

Sygn. akt: KIO/88/11

WYROK
z dnia 27 stycznia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 stycznia 2011r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 14 stycznia 2011 r. przez **PTK Centertel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 01-230 Warszawa, ul. Skierniewicka 10a (adres do korespondencji: 00-014 Warszawa, ul. Moniuszki 1A)** w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Wojewódzką Policji w Katowicach, 40-038 Katowice, ul. J.Lompy 19,**

przy udziale **Polkomtel S.A. z siedzibą w Warszawie, 02-676 Warszawa, ul. Postępu 3** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wszczęcia postępowania i zaproszenia do składania ofert w trybie negocjacji bez ogłoszenia,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Komendę Wojewódzką Policji w Katowicach, 40-038 Katowice, ul. J.Lompy 19 i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez PTK Centertel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 01-230 Warszawa, ul. Skierniewicka 10a (adres do korespondencji: 00-014 Warszawa, ul. Moniuszki 1A),**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez **Komendę Wojewódzką Policji w Katowicach, 40-038 Katowice, ul. J.Lompy 19** na rzecz **PTK Centertel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 01-230 Warszawa, ul. Skierniewicka 10a (adres do korespondencji: 00-014 Warszawa, ul. Moniuszki 1A)**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Komenda Wojewódzka Policji w Katowicach, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęła, w trybie negocjacji bez ogłoszenia, postępowanie o udzielenie zamówienia na „usługi telefonii komórkowej GSM wraz z dostawą telefonów i modemów do bezprzewodowej transmisji danych dla 2450 użytkowników”.

W dniu 7 stycznia 2011 r. Zamawiający skierował do wykonawcy PTK Centertel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „Odwołującym”, zaproszenie do udziału w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia, jako podstawę zastosowania przedmiotowego trybu wskazując art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W dniu 14 stycznia 2011 r. (pismem z tej samej daty) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do Zamawiającego w dniu 14 stycznia 2011 r.) od czynności wyboru przez Zamawiającego trybu niekonkurencyjnego postępowania – negocjacji bez ogłoszenia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 31 (1)(c) Dyrektywy 18/2004 WE, poprzez nieuzasadniony wybór niekonkurencyjnego trybu postępowania ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia,
2. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 40 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przekazania ogłoszenia Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wszczęcia postępowania i zaproszenia do składania ofert w trybie negocjacji bez ogłoszenia.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., iż za spełnioną należy uznać co najwyżej jedną przesłankę uzasadniającą zastosowanie negocjacji bez ogłoszenia, tj. pilna potrzeba udzielenia zamówienia. Natomiast pozostałe przesłanki nie zachodziły. Nadto wskazał, iż okoliczność ta powstała z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego z uwagi na to, iż to na Zamawiającym ciąży obowiązek oszacowania wartości zamówienia oraz wygospodarowania środków w budżecie na jego realizację. Zamawiający nie wykazał też iż nie jest możliwym przeprowadzenie postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, ale i uproszczonej procedury przetargu ograniczonego lub też negocjacji z ogłoszeniem.

W dniu 17 stycznia 2011 r. Zamawiający wezwał wykonawców zaproszonych do udziału w negocjacjach bez ogłoszenia do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania (przedmiotowe pismo wykonawca POLKOMTEL S.A. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „POLKOMTEL”, otrzymał w tej samej dacie.

W dniu 20 stycznia 2011 r. (pismem z dnia 19 stycznia 2011 r.) wykonawca POLKOMTEL przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 24 stycznia 2011 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w dniu 7 stycznia 2011 r. skierował do trzech wykonawców, w tym do Odwołującego, zaproszenie do udziału w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia, jako podstawę zastosowania przedmiotowego trybu wskazując art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia (...) 4) ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia nie wynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć, nie można zachować terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem”. Tak więc dla spełnienia tej przesłanki konieczne jest kumulatywne zaistnienie następujących okoliczności: pilna potrzeba udzielenia zamówienia publicznego, przyczyna pilnej potrzeby

udzielenia zamówienia nie leży po stronie zamawiającego, nie można było przewidzieć konieczności udzielenia zamówienia, nie można zachować terminów określonych dla trybów podstawowych lub negocjacji z ogłoszeniem.

Aby możliwym było zastosowanie art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp musi wystąpić pilna potrzeba udzielenia zamówienia, przez którą należy rozumieć konieczność ochrony jakiegoś interesu, którego naruszenie zagrożone jest wystąpieniem nieprzewidywalnych okoliczności, a który to interes może doznać uszczerbku w przypadku zbyt długiego oczekiwania na udzielenie zamówienia publicznego. „Do takich interesów zalicza się w piśmiennictwie ochronę zdrowia i życia, bezpieczeństwo, zapobieganie szkodzie w majątku i ochronę środowiska” (G.Wicik, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Warszawa 2007, s. 362). Skoro więc, jak wykazał Zamawiający, zachodzi potrzeba zapewnienia ciągłości działań w zakresie bezpieczeństwa i porządku publicznego, brak ich zapewnienia faktycznie spowodowałby zaistnienie nie tylko, że nieprzewidywalnych, ale i negatywnych dla tego właśnie interesu okoliczności. W niniejszym stanie faktycznym okoliczność ta, co przyznał także Odwołujący w treści wniesionego odwołania, istotnie wystąpiła. Niemniej jednak pilność potrzeby udzielenia zamówienia musi być konsekwencją zaistnienia okoliczności, których wcześniej nie dało się przewidzieć.

Sytuacja, w której wymagane jest pilne wykonanie zamówienia powinna być nieprzewidywalna, a co oznacza iż ma to być zdarzenie, które w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne do przewidzenia. Przewidywalność ta powinna być jednak postrzegana w kategoriach obiektywnych. Zaistniała sytuacja nie może więc wynikać z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, a tym samym nie może być spowodowana opieszałością w udzieleniu zamówienia. Przewidywalne będą więc tylko te okoliczności, które mieszczą się w granicach zwykłego ryzyka związanego z działalnością Zamawiającego i na których wystąpienie powinien on być przygotowany. Niewątpliwie powinien on być przygotowany na ewentualne przedłużenie procedury przetargowej, w tym także na możliwość unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. Skoro bowiem w literaturze dopuszcza się jako okoliczność, którą można było przewidzieć okoliczność, iż wykonawcy korzystają z przysługujących im środków ochrony prawnej, powodując tym samym przedłużenie postępowania, to taką sytuację tym bardziej może być przedłużająca się procedura przetargowa. Jest to bowiem okoliczność (przedłużające się postępowanie), która rzeczywiście występuje. Tak więc można ją przewidzieć.

Dla zaistnienia kolejnej okoliczności, tj. tego, iż przyczyna pilnej potrzeby udzielenia zamówienia nie leży po stronie zamawiającego koniecznym jest ustalenie czy przyczyna tej pilnej potrzeby nie powstała z przyczyn zależnych od Zamawiającego. Ta zależność od Zamawiającego powinna mieć charakter zobiektywizowany. Natomiast bez znaczenia jest kwestia jego (Zamawiającego) zawinienia. Powstanie okoliczności zależnych od

Zamawiającego winno bowiem nastąpić mimo, że Zamawiający przygotował i przeprowadził postępowanie z należytą starannością. W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający istotnie przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, które wszczął w październiku 2010 r. W przedmiotowym postępowaniu złożono jedną ofertę. Postępowanie to Zamawiający unieważnił w dniu 24 grudnia 2010 r. z uwagi na to, iż wartość oferty – jak następnie konsekwentnie podkreślał - przekraczała kwotę, którą mógł przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Jednocześnie Zamawiający w dniu 9 grudnia 2010 r. wszczął postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki w celu udzielenia zamówienia uzupełniającego w stosunku do zadania podstawowego, które już w grudniu 2010 r. zakończyło się niepowodzeniem. W ocenie Izby okoliczności te, wobec uzyskanych informacji przez Zamawiającego w dniu 7 grudnia 2010 r. (w dniu składania ofert), a więc wartości oferty, którą złożył wyłącznie Odwołujący, realizujący dotychczasową umowę dawało Zamawiającemu już w tej dacie możliwość przewidzenia sytuacji, w której następnie prowadzone postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki w celu udzielenia zamówienia uzupełniającego w stosunku do zadania podstawowego, może zakończyć się niepowodzeniem. Tak też się stało. Okoliczność tę można więc było przewidzieć i już wówczas (po dniu 7 grudnia 2010 r.) podjąć działania mające na celu wyłonienie wykonawcy w trybie konkurencyjnym. Skoro bowiem wartość złożonej oferty przekraczała w sposób diametralny wartość szacunkową zamówienia, a Odwołujący realizował dotychczasową umowę nie tylko, że należało przewidywać, ale można było przewidzieć, iż oferowana wartość umowy w trybie niekonkurencyjnym (zamówienia z wolnej ręki uzupełniającego) może odpowiadać wartości z wcześniej przeprowadzonego postępowania. Należało więc bezzwłocznie podjąć (wszczać) kolejne konkurencyjne postępowanie.

Nie można bowiem zgodzić się z tym, że istniała obiektywna niemożność zachowania terminów, gdyż dla przetargu ograniczonego oraz dla negocjacji z ogłoszeniem ustawa przewiduje, w przypadkach pilnej potrzeby udzielenia zamówienia – a taka okoliczność w niniejszym stanie faktycznym istotnie zachodziła - na ustalenie znacznie krótszych terminów niż w normalnej procedurze (art. 49 ust. 3, art. 52 ust. 4 i art. 56 ust. 2 ustawy Pzp). Możliwym było więc, już po złożeniu ofert (po dniu 7 grudnia 2010 r.), wszczęcie postępowania w innej, ale konkurencyjnej procedurze. Zachowanie procedury konkurencyjnej, uproszczonej możliwe było także po zakończeniu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki w celu udzielenia zamówienia uzupełniającego bez zawarcia w jego wyniku umowy. Niemożność zachowania terminów przewidzianych przez przepisy ustawy Pzp przy stosowaniu trybów rozpoczynających się ogłoszeniem musi bowiem być następstwem sytuacji, która w aspekcie czasowym nie jest możliwa do zrealizowania. Oznacza to, iż Zamawiający ma mniej czasu na udzielenie zamówienia niż czas niezbędny dla prowadzenia postępowania w trybach wszczynanych ogłoszeniem i nie może zachować

terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, ani też negocjacji z ogłoszeniem. Niemniej jednak w tym stanie faktycznym, w ocenie Izby, zachowanie terminów w trybach konkurencyjnych było możliwe.

Reasumując stwierdzić należy, iż zamówienie w trybie negocjacji bez ogłoszenia powinno być udzielane jedynie w zakresie koniecznym do ograniczenia lub zapobieżenia skutkom nieprzewidywalnego zdarzenia, wystarczającym na przeprowadzenie postępowania w trybie konkurencyjnym. Niemniej jednak w niniejszym stanie faktycznym Zamawiający przewidział zawarcie umowy na okres aż 24 miesiące, powodując tym samym, iż ten niekonkurencyjny tryb (tryb negocjacji bez ogłoszenia) miał stanowić podstawę zawarcia umowy „tymczasowej” o tak długim okresie obowiązywania. Natomiast taka umowa, zawarta w wyniku niekonkurencyjnego trybu, powinna być umową zawartą jedynie na okres wystarczający na przeprowadzenia postępowania o zamówienie publiczne w trybie konkurencyjnym. Skoro więc nie zachodzą wszystkie z enumeratywnie wymienionych przesłanek przeprowadzenia postępowania o zamówienie w trybie negocjacji bez ogłoszenia należało nakazać unieważnienie czynności podjętych w niniejszym postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....