

Sygn. akt: KIO 138/18

WYROK

z dnia 6 lutego 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Rafał Zadrożny**

Członkowie: **Anna Wojciechowska**

Barbara Bettman

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 lutego 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 stycznia 2018 r. przez wykonawcę **Miejski Zakład Komunalny spółka z o.o. z siedzibą w Stalowej Woli** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Prezydenta Miasta Tarnobrzega,**

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Miejski Zakład Komunalny Spółka z o.o. z siedzibą w Stalowej Woli** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Miejski Zakład Komunalny spółka z o.o. z siedzibą w Stalowej Woli** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Tarnobrzegu**.

Przewodniczący :

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – **Prezydent Miasta Tarnobrzega** (dalej jako „Zamawiający”) prowadził postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki pn.: *„Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Tarnobrzeg odbieranych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy”* (dalej jako „Postępowanie”).

Wartość ww. zamówienia jest niższa od kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 9 stycznia 2018 r. pod nr 500005977-N-2018.

Odwołujący wykonawca Miejski Zakład Komunalny spółka z o.o. z siedzibą w Stalowej Woli (dalej jako „Odwołujący”), wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 stycznia 2018 r., wobec niezgodnych z przepisami czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na wyborze przez Zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki jako trybu właściwego dla przeprowadzenia Postępowania, czym Zamawiający naruszył:

- 1.) art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 10 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zastosowanie przez Zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki w sytuacji, w której nie zaistniały przesłanki zastosowania tego trybu udzielenia zamówienia określone w przepisie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, tj. w stanie faktycznym sprawy nie zaistniała wyjątkowa sytuacja niewynikająca z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, jak również nie zaistniała niemożność zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia, w szczególności trybu przetargu nieograniczonego;
- 2.) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także zasady przejrzystości, polegające na zastosowaniu przez Zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki pomimo braku ku temu ustawowych przesłanek, skutkującego udzieleniem zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

- 1.) na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, unieważnienie umowy zawartej w Postępowaniu przez Zamawiającego z konsorcjum spółek FCC Tarnobrzeg sp. z o.o. i FCC Polska sp. z o.o. (dalej jako „FCC”) w dniu 22 grudnia 2017 r.;
- 2.) ewentualnie, na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, unieważnienie umowy zawartej w Postępowaniu przez Zamawiającego w dniu 22 grudnia 2017 r. w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożenie na Zamawiającego kary finansowej;
- 3.) ewentualnie, na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 2 Lit. c) ustawy Pzp w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, nałożenie na Zamawiającego kary finansowej albo orzeczenie o skróceniu okresu obowiązywania umowy zawartej w Postępowaniu przez Zamawiającego w dniu 22 grudnia 2017 r.;
- 4.) ewentualnie, na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 3 ustawy Pzp, stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp;
- 5.) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, na podstawie spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą;
- 6.) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w treści niniejszego odwołania lub przedłożonych w toku postępowania odwoławczego przed Izbą, na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia lub w dacie ich powołania.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał, co następuje:

Odwołujący wskazał, iż złożył odwołanie w terminie określonym w art. 182 ust. 4 pkt 1 ustawy Pzp. W przedmiotowej sprawie Zamawiający nie publikował ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w trybie z wolnej ręki. Zamawiający opublikował ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 9 stycznia 2018 r. W związku z powyższym, przewidziany w art. 182 ust. 4 pkt 1 ustawy Pzp 15-dniowy termin na wniesienie odwołania upływa w dniu 24 stycznia 2018 r.

Uzasadniając interes we wniesieniu odwołania, Odwołujący wskazał, iż zaskarżone czynności Zamawiającego naruszają interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, z uwagi na niezasadne zastosowanie przez Zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki z pominięciem innych zainteresowanych wykonawców, w tym Odwołującego. Zamawiający wszczął i przeprowadził postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki z naruszeniem podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych i przepisów ustawy oraz w sposób nieuprawniony przyjął, że zaistniały przesłanki zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. W wyniku niezgodnego z prawem działania Zamawiającego, Odwołujący został pozbawiony możliwości ubiegania się o zamówienie, do którego wykonywania Odwołujący jest w pełni zdolny. Odwołujący wskazał, iż Zamawiający w dniu 11 sierpnia 2017 r. wszczął postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Tarnobrzeg odbieranych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy” (nr ref. BZP-I.271.78.2017). Dnia 12 października 2017 r. nastąpiło otwarcie ofert w ww. postępowaniu. Pismem z dnia 19 października 2017 r. (zamieszczonym na stronie internetowej Biuletynu Informacji Publicznej Zamawiającego w dniu 20 października 2017 r.) Zamawiający powiadomił o unieważnieniu postępowania nr BZP-I.271.78.2017 powołując się na treść art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i okoliczność, iż cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Informacja o unieważnieniu ww. postępowania została natomiast opublikowana przez Zamawiającego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 listopada 2017 r. 6.5. W dniu 14 listopada 2017 r. Zamawiający wszczął - w trybie przetargu nieograniczonego - kolejne postępowanie, którego przedmiotem było udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Tarnobrzeg odbieranych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy” (nr ref. BZP-1.271.105.2017). Termin składania ofert w ww. postępowaniu został przez Zamawiającego ustalony na dzień 28 grudnia 2017 r. Dnia 28 grudnia 2017 r. nastąpiło otwarcie ofert w ww. postępowaniu, wskutek którego Zamawiający stwierdził, że oferty złożyli dwaj wykonawcy: FCC oraz Odwołujący. Do chwili wniesienia odwołania Zamawiający nie rozstrzygnął przedmiotowego postępowania przetargowego. W dniu 9 stycznia 2018 r. Zamawiający opublikował w Biuletynie Zamówień Publicznych (nr ogłoszenia 500005977-N-2018) ogłoszenie o udzieleniu zamówienia publicznego na „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Tarnobrzeg odbieranych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy” (nr ref. BZP-1.271.117.2017) w trybie zamówienia z wolnej ręki na rzecz wykonawcy FCC. W ogłoszeniu wskazano, że umowa w przedmiocie zamówienia zawarta została (zamówienie udzielone

zostało) dnia 22 grudnia 2017 r. Wartość zamówienia ustalona została przez Zamawiającego na kwotę 675.925,923 zł, zaś cena wybranej przez Zamawiającego oferty (wynagrodzenie FCC) wynosiła 724.680 zł. W uzasadnieniu wyboru trybu Zamawiający wskazał, iż podstawą prawną wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki jest art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający powołał w tym zakresie okoliczności faktyczne dotyczące opisanych wyżej dwóch postępowań prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego, podając przy tym, że w toczącym się w dalszym ciągu postępowaniu przetargowym (nr ref. BZP-1.271.105.2017) „otwarcie ofert nastąpiło 28.12.2017r. i jest w trakcie sprawdzania”. Zamawiający nadto wskazał, że obowiązująca dotychczas umowa dotycząca odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu Gminy wygasła z dniem 31 grudnia 2017 r., wobec czego - ze względu na wyjątkowy charakter usługi, gdzie ze specyfiki wynika że musi być to usługa ciągła - Zamawiający podjął decyzję o zawarciu z FCC umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki na okres 2 miesiące (tj. do dnia 28 lutego 2018 r.). W ocenie Odwołującego, dokonana przez Zamawiającego czynność wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki, prowadząca do udzielenia przez Zamawiającego w Postępowaniu zamówienia wykonawcy FCC, jest niezgodna z przepisami ustawy Pzp.

Jak wskazał Odwołujący, zgodnie z przepisem art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, który wskazany został przez Zamawiającego, jako podstawa prawna wyboru przez niego trybu zamówienia z wolnej ręki, Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeśli ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów postępowania. Powyższe oznacza, że zastosowanie przez Zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o ww. podstawę prawną wymaga wystąpienia następujących okoliczności: zaistnienia wyjątkowej sytuacji; zaistnienie tej sytuacji nie wynika z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego; sytuacji tej Zamawiający nie mógł przewidzieć; wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia; nie można zachować terminów określonych dla innych trybów. Odwołujący podkreślił przy tym, że dla stwierdzenia, że Zamawiający jest uprawniony do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o ww. podstawę prawną, konieczne jest łączne wystąpienie wszystkich wskazanych powyżej obligatoryjnych przesłanek. Niezaistnienie którejkolwiek z nich uniemożliwia natomiast zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej i poglądami doktryny, poprzez „wyjątkową sytuację”, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, należy rozumieć takie zdarzenie, które w normalnym toku rzeczy byłoby mało prawdopodobne, przy czym przewidywalność określonych zdarzeń przez Zamawiającego powinna być postrzegana w kategoriach obiektywnych. Cechę wyjątkowości

można przypisać wyłącznie zdarzeniom losowym i niezależnym od Zamawiającego, wykraczającym poza normalne warunki życia gospodarczego i społecznego, takim jak awarie, klęski żywiołowe (powodzie, Lawiny, sezonowe pożary itp.), katastrofy i wypadki (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 września 2012 r., KIO 1833/12, uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 marca 2015 r., KIO/KD 16/15). Wyjątkowość sytuacji jest przy tym związana z dużą rzadkością występowania określonego zjawiska i jego szczególnością, osobliwością (uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 marca 2014 r., KIO/KD 13/14). Okoliczność uzasadniająca wszczęcie postępowania w trybie z wolnej ręki musi przy tym powstać z przyczyn nie leżących po stronie Zamawiającego, co oznacza, że przyczyny te nie mogą być spowodowane działaniem lub zaniechaniem Zamawiającego. Odwołujący wskazał powołując się na orzecznictwo KIO, iż zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki powinno służyć wyłącznie do przeciwdziałania lub do usunięcia skutków nieprzewidywalnej sytuacji, która nie była przez Zamawiającego zawiniona i której nie mógł on przeciwdziałać, a z powodu zaistnienia której Zamawiający staje przed koniecznością natychmiastowego wykonania określonego rodzaju zamówienia. Tym samym, za okoliczność wyjątkowa i niemożliwa do przewidzenia przez Zamawiającego nie można uznać okoliczności wskazanych w niniejszej sprawie przez Zamawiającego w uzasadnieniu faktycznym zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, tj. wygaśnięcia dotychczasowej umowy na odbiór odpadów komunalnych przed rozstrzygnięciem przez Zamawiającego nowego przetargu w tym zakresie. Zamawiający już od momentu zawarcia poprzedniej umowy w sprawie odbioru odpadów z terenu Gminy był świadomy terminu jej wygaśnięcia - wiedział, że usługi odbioru odpadów na podstawie tej umowy będą świadczone nie dłużej niż do dnia 31 grudnia 2017 r. Odwołujący nadto wskazał, że w przedmiotowej sprawie Zamawiający unieważnił pierwszy przetarg w sprawie usług odbioru odpadów w dniu 19 października 2017 r., a zatem w tydzień po otwarciu ofert, kiedy Zamawiający powziął wiedzę o tym, że zaproponowane przez wykonawców ceny ofertowe przekraczają kwotę, jaką Zamawiający był w stanie przeznaczyć na realizację zamówienia. Należy przy tym zwrócić uwagę, że ogłoszenie o unieważnieniu postępowania przetargowego zostało opublikowane przez Zamawiającego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dopiero 16 listopada 2017 r., a zatem ponad miesiąc po otwarciu ofert. Kolejny przetarg w tej sprawie został natomiast ogłoszony przez Zamawiającego dopiero w dniu 14 Listopada 2017 r. W przetargu tym Zamawiający od razu określił termin składania ofert na 28 grudnia 2017 r. (tj. na 3 dni przed wygaśnięciem dotychczasowej umowy na odbiór odpadów), co z góry czyniło nierealnym rozstrzygnięcie przetargu i zawarcie nowej umowy na odbiór odpadów przed wygaśnięciem umowy dotychczasowej - mimo że Zamawiający posiadał instrumenty prawne umożliwiające mu szybsze przeprowadzenie procedury przetargowej. Odwołujący wskazał

również, że w stanie faktycznym sprawy po stronie Zamawiającego nie zaistniała również obiektywna niemożność zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Jak wskazano powyżej, w drugim postępowaniu przetargowym dotyczącym świadczenia usług odbioru odpadów na rzecz Zamawiającego, Zamawiający określił termin składania ofert na 28 grudnia 2017 r., tj. na 44 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Jakkolwiek termin ten był zatem jedynie o kilka dni dłuższy niż podstawowy termin składania ofert przewidziany w art. 43 ust. 2 ustawy Pzp (wynoszący, zgodnie z aktualnym stanem prawnym, 40 dni), o tyle w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy zaistniały wszelkie podstawy do zastosowania przez Zamawiającego art. 43 ust. 2b pkt 2 ustawy Pzp, który umożliwił Zamawiającemu wyznaczenie terminu składania ofert na 15 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu. Zgodnie bowiem z art. 43 ust. 2b pkt 2 ustawy Pzp, Zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert krótszy niż termin określony w art. 43 ust. 2 ustawy Pzp, nie krótszy jednak niż 15 dni, jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia i skrócenie terminu składania ofert jest uzasadnione. Zastosowanie przez Zamawiającego ww. regulacji skutkowałoby możliwością wyznaczenia przez Zamawiającego terminu składania ofert na dzień 29 listopada 2017 r. W konsekwencji, Zamawiający dysponowałby ponad miesiącem na rozstrzygnięcie przetargu i podpisanie umowy z wykonawcą wyłonionym w ramach postępowania konkurencyjnego, przed upływem dotychczasowej umowy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, iż wnosi o oddalenie odwołania.

Zamawiający potwierdził podnoszone w odwołaniu okoliczności dotyczące: ogłoszenia, prowadzenia, unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Tarnobrzeg odbieranych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy” (nr ref. BZP-I.271.78.2017) - zgodnie z ogłoszeniem nr 2017/S 154-319809; ogłoszenia, prowadzenia do chwili obecnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Tarnobrzeg odbieranych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy” (nr ref. BZP-1.271.105.2017) - zgodnie z ogłoszeniem nr 2017/S 221-459399; Zamawiający wskazał, że w dniu 22 grudnia 2017r. udzielił zamówienia w trybie z wolnej ręki na rzecz konsorcjum FCC Tarnobrzeg Sp. z o.o. i FCC Polska Sp. z o.o. Zabrze dotyczącego „*Odbioru, transportu zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu Gminy Tarnobrzeg odbieranych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy*”. Zaproszenie do wzięcia

udziału w zamówieniu zostało wysłane do FCC Tarnobrzeg Sp. z o.o. i FCC Polska Sp. z o.o. Zabrze w dniu 12.12.2017r. Zamawiający po przeprowadzeniu negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki w dniu 14.12.2017r. r. dokonał wyboru oferty na wykonanie zadania pn.: Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Tarnobrzeg odbieranych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy” wybierając konsorcjum FCC Tarnobrzeg Sp. z o.o. i FCC Polska Sp. z o.o. Zabrze. Zamawiający opublikował ogłoszenie o udzieleniu tego zamówienia w dniu 9 stycznia 2018r. w Biuletynie Zamówień Publicznych (nr ogłoszenia 500005977-N-2018). Zamówienie udzielone zostało do dnia 28 lutego 2018r. Zamawiający uznał, że zamówienie z wolnej ręki winno mieć, tak ustalony przedmiot zamówienia, że umożliwi Zamawiającemu uzyskanie korzystnych cen za realizację usługi. Podkreślił, że zamówienie zostało udzielone Wykonawcy obecnie świadczącemu usługę wywóz odpadów co nie spowodowało reorganizacji harmonogramu usług oraz sprawne świadczenie usługi.

Zamawiający wskazał, że nie mógł czekać do zakończenia postępowania przetargowego wszczętego w trybie przetargu nieograniczonego na „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Tarnobrzeg odbieranych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy gdyż potrzeba odbioru i zagospodarowania odpadów z terenów Gminy Tarnobrzeg”, gdyż musi ono mieć charakter trwały, stały i nieprzerwany. Odpady muszą być odbierane na bieżąco, aby nie stwarzały zagrożenia epidemiologicznego.

Zamawiający nie zgodził się ze stwierdzeniem Odwołującego, że gdyby w drugim postępowaniu termin składania ofert został skrócony, to Zamawiający dysponowałby ponad miesiącem na rozstrzygnięcie przetargu i podpisaniem umowy z Wykonawcą wyłonionym w ramach postępowania konkurencyjnego przed upływem dotychczasowej umowy. Zamawiający jest podmiotem, który posiada doświadczenie w organizowaniu i przeprowadzaniu postępowań w trybie Pzp. Od momentu od kiedy zaczął obowiązywać ustawowy obowiązek organizowania przetargów na odbiór odpadów każde udzielenie zamówienia w Gminie Tarnobrzeg kończyło się w KIO. Wobec powyższego nawet skrócenie terminu składania ofert nie dawałoby pewności, że przedmiotowe postępowanie po uprzednim wniesieniu odwołania zostanie zakończone przed dniem 31.12.2017 r. Zamawiający wskazał, iż zamówienia zarówno udzielał byłemu konsorcjantowi Odwołującego jak i tymczasowemu (FCC Tarnobrzeg) wobec czego nie można tu mówić o naruszeniu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący w swoim odwołaniu pominął najbardziej istotną dla sprawy okoliczność, że Zamawiający zawarł umowę z wolnej ręki z FCC jedynie doraźnie -

na okres 2 miesięcy. Nie stanowi naruszenia normy art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, stosowanej odpowiednio, jeżeli Zamawiający doraźnie, na krótki okres udziela zamówienia z wolnej ręki na usługi odbioru i zagospodarowania odpadów - na okres do zakończenia postępowania przetargowego w trybie konkurencyjnym. Zarzuty i wnioski odwołania okazałyby się uzasadnione wówczas, gdyby Zamawiający udzielił Wykonawcy FCC zamówienia z wolnej ręki na znaczny okres/ cały okres realizacji tj. do dnia 31.12.2018r. Udzielenie zamówienia z wolnej ręki na czas niezbędny do zakończenia postępowania przetargowego prowadzonego w procedurze konkurencyjnej w sytuacji wygaśnięcia poprzedniej umowy, jest stosowane, przyjęte w praktyce i nie budzi zastrzeżeń w orzecznictwie KIO, wręcz jest wskazywane - jako sposób rozwiązania problemu, przy zamówieniach zwłaszcza na usługi, których ciągłość świadczenia nie może zostać przerwana.

Izba postanowiła dopuścić dowód w postaci dokumentacji postępowania, a także złożonych przez Odwołującego dokumentów.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z tym przepisem wykonawcy przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, jeżeli ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W ocenie Izby, Odwołujący wykazał spełnienie powyższych przesłanek. Odwołujący jako jeden z wykonawców świadczących usługi tożsame z przedmiotem zamówienia, w przypadku zastosowania konkurencyjnego trybu miałby szansę na jego uzyskanie. W przypadku kwestionowania przesłanek zastosowania przez zamawiających trybu zamówienia z wolnej ręki, w orzecznictwie Izby przyjmuje się, iż interes w tym kwestionowaniu posiada każdy z potencjalnych wykonawców.

W zakresie zarzutów odwołania:

- 1.) naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 10 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zastosowanie przez Zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki w sytuacji, w której nie zaistniały przesłanki**

zastosowania tego trybu udzielenia zamówienia określone w przepisie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, tj. w stanie faktycznym sprawy nie zaistniała wyjątkowa sytuacja niewynikająca z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, jak również nie zaistniała niemożność zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia, w szczególności trybu przetargu nieograniczonego;

2.) naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także zasady przejrzystości, polegające na zastosowaniu przez Zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki pomimo braku ku temu ustawowych przesłanek, skutkujące udzieleniem zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Izba nie uwzględniła powyższych zarzutów.

Odwołujący słusznie podnosił, iż do zastosowania przesłanki trybu zamówienia z wolnej ręki o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, konieczne jest wystąpienie: zaistnienia wyjątkowej sytuacji; której zaistnienie nie wynika z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego; i której Zamawiający nie mógł przewidzieć; ponadto wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia; oraz nie można zachować terminów określonych dla innych trybów.

W ocenie Izby w przedmiotowej sprawie doszło do zaistnienia wszystkich wyżej wymienionych okoliczności. Odwołujący zaprezentował w odwołaniu oraz na rozprawie nadmiernie rygorystyczną wykładnię zastosowania przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Przyjęcie, iż stanowisko Odwołującego jest słuszne, doprowadziłoby do sytuacji w której poza przypadkami klęsk żywiołowych nie byłoby możliwe jej wykorzystanie, a w braku innych odpowiednich przesłanek w ustawie Pzp, nie byłoby możliwe w ogóle udzielenie zamówienia w sytuacjach w których byłoby to konieczne.

Izba podziela pogląd wielokrotnie wyrażany w orzecznictwie, iż możliwe jest zastosowanie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w tzw. sytuacjach awaryjnych. Na wstępie należy wskazać, iż jednym z głównych zadań ustawy Pzp jest ustanowienie proceduralnych reguł postępowania, w wyniku którego zostaje zawarta umowa przez zamawiającego (co do zasady podmiotu publicznego). Umowy te finansowane są w dużej mierze ze środków publicznych i bardzo często zawierane są w celu zaspokajania określonych potrzeb publicznych. A zatem, służą realizacji interesu publicznego. Ustawa Pzp, powinna umożliwiać zaspokajanie potrzeb publicznych w każdej możliwej sytuacji, ale przy uwzględnieniu podstawowych zasad zamówień publicznych.

Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinny odbywać się w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Zasady te wymienione w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp dotyczą nie tylko trybów konkurencyjnych ale wszystkich procedur uregulowanych w ustawie Pzp. A zatem, nie jest możliwe stosowanie przez zamawiających przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w sposób dowolny, ale powinno odbywać się przy poszanowaniu treści tego przepisu oraz przy uwzględnieniu podstawowych zasad Prawa zamówień publicznych. Ustawodawca Unijny oraz Krajowy przesądzi, iż co do zasady odstąpienie od trybów konkurencyjnych powinno mieć miejsce tylko i wyłącznie w przypadkach wyjątkowych. Zgodnie z art. 180 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, odwołanie w postępowaniach poniżej tzw. progów unijnych przysługuje od wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki. Oznacza to, iż także w przypadku, zaspokajania potrzeb publicznych decyzja zamawiającego o odstąpieniu od trybów konkurencyjnych podlega weryfikacji dokonywanej przez wykonawców oraz organy do tego powołane, w tym przez Krajową Izbę Odwoławczą.

W przedmiotowym przypadku, po pierwsze Izba stwierdza, iż wymagane było natychmiastowe wykonania zamówienia. Jak wskazano powyżej umowa na odbiór odpadów wygasła z dniem 31 grudnia 2017 r. Odbiór odpadów jest to usługa, która powinna być świadczona w sposób ciągły i niezakłócony. Konsekwencje wystąpienia przerwy w świadczeniu tej usługi powodowałyby wystąpienie zagrożenia epidemiologicznego i dotknęły by nie tyle samego Zamawiającego ale przede wszystkim mieszkańców, za których bezpieczeństwo odpowiada Zamawiający. Niewątpliwie natychmiastowe wykonanie zamówienia leżało w interesie publicznym, gdyż wystąpienie zagrożenia epidemiologicznego mogłoby się wiązać z wystąpieniem zagrożenia życia i zdrowia mieszkańców.

Zamawiający udzielił zamówienia z wolnej ręki wyłącznie na okres od 1 stycznia do 28 lutego 2018 r., a zatem wyłącznie na okres dwóch miesięcy potrzebny do zakończenia trwającej procedury konkurencyjnej (drugiego postępowania).

Izba uznaje za słuszne stanowisko wyrażone w wyroku Izby z dnia 24 lipca 2017 r. o sygn. akt: KIO 1415/17:

„Izba w pełni podziela przytoczone przez odwołującego poglądy wynikające z ugruntowanego orzecznictwa, że przedłużenie się procedury przetargowej skutkiem korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej, nie jest okolicznością wyjątkową, gdyż zamawiający z takim rozwojem sytuacji winien się liczyć i z odpowiednim wyprzedzeniem czasowym wszcząć procedurę o udzielenie zamówienia publicznego.

Nie stanowi jednak naruszenia normy art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, stosowanej odpowiednio, jeżeli zamawiający doraźnie, na krótki okres udziela zamówienia z wolnej ręki na usługi odbioru i zagospodarowania odpadów - na okres do zakończenia postępowania przetargowego w trybie konkurencyjnym i wyboru wykonawcy zamówienia na przewidziany czas do dnia 30 czerwca 2019 r.

Izba nie zaaprobowała stanowiska odwołującego, że zamawiający może czekać z odbiorem odpadów od mieszkańców C. do czasu zakończenia postępowania przetargowego. Sam odwołujący w treści odwołania przyznał, że: „potrzeba odbioru i zagospodarowania odpadów na terenie Gminy Miasta Częstochowa ma charakter trwały, stały, nieprzerwany.” Odpady winny być odbierane na bieżąco, aby nie stwarzać zagrożeń epidemiologicznych. (...)

Udzielenie zamówienia z wolnej ręki na czas niezbędny do zakończenia postępowania przetargowego prowadzonego w procedurze konkurencyjnej w sytuacji wygaśnięcia poprzedniej umowy, jest stosowane, przyjęte w praktyce i nie budzi zastrzeżeń w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, wręcz jest wskazywane - jako sposób rozwiązania problemu, przy zamówieniach zwłaszcza na usługi, których ciągłość świadczenia nie może zostać przerwana.”

Izba uznała także, iż zaistniała wyjątkowa sytuacja, której zaistnienie nie wynika z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego i której Zamawiający nie mógł przewidzieć. Wyjątkowość sytuacji przejawia się w tym, iż koniecznym było udzielenie zamówienia a prowadzone przez Zamawiającego procedury konkurencyjne (dwa postępowania) nie pozwoliły na wyłonienie wykonawcy w odpowiednim terminie, tj. do końca grudnia 2018 r. Izba uznała, iż przebieg obu prowadzonych przez Zamawiającego procedur konkurencyjnych oraz terminy ich wszczęcia, pozwalają przyjąć, iż Zamawiającemu nie można postawić zarzutu, że celowo przedłużał te procedury lub że wszczywał je zbyt późno. Pierwsze postępowanie wszczęte w dniu 11 sierpnia 2017 r. zostało unieważnione, natomiast w drugim termin składania ofert został wyznaczony na dzień 28 grudnia 2017 r.

Oba te postępowania były prowadzone jako tzw. postępowania unijne co wiąże się ze znacznie dłuższymi terminami ich przeprowadzenia. Wystąpienie postępowania odwoławczego powinno być przewidywane przez Zamawiających. Powszechną praktyką w postępowaniach na odbiór odpadów jest korzystanie ze środków ochrony prawnej przez konkurujących wykonawców i zamawiający powinni wszcząć odpowiednio wcześniej postępowanie tak aby umożliwić korzystanie z tego uprawnienia przez wykonawców. Niemniej jednak, na uwagę zasługuje fakt, iż Zamawiający opublikował pierwsze postępowanie już w dniu 11 sierpnia 2017 r., a zatem na przeprowadzenie procedury oraz

ewentualne postępowanie odwoławcze miał prawie pięć miesięcy. Oznacza to, iż przeznaczył on odpowiedni czas na przeprowadzenie procedury i zawarcie umowy.

Ponadto Izba uznała, iż o ile postępowanie odwoławcze powinno być przewidywane przez Zamawiającego, o tyle wystąpienie unieważnienia postępowania nie mogło być przez niego przewidziane. Postępowanie to zostało unieważnione w dniu 19 października 2017 r. a żaden z wykonawców nie zakwestionował tej czynności, co oznacza, iż stała się ona prawomocna.

Unieważnienie postępowania stanowi wyjątkową sytuację, a żaden zamawiający nie wszczynałby postępowania gdyby przewidywał, iż może ono zostać unieważnione. Ponadto unieważnienie pierwszego postępowania nastąpiło w dniu 19 października 2017 r. ponieważ oferta z najniższą ceną przewyższała środki które Zamawiający mógł przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. A zatem nie było to wynikiem wyłącznie okoliczności zależnych od Zamawiającego ale także od cen zawartych w ofertach wykonawców, a siłą rzeczy Zamawiający nie mógł ich przewidzieć.

Izba stwierdza także, iż nie możliwym było zachowanie terminów określonych dla innych trybów. Pierwsze postępowanie zostało unieważnione w dniu w dniu 19 października 2017 r. Natomiast kolejne postępowanie zostało wszczęte w dniu 14 listopada 2017 r.

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający celowo zwlekał miesiąc w celu wszczęcia kolejnego postępowania. Zamawiający na rozprawie wskazał, iż od unieważnienia postępowania w połowie października do wszczęcia kolejnego postępowania, minął miesiąc, gdyż Zamawiający musiał m.in. dokonać ponownego przeliczenia wniosku (zmieniono czas trwania umowy), a także musiało dojść do ponownych konsultacji z Radą Miasta, która to Rada ustala stawki na odbiór odpadów. Izba uznała, iż przy uwzględnieniu przede wszystkim konsultacji z Radą Miasta, nie można uznać, iż Zamawiający zwlekał miesiąc na wszczęcie kolejnego postępowania. W tym czasie Zamawiający musiał przygotować kolejne postępowanie (ze zmienionym czasem trwania zamówienia) oraz przede wszystkim zabezpieczyć odpowiedni budżet na jego sfinansowanie.

Natomiast od dnia 14 listopada do końca grudnia 2017 r. nie było już pewne przeprowadzenie procedury konkurencyjnej (powyżej tzw. progów unijnych czy też nawet poniżej progów) tak aby wyłoniony wykonawca świadczył usługę od dnia 1 stycznia 2018 r. Jak wskazał sam Odwołujący wystąpienie postępowania odwoławczego powinno być przewidywane przez Zamawiającego, a nawet gdyby Zamawiający dokonał skrócenia ponad 40 dniowego terminu na składania ofert o połowę, to w przypadku postępowania odwoławczego, Zamawiający nie zdołałby zawrzeć umowy z nowym wykonawcą.

Jak wskazano powyżej, także zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp powinno odbywać się przy poszanowaniu zasad Prawa zamówień publicznych, w tym wymienionych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Niezwykle znaczące w przedmiotowej sprawie jest, iż Zamawiający udzielił tego zamówienia wyłącznie na okres od 1 stycznia do 28 lutego 2018 r., a zatem wyłącznie na okres dwóch miesięcy potrzebny do zakończenia trwającej procedury konkurencyjnej (drugiego postępowania). Takie działanie nie narusza przede wszystkim zasady proporcjonalności. Zamawiający stosując tryb zamówienia z wolnej ręki oczywiście pozbawia innych wykonawców szansy na jego uzyskanie, przy czym stosując zasadę proporcjonalności zamawiający powinni zadbać o to aby pozbawienie praw wykonawców nie było nadmierne w stosunku do potrzeb a jedynie wystarczające do osiągnięcia słusznego celu, jakim w przedmiotowej sprawie jest uzyskanie czasu na zakończenie procedury konkurencyjnej.

Powoływane na rozprawie przez Odwołującego okoliczności, iż Zamawiający udzielił tego zamówienia za kwotę wyższą miesięcznie od kwot uzyskanych w postępowaniach konkurencyjnych na znacznie dłuższe okresy nie powinno dziwić i nie stanowi o naruszeniu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Powszechnie wiadomo, iż usługi trwające dłużej są w przeliczeniu na miesiąc znacznie tańsze. Postępowania konkurencyjne były wszczynane na rok lub kilka lat natomiast przedmiotowe postępowanie dotyczyło dwóch miesięcy. Tryb zamówienia z wolnej ręki charakteryzuje się tym, iż negocjacje są prowadzone z jednym wybranym przez zamawiającego wykonawcą. Zamawiający w przedmiotowej sprawie, zwrócił się w trybie z wolnej ręki do dotychczasowego wykonawcy usług odbioru odpadów, przez co świadczenie usług wywozu odpadów nie spowodowało reorganizacji harmonogramu usług oraz zapewniało sprawne świadczenie usługi. Zamawiający mógł przypuszczać, iż inni wykonawcy mogliby w takim krótkim czasie nie być w stanie skutecznie zapewnić odpowiedniego potencjału do wykonania tych usług (zaproszenie do negocjacji wysłano 14 grudnia 2017 r.), oraz że mogliby nie być zainteresowani wykonywaniem zamówienia jedynie przez okres dwóch miesięcy.

Mając na uwadze powyższe, Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 10 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp; oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący :

Członkowie:

.....