

Sygn. akt KIO 533/10

**WYROK**  
**z dnia 29 kwietnia 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Magdalena Grabarczyk**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 29 marca 2010 r. przez **ISS Facility Services Sp. z o.o., ul. Flisa 2, 02-247 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **Wojskowy Instytut Medyczny, ul. Szaserów 128, 04-141 Warszawa,**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Sodexo Polska Sp. z o.o. (pełnomocnik), 2. Aspen Res Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: al. Jerozolimskie 172, 02-486 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu wykonanie czynności unieważnienia postępowania;**

**2. kosztami postępowania obciąża Wojskowy Instytut Medyczny, ul. Szaserów 128, 04-141 Warszawa i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **ISS Facility Services Sp. z o.o., ul. Flisa 2, 02-247 Warszawa** stanowiący koszty postępowania odwoławczego,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Wojskowy Instytut Medyczny, ul. Szaserów 128, 04-141 Warszawa** na rzecz **ISS Facility Services Sp. z o.o., ul. Flisa 2, 02-247 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wniesionego wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie, Warszawa - Praga**.

.....

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Warszawski Instytut Medyczny - zamierza udzielić zamówienia na usługi przygotowania posiłków dla pacjentów oraz posiłków profilaktycznych dla personelu WIM wraz z wynajmem pomieszczeń produkcyjnych oraz dzierżawą maszyn i urządzeń gastronomicznych.

W treści wstępnego ogłoszenia informacyjnego zamawiający poinformował, że zamierza udzielić zamówienia wykonawcom ubiegającym się o nie wspólnie - konsorcjum Sodexo Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie i Aspen Res Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie.

Wobec treści wstępnego ogłoszenia informacyjnego 29 marca 2010 r. odwołanie wniósł ISS Facility Services Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2010 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej również „ustawą”:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy, przez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z naruszeniem przepisu art. 67 oraz art. 5 ust. 1 i 1a ustawy;
- 2) art. 5 ust. 1 i 1a ustawy przez błędną interpretację przepisu i nieuprawnione zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki;
- 3) art. 67 ustawy poprzez nieuprawniony wybór trybu zamówienia z wolnej ręki.

Wskazując, że skutek uchybień zamawiającego nie może wziąć udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego a tym samym nie może uzyskać zamówienia, odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania oraz o zmianę trybu prowadzonego postępowania na zgodny z przepisami ustawy lub o unieważnienie postępowania.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że przedstawione przez zamawiającego uzasadnienie nie stanowi podstawy do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, gdyż wszystkie podmioty działające w sektorze usług żywienia zobowiązane są do działania zgodnie z systemem HACCP, certyfikacja tego systemu nie jest wymagana żadnymi przepisami obowiązującego prawa. Podniósł, że na rynku funkcjonuje znaczna liczba podmiotów posiadających certyfikowany system HACCP. Odwołujący się zarzucił również, że konsorcjum Sodexo Sp. z o. o. i Aspen Res Sp. z o. o. nie jest ani jedynym, ani największym w regionie podmiotem zdolnym do świadczenia usługi dla innych odbiorców w oparciu o pomieszczenia WIM. Wywiódł, że powołane uzasadnienie faktyczne nie ma żadnego związku z przytoczoną podstawą prawną - certyfikacja systemu HACCP ani zdolność do świadczenia usługi na

zewnątrz Instytutu nie mają związku z przytoczonymi okolicznościami prawnymi – art. 5 ust. 1 a pkt 1 i 3 ustawy.

Zamawiający przed otwarciem rozprawy nie wniósł odpowiedzi na odwołanie.

Konsorcjum Sodexo Sp. z o. o. i Aspen Res Sp. z o. o. powzięło wiadomość o wniesieniu odwołania 30 marca 2010 r. i 2 kwietnia zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego zachowując przesłanki wskazane w art. 185 ustawy.

Przystępujący opowiedział się po stronie zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu zarzucił brak interesu odwołującego w kwestionowaniu wyboru trybu, niespełnianie przez treść odwołania wymogów formalnych oraz powoływał argumentację na spełnianie przesłonek art. 5 ust. 1 a pkt 1 i 3 ustawy.

Wobec ustalenia na posiedzeniu, że odwołanie nie podlega odrzuceniu, Izba przeprowadziła rozprawę podczas, której strony i uczestnik podtrzymali dotychczasowe stanowiska. Zamawiający wywodził nadto, że skoro art. 5 ust. 1 a używa sformułowania „w szczególności” dopuszczalne jest uzasadnianie wyboru trybu z wolnej ręki również innymi przyczynami, niż wymienione w przepisie.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający zamierzał udzielić zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia wszczynając i prowadząc postępowanie zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym przed 29 stycznia 2010 r., jednak 26 listopada 2009 r. dokonał czynności unieważnienia postępowania.

5 lutego 2010 r. Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w związku z cofnięciem odwołania przez P. Dussmann Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie wniesionego 20 grudnia 2009 r. wobec rozstrzygnięcia protestu dotyczącego unieważnienia postępowania.

12 marca 2010 r. zamawiający skierował do przystępującego zaproszenie do negocjacji postanowień umowy.

18 marca zamawiający opublikował w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2010/S 54-080235 wstępne ogłoszenie informacyjne, w którym oświadczył, w pkt II.7, że zamierza udzielić zamówienia w trybie "z wolnej ręki" w postępowaniu uproszczonym w oparciu o art. 5, ust. 1, ust. 1a, pkt 1 i 3 oraz ust. 2 i 3; art. 66 ust. 1 i 2. Termin realizacji zamówienia - 48 miesięcy. Zamówienia zamierzamy udzielić Konsorcjum firm Sodexo Sp. z o. o., Al. Jerozolimskie 172, 02-486 Warszawa i Aspen Res Sp. z o. o., ul. Bularnia 5, 31-222 Kraków. Uzasadnieniem faktycznym jest posiadanie certyfikacji systemu HACCP oraz posiadanie

zdolności do świadczenia usługi na zewnątrz Instytutu, zapewniającej utrzymanie dzierżawionego, dużego obiektu żywieniowego (zdolność produkcyjna obiektu - 5 000 posiłków dziennych, a nasze potrzeby wynoszą 700 posiłków dziennych).

### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy. Zamiar udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki przystępującemu pozbawia odwołującego szans na jego uzyskanie. Odwołujący ma zatem interes we wniesieniu odwołania. Uniemożliwienie odwołującemu wzięcia udziału w postępowaniu, powoduje również możliwość poniesienia przez niego szkody w postaci utraty spodziewanych korzyści związanych z ewentualnym zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Interes odwołującego we wniesieniu odwołania wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa, a zawarta w jego wyniku umowa nie była zagrożona unieważnieniem z powodu ziszczenia przesłanek wskazanych w art. 146 ust. 1 ustawy. Pogląd zawarty w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 19 grudnia 2007 roku (sygn. akt V Ca 2506/07 *niepubl.*) jest aktualny również w obecnym stanie prawnym. W przywołanym orzeczeniu sąd stwierdził, że „interes prawny w uzyskaniu zamówienia należy rozumieć w ten sposób, że wykonawca ma prawo oczekiwać, że sam proces udzielenia zamówienia będzie odbywał się w sposób prawidłowy i z tego wynika jego interes we wnoszeniu środków ochrony prawnej”.

Pogląd powyższy jest szczególnie aktualny w odniesieniu do wnoszenia środków ochrony prawnej wobec specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treści ogłoszeń, w tym wprowadzonego ostatnią nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych ogłoszenia informującego o zamiarze zawarcia umowy (tzw. ogłoszenia *ex ante*).

Wnoszenie środków ochrony prawnej wobec treści przywołanych dokumentów umożliwia eliminowanie uchybień zamawiającego na wczesnym etapie postępowania, niezasadne jest zatem, przez przeczenie spełnienia przesłanek zawartych w art. 179 ust. 1 ustawy, ograniczanie wykonawcom zainteresowanym zamówieniem prawa do merytorycznego rozpoznawania podniesionych zarzutów.

Chybione jest kwestionowanie możliwości wniesienia odwołania z powodu nie posiadania przez odwołującego certyfikatu HACCP. Zgodnie z art. 23 ust. 1 wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Odwołujący w razie zaistnienia możliwości uczestniczenia w postępowaniu może zawiązać konsorcjum z wykonawcą posiadającym wymagany przez zamawiającego certyfikat i ten sposób spełnić jego oczekiwania. Nastąpić to może jednak jedynie w razie umożliwienia odwołującemu uczestniczenia w postępowaniu, czego domaga się on kwestionując wybór trybu z wolnej ręki.

W okolicznościach sprawy przedmiotem zarzutów jest samo zastosowanie trybu z wolnej ręki, zatem podniesione zarzuty podlegają merytorycznemu rozpoznaniu.

Izba uznała, że odwołanie odpowiada warunkom formalnym, o których stanowi art. 180 ust. 3 ustawy. Treść odwołania wskazuje, w sposób nie budzący wątpliwości, że odwołujący kwestionuje czynność zamawiającego polegającą na wyborze trybu z wolnej ręki.

Skoro art. 180 ust. 2 pkt 1 ustawy wskazuje *expressis verbis* uprawnienie do wniesienia odwołania wobec czynności wyboru trybu z wolnej ręki w postępowaniach o zamówienie o wartości mniejszej, niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, to tym bardziej zasadne jest dopuszczenie możliwości wniesienia odwołania wobec takiego wyboru w postępowaniach o wartości większej, niż przywołane kwoty.

Czynność zamawiającego polegająca na wyborze trybu z wolnej ręki uzewnętrznia się bądź przez ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, o którym mowa w art. 66 ust. 2 ustawy, bądź przez ogłoszenie o udzieleniu zamówienia. Od daty publikacji tych ogłoszeń rozpoczyna swój bieg termin na kwestionowanie trybu udzielenia zamówienia. Wniesienie odwołania, w którym zarzucane jest bezprawne zastosowanie trybu z wolnej ręki, wskazujące w uzasadnieniu niespójność powołanej podstawy prawnej z uzasadnieniem faktycznym, jest trafne, motywowane zachowaniem przez odwołującego terminu na wniesienie odwołania.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w sposób oczywiście błędny opublikował ogłoszenie pod nazwą wstępne ogłoszenie informacyjne. Analiza treści ogłoszenia oraz fakt, iż jego zamieszczenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nastąpiło po skierowaniu do przystępującego zaproszenia do negocjacji wskazują, że jest ono ogłoszeniem *ex ante* wskazanym w art. 66 ust. 2 ustawy.

Zgodnie z art. 66 ust. 2 pkt 3 ustawy zamawiający w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy wskazuje uzasadnienie wyboru trybu z wolnej ręki.

Odwołujący może podnieść wyłącznie zarzuty wobec powołanego przez zamawiającego uzasadnienia i nie powinien domniemywać, czy zaistniały jakieś inne przyczyny zastosowania trybu z wolnej ręki, a jeżeli tak, to jakie. Obowiązkiem zamawiającego działającego z należytą starannością jest właściwe sformułowanie uzasadnienia zastosowania trybu z wolnej ręki, tak w zakresie faktycznym, jak i prawnym. Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu (art. 192 ust. 6 ustawy). W postępowaniu odwoławczym badaniu podlegają wyłącznie przesłanki powołane przez zamawiającego w zakresie określonym w uzasadnieniu zamieszczonym w ogłoszeniu.

Art. 5 ust. 1a ustawy stanowi, że w przypadku zamówień, o których mowa w ust. 1, których przedmiotem są usługi o charakterze niepriorytetowym, zamawiający może wszcząć postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub w trybie zamówienia z wolnej ręki także w innych uzasadnionych przypadkach, niż określone odpowiednio w art. 62 ust. 1 lub 67 ust. 1, w szczególności jeżeli zastosowanie innego trybu mogłoby skutkować co najmniej jedną z następujących okoliczności:

- 1) naruszeniem zasad celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania wydatków;
- 2) naruszeniem zasad dokonywania wydatków w wysokości i w terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań;
- 3) poniesieniem straty w mieniu publicznym;
- 4) uniemożliwianiem terminowej realizacji zadań.

Przywołany przepis uzależnia możliwość zastosowania trybu z wolnej ręki od łącznego (kumulatywnego) wystąpienia dwóch przesłanek – przedmiotem zamówienia mają być usługi niepriorytetowe określone w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 roku w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym (Dz. U. Nr 12, poz. 68) i zaś dla zastosowania tego trybu mam być uzasadnione.

Przez użycie w art. 5 ust. 1a sformułowania „w szczególności” ustawodawca ustalił wprawdzie taksatywny, otwarty katalog przyczyn uzasadniających zastosowanie trybu z wolnej ręki, jednak nie oznacza to, że zamawiającemu pozostawiona jest całkowita dowolność w tym względzie. Przeciwnie, wobec ustalenia w art. 10 ustawy zasady, iż zastosowanie m. in. trybu z wolnej ręki jest wyjątkiem, który może zaistnieć jedynie w przypadkach określonych w ustawie, przyczyny powołane przez zamawiającego winny mieć charakter obiektywny. Tylko w takim przypadku mogą zostać zweryfikowane, m. in. w postępowaniu odwoławczym.

Udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki bez istnienia uzasadnionych powodów narusza prawo.

Niesporne jest między stronami, że usługa przygotowania posiłków jest usługą o charakterze niepriorytetowym wymienioną w kategorii 17 załącznika nr 2 do rozporządzenia w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym. Przedmiotem sporu jest zatem zaistnienie powołanych przez zamawiającego przesłanek zawartych w art. 5 ust. 1a pkt 1 i 3 ustawy.

Wyniki postępowania odwoławczego nie pozwalają na stwierdzenie, że posiadanie certyfikacji systemu HACCP oraz zdolności do świadczenia usługi na zewnątrz Instytutu, zapewniającej utrzymanie dzierżawionego dużego obiektu żywieniowego stanowi wystarczające uzasadnienie dla udzielenia zamówienia wyłącznie przystępującemu Zamawiający uprawniony jest do ustalania swoich wymagań jakościowych na wysokim poziomie oraz adekwatnego sformułowania warunków podmiotowych i przedmiotowych.

Izba uznaje za dopuszczalne oraz uzasadnione potrzebami zamawiającego żądanie posiadania przez wykonawcę zamówienia certyfikowanego systemu HACCP.

Na rynku istnieje cała grupa podmiotów posiadających wymagany certyfikat (okoliczność bezsporna), zatem wymagania zamawiającego nie stanowi ograniczenia konkurencji.

Z powyższego wynika jednak jednocześnie, że fakt posiadania certyfikatu nie może stanowić uzasadnienia udzielenie zamówienia publicznego wyłącznie wykonawcy wybranemu z pominięciem trybu konkurencyjnego.

Powiązanie wymagania certyfikatu HACCP z posiadaniem zdolności do świadczenia usługi na zewnątrz Instytutu, zapewniającej utrzymanie dzierżawionego, dużego obiektu żywieniowego również nie stanowi uzasadnienia do wyłączenia możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia większej grupie wykonawców. Przystępujący oświadczył na rozprawie, że na rynku działa, co najmniej 5-6 podmiotów posiadających certyfikat HACCP oraz dysponujących potencjałem wystarczającym do utrzymania kuchni zamawiającego. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się również wykonawcy wspólnie (art. 23 ust. 1 ustawy). Zatem krąg wykonawców spełniających opisane w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy oczekiwania zamawiającego może być szerszy.

W konsekwencji powoływane przez zamawiającego właściwości przystępującego nie dają podstawy do udzielenia mu zamówienia w trybie z wolnej ręki. Ewentualne wymagania zamawiającego dotyczące zdolności - potencjału wykonawcy - powinny znaleźć odzwierciedlenie w opisie warunku lub warunków stawianych wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia.

Zamawiający podnosił na rozprawie, że ciąży na nim obowiązek utrzymywania całego obiektu kuchni, o mocy produkcyjnej znacznie przekraczającej jego aktualne zapotrzebowanie, w takim stanie, aby w każdym czasie możliwe było zwiększenie produkcji. Jednak takie zobowiązanie zamawiającego nie uzasadnia zastosowania trybu z wolnej ręki. Zamawiający jest wprawdzie uprawniony do tego, aby ciążący na nim obowiązek uczynić elementem przyszłego zobowiązania wykonawcy, nie jest jednak uprawnione twierdzenie, że tylko przystępujący był w stanie uczynić mu zadość. Przystępujący nie jest jedynym, a jednym z wykonawców odpychających wymaganiom wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy.

Postępowanie przed Izbą nie pozwoliło również na ustalenie zaistnienia przesłanek wskazanych w art. 5 ust. 1a pkt 1 i 3 ustawy.

Ciężar dowodu w zakresie konieczności zastosowania trybu z wolnej ręki spoczywa na zamawiającym, gdyż on ze swego twierdzenia wywodzi skutek w postaci zawarcia umowy z wykonawcą wyłonionym w trybie niekonkurencyjnym.



Izba stwierdza, że powoływane przez zamawiającego przesłanki art. 5 ust. 1 a pkt 1, a w szczególności pkt 3 ustawy pozostały nieudowodnione. Ich wystąpienie nie zostało nawet uprawdopodobnione.

Nie może być skuteczne powoływanie się na fakt, że w poprzednio prowadzonych postępowaniach przystępujący oferował najniższą cenę. Zmienne warunki na rynku, przekształcenia podmiotowe po stronie wykonawców, wzmacniające potencjał niektórych z nich, wprowadzanie zmian organizacyjnych umożliwiających obniżenie ceny negują założenie, że w razie zastosowania otwartego trybu konkurencyjnego cena oferty przystępującego byłaby z pewnością najniższa. Nie można wykluczyć, że przystępujący złożyłby najkorzystniejszą ofertę, jednak nie można tego zakładać *a priori*. Konkurencja między wykonawcami sprzyja uzyskiwaniu korzystniejszych warunków realizacji umowy.

Ponadto zamawiający nie może powoływać się wobec odwołującego na wyniki poprzedniego postępowania, prowadzonego w trybie negocjacji bez ogłoszenia, skoro odwołujący nie miał możliwości wziąć w nim udziału.

Uznać zatem należy, że w okolicznościach faktycznych sporu zasady celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania wydatków nakazują udzielenie zamówienia w warunkach konkurencji.

Chybiony jest pogląd o braku możliwości zachowania przez zamawiającego terminów ustawowych przewidzianych dla procedur otwartych.

Protest dotyczący dokonanej przez zamawiającego czynności unieważnienia poprzednio prowadzonego postępowania został ostatecznie rozstrzygnięty postanowieniem Izby z 5 lutego 2010 r. Zamawiający zatem mógł i powinien niezwłocznie po tej dacie wszcząć kolejne postępowanie. Tymczasem zamawiający skierował do przystępującego zaproszenie do negocjacji dopiero 12 marca 2010 r., a ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy 19 marca 2010 r.

Przedłużenie procedury nastąpiło wskutek zaniechania zamawiającego. Za błędne uznaje Izba przyjęcie, że nie było możliwości przeprowadzenia postępowania w trybie konkurencyjnym w okresie od ostatecznego rozstrzygnięcia protestu w dniu 5 lutego 2010 r. do 31 maja 2010 r., o ile zamawiający działałby z należytą starannością. Zaniechanie zamawiającego - brak wszczęcia kolejnego postępowania w najkrótszym możliwym terminie, nie może stać się podstawą uzasadniająca zastosowanie trybu z wolnej ręki.

Uzasadnienia takiego nie stanowi również zamiar dokonania inwestycji w postaci wymiany tac, na których podawane są posiłki. Po pierwsze: brak jest podstaw do przyjęcia, że może dokonać tego wyłącznie przystępujący. Po drugie: skoro wymagania zamawiającego zostały ustalone we wzorze umowy, to każdy z potencjalnych wykonawców może je uwzględnić przy obliczeniu ceny oferty z zachowaniem warunków konkurencji.

Wskazanie, że przystępujący od pięciu lat realizuje na rzecz zamawiającego usługi, których jakość jest bardzo wysoko oceniana, nie zwalnia zamawiającego z obowiązków ustawowych. Udzielenie zamówień na kolejne okresy w taki sposób, aby konkurencyjność oferty przystępującego została zweryfikowana przez porównanie z ofertami innych wykonawców może być również korzystne dla zamawiającego.

Uzyskanie przez przystępującego zamówienia na kolejny okres, kontynuowanie przez niego działalności gospodarczej w oparciu o obiekt zamawiającego, nie jest tożsame z groźbą naruszenia zasad celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania wydatków przez zamawiającego, ani też z poniesieniem straty w mieniu publicznym. Skoro kuchnia zamawiającego stanowi aktualnie główny zakład produkcyjny przystępującego, to utrata możliwości jego dalszego użytkowania, może mieć istotny wpływ na jego sytuację ekonomiczną, co jednak pozostaje bez wpływu na ocenę prawidłowości wyboru trybu z wolnej ręki.

Podobnie wskazanie, że przystępujący w oparciu wynajmowaną kuchnię, realizuje zamówienia na rzecz innych jednostek służby zdrowia.

W badanym postępowaniu zamawiający działa wyłącznie w imieniu własnym. Stwierdzić należy ponadto, że co do zasady, zamawiający są zainteresowani należyтым wykonywaniem zawartych umów niezależnie od aktualnego położenia zakładu produkcyjnego wykonawcy, który może zmienić siedzibę w trakcie realizacji umowy.

W konsekwencji stwierdzić należy, że uniemożliwiając innym wykonawcom, w tym odwołującemu, aby samodzielnie lub przez powołanie konsorcjum ubiegali się o udzielenie zamówienia jest nieuzasadnione, stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Stanowisko odwołującego okazało się być zasadne. Uzasadnienie zastosowania trybu z wolnej ręki przedstawione przez zamawiającego nie może się ostać.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 5 ust. 1 a ustawy potwierdził się. Naruszenia, których dopuścił się zamawiający mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia i nie mogą być konwalidowane w żaden sposób. Kontynuowanie postępowania prowadziłoby do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego obarczonej wadą wskazaną w art. 146 ust. 1 pkt 1 ustawy.

Mając powyższe na uwadze Izba na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 ustawy uwzględniła odwołanie. Izba na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy nakazała zamawiającemu wykonanie czynności unieważnienia postępowania.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 191 ust. 9 i 10 ustawy, uwzględniając koszty zastępstwa odwołującego przez pełnomocnika w kwocie 3.600 zł na podstawie

przedłożonego rachunku, zgodnie z z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

.....