

WYROK

z dnia 12 września 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 września 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 sierpnia 2012 r.

przez wykonawcę: **„ROKA A. I. K.....” spółka komandytowa z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji w Piotrkowie Trybunalskim**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża „ROKA A.I. K.....” sp. k. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego odwołującego.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Piotrkowie Trybunalskim**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 23 sierpnia 2012 r. pod nr 2012/S_161-268111 zostało opublikowane ogłoszenie Zamawiającego – Miejskiego Zarządu Dróg i Komunikacji w Piotrkowie Trybunalskim – o udzieleniu 10 sierpnia 2012 r. zamówienia *na wykonanie usługi: utrzymanie czystości i porządku na terenie miasta Piotrkowa Trybunalskiego.*

Zamawiający podał w ogłoszeniu następujące uzasadnienie udzielenia zamówienia bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej:

– Uzasadnienie prawne: *Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 3) ustawy PZP, który mówi, iż zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności w naszym przypadku chodzi o wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mogliśmy przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielania zamówienia.*

– Uzasadnienie faktyczne: *Zamówienie dotyczy zachowania ciągłości wykonywania usługi utrzymania czystości i porządku na terenie miasta Piotrkowa Trybunalskiego w związku z wypowiedzeniem ze skutkiem natychmiastowym umowy Nr 1/MZDiK/DUZ/2012 z dnia 3.1.2012 r. przez Wykonawcę wyłonionego w drodze przetargu nieograniczonego. Z uwagi na powyższe zamawiający został zmuszony do podjęcia natychmiastowych negocjacji z jednym wykonawcą w celu zachowania ciągłości świadczenia usługi utrzymania czystości i porządku na terenie miasta Piotrkowa Trybunalskiego.*

Wartość przedmiotowego zamówienia o oznaczeniu ZzWR.3310/2/2012 określono na kwotę 901.576,39 zł.

28 sierpnia 2012 r. (pismem z 27 sierpnia 2012 r.) Odwołujący – „ROKA A.I. Kantorski” sp. k. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim – wniósł odwołanie od czynności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki dla powyżej wskazanego postępowania, zarzucając Zamawiającemu, że:

1. Wszczął postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki pomimo braku ustawowych przesłanek wyboru tego trybu dla zamówienia którego opis wynika z umowy z 10 sierpnia 2012 r. zawartej z P.U. ZIOM s. c. P..... S....., S..... R....., D..... S..... – przez co naruszył art. 67 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 10 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy pzp.

Sygn. akt KIO 1833/12

2. Zawarł umowę podlegającą unieważnieniu, wskutek czego naruszył art. 146 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienie zawartej umowy,
albo
2. unieważnienie umowy w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożenie kary finansowej w maksymalnej możliwej wysokości, w szczególności, gdy nie jest możliwy zwrot świadczeń spełnionych na podstawie umowy podlegającej unieważnieniu,
3. albo
4. orzeczenie o skróceniu okresu obowiązywania umowy w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym.

Odwołujący nadto sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniające wniesienie odwołania.

W zakresie stanu faktycznego Odwołujący wskazał na informacje wynikające z powyższego ogłoszenia w zakresie uzasadnienia faktycznego wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki, wartości zamówienia, a także wykonawcy, któremu zamówienie zostało udzielone. Odwołujący ponadto ustalił, że zawarta 10 sierpnia 2102 r. umowa ma obowiązywać przez blisko 5 miesięcy, tj. do 31 grudnia 2012 r. Odwołujący podał również, że rozwiązanie umowy 3 stycznia 2012 r. – łączącej Zamawiającego z Konsorcjum: P.U. „ROKA” Zakład Pracy Chronionej A..... I..... K..... oraz Zakład Komunalny Kleszczów sp. z o.o. (wyłonionym w trybie przetargu nieograniczonego w postępowaniu o oznaczeniu sprawy: ZP.341/23/2011) – nastąpiło na skutek wypowiedzenia złożonego przez wykonawcę (zleceniobiorcę) na podstawie art. 746 § 2 kc w zw. z art. 750 kodeksu cywilnego i §10 tej umowy, z wyłącznej winy Zamawiającego.

W zakresie oceny prawnej powyższych okoliczności faktycznych Odwołujący powołał się na aktualność wyroku z 6 lipca 2001 r. (sygn. akt III RN 16/01), w którym Sąd Najwyższy wyraził opinię, że przepis stanowiący, iż zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki tylko wtedy, gdy zachodzi jedna z wymienionych w tym przepisie okoliczności, powinien być interpretowany w sposób ścisły, jako wyjątek od zasady udzielania zamówień publicznych w trybie przetargu. Odwołujący stwierdził, że na gruncie ustawy pzp stosowanie trybów pozaprzetargowych ma charakter szczególny i uzależnione jest od ziszczenia się określonych przez ustawodawcę okoliczności dotyczących zastosowania konkretnego trybu. Art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp umożliwia udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki przy jednoczesnym spełnieniu następujących przesłanek: 1) wyjątkowa sytuacja; 2) przyczyny powstania tej sytuacji nie leżą po stronie zamawiającego; 3) sytuacji

tej zamawiający nie mógł przewidzieć; 4) wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia; 5) nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielania zamówienia. Przy czym – zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą – pomiędzy wszystkimi wymienionymi uwarunkowaniami powinien zachodzić zarówno związek przyczynowo-skutkowy jak i związek czasowy (por. uchwała Izby z 15 lutego 2012 r., sygn. akt KIO/KD 17/12; uchwała Izby z 20 grudnia 2011 r. KIO/KD 94/11). Zdaniem Odwołującego odniesienie uzasadnienia faktycznego podanego przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu do przytoczonych powyżej kryteriów prowadzi do wniosku, że Zamawiający nie wykazał ich kumulatywnego wystąpienia wszystkich wymaganych okoliczności.

Stosownie do interpretacji wydanych przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości, okolicznością nieprzewidywalną jest taki przypadek, którego wystąpienie w normalnym stanie rzeczy byłoby bardzo mało prawdopodobne, przy czym przewidywalność określonych zdarzeń przez zamawiającego powinna być postrzegana w kategoriach obiektywnych, podobnych do należytej staranności, którą winien zachować dłużnik. Do takich okoliczności doktryna oraz orzecznictwo zaliczają zjawiska losowe i niezależne od zamawiającego, takie jak: klęski żywiołowe (m.in. powodzie, sezonowe pożary), katastrofy, awarie czy niespodziewane wypadki (por. uchwała Izby z 15 lutego 2012 r., sygn. akt KIO/KD 17/12; uchwała Izby z 17 marca 2011 r., sygn. akt KIO/KD 18/11). W ocenie Odwołującego trudno uznać, aby potrzeba mająca źródło w zakończeniu stosunku prawnego z dotychczasowym wykonawcą, na którą powołuje się Zamawiający, mieściła się w którejś z wymienionych wyżej kategorii.

Zgodnie z ugruntowaną opinią Urzędu Zamówień Publicznych: *Natychmiastowość wykonania musi, w myśl omawianego przepisu, być konsekwencją okoliczności, których wcześniej nie dało się przewidzieć, a potrzeba natychmiastowego zrealizowania zamówienia powinna być podyktowana koniecznością uniknięcia negatywnych konsekwencji zaniechania niezwłocznego podjęcia działań.* Zamawiający realizując umowę z poprzednim wykonawcą, pozostawał z nim w stałych relacjach gospodarczych. W ocenie Odwołującego informacje podane przez Zamawiającego w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia są lakoniczne, powierzchowne i nieodpowiadające ustawowemu wymogowi uzasadnienia decyzji o udzieleniu zamówienia w trybie z wolnej ręki. Powołanie się jedynie na wypowiedzenie ze skutkiem natychmiastowym umowy, przy jednoczesnym pominięciu okoliczności, w których doszło do zerwania kontraktu, nie stanowi kompletnego, merytorycznego uzasadnienia faktycznego podjętych przez Zamawiającego czynności. Trudno uznać, że Zamawiający podczas ponad półrocznej współpracy z dotychczasowym wykonawcą nie posiadał żadnej wiedzy bądź też nie miał jakiegokolwiek świadomości istnienia prawdopodobieństwa rychłego

zakończenia obopólnej współpracy stron. *W świetle ogólnie panujących stosunków gospodarczych wysoce prawdopodobne jest, że doszło do tego w konsekwencji stopniowego pogarszania się relacji Zamawiającego z wykonawcą.* Z posiadanej przez Odwołującego wiedzy wynika, że wykonawca prowadził z Zamawiającym regularną korespondencję, reagując niezwłocznie na każde problemy napotkane podczas świadczenia usług. Jednocześnie to Zamawiający zaniechał wykonywania umowy w zakresie swoich obowiązków, tj. terminowego regulowania wynagrodzenia. Dlatego zdaniem Odwołującego nie sposób uznać, że powód zerwania kontraktu, który Zamawiający przemilczał w ogłoszeniu, zaistniał z dnia na dzień. W ocenie Odwołującego możliwe było przeprowadzenie stosownych działań mających na celu przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z przepisami ustawy pzp, tak aby niezakłócona pozostała uczciwa konkurencja wśród wykonawców.

Uznanie sytuacji rozwiązania umowy za wyjątkową oraz nieprzewidywalną, stanowi znaczne poszerzenie zakresu przewidzianego w ustawie wyjątku, który zgodnie z orzecznictwem nie powinien być interpretowany zacieśniająco. W ocenie Odwołującego Zamawiający w sposób celowy i świadomy doprowadził do sytuacji, w której doszło do rozwiązania umowy z poprzednim wykonawcą w taki sposób, aby zamówienie stało się na tyle naglące, żeby można było powołać się na bezzwłoczną potrzebę udzielenia zamówienia konkretnemu wykonawcy w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 3 pzp. Zamawiający podjął w ten sposób próbę ominięcia zasad określonych w ustawie pzp, ograniczając przy tym prawa podmiotów funkcjonujących na rynku do konkurowania o udzielenie zamówienia na równych warunkach. Jednocześnie fakt zaakceptowania wypowiedzenia umowy w trybie natychmiastowym z winy Zamawiającego dowodzi, że zaistniałe okoliczności wynikają z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, co wyklucza zastosowanie wolnej ręki. Dotychczasowi wykonawcy, po złożeniu oświadczenia o wypowiedzeniu umowy 9 sierpnia 2012 r., nie byli wezwani do jej wykonania (spełnienia świadczenia). Wręcz przeciwnie, Zamawiający zaakceptował fakt wygaśnięcia umowy i nazajutrz podpisał nową, z innym podmiotem.

Biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia – usługi polegające na wykonywaniu szeregu powtarzalnych czynności – zdaniem Odwołującego trudno uznać, że zaszła natychmiastowa potrzeba udzielenia zamówienia na czas od 10 sierpnia 2012 r. do 31 grudnia 2012 r., to jest na okres blisko 5 miesięcy. Każde zamówienie realizowane w oparciu o przesłankę art. 67 ust. 1 pkt 3 pzp powinno dotyczyć wyłącznie zakresu koniecznego do ograniczenia lub zapobieżenia skutkom określonego zdarzenia oraz zabezpieczenia najpilniejszych, bieżących potrzeb zamawiającego w czasie niezbędnym do

przeprowadzenia procedury udzielania zamówień publicznych w warunkach uczciwej konkurencji. Zakres zamówienia determinowany czasem, powinien ograniczać się jedynie do terminu, który był absolutnie niezbędny do usunięcia skutków przedwczesnego zakończenia wykonywania usług sprzątania miasta. W ocenie Odwołującego przy zachowaniu należytej staranności Zamawiający dysponował możliwością wyboru wykonawcy w trybie przetargu ograniczonego przyspieszonego, z zastosowaniem skróconych terminów na złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ofert. W uchwale z 17 stycznia 2011 r. (sygn. akt KIO 3/11) Izba odrzuciła stanowczo możliwość dowolnego kształtowania zamówienia udzielanego w trybie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp: *Niedopuszczalne i sprzeczne z ustawą jest zatem objęcie zamówieniem takiego przedmiotu, który nie pozostaje w bezpośrednim związku z nadzwyczajnym zdarzeniem i wykracza poza jego rozmiar. Działanie to jest sprzeczne z zasadą proporcjonalności z której wynika swoista stopniowalność trybów.*

Odwołujący powołał się również na orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej w sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych z 28 czerwca 2010 r. (BDF1/4900/43/49/10/1228). Odwołujący wskazał, że domeną Zamawiającego jest nie tylko stworzenie warunków umożliwiających zachowanie jak najszerszej konkurencji wśród potencjalnych wykonawców, ale również należyta dbałość o stan finansów publicznych. Nie sposób przyjąć, aby bezpodstawne skorzystanie z trybu bezprzetargowego, prowadzące do narzucenia ceny przez konkretnego wykonawcę, stanowiło wyraz troski o publiczny budżet. Tym samym odejście od przepisów ustawy pzp nosi znamiona naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Uzasadnienie ceny oferty wybranego wykonawcy przez wskazanie, że *mieści się w możliwościach finansowych zamawiającego i nie przekracza środków zaangażowanych na ten cel w budżecie* – nie dowodzi starań Zamawiającego o racjonalne pożytkowanie zarządzanych funduszy.

31 sierpnia 2012 r. Zamawiający przesłał do Izby faksem odpowiedź na odwołanie, wnosząc o odrzucenie odwołania jako wniesionego po terminie wynikającym z art. 182 ust. 3 pkt 1 pzp, względnie o jego oddalenie jako nieuzasadnionego.

Zdaniem Zamawiającego zostały spełnione wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp. Rozwiązanie przez Odwołującego umowy w trybie natychmiastowym zmusiło Zamawiającego do podjęcia negocjacji z innym wykonawcą na wykonanie zamówienia z wolnej ręki, gdyż nie mógł sobie pozwolić, aby 80-tysięczne miasto przez kilka dni lub tygodni pozostawało nieposprzątane. Wypowiedzenie umowy przez P.U.

„ROKA” Zakład Pracy Chronionej A..... I..... K..... było dla Zamawiającego sytuacją, której nie przewidywał ani się nie spodziewał. Gdyby firma ta co najmniej 1 miesiąc wcześniej poinformowała o swoim zamiarze rozwiązania umowy Zamawiający miałby czas na udzielenie zamówienia w jednym z trybów przewidzianych w ustawie pzp, innym niż zamówienie z wolnej ręki.

Natychmiastowość skorzystania z art. 67 ust. 1 pkt 3 pzp podyktowana była konsekwencją okoliczności, których wcześniej nie dało się przewidzieć oraz koniecznością uniknięcia negatywnych skutków zaniechania wykonywania usługi utrzymania czystości i porządku na terenie miasta Piotrkowa Trybunalskiego. Usługa utrzymania czystości i porządku obejmuje m.in.: codzienne sprzątania i zmiatanie ulic, skrzyżowań, chodników, wywożenie śmieci z koszy ulicznych, sprzątanie placów zabaw dla dzieci, skwerów, placów, koszenie trawników, oczyszczanie krater deszczowych itp. Zdaniem Zamawiającego na pierwszy rzut oka widać, że charakter tej usługi jest specyficzny i szczególny, w związku z czym wypowiedzenie ze skutkiem natychmiastowym tej umowy, bez jakiegokolwiek ostrzeżenia ze strony, wykonawcy postawiło Zamawiającego pod ścianą. Usługa utrzymania czystości i porządku z punktu widzenia władz miasta jak i jego mieszkańców jest usługą priorytetową i ze względu na to Zamawiający, jako jednostka samorządowa wykonująca zadania użyteczności publicznej, nie mógł sobie pozwolić na jakąkolwiek, choćby najmniejszą, przerwę w jej wykonywaniu.

Zamawiający poinformował, że po wypowiedzeniu umowy przez Konsorcjum zostały podjęte natychmiastowe działania związane z przygotowaniem nowej procedury wyłonienia wykonawcy usługi utrzymania czystości i porządku na terenie Piotrkowa Trybunalskiego na okres 3 lat, poczynając od 01 stycznia 2013 r. Zamawiający zamierza przeprowadzić postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, a jej uruchomienie zaplanował na przełomie września i października br. Mając na uwadze: staranność w przeprowadzeniu tego postępowania, zachowanie terminów przewidzianych w ustawie pzp oraz możliwość wpłynięcia ewentualnych pytań i odwołań – Zamawiający uważa, że okres pięciu miesięcy, na które zostało udzielone zamówienie z wolnej ręki, jest okresem optymalnym do zachowania należytej staranności, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy udzielaniu kolejnego zamówienia. Zdaniem Zamawiającego okres ten daje mu gwarancję, że przed upływem końca roku wyłoni wykonawcę na świadczenie usługi. Dzięki temu zostanie zachowana ciągłość w wykonywaniu zamówienia, bez utrudnień i perturbacji, które mogłyby się odbić negatywnie w wyglądzie estetycznym miasta i życiu jego mieszkańców.

Zamawiający stwierdził, że również zarzut naruszenia przez niego dyscypliny

finansów publicznych nie znajduje jego uzasadnienia. Po pierwsze – wykonawca oświadczył w protokole z negocjacji, że zapoznał się z zakresem prac objętych zamówieniem z wolnej ręki (dołączonym do zaproszenia do negocjacji) i zobowiązał się, że ceny za realizowanie wskazanego zakresu prac nie będą wyższe od cen zaoferowanych przez Konsorcjum. Po drugie – kwota, którą Zamawiający mógł przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie została przekroczona, wręcz przeciwnie stanowi ona równowartość środków finansowych zaangażowanych na ten cel w budżecie MZDiK. Zdaniem Zamawiającego dowodzi to racjonalnego wydatkowanie przez niego środków publicznych.

W ocenie Zamawiającego powyższe okoliczności świadczą, iż zawarta umowa nie narusza art. 146 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp, a jej utrzymanie w mocy leży w interesie publicznym.

Zamawiający 28 sierpnia 2012 r. przekazał P.U. „ZIOM” s.c. P..... S....., S..... R....., D..... S..... z Piotrkowa Trybunalskiego kopię wniesionego odwołania. Izba ustaliła, że zawitym 3-dniowym terminie wykonawca ten nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego w rozumieniu art. 185 ust. 2 pzp. Izba nie wzięła pod uwagę pisma tego wykonawcy z 30 sierpnia 2012 r., które wpłynęło do Prezesa Izby 4 września 2012 r. i nie zawierało w swej treści zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, a jego kopia nie została przekazana Stronom.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Izba ustaliła z urzędu w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, że nie zostały wypełnione przesłanki skutkujące możliwością odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp. Z uwagi na złożenie przez Zamawiającego pisemnego wniosku o odrzucenie odwołania, jak należało domniemywać na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 pzp, Izba rozpatrzyła go na posiedzeniu z udziałem Stron, stwierdzając jego oczywistą niezasadność. Zamawiający błędnie wywodził i dowodził (załączając aż 6 dowodów), że odwołanie zostało złożone z przekroczeniem 10-dniowego terminu, o którym mowa w pkt 1 ust. 3 art. 182 pzp, gdyż Odwołujący nie tylko mógł, ale nawet powziął informację o udzieleniu zamówienia z wolnej ręki już 10 sierpnia 2012 r. Tymczasem choć według art. 66 ust. 2 pzp opublikowanie ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy (czyli udzielenia zamówienia z wolnej ręki) nie jest obligatoryjne, to w razie nieskorzystania z tej możliwości, zawity termin na wniesienie odwołania należy liczyć według reguł opisanych w ust. 4 art. 182 pzp. W niniejszej sprawie jest to 30-dniowy termin liczony od dnia publikacji przez

Sygn. akt KIO 1833/12

Zamawiającego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenia o udzieleniu zamówienia z uzasadnieniem (art. 182 ust. 4 pkt 1 pzp).

Wobec ustalenia, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony podtrzymały swoje dotychczasowe merytoryczne stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte odwołaniu i dalszym piśmie Odwołującego, odpowiedzi na odwołanie a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby brak podstaw by odmówić Odwołującemu interesu w uzyskaniu zamówienia udzielonego przez Zamawiającego innemu wykonawcy. Natomiast udzielenie tego zamówienia przez Zamawiającego w trybie zamówienia z wolnej ręki naraża potencjalnie Odwołującego na szkodę z powodu niezyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby liczyć w razie przeprowadzenia postępowania w trybie konkurencyjnym.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności zaś przeprowadziła dowody z dokumentów: ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, dokumentów dotyczących dalszego przebiegu postępowania (tzw. protokół konieczności, wniosek o wszczęcie postępowania, zaproszenie do negocjacji – wszystkie z 9 sierpnia 2012 r., protokół z negocjacji i oferta P.U. „ZiOM” s.c. z 10 sierpnia 2012 r.), umowy nr 59/MZDiK/DUZ/2012 z 10 sierpnia 2012 r.). Izba uwzględniła również dokumenty dotyczące poprzednio udzielonego zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego (ogłoszenia o zamówieniu i udzieleniu zamówienia, informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty, umowa nr 1/MZDiK/DUZ/2011, wypowiedzenie z 9 sierpnia 2012 r., pismo Zamawiającego z 9 sierpnia 2012 r., pismo wykonawcy z 10 sierpnia 2012 r.).

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Pomiędzy stronami niesporne było rozumienie art. 67 ust. 1 pkt 3 pzp jako podstawy do udzielenia zamówienia z wolnej ręki wymagającej łącznego zaistnienia wyszczególnionych w odwołaniu szczegółowych przesłanek, które powinny pozostawać w związku przyczynowo-skutkowym i odpowiedniej relacji czasowej. Zdaniem Izby choć nie budzi wątpliwości, że przesłanki udzielenia zamówienia z wolnej ręki podlegają ścisłej interpretacji, to jednak ocena ich zaistnienia w konkretnym przypadku musi być prowadzona z uwzględnieniem całokształtu specyficznych dla niego okoliczności faktycznych. Stanowisko takie wyraziła również Izba w przywoływanej przez Odwołującego uchwale z 20 grudnia 2011 r. (sygn. akt KIO/KD 94/11), która jednak (jak również pozostałe wskazane w odwołaniu uchwały) dotyczyła odmiennego stanu faktycznego niż stwierdzony w niniejszej sprawie. W odróżnieniu od uchwał, które odnoszą się do stanu faktycznego stwierdzonego w toku kontroli, w niniejszej sprawie to na Odwołującym z mocy art. 190 ust. 1 pzp ciążył ciężar udowodnienia, że Zamawiający bezpodstawnie powołał się na art. 67 ust. 1 pkt 3 pzp. Wyrok w niniejszej sprawie uwzględnia stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego, a zatem jego podstawą są okoliczności udowodnione w jego toku.

Po pierwsze – Odwołujący nie wykazał, że przedwczesne zakończenie realizacji umowy przez dotychczasowego wykonawcę usług nie może być uznane za wyjątkową sytuację. Rzeczywiście jako typowe przykłady wyjątkowej sytuacji podaje się katastrofy, klęski żywiołowe, awarie, wypadki etc., a więc przede wszystkim losowe zjawiska o charakterze zewnętrznym w stosunku do zamawiającego i wykonawcy. Jednocześnie konieczność unieważnienia dotychczas prowadzonego lub zwlekanie z wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia nie są uznawane za taką wyjątkową okoliczność. Jednakże nie można tego automatycznie przenosić na sytuacje zaistniałe już po udzieleniu zamówienia, zwłaszcza jeżeli jego realizacja była w toku. Zgodnie z zasadą *pacta sunt servanda* zarówno zamawiający i wykonawca mogą zakładać, że druga strona będzie wywiązywała się ze swoich zobowiązań wynikających z zawartej umowy. W przypadku umów w sprawie zamówień publicznych dodatkowo można stwierdzić, że zasadą jest ich realizacja w całości, to jest wykonanie całości przedmiotu zamówienia w sprecyzowanym terminie realizacji. W szczególności zamawiający, na którym ciąży obowiązek przeprowadzenia sformalizowanego postępowania w celu zawarcia umowy, nie jest przeważnie zainteresowany wprowadzeniem możliwości jej wypowiedzenia. Ze złożonej na

rozprawie przez Odwołującego kopii umowy z 3 stycznia 2012 r. wynika, że Zamawiający wyłącznie dla siebie zastrzegł możliwość rozwiązania umowy w trybie natychmiastowym w trzech konkretnych przypadkach, a także uprawnienie odstąpienia od umowy w razie rażącego naruszenia jej postanowień przez wykonawcę (§ 8 odpowiednio ust. 2 lit a-c oraz ust. 3). Ponadto w § 11 przewidziano, że umowa wygaśnie przed 31 grudnia 2012 r., chyba że wcześniej zostanie wydatkowana łączna maksymalna kwota wynagrodzenia wykonawcy. Z postanowień umowy wynika zatem, że Zamawiający zainteresowany był sukcesywnym świadczeniem usług objętych przedmiotem zamówienia przez 12 miesięcy, to jest do końca 2012 r. Z punktu widzenia konstrukcji umowy obiektywnie nie było podstaw do zakładania, że może ona ulec przedwczesnemu rozwiązaniu. W szczególności złożone przez wykonawcę 9 sierpnia 2012 r. oświadczenie zostało oparte na zawartym w § 10 umowy ogólnym odesłaniu w sprawach nieuregulowanych do kodeksu cywilnego, z powołaniem się na wynikające z art. 746 § 2 uprawnienie przyjmującego zlecenie do jego wypowiedzenia w każdym czasie, które na zasadzie art. 750 miałyby znaleźć odpowiednie zastosowanie do tej umowy o świadczenie usług.

Po drugie – Odwołujący nie udowodnił, że złożenie przez wykonawcę oświadczenia o wypowiedzeniu umowy ze skutkiem natychmiastowym zostało spowodowane nieuprawnionymi działaniami Zamawiającego. Na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego pewne jest jedynie to, że strony umowy diametralnie odmiennie oceniają, która z nich ponosi odpowiedzialność za przedwczesne zakończenie obowiązywania umowy. Z jednej strony Przedsiębiorstwo Usługowe „ROKA” Zakład Pracy Chronionej mgr A..... I..... K..... w treści wypowiedzenia powołało się na szykanowanie ze strony Zamawiającego przez wyznaczanie bardzo krótkich, wręcz nierealnych terminów na wykonanie zleceń dodatkowych (tzn. części usług świadczonych według dodatkowych potrzeb Zamawiającego) i niesłuszne nakładanie kar umownych. W szczególności bezpośrednią przyczyną wypowiedzenia przez tego wykonawcę (w imieniu Konsorcjum) umowy ze skutkiem natychmiastowym miało być poinformowanie przez Zamawiającego 3 sierpnia 2012 r. o tym, że nie wypłaci kwoty 140.400,00 zł, stanowiącej ponad 80% wynagrodzenia przysługującego za lipiec (pismo z 9 sierpnia 2012 r.). Z drugiej strony Zamawiający odpowiedział tego samego dnia pismem, w którym stwierdził, że uzasadnienie wypowiedzenia jest bezzasadne, gdyż nigdy nie szykanował wykonawcy, wyznaczone terminy uzależnione były od jego bieżących potrzeb, a inne działania wynikały z opieszałości i braku współpracy ze strony wykonawcy. Zamawiający przyjął do wiadomości wypowiedzenie umowy ze skutkiem natychmiastowym, jednakże uznał, że w rozumieniu § 9 ust. 1 lit. a umowy jest to odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy

uprawniające Zamawiającego do naliczenia kary umownej w wysokości 3% wartości brutto umowy, to jest w kwocie 71.601,84 zł. Wykonawca odpowiedział następnego dnia, że uznaje wezwanie do zapłaty kary umownej za bezzasadne, zarzucając Zamawiającemu, że bezprawnie preferuje innego wykonawcę, któremu niezwłocznie udzielił zamówienie (pismo z 10 sierpnia 2012 r.). Wszystkie przywołane pisma zostały przedstawione w toku postępowania odwoławczego zarówno przez Odwołującego jak i Zamawiającego. Odwołujący nie przedstawił jednak żadnych dowodów na potwierdzenie twierdzenia, że Zamawiający postępował w sposób niezgodny z umową, uniemożliwiając wykonawcy realizację zamówienia.

Po trzecie – Odwołujący nie wykazał, że Zamawiający mógł przewidzieć, że Konsorcjum wypowie umowę ze skutkiem natychmiastowym. W szczególności nie stanowi takiego dowodu istniejące *w świetle ogólnie panujących stosunków gospodarczych wysokie prawdopodobieństwo rychłego zakończenia obopólnej współpracy stron*. Jak już powyżej wskazano postanowienia umowne wprost nie przyznawały wykonawcy uprawnienia do odstąpienia od umowy. Natomiast o ile dyscyplinujące działania Zamawiającego były uzasadnione okolicznościami faktycznymi i mieściły się w ramach uprawnień wynikających z umowy (a Odwołujący nie udowodnił, że było inaczej), o tyle Zamawiający nie miał powodów zakładać, że wykonawca przestanie być zainteresowany realizacją umowy i w celu jej zakończenia powoła się na opisaną powyżej podstawę prawną. Odwołujący jest przy tym niekonsekwentny, gdyż z jednej strony wskazuje natychmiastowy skutek złożonego oświadczenia o wypowiedzeniu umowy, jednocześnie twierdząc, że Zamawiający powinien mimo wygaśnięcia umowy egzekwować świadczenie usług przez wykonawcę. Izba zważyła także, że z racji znajdowania się pod tym samym adresem siedziby Odwołującego „ROKA A.I. K.....” spółki komandytowej i wykonawcy P.U. „ROKA” Zakład Pracy Chronionej A..... I..... K....., a nadto oczywistych powiązań osobowych, Odwołujący mógł bez przeszkód przedstawić dowody na potwierdzenie tezy, że Zamawiający swoim bezprawnym działaniem doprowadził do przedwczesnego zakończenia realizowanej umowy.

Po czwarte – wbrew twierdzeniom Odwołującego charakter usług będących przedmiotem zamówienia nie wyklucza powstania konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia. Odwołujący nie zaprzeczał, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie kompleksowych usług utrzymania czystości na terenie miasta, obejmujących szereg czynności wykonywanych 7 dni w tygodniu, takich jak: *bieżące zbieranie odpadów i innych zanieczyszczeń z terenów przejść dla pieszych, azyłów, jezdni, parkingów itp. Zgromadzenie w odpowiednich pojemnikach lub workach i wywóz na składowisko odpadów środami transportu przystosowanym do wywozu odpadów czy zamiatanie zanieczyszczeń,*

piasku na terenach utwardzonych (chodniki, przejścia dla pieszych znajdujących się w pasach rozdziału, azylach, parkingi, place itp.) ręcznie lub sprzętem mechanicznym służącym do zmiatania oraz wywóz piasku i innych zanieczyszczeń na składowisko odpadów (fragmenty opisu przedmiotu zamówienia). Z tego względu niesłuszne jest stanowisko Odwołującego, że dopiero wystąpienie negatywnych skutków zaprzestania wykonywania tych czynności, mogłoby spowodować konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia. Tymczasem potrzeba natychmiastowego wykonania zamówienia występuje już w razie konieczności zapobieżenia powstaniu negatywnych konsekwencji zaniechania niezwłocznego podjęcia działań. Nie można zatem czynić Zamawiającemu zarzutu z tego, że nie zwlekał aż do chwili, gdy pojawią się skutki epidemiologiczne zaprzestania codziennego sprzątnia miasta. Z tego punktu widzenia natychmiastowe udzielenie zamówienia przez Zamawiającego służyło uniknięciu zaistnienia takich następstw. Nieadekwatne jest stanowisko Odwołującego, że jest to przerwanie sprzątnia, które wiąże się jedynie z takimi samymi uciążliwościami jak każde przedwczesne rozwiązanie umowy.

Po piąte – z uwagi na powyższe okoliczności Odwołujący niezasadnie twierdzi, że można było zachować terminy określone dla innych trybów postępowania. Żaden z innych trybów nie umożliwiłby udzielenia zamówienia z dnia na dzień po wypowiedzeniu przez wykonawcę ze skutkiem natychmiastowym umowy. W szczególności wobec konieczności zachowania przez Zamawiającego reżimu postępowania właściwego dla zamówień o wartości powyżej tzw. progów unijnych, w tym przypadku w wysokości 200 tys. euro (czyli ok. 804 tys. zł). Odwołujący przyjmując, chcąc nie chcąc, założenie dopuszczalności udzielenia z wolnej ręki *zakupu interwencyjnego* na okres miesiąca, błędnie wylicza na podstawie miesięcznej wartości zamówienia (ok. 157 tys. zł), że wartość zamówienia udzielanego do końca roku umożliwiłaby przeprowadzenie postępowania uproszczonego. O ile rzeczywiście wartość netto umowy za taki okres wyniosłaby poniżej 200 tys. euro, o tyle ponieważ niewątpliwie przedmiot zamówienia stanowią usługi powtarzające się okresowo, to zgodnie z art. 34 ust. 1 i 2 pzp wartość zamówienia należy ustalić z uwzględnieniem okresu 12 miesięcy. Potencjalnie jedynie dla zamówienia z wolnej ręki udzielonego na 1 do 1,5 miesiąca (co maksymalnie zdaje się dopuszczać Odwołujący) Zamawiający mógłby udzielić zamówienia podprogowego z powołaniem się na art. 6a pzp. Z tego względu nieadekwatne są założenia Odwołującego oparte na podawanym przez Urząd Zamówień Publicznych 30-dniowym średnim okresie trwania postępowań podprogowych, pomijając nawet okoliczność, że nie uwzględnia to wymaganego minimum 5-dniowego okresu *standstill* pomiędzy zawiadomieniem o wyborze najkorzystniejszej oferty a podpisaniem umowy.

W ocenie Izby spośród okoliczności podniesionych w odwołaniu potencjalnie można

się zastanawiać, czy Zamawiający musiał udzielić zamówienia na okres ponad 4,5 miesiąca. Z jednej strony Zamawiający sam oświadczył, że zamierza wszcząć postępowanie na przełomie września i października, a zatem zakłada, że w ciągu 2 miesięcy przeprowadzi postępowanie i podpisze umowę. Zamawiającemu udało się nawet poprzednio przeprowadzić do 22 grudnia 2011 r. przetarg nieograniczony opublikowany w Dz. U. UE 15 listopada 2011 r. Jednakże zgodnie ze sprawozdaniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2011 roku, w poprzednim roku przeciętny czas trwania postępowania dla zamówień o wartościach powyżej progów unijnych wyniósł 81 dni, a w 2010 r. wynosił nawet 100 dni. Ponieważ według obowiązującej definicji postępowania z art. 2 pkt 7a pzp co do zasady za jego koniec uważa się dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty, to do zawarcia umowy mogło najwcześniej dojść po upływie kolejnych 10 dni. W sumie zatem racjonalny zamawiający może założyć, że zamówienie o wartości powyżej progów zostanie udzielone w trzy miesiące od wszczęcia postępowania. Nawet jeżeli poprzednio Zamawiającemu udało się zawrzeć umowę przed upływem 50 dni, to jedynie z tego powodu, że zostały złożone tylko dwie oferty, z których jedna została odrzucona, a wykonawca ten nie wniósł odwołania. Zważając, że Zamawiający zamierza udzielić zamówienia na okres 3 lat, co może zwiększyć zainteresowanie zamówieniem, 2-miesięczny okres może okazać się niewystarczający dla zapewnienia rozpoczęcia realizacji usług od początku przyszłego roku. W tych uwarunkowaniach Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie tylko na tej podstawie, że najprawdopodobniej Zamawiający byłby w stanie podpisać umowę z wykonawcą wybranym w trybie podstawowym na około miesiąc przed końcem bieżącego roku. W ocenie Izby takie rozstrzygnięcie stanowiłoby przejaw nadmiernego formalizmu nieuzasadnionego okolicznościami sprawy.

Mając powyższe na uwadze, Izba, działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z § 3 pkt 1 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), obciążając Odwołującego kosztami niniejszego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis.

Przewodniczący: