

Sygn. akt: KIO 513/22

## POSTANOWIENIE

z dnia 11 marca 2022 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Anna Osiecka**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 11 marca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lutego 2022 r. przez wykonawcę **MELVIT Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa z siedzibą w Warszawie**

**postanawia:**

1. **odrzuć odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciążyć wykonawcę **MELVIT Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** i zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **MELVIT Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**, tytułem wpisu od odwołania.

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 niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Krajowy Ośrodek Wsparcia Rolnictwa z siedzibą w Warszawie, dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *Dostawa artykułów spożywczych do magazynów organizacji partnerskich w ramach Programu Operacyjnego Pomoc Żywnościowa 2014-2020 Podprogram 2021 koszyk 1* w podziale na części. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp”.

W dniu 24 lutego 2022 r. wykonawca MELVIT Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący”, wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w zakresie części drugiej zamówienia, od:

- 1) niezgodnej z przepisami ustawy czynności, podjętej w postępowaniu przez Zamawiającego, polegającej na wyborze oferty złożonej przez „AGROL” Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe Sp. z o.o. z siedzibą w Raciążu, która to oferta w istocie nie stanowiła oferty najkorzystniejszej,
- 2) zaniechania przez Zamawiającego podjęcia czynności w postępowaniu, do której ten był zobowiązany przepisami ustawy, tj. zaniechania następujących czynności: (i) podjęcia działań w celu wyjaśnienia wpływu wskazanych przez Odwołującego okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na należyte wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz (ii) uzgodnienia lub podjęcia z Odwołującym negocjacji w celu uzgodnienia zmiany warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego, zwłaszcza biorąc pod uwagę intencję Odwołującego zawarcia z Zamawiającym umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach, które w dalszym ciągu są najkorzystniejsze dla Zamawiającego niż kolejna oferta wyłoniona w toku postępowania złożona przez „AGROL” Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe Sp. z o.o. z siedzibą w Raciążu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej spośród ofert pozostałych w postępowaniu, o której Odwołujący powziął wiedzę w skutek pisma Zamawiającego z dnia 14 lutego 2022 r., tj. uznanie oferty złożonej przez „AGROL” Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe Sp. z o.o. z siedzibą w Raciążu jako oferty najkorzystniejszej;

2) nakazanie Zamawiającemu wykonania czynności polegającej na podjęciu negocjacji z Odwołującym w przedmiocie uzgodnienia zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego objętego postępowaniem z uwagi na wystąpienie okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19, wpływających na należyte wykonanie umowy;

ewentualnie, w przypadku nie uznania wniosków z pkt 1) i 2) powyżej, o:

3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania oraz dokonania zwrotu wadium Odwołującemu

ewentualnie, w przypadku nie uznania wniosków z pkt 1) - 3) powyżej, o:

4) nakazanie Zamawiającemu zwrotu wadium Odwołującemu bez unieważnienia postępowania ze względu na wybranie innej najkorzystniejszej oferty i fakt, że nie zawarcie umowy z Odwołującym nie nastąpiło z przyczyn leżących po stronie Odwołującego.

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba ustaliła, iż Zamawiający przekazał kopię odwołania innym wykonawcom w dniu 25 lutego 2022 r. W terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Ponadto, Izba ustaliła, iż ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 151-399474 w dniu 6 sierpnia 2021 r. Przedmiot zamówienia został podzielony na 6 części, tj.: 1) makaron jajeczny świderki, 2) kasza jęczmienna, 3) mleko UHT, 4) szynka drobiowa, 5) filet z makreli w oleju, 6) cukier biały. Otwarcie ofert nastąpiło 9 września 2021 r. Oferty w zakresie części 2 złożyło trzech wykonawców, w tym Odwołujący, który wskazał, iż zrealizuje zamówienie w kwocie 2.983.780,80 zł. Pismem z dnia 14 października 2021 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Postępowanie podlegało, zgodnie z art. 613 ustawy Pzp, kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Po zakończeniu kontroli uprzedniej Zamawiający, stosownie do art. 616 ust. 4 Pzp, pismem z dnia 30 listopada 2021 r., poinformował Odwołującego o wyniku kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, a następnie wezwał Odwołującego do podpisania umowy, przesyłając treść umowy do podpisu - zgodną ze wzorem umowy - Załącznikiem nr 4 do SWZ (Istotne Postanowienia Umowy - IPU), wyznaczając Odwołującemu 3 dni na dostarczenie podpisanej umowy, tj. do 3 grudnia 2021 r. Jednocześnie Zamawiający wezwał Odwołującego do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy przed zawarciem umowy.

Pismem z dnia 1 grudnia 2021 r. Odwołujący poinformował Zamawiającego, że na warunkach podanych w ofercie z dnia 8 września 2021 r. nie może zrealizować dostaw

artykułu spożywczego w ramach zadania częściowego nr 2 - dostawy kaszy jęczmiennej, w związku z czym odstępuje od podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie. Jednocześnie Odwołujący wniósł o możliwość renegocjacji warunków złożonej oferty do obecnie obowiązujących warunków rynkowych. W przypadku braku zgody na negocjacje warunków umowy Odwołujący zawnioskował o odstąpienie od zatrzymania wadium.

Pismem z dnia 30 grudnia 2021 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o zatrzymaniu wadium wraz odsetkami na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp, podnosząc, że wskazane przez wykonawcę przyczyny niemożności podpisania umowy są przyczynami pozornymi, a prawdziwe leżą po stronie wykonawcy.

Pismem z dnia 14 stycznia 2021 r. Odwołujący wezwał Zamawiającego do zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego na zmienionych warunkach uwzględniających nadzwyczajne okoliczności jakie zaszły po złożeniu oferty przez wykonawcę, ustalonych przez Zamawiającego i wykonawcę w wyniku renegocjacji warunków w zakresie terminu wykonania umowy oraz ceny należnej wykonawcy za dostawę zamówienia, proponując nową cenę zamówienia w wysokości 3 767 400,00 zł oraz wskazując nowy termin dostawy zamówienia - 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Jednocześnie, w przypadku odmowy przez Zamawiającego zawarcia umowy na warunkach zaproponowanych przez Odwołującego i nie podjęcia w tym zakresie negocjacji Odwołujący wezwał Zamawiającego do zwrotu wadium wraz z odsetkami, które Odwołujący wniósł na rachunek bankowy Zamawiającego w odniesieniu do zadania częściowego nr 2 w kwocie 73 000 zł w terminie 7 dni od dnia otrzymania niniejszego pisma.

Zamawiający na podstawie art. 263 w zw. z art. 253 ust. 1 ustawy Pzp dokonał ponownego badania i oceny ofert spośród ofert pozostałych wykonawców. Ofertą najwyższej ocenioną spośród pozostałych w tej części postępowania (zadanie częściowe nr 2) była oferta złożona przez „AGROL” Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe Sp. z o.o. Z uwagi na upływanie terminu związania ofertą przed wyborem oferty najkorzystniejszej, Zamawiający, na podstawie art. 252 ust. 2 ustawy Pzp zwrócił się do „AGROL” Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe Sp. z o.o. o wyrażenie zgody na wybór jego oferty po upływie terminu związania ofertą, na co wykonawca wyraził zgodę pismem z 10 lutego 2022 r.

Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej została przekazana wykonawcom biorącym udział w postępowaniu w zakresie zadania częściowego nr 2 oraz opublikowana na stronie Zamawiającego w dniu 14 lutego 2022 r. W dniu 24 lutego 2022 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie.

Izba na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron dokonała czynności

formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że w tak ustalonym stanie faktycznym przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Stosownie do art. 515 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, który to przepis ma zastosowanie w przedmiotowej sprawie, odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

W tym miejscu Izba wskazuje, że zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 i 2320), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Zgodnie z art. 355 § 1 KC dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przez należyta staranność rozumie się określony sposób postępowania, mający prowadzić do spełnienia świadczenia, pewien model czy wzorzec skonstruowany z reguł postępowania (Kodeks cywilny - komentarz; red. E. Gniewek, p. Machnikowski CH BECK Warszawa 2017 r.). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (wyrok Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (wyrok Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02).

Dodatkowo, w stosunku do profesjonalistów, miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż zgodnie z art. 355 § 2 KC należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Zatem konstruując wzorzec należytej staranności przedsiębiorcy w stosunkach jednostronnie i obustronnie profesjonalnych należy brać pod uwagę to, że jego działalność ma charakter profesjonalny (zawodowy), co oznacza między innymi, że prowadzona jest stale i przynajmniej w założeniu, oparta na szczególnej wiedzy i umiejętnościach. Prowadzenie działalności profesjonalnej uzasadnia zwiększone oczekiwania otoczenia co do wiedzy, skrupulatności i rzetelności podmiotu prowadzącego taką działalność (Kodeks cywilny - komentarz; red. E. Gniewek, P. Machnikowski CH BECK Warszawa 2017 r.). Za

takiego profesjonalistę należy również uznać wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego.

Podkreślić należy, że terminy na wniesienie odwołania są terminami zawitymi (art. 515 ustawy Pzp), a ich dochowanie ma kluczowe znaczenie dla kwestionowania decyzji Zamawiającego. Z drugiej strony, tak przyjęte przez prawodawcę terminy na wniesienie odwołania (w tym przypadku 10 dni od czynności Zamawiającego) oraz ich stanowczy (prekluzyjny) charakter mają na celu sprawne prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący kwestionuje zaniechanie podjęcia działań w celu wyjaśnienia wpływu wskazanych przez Odwołującego okoliczności związanych z wystąpieniem COVID-19 na należyte wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz zaniechanie uzgodnienia lub podjęcia z Odwołującym negocjacji w celu uzgodnienia zmiany warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej informacje stanowiące podstawę uzasadnienia faktycznego postawionych zarzutów wniesionego w dniu 24 lutego 2022 r. odwołania, mogły być formułowane przez Odwołującego od dnia 30 grudnia 2021 r., tj. od dnia kiedy Zamawiający poinformował Odwołującego o zatrzymaniu wadium. Dlatego też zarzuty, jakie w odwołaniu postawił Odwołujący, są spóźnione. Z kolei czynność wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez „AGROL” Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe Sp. z o.o., która została dokonana w dniu 14 lutego 2022 r. jest wyłącznie konsekwencją dokonanej wcześniej przez Zamawiającego czynności, związanej z zatrzymaniem wadium na skutek oświadczenia Odwołującego o odstąpieniu od podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie. Stosownie do art. 263 ustawy Pzp jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może dokonać ponownego badania i oceny ofert spośród ofert pozostałych w postępowaniu wykonawców oraz wybrać najkorzystniejszą ofertę albo unieważnić postępowanie.

Mając zatem na uwadze, że Zamawiający poinformował Odwołującego o czynności zatrzymania wadium, odwołanie powinno zostać wniesione w terminie 10 dni od daty przesłania informacji, a zatem w dniu 9 stycznia 2022 r. Ewentualnie odwołanie mogłoby zostać złożone w terminie 10 dni od upływu terminu wyznaczonego Zamawiającemu, pismem z dnia 14 stycznia 2022 r., na zwrot wadium wraz z odsetkami. Tymczasem Odwołujący złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lutego 2022 r., a zatem z uchybieniem terminu przewidzianego ustawą Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, iż odwołanie wniesione zostało z uchybieniem ustawowemu terminowi określone w art. 515 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. W związku z powyższym Izba odrzuciła odwołanie na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, orzekając w formie postanowienia, zgodnie z art. 553 zdanie drugie ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Pzp w zw. z §8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....