem odwołania przez Catermed sp. z o.o. w następstwie poinformowania go w dniu 9 czerwca 2022 r. że świadczenie usług przez Fudeko S.A. przez okres czterech miesięcy od 1 czerwca 2022 r. do 31 września 2022 r. odbywa się na podstawie Aneksu nr 3 do /umowy a nie odrębnej umowy. Informację o zakontraktowaniu usług z Fudeko S.A. na okres 4 miesięcy od 1 czerwca 2022 r. Odwołujący uzyskał od pracownika Zamawiającego w dniu 2 czerwca 2022 r. Powyższe okoliczności

znane są Izbie z urzędu oraz spójne są z oświadczeniami Stron złożonymi na rozprawie.

Pismem z dnia 1 czerwca 2022 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udzielenie informacji publicznej „z wnioskiem o udostępnienie do wglądu umowy lub aneksu przedłużającego poprzednią umowę z obecnym Wykonawcą świadczącym usługi „Świadczenie usług w zakresie kompleksowego żywienia pacjentów z dzierżawą pomieszczeń kuchni Zamawiającego, oraz całej dokumentacji na podstawie której umowa/aneks została zawarta”.

Zamawiający pismem z dnia 9 czerwca 2022 r. przesłał Odwołującemu wymienione w piśmie dokumenty tj. Umowę wraz z załącznikami oraz aneksami.

W dniu 4 maja 2022 r. wszczęte zostało przez Zamawiającego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o wartości zamówienia przekraczającej progi unijne pn. „Świadczenie usług w zakresie kompleksowego żywienia pacjentów z dzierżawą pomieszczeń Zamawiającego na okres 36 miesięcy”, ogłoszone w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 4 maja 2022 roku pod numerem: 2022/S 087-237773, numer referencyjny: U -13/US/22. W postępowaniu oferty złożyły trzy podmioty na wartość ogólną: Fudeko S.A. 10 869 736,50 zł, czynsz 20.000,00 zł, Impel Catering sp. z o.o. 10 755 037,44 zł, czynsz 24 600 zł oraz Catermed sp. z o.o. 13 508 577,00 zł, czynsz 24 600 zł. Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 8 260 000 zł brutto i nie miał możliwości jej zwiększenia do najniższej z cen ofertowych o czym poinformował wykonawców unieważniając w dniu 26 maja 2022 r. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 ust. 3 Ustawy. Najniższa oferta przekraczała kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia o 2 495 037, 44 zł brutto, zaś cen a ofertowa Odwołującego o 5 000 000 zł. Powodem złożenia tak wysokich cen była między innymi inflacja. Powszechnie wiadomo, że w kwietniu 2022 r. ceny towarów i usług konsumpcyjnych wzrosły o 12,3% w porównaniu z analogicznym miesiącem ubiegłego roku, co ogłosił Główny Urząd Statystyczny, co stanowi najwyższą inflację od maja 1998 roku i sytuacja inflacji utrzymuje się.

W ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wszczętego 4 maja 2022 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie w dniu 10 maja 2022 r. od specyfikacji warunków zamówienia złożył między innymi Catermed sp. z o.o.. Odwołanie to złożone zostało w dniu 10 maja 2022 r. sprawie nadano sygnaturę akt KIO 1282/22 i zakończyło się wydaniem postanowienia o umorzeniu postępowania w związku z unieważnieniem przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe okoliczności znane są Izbie z urzędu.

Izba ustaliła, że Odwołujący jest podmiotem potencjalnie zainteresowanym uzyskiwaniem zamówień publicznych w zakresie objętym Umową w tym zmienioną aneksami oraz był zainteresowany pozyskaniem zamówienia objętego Umową oraz Aneksami nr 2 i nr 3; firma powiązana z Odwołującym złożyła ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego efektem było zawarcie Umowy, a która podlegała odrzuceniu ze względu na nie uzupełnienie braków; Odwołujący zwracał się do Zamawiającego z pytaniami w trybie dostępu do informacji publicznej od grudnia 2021 roku i w odpowiedzi pozyskiwał między innymi faktury wystawiane przez Fudeko S.A. w ramach Umowy zmienionej Aneksem nr 2. Odwołujący miała świadomość realizacji usług przez dotychczasowego wykonawcę Fudeko S.A. na rzecz Zamawiającego po upływie pierwotnego terminu obowiązywania Umowy tj. po 31 stycznia 2022 r. i interesował się podstawami prawnymi dalszej współpracy Fudeko S.A. z Zamawiającym po 31 stycznia 2022 r., bo był zainteresowany realizacją usług na rzecz szpitala. Zamawiający miał świadomość, że zamówienie na usługi kompleksowego żywienia pacjentów jest przedmiotem zainteresowania różnych wykonawców, w tym Odwołującego. Powyższe wynika z oświadczeń Zamawiającego oraz Odwołującego złożonych na rozprawie, w tym w szczególności w zakresie niezaprzeczoną przez Odwołującego i spójne jest z zebrany w sprawie materiałem dowodowym oraz zasadami logiki i doświadczenia życiowego.

Mając na uwadze powyższe ustalenia Izba stwierdza, że zgodnie z art. 515 ust. 3 Ustawy odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w terminie: 1) 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne; 2) 5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których

wartość jest mniejsza niż progi unijne.

W niniejszym przypadku wprowadzie informacja o realizacji usług przez dotychczasowego wykonawcę Fudeko S.A. na rzecz Zamawiającego w oparciu o Aneks nr 2 i nr 3 przekazana została Odwołującemu w dniu 9 czerwca 2022 r. jednak Odwołujący znał pierwotny termin obowiązywania Umowy, był zainteresowany pozyskaniem zamówienia na przedmiotowe usługi również od początku roku 2022 r. i posiadał wiedzę o realizacji tych usług przez Fudeko S.A. pomimo zakończenia pierwotnie określonego terminu obowiązywania Umowy. Tym samym przy dołożeniu należytej staranności powinien i mógł poznać wiadomość o podstawie prawnej realizacji tej usługi już w okresie od lutego 2022 r. Z całą pewnością odwołanie od zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie Ustawy w odniesieniu do usług realizowanych w oparciu o Aneks nr 2 zawarty w dniu 31 stycznia 2022 roku do dnia 31 maja 2022 r. i zawarcia Aneksu nr 2 z naruszeniem Ustawy z 2004 r. jako wniesione w dniu 15 czerwca 2022 r - po upływie czterech i pół miesiąca licząc od zakończenia pierwotnego terminu obowiązywania Umowy - należy uznać za spóźnione - dokonane z naruszeniem terminu do jego wniesienia. W tym miejscu odwołać należy się do wypracowanej na gruncie kodeksu cywilnego art. 355 kc w zw. z art. 8 ust. 1 Ustawy definicji należytej staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju, a w zakresie prowadzonej przez dłużnika działalności gospodarczej określanej przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Zakres przedmiotowy zastosowania art. 355 k.c. jest szeroki; dotyczy on nie tylko dłużnika w trwającym już zobowiązaniu umownym, ale również każdej osoby zobowiązanej, bez względu na źródło obowiązku i jego charakter (wyrok SN z 13 listopada 2014 r., V CSK 35/14) a więc również obowiązku dochowania terminów wniesienia środków zaskarżenia opisanych Ustawą. Obowiązek dochowania należytej staranności wymaga więc w świetle definicji kodeksowej stworzenia obiektywnego wzorca postępowania dłużnika w zależności od profesjonalnego charakteru wykonywanej przez niego działalności, obiektywizuje on winę dłużnika i pozostawia irrelevantnym psychiczne nastawienie do czynu podczas gdy istotne przy ocenie czy dochowano należytej staranności mogą być okoliczności, w jakich przyszło dłużnikowi działać. Staranność wymagana w stosunkach danego rodzaju będzie musiała być uwzględniana w odniesieniu do wiedzy, doświadczenia i umiejętności praktycznych, jakie wymagane są od przedsiębiorcy podejmującego się określonej działalności. Wysoki stopień staranności wymaganej od dłużnika wynika bezpośrednio z faktu, że oczekiwania osoby zawierającej z nim umowę zazwyczaj są wyższe niż w stosunku do osoby, która nie prowadzi danej działalności zawodowo. Ustawodawca zakłada, że przedsiębiorca nie tylko ma większą wiedzę i doświadczenie niż osoba nieprowadząca takiej działalności, ale jest od niej rzetelniejsza i ma większą zdolność przewidywania (wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 6 października 2016 r. I ACa 246/16). W niniejszej sprawie Odwołujący jest podmiotem profesjonalnym, posiadającym doświadczenie i kompetencje zawodowe w tym również w zakresie stosowania Ustawy. Stąd biorąc pod uwagę problem należytej staranności także w świetle wiedzy o pierwotnym terminie obowiązywania Umowy uzasadnione jest oczekiwanie od Odwołującego formalnego zainteresowania i ustalenia faktu i podstawy prawnej realizacji usług już od początku lutego 2022r. W niniejszej sprawie Odwołujący miał, a na pewno mógł mieć, świadomość realizacji usług przez dotychczasowego wykonawcę Fudeko S.A. pomimo upływu pierwotnego okresu obowiązywania Umowy już od lutego 2022 r. i był zainteresowany pozyskaniem zamówienia na okres po 31 stycznia 2022 r.. Pomimo tego z wnioskiem o wskazanie podstawy prawnej realizacji przedmiotowej usługi przez Fudeko S.A. wystąpił do Zamawiającego dopiero w dniu 1 czerwca 2022 r., co było możliwe przy zachowaniu należytej staranności już wcześniej, nawet w lutym 2022 r..

Tym samym Izba zgodnie z art. 528 pkt. 3) w zw. z art. 515 ust. 3 pkt 1) Ustawy odrzuciła odwołanie we wskazanym w wyroku zakresie.

W odniesieniu do pozostałych zarzutów - odnoszących się do zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z Ustawą, zawarcia Aneksu nr 3 z naruszeniem Ustawy z 2004r. i realizacji usług w oparciu o zawarty z naruszeniem Ustawy z 2004 r. Aneks nr 3 oraz zaniechania przekazania ogłoszenia o zmianie umowy do Urzędowego Dziennika Unii Europejskiej Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Ustawy tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności i zaniechania Zamawiającego.

Zgodnie z art. 144 Ustawy (w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r - przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych) ust. 1 pkt. 3 zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: (...) zostały spełnione łącznie następujące warunki:

- a) konieczność zmiany umowy lub umowy ramowej spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć,
- b) wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej;
- 1b. W przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 1, 3 i 6, zmiany postanowień umownych nie mogą prowadzić do zmiany charakteru umowy lub umowy

ramowej; 1c. W przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 2 i 3,

zamawiający, po dokonaniu zmiany umowy, zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych lub przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie o zmianie umowy.; ust. 3

Jeżeli zamawiający zamierza zmienić warunki realizacji zamówienia, które wykraczają poza zmiany umowy lub umowy ramowej dopuszczalne zgodnie z ust. 1-1b, 1d i 1e obowiązany jest przeprowadzić nowe postępowanie o udzielenie zamówienia.

W świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu” zaś „Odwołanie zawiera: (...) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności”. W niniejszej sprawie odwołanie nie zawierało uzasadnienia faktycznego, które pozwoliłoby na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania Zamawiającego czy zdarzenia, wypełniającego przepisy prawa, których naruszenie zarzucił Odwołujący - niezgodna z ustawą z 2004 r. zmiana Umowy i udzielenie zamówienia z pominięciem Ustawy. Zgodnie z art. 554 ust. 1 Ustawy „Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców”, co nie zostało wykazane odwołaniem, w tym również w zakresie następstw zaniechania przekazania ogłoszenia - istotności wpływu zaniechania na wynik postępowania. Nie wskazano ani nie wykazano przesłanek unieważnienia umowy.

Jednocześnie wyjaśnienia Zamawiającego, również w świetle zebranego w postępowaniu materiału dowodowego, wskazują na staranność w przygotowaniu postępowania wszczętego w dniu 4 maja 2022r. oraz nieprzewidywalność konieczności unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt. 3) Ustawy wobec złożenia trzech ofert przenoszących sumę jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, z których najniższa przekraczała ją o blisko dwa i pół miliona złotych brutto i wiążącej się z tym konieczności przedłużenia Umowy o 4 miesiące, który to okres daje Zamawiającemu możliwość przeprowadzenia kolejnego postępowania w trybie konkurencyjnym, także z uwzględnieniem prowadzonych przez Zamawiającego konsultacji rynkowych mających na celu dostosowanie opisu przedmiotu zamówienia i czasu trwania umowy do aktualnej sytuacji rynkowej i możliwości finansowych Zamawiającego.

Jednocześnie Izba wskazuje, że zgodnie z treścią art. 139 ust. 1 Ustawy z 2004 r. oraz art. 8 ust. 1 Ustawy do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy odpowiednio Ustawy z 2004 r. lub nie stanowią inaczej. W kontekście dopuszczalności zmiany umowy należy się więc odwołać do art. 353/1/ kc, określającego ogólne zasady wyznaczające granice swobody

umów. Zgodnie zaś ze stanowiskiem Sądu Najwyższego z dnia 18 stycznia 2001 r., sygn.

akt: V CKN 193/00, „swoboda umów stanowi w istocie swobodę kształtowania treści stosunku zobowiązaniowego przez umowę, obejmuje zatem nie tylko umowy tworzące stosunek zobowiązaniowy, ale także umowy zmieniające ten stosunek oraz rozwiązujące go”, co oznacza, że przy analizowaniu dopuszczalności zmiany umowy należy uwzględnić to, czy treść lub cel stosunku nie sprzeciwiałyby się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Stąd podjęcie decyzji przez zamawiającego w przedmiocie zapewnienia realizacji usług w drodze zmiany umowy poprzez jej przedłużenie lub zawarcia umowy nowej wobec zakończenia aktualnie obowiązującej - o ile każda z nich zgodna będzie z przepisami Ustawy lub Ustawy z 2004 r. w konkretnym stanie faktycznym - pozostawiona jest jego wyborowi.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska i dowody przedstawione w pismach procesowych i na rozprawie.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt. 1) Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 575 i art. 574 Ustawy oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 1 oraz 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) Rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania

(Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący