

WYROK

z dnia 20 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 października 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 05 października 2022 r. przez Odwołującego **Catermed sp. z o.o. (ul. Traktorowa 126 lok. 201, 91-204 Łódź)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Narodowy Instytut Geriatrii, Reumatologii i Rehabilitacji im. prof. dr hab. med. Eleonory Reicher (ul. Spartańska 1, 02-637 Warszawa)**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie oraz nakłada na Zamawiającego karę finansową w wysokości 8800 złotych,
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **Narodowy Instytut Geriatrii, Reumatologii i Rehabilitacji im. prof. dr hab. med. Eleonory Reicher (ul. Spartańska 1, 02-637 Warszawa)** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **Catermed sp. z o.o. (ul. Traktorowa 126 lok. 201, 91-204 Łódź)** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego oraz kwotę **19 zł 60 gr** (dziewiętnaście złotych sześćdziesiąt groszy) tytułem kosztów dojazdu pełnomocnika Odwołującego na rozprawę,
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego **Narodowy Instytut Geriatrii, Reumatologii i Rehabilitacji im. prof. dr hab. med. Eleonory Reicher (ul. Spartańska 1, 02-637 Warszawa)** na rzecz Odwołującego **Catermed sp. z o.o. (ul. Traktorowa 126 lok. 201, 91-204 Łódź)** kwotę **11119 zł 60 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto dziewiętnaście złotych sześćdziesiąt groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania

odwoławczego, tj. wpisu od odwołania, kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego oraz kosztów dojazdu pełnomocnika Odwołującego na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1170 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 Narodowy Instytut Geriatrii, Reumatologii i Rehabilitacji im. prof. dr hab. med. Eleonory Reicher prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na „Świadczenie kompleksowych codziennych usług dostaw i dystrybucji posiłków w zakresie całodobowego żywienia pacjentów Narodowego Instytutu Geriatrii, Reumatologii i Rehabilitacji w Warszawie”.

Ogłoszenie o zawarciu umowy ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 30 września 2022 r. pod numerem 2022/BZP 00371581. Zamawiający zawarł umowę 8 września 2022 r. z firmą ADK Serwis Sp. z o.o.

Odwołujący Catermed spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wniósł odwołanie wobec udzielenia zamówienia na rzecz ADK Serwis sp. z o.o. w trybie zamówienia z wolnej ręki z naruszeniem przesłanek stosowania tego trybu, zaniechania zawiadomienia Odwołującego o wszczęciu kolejnego postępowania z naruszeniem przepisu art. 262 Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 214 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 304 i art. 305 pkt 1 w zw. z art. 266 i art. 359 pkt 2 Pzp przez udzielenie zamówienia z naruszeniem przesłanek stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, gdyż nie wystąpiła wyjątkowa sytuacja niewynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, z której wynikałaby konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia przy jednoczesnym braku możliwości zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia;
- art. 262 w zw. z art. 266 i art. 359 pkt 2 Pzp przez zaniechanie zawiadomienia Odwołującego, jako wykonawcy, który ubiegał się o udzielenie zamówienia w poprzednim postępowaniu o udzielenie zamówienia, o wszczęciu kolejnego postępowania, które dotyczy tego samego przedmiotu zamówienia lub obejmuje ten sam przedmiot zamówienia.

Odwołujący wniósł o unieważnienie Umowy w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożenie kary finansowej na Zamawiającego w związku z brakiem możliwości zwrotu świadczeń spełnionych na podstawie Umowy, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym wpisu wniesionego od odwołania.

28 lutego 2022 r. Zamawiający zawarł umowę z wykonawcą Super Buffet sp. z o.o. Przedmiotem umowy jest usługa świadczenia kompleksowych usług codziennego, całodobowego żywienia pacjentów Zamawiającego. Zamawiający wskazał w preambule

Umowy, że zostaje ona zawarta zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp w związku z art. 6a ustawy o szczególnych rozwiązaniach. Umowa ta obowiązywała do 31 maja 2022 r. (została rozwiązana przez Zamawiającego). Następnie Zamawiający zawarł z w/w wykonawcą umowę w w/w przedmiocie w dniu 1 czerwca 2022 r. Umowa ta obowiązywała do 19 lipca 2022 r. Następnie Zamawiający zawarł kolejną umowę w w/w przedmiocie z w/w wykonawcą na okres od 19.07.2022 r. do 10.08.2022 r. 11 sierpnia 2022 r. Zamawiający zawarł kolejną umowę w w/w przedmiocie z w/w wykonawcą. Była ona zawarta do 01 września 2022 r.

01 września 2022 r. Zamawiający zawarł umowę. Po raz kolejny dotyczy ona tego samego przedmiotu i jest zawarta z tym samym wykonawcą.

30 września 2022 r. Zamawiający opublikował w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki wykonawcy ADK Serwis Sp. z o.o. Zamówienia udzielono w oparciu o art. 305 pkt 1 ustawy w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy, uzasadniając to w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia w sposób następujący: Umowa zostaje zawarta zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 5) ustawy z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. 2021, poz. 1129) 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 udzielenia zamówienia. Zamawiający jest zobowiązany do świadczenia usługi żywienia, co wynika z obowiązków jakie nakłada na niego kontrakt z NFZ. Zamawiający unieważnił piątą procedurę w dniu 19 sierpnia 2022 r., z uwagi na znaczne przekroczenie kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Po dwóch nieudanych negocjacjach, zamawiający podjął kolejną próbę negocjacji z firmą, która złożyła ofertę na kwotę bardzo zbliżoną do kwoty jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć. Umowa została zawarta na okres od 12 września 2022 r. do 12 lutego 2023 r.

l) zarzut naruszenia art. 214 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 304 i art. 305 pkt 1 w zw. z art. 266 i art. 359 pkt 2 Pzp

Jak wskazał Odwołujący, Zamawiający udzielił wybranemu wykonawcy zamówienia z wolnej ręki, choć nie były spełnione przesłanki zastosowania tego trybu. Nie zostały wykazane co najmniej następujące przesłanki: Zaistnienie wyjątkowej sytuacji, niewynikającej z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie można było przewidzieć.

Jak wyjaśnił Odwołujący, unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 ust. 3 Pzp nie jest sytuacją wyjątkową, której nie można przewidzieć. Wprost przeciwnie - jest to sytuacja, która może wystąpić w każdym postępowaniu, jest odpowiednio uregulowana w Pzp i zamawiający mają obowiązek brać ją pod uwagę. Fakt, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia

- i z tego powodu Zamawiający unieważnia postępowanie - nie jest sytuacją nieprzewidywalną, wyjątkową oraz nieleżącą po stronie Zamawiającego (unieważnienia postępowania dokonuje Zamawiający, jest to zatem sytuacja leżąca po jego stronie). Nie jest to sytuacja nieprzewidywalna również dlatego, że Zamawiający przeprowadził już w bieżącym roku aż 5 postępowań w trybie konkurencyjnym i za każdym razem unieważnił je z powodu przekroczenia przez ceny ofertowe jego możliwości finansowych. Świadczy to tylko o tym, że Zamawiający konsekwentnie ignoruje wyniki tych postępowań, które są odzwierciedleniem cen rynkowych i nie wie, czemu liczy na to, że w trybie niekonkurencyjnym uzyska niższą cenę ofertową.

Dalej Odwołujący wskazał, że za naruszeniem przepisu przemawia fakt, że zamówienia udzielono aż na 5 miesięcy - do 12 lutego 2022 r. To zdecydowanie okres, który wykracza poza przesłankę konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia.

Umowa jest już szóstą z kolei umową zawartą przez Zamawiającego bez zachowania trybów konkurencyjnych, przy czym począwszy od zawarcia umowy z dnia 1 czerwca 2022 r. Zamawiający sukcesywnie zawiera identyczne umowy, które różnią się jedynie okresem ich realizacji. Nie zachodzą przy tym obiektywne przyczyny takiego działania Zamawiającego. Konstrukcja przepisu wskazuje na fakt, że ciężar wykazania istnienia takich przyczyn spoczywa na Zamawiającym.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający zdecydowanie mógł udzielić zamówienia w trybie konkurencyjnym, przewidzianym w art. 275 pkt 2 Pzp, tj. w którym zamawiający może prowadzić negocjacje w celu ulepszenia treści ofert, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert, o ile przewidział taką możliwość, a po zakończeniu negocjacji zamawiający zaprasza wykonawców do składania ofert dodatkowych. W tym trybie Zamawiający mógł negocjować z wykonawcami, którzy złożyli oferty, treść tych ofert, w tym cenę (art. 278 pkt 2 Pzp). W tym właśnie trybie prowadzone było ostatnie postępowanie w tym przedmiocie. Tymczasem, dane z ostatniego postępowania prowadzonego w trybie konkurencyjnym są takie, że 18 sierpnia 2022 r. Zamawiający otworzył oferty, spośród których najniższą cenę miała oferta Odwołującego, a 19 sierpnia 2022 r. unieważnił postępowanie na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp. Zamawiający nie podjął z Odwołującym - ani też z żadnym innym wykonawcą, który też złożył ofertę w tym postępowaniu - żadnych negocjacji w przedmiocie ceny oferty, choć miał taką możliwość. Fakt takiego unieważnienia postępowania nie może więc być traktowany jako obiektywna przesłanka udzielenia zamówienia z wolnej ręki, której wystąpienia nie można było przewidzieć.

Odwołujący wskazał, że „nieudane negocjacje”, o których mowa w uzasadnieniu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, nie były prowadzone w ramach wyżej wspomnianego

postępowania, lecz w ramach postępowania prowadzonego z wolnej ręki, prowadzonego już po unieważnieniu w/w postępowania.

Odwołujący zauważył, że Zamawiający w tym czasie miał zawartą umowę z dnia 11 sierpnia 2022 r., obowiązującą do 30 sierpnia 2022 r. - zatem miał czas na przeprowadzenie negocjacji i zaproszenie do złożenia ofert dodatkowych.

Jak argumentował Odwołujący, Zamawiający nie miał obiektywnej potrzeby prowadzenia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, skoro mógł negocjować ceny w postępowaniu, które zostało unieważnione 19 sierpnia 2022 r. W ramach postępowania, które zostało unieważnione 19 sierpnia 2022 r., Zamawiający nawet nie zwrócił się do Odwołującego - ani też do żadnego innego wykonawcy z tego postępowania - z inicjatywą podjęcia negocjacji cenowych, a unieważnił postępowanie z powodu zbyt wysokiej ceny ofertowej Odwołującego.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że w okresie od 28.02.2022 r. do 31.08.2022 r. Zamawiający zawarł z Super Bufet sp. z o.o. 4 umowy w trybie niekonkurencyjnym. Zamawiający w umowie zawartej w trybie przepisów dotyczących epidemii koronawirusa z 28.02.2022 r. przewidział stawkę za 1 osobodzień - 30,20 zł, a w każdej kolejnej stawkę za 1 osobodzień 33,50 zł. Zdaniem Odwołującego, skoro Zamawiający płacił wykonawcy, któremu powierzył zamówienie w trybie niekonkurencyjnym, więcej niż przewidział na sfinansowanie zamówienia konkurencyjnego na ten sam okres - to musiał przewidywać, że cena najkorzystniejszej oferty zapewne przekroczy kwotę przeznaczoną. Nie mogła być to w żadnym razie okoliczność, której nie można było przewidzieć. Dodatkowo zaś oznacza to, że Zamawiający dysponuje wyższymi kwotami na sfinansowanie zamówienia niż oświadcza to unieważniając kolejne 5 postępowań.

Odwołujący postawił pytanie retoryczne: „ile razy Zamawiający chce powtarzać praktycznie identyczne czynności (wszczęcia postępowania w trybie konkurencyjnym, przeznaczenia na sfinansowanie zamówienia kwoty nieprzystającej do składanych ofert w poprzednich postępowaniach w trybie konkurencyjnym i kwoty płaconej wykonawcy Super Bufet sp. z o.o. i następnie unieważnienia postępowania) - jednocześnie udzielając zamówień w trybie niekonkurencyjnym?”.

II) zarzut naruszenia art. 262 w zw. z art. 266 i art. 359 pkt 2 Pzp

Zamawiający w dniu 19.08.2022 r. unieważnił prowadzone postępowanie na podstawie art. 255 ust. 3 Pzp. Z zawiadomienia o tym fakcie wynika wprost, że Zamawiający zawiadomił wykonawców o wszczęciu kolejnego postępowania zgodnie z art. 262 Pzp. Odwołujący w

ww. postępowaniu ubiegał się o udzielenie zamówienia i złożył swoją ofertę. Mimo tego, Zamawiający nie zawiadomił Odwołującego o wszczęciu kolejnego postępowania w sprawie tego samego przedmiotu zamówienia - w trybie z wolnej ręki naruszając dyspozycje art. 262 Pzp.

Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania.

Wskazał, że chronologia zdarzeń wygląda następująco:

Zamawiający w dniu 19 sierpnia 2022r. unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ze względu na fakt, że kwota najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (oferta Odwołującego).

W dniu 29.08.2022 r Zamawiający skierował do Odwołującego „Zaproszenie do negocjacji”. Negocjacje miały dotyczyć zawarcia umowy na przedmiot umowy tożsamy z przedmiotem unieważnionego postępowania, w trybie z wolnej ręki. Zaproszenie zostało skierowane w pierwszej kolejności do Odwołującego. W zaproszeniu Zamawiający poprosił o potwierdzenie otrzymania korespondencji i przystąpienia do negocjacji. Wykonawca nie zareagował na przesłane dokumenty w związku z czym w dniu 30 sierpnia Zamawiający ponownie zwrócił się o potwierdzenie otrzymania zaproszenia. W dniu 30.08.2022 r. otrzymanie zaproszenia zostało potwierdzone. Co najmniej zatem w tym dniu odwołujący został, zgodnie z art. 262 PZP zawiadomiony i jednocześnie zaproszony do udziału w nowym postępowaniu.

W dniu 31.08.2022 r. doszło do negocjacji.

Ze względu na zmiany jakie w zakresie świadczenia usługi chciał wprowadzić Odwołujący (zmniejszenie ilości osób) i zaproponowaną zbyt wysoką cenę usługi, negocjacje nie zakończyły się zawarciem umowy, a Zamawiający zmuszony był dalej pilnie poszukiwać Wykonawcy.

Jak wskazał Zamawiający, z powyższego opisu wynika, że Odwołujący nie tylko został powiadomiony, zgodnie z art. 262 PZP, o wszczęciu kolejnego postępowania, co potwierdził 30.08.2022r., ale także brał w nim aktywny udział podczas negocjacji. Odwołujący nie wniósł odwołania na zaproponowany tryb udzielenia zamówienia.

Wybrany przez Zamawiającego awaryjny tryb zawarcia umowy wzbudził sprzeciw Odwołującego, dopiero gdy powziął on informację, z opublikowanej zgodnie z prawem informacji, o zawarciu umowy z innym wykonawcą tj. ADK Serwis Sp. z o.o.

W związku z powyższym, w ocenie Zamawiającego, wniesione niniejsze odwołanie jest wniesione po terminie wynikającym z PZP. Wykonawca informację o wybranym trybie udzieleniu zamówienia skutecznie uzyskał co najmniej 30.08.2022 i od tego momentu należy liczyć termin na wniesienie odwołania. Jeżeli, jak obecnie twierdzi Wykonawca, tryb ten jest niedopuszczalny, to w trosce o zachowanie standardów konkurencyjności winien w tamtym momencie wnieść odwołanie.

W opinii Zamawiającego nie można uznać za słuszne, że zastosowanie w stosunku do niego trybu zamówienia z wolnej ręki akceptował, a dopiero jego zastosowanie do zawarcia umowy z innym wykonawcą jest nieprawidłowe. Odwołujący nie kwestionuje nadto, że Zamawiający dokonał wyboru tego konkretnego wykonawcy, ale zarzuca Zamawiającemu, że nie było przesłanek do zastosowania trybu niekonkurencyjnego. W takim wypadku Odwołujący winien uznać, że przesłanek tych nie było także w dniu 30.08.2022r. Kwestionowanie wybranego przez Zamawiającego trybu udzielenie zamówienia z wolnej ręki jest spóźnione, zatem odwołanie winno podlegać odrzuceniu w całości. Nadto Wykonawca został skutecznie zawiadomiony o wszczęciu nowego postępowania, zgodnie z art. 262 PZP co najmniej w dniu 30 sierpnia 2022r.

Odwołujący w trakcie posiedzenia z udziałem stron wyjaśnił, że aktualne odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o nr 50/WR/2022/BK. Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, w którym w negocjacjach brał udział Odwołujący było odrębnym postępowaniem, miało też inny numer – 45/WR/2022/BK i zostało unieważnione 31 sierpnia 2022 roku.

Odwołujący zwrócił także uwagę na kwestię interesu Odwołującego we wniesieniu odwołania. Na obecnym etapie Odwołujący posiada interes, gdyż jest podmiotem zainteresowanym pozyskaniem zamówienia i ponosi szkody wobec braku możliwości złożenia oferty potencjalnie najkorzystniejszej.

W ocenie Izby brak jest podstaw do odrzucenia odwołania.

Zgodnie z artykułem 528 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

30 września 2022 roku Zamawiający opublikował w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki wykonawcy ADK Serwis sp. z o.o. Odwołujący wniósł odwołanie 05 października 2022 roku, a zatem w przewidzianym w artykule 515 ust. 3 pkt 2 pięciodniowym terminie na wniesienie odwołania. Zamawiający nie poinformował Odwołującego o wszczęciu nowego postępowania, zatem Odwołujący powziął informację o przeprowadzeniu przez Zamawiającego procedury udzielenia zamówienia publicznego w trybie niekonkurencyjnym dopiero 30 września 2022 roku, w chwili, gdy Zamawiający opublikował w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki wykonawcy ADK Serwis sp. z o.o.

Bez znaczenia pozostaje podnoszona przez Zamawiającego okoliczność, że Odwołujący brał udział w negocjacjach 30 sierpnia 2022 roku w ramach trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki było osobnym postępowaniem prowadzonym przez Zamawiającego i zakończyło się 31 sierpnia 2022 roku. Obecnie wniesione przez Odwołującego odwołanie dotyczy nowego postępowania o udzielenie zamówienia, oznaczonego numerem 50/WR/2022/BK. Odwołanie jest wnoszone na określoną czynność Zamawiającego lub określoną okoliczność w konkretnym postępowaniu i nie może dotyczyć czynności Zamawiającego, czy okoliczności w innym postępowaniu.

Dodatkowo należy wskazać, że Odwołujący był wykonawcą zaproszonym do negocjacji w postępowaniu oznaczonym numerem 45/WR/2022/BK. Wykonawca wnoszący odwołanie powinien wykazać interes w jego wniesieniu. Tymczasem Odwołujący, jako podmiot zaproszony do negocjacji we wskazanym postępowaniu, nie posiadał interesu we wniesieniu odwołania na czynności Zamawiającego zmierzające do udzielenia mu zamówienia. Na obecnym etapie Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż jest podmiotem zainteresowanym pozyskaniem zamówienia i ponosi szkody wobec braku możliwości złożenia oferty potencjalnie najkorzystniejszej.

Istotne znaczenie ma także okoliczność, że przedmiotem zaskarżenia w odwołaniu został również objęty artykuł 262 ustawy Prawo zamówień publicznych i czynność zaniechania zawiadomienia Odwołującego o wszczęciu przez Zamawiającego nowego postępowania o udzielenie zamówienia. Odwołania w tym zakresie nie można uznać za spóźnione.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli - 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 udzielenia zamówienia.

Zamawiający jako uzasadnienie dla zastosowania trybu wolnej ręki wskazał, że umowa została zawarta 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 udzielenia zamówienia. Zamawiający jest zobowiązany do świadczenia usługi żywienia, co wynika z obowiązków, jakie nakłada na niego kontrakt z Narodowym Funduszem Zdrowia. Zamawiający unieważnił piątą procedurę w dniu 19 sierpnia 2022 r., z uwagi na znaczne

przekroczenie kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Po dwóch nieudanych negocjacjach, Zamawiający podjął kolejną próbę negocjacji z wykonawcą, który złożył ofertę na kwotę bardzo zbliżoną do kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Umowa została zawarta na okres od 12 września 2022 r. do 12 lutego 2023 r.

W treści powyższego uzasadnienia nie wykazano zasadności zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Przede wszystkim ww. przepis uzależnia zastosowanie tego trybu ze względu na wyjątkową sytuację, której zamawiający nie mógł przewidzieć i wystąpienie tej właśnie sytuacji ma spowodować konieczność natychmiastowego udzielenia zamówienia. Tymczasem w niniejszej sprawie żadna nadzwyczajna sytuacja nie wystąpiła. Zamawiający tak w miesiącu lutym, jak i w kolejnych, był zobowiązany do zapewnienia wyżywienia pacjentom. Przedmiot umowy jest zatem dla Zamawiającego stałym obowiązkiem, a nie wynikiem wystąpienia jakiegokolwiek szczególnej sytuacji, zwłaszcza takiej, której Zamawiający nie mógł przewidzieć.

Podobnie nie jest żadną szczególną, wyjątkową sytuacją, której nie można było przewidzieć, unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jest to sytuacja, która może wystąpić w każdym postępowaniu, jest uregulowana w ustawie Prawo zamówień publicznych i Zamawiający powinien wziąć ją pod uwagę. Zatem okoliczność niewyłonienia wykonawcy w postępowaniu z uwagi na okoliczności przewidziane w artykule 255 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie stanowi uzasadnienia dla zastosowania procedury zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ponadto Zamawiający po raz kolejny w ciągu roku postępuje w sposób podobny – tj. przeprowadza procedurę otwartą bez wyboru oferty najkorzystniejszej, a także zawiera na krótki czas umowę z wykonawcą. Nie nastąpiła zatem w ciągu ostatniego półrocza, jak i obecnie, żadna szczególna, nieprzewidywalna sytuacja, nieleżąca po stronie Zamawiającego. Działania Zamawiającego są powtarzalne i przynoszą ten sam efekt. Fakt, że Zamawiający nie wyłonił dotychczas wykonawcy za cenę, jakiej oczekuje, nie oznacza, że znalazł zastosowanie powyższy artykuł ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący trafnie zwracał uwagę na znacznie większe możliwości zamawiających w obecnym uregulowaniu ustawowym. Artykuł 275 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przewiduje możliwość zastosowania negocjacji w celu ulepszenia ofert, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert. Jak wskazał Odwołujący, Zamawiający nie podjął takich negocjacji, choć miał taką możliwość.

Jak wyjaśnił również Odwołujący, „nieudane negocjacje”, na które wskazał Zamawiający w treści powyżej przytoczonego uzasadnienia zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki,

nie były prowadzone w ramach postępowania otwartego, ale w ramach postępowania prowadzonego uprzednio w trybie zamówienia z wolnej ręki. Zatem i ten argument Zamawiającego nie stanowi jakiegokolwiek uzasadnienia dla zastosowania przez niego zamówienia z wolnej ręki.

W treści odpowiedzi na odwołanie Zamawiający nadal nie wyjaśnił, w jaki sposób zostały spełnione przesłanki art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie wiadomo zatem, na czym polega wyjątkowość sytuacji, w której znalazł się Zamawiający i dlaczego nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Rozważania, jakie przedstawia Zamawiający, dotyczące cen oferowanych przez Odwołującego w innych postępowaniach, nie mają znaczenia w niniejszej sprawie. Zamawiający powinien wykazać uzasadnioną podstawę dla zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, czego nie uczynił.

W konsekwencji, za zasadny należało uznać zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez udzielenie zamówienia z naruszeniem przesłanek stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, gdyż nie wystąpiła wyjątkowa sytuacja niewynikająca z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, z której wynikałaby konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia przy jednoczesnym braku możliwości zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Zgodnie z artykułem 262 ustawy Prawo zamówień publicznych, w przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający niezwłocznie zawiadamia wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia w tym postępowaniu, o wszczęciu kolejnego postępowania, które dotyczy tego samego przedmiotu zamówienia lub obejmuje ten sam przedmiot zamówienia.

Obowiązkiem Zamawiającego, w sytuacji unieważnienia postępowania, było poinformowanie Odwołującego o wszczęciu kolejnego postępowania, niezależnie od planowanego trybu udzielenia zamówienia. Podkreślić należy, że powyższy przepis ustawy nie uzależnia obowiązku poinformowania wykonawcy o wszczęciu kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia od planowanego trybu zamówienia, zatem poinformowanie wykonawcy powinno nastąpić bez względu na planowany tryb prowadzenia postępowania. W przeciwnym razie zastosowanie trybu niekonkurencyjnego nie może zostać poddane kontroli poprzez wniesienie środków ochrony prawnej na wczesnym etapie, co miało miejsce także w niniejszym postępowaniu. Odwołujący został pozbawiony możliwości wniesienia odwołania od chwili, gdy Zamawiający wszczął procedurę o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Zgodnie z artykułem 554 ust. 3 pkt 2 c) ustawy Prawo zamówień publicznych, uwzględniając odwołanie, Izba może, jeżeli umowa została zawarta oraz zachodzi jedna z przesłanek, o których mowa w art. 457 ust. 1, nałożyć karę finansową.

Zgodnie z artykułem 563 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, kary finansowe, o których mowa w art. 554 ust. 3 pkt 3 lit. b oraz c, nakłada się na zamawiającego w wysokości do 10% wartości wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w zawartej umowie, biorąc pod uwagę rodzaj i zakres naruszenia, za które kara jest orzekana, oraz wartość wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w zawartej umowie.

Izba ustaliła, że wartość wynagrodzenia wykonawcy w umowie nr FZ/98/WR/50/2022 zawartej 8 września 2022 roku pomiędzy obecnym Zamawiającym a ADK Servis sp. z o.o. w przedmiocie zamówienia świadczenia kompleksowych usług codziennego całodobowego żywienia pacjentów w ciągu 5 miesięcy wynosi netto: 880 958,70 zł.

Izba zasądziła karę finansową w wysokości 8800 złotych, co stanowi niespełna 1% wartości wynagrodzenia wykonawcy netto we wskazanej umowie. Orzekając o wysokości kary finansowej Izba miała na uwadze okoliczność, iż usilnym celem Zamawiającego jest zmniejszenie wydatków na wyżywienie pacjentów, a przeprowadzenie postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki prawdopodobnie nie jest podyktowane bezwzględnym zamiarem naruszenia przepisów prawa, ale wynika z faktu wielokrotnego, bezowocnego przeprowadzenia postępowań w trybie konkurencyjnym.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574, 575 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1a) oraz § 5 pkt 2a) i 2b), §7 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437), zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania koszty z tytułu zastępstwa procesowego pełnomocnika Odwołującego oraz koszty dojazdu pełnomocnika Odwołującego na rozprawę.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: