

Wyrok

z dnia 26 listopada 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Beata Pakulska-Banach**

Członkowie: **Anna Osiecka**

Anna Packo

Protokolant: **Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 listopada 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 listopada 2018 roku przez wykonawcę **M. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą GAMA – M. S.** w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Usług Informatycznych we Wrocławiu**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i orzeka o skróceniu okresu obowiązywania umowy nr CUI/ZP/ZWR/31/2018 o świadczenie usług przewozowych na rzecz dzieci i uczniów z niepełnosprawnościami na terenie Gminy Wrocław z dnia 13 września 2018 roku, zawartej pomiędzy Gminą Wrocław w imieniu i na rzecz której działa Centrum Usług Informatycznych we Wrocławiu a W. P., prowadzącym działalność gospodarczą pn. W. P., „Taxi Osobowe” Firma Transportowo-Handlowa oraz S. P., prowadzącym działalność gospodarczą pn. Firma Transportowo-Handlowa, S. P. - do dnia 30 kwietnia 2019 roku.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Centrum Usług Informatycznych we Wrocławiu**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **M. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą GAMA – M. S.**, tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od **Centrum Usług Informatycznych we Wrocławiu** na rzecz wykonawcy **M. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą GAMA – M. S.** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), tytułem uiszczonego wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Centrum Usług Informatycznych we Wrocławiu (zwane dalej: „zamawiającym”) udzieliło zamówienia bez uprzedniej publikacji zaproszenia do ubiegania się o zamówienie na realizację zadania pn.: *Transport zbiorowy – świadczenie usług dowozu dzieci i uczniów niepełnosprawnych do wrocławskich placówek edukacyjnych. Numer referencyjny: CUI/ZP/ZWR/31/2018*, w oparciu o przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) - zwanej dalej: „ustawą Pzp”.

Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 października 2018 roku pod numerem 2018/S 197-446161. Ogłoszenie to nie było poprzedzone publikacją ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 13 listopada 2018 roku wykonawca M. S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą GAMA – M. S. (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec wyboru przez zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki przy udzielaniu zamówienia publicznego w przedmiocie: *„Transport zbiorowy – świadczenie usług dowozu dzieci i uczniów niepełnosprawnych do wrocławskich placówek edukacyjnych”*.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez bezzasadne zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki;
2. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady proporcjonalności, równego traktowania i uczciwej konkurencji.

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu unieważnienia umowy z dnia 13 września 2018 roku zawartej pomiędzy zamawiającym a wykonawcami wspólnie realizującymi zamówienie: W. P., prowadzącym działalność gospodarczą pn. W. P., „Taxi Osobowe” Firma Transportowo-Handlowa oraz S. P., prowadzącym działalność gospodarczą pn. Firma Transportowo-Handlowa, S. P..

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił, co następuje.

W pierwszej kolejności odwołujący wskazywał, że jako podmiot, działający na rynku

usług specjalistycznego transportu drogowego, posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Stwierdził, iż z uwagi na to, że zamówienie to, w sposób bezprawny, zostało zlecone, z wyłączeniem procedur konkurencyjnych, na okres 2 lat, jest pozbawiony możliwości ubiegania się o jego wykonanie, co z kolei prowadzi do powstania szkody po jego stronie.

Odwołujący wskazywał, że zamawiający udzielił zamówienia w przedmiocie: „Transport zbiorowy – świadczenie usług dowozu dzieci i uczniów niepełnosprawnych do wrocławskich placówek edukacyjnych” w procedurze bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu, tj. w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zamówienie zostało udzielone wykonawcom wspólnie ubiegającym się o zamówienie, tj.: W. P., prowadzącemu działalność gospodarczą pn. W. P., „Taxi Osobowe” Firma Transportowo-Handlowa oraz S. P., prowadzącemu działalność gospodarczą pn. Firma Transportowo-Handlowa, S. P., na rok szkolny 2018/2019 oraz 2019/2020.

Odwołujący podał, że w sekcji IV.1.1)1 ogłoszenia o udzieleniu zamówienia zamawiający przedstawił uzasadnienie zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, powołując się na następujące okoliczności:

- *nagła sytuacja niezawiniona przez zamawiającego jaka była podstawą rozpoczęcia procedury to nagłe i nieprzewidziane rozwiązanie umowy z dotychczasowym wykonawcą;*
- *brak możliwości odstąpienia od zapewnienia dalszego niezwłocznego świadczenia;*
- *termin, który pozwalałby zamawiającemu na przeprowadzenie kolejnego postępowania to kilka miesięcy, jednak jedynie wykonawcy, którzy zdecydowali się na przystąpienie do negocjacji uzasadnili i uprawdopodobnili powody dla których termin umowy nie może być krótszy niż określony w zawartej umowie i nie zgodzili się na zawarcie umowy na krótszy okres.*

Odwołujący jednocześnie zauważył, iż zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, warunkowane jest wykazaniem przez zamawiającego każdej z następujących okoliczności:

- a) udzielenie zamówienia spowodowane jest wystąpieniem wyjątkowej sytuacji niewynikającej z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć;
- b) konieczne jest natychmiastowe wykonanie zamówienia;
- c) nie jest możliwe zachowanie terminów określonych dla innych trybów zamówienia.

Podkreślił również, że ciężar dowodu wykazania zaistnienia powyższych okoliczności spoczywa na zamawiającym, przy czym okoliczności te winny zostać wykazane w treści ogłoszenia o udzieleniu zamówienia.

Następnie odwołujący wskazywał, że jest on podmiotem, z którym zamawiający rozwiązał dotychczasową umowę w przedmiocie świadczenia usług dowozu dzieci i uczniów w roku szkolnym 2018/2019 oraz 2019/2020. Zamówienie to zostało mu udzielone w dniu 15.07.2018 roku po przeprowadzeniu przetargu nieograniczonego. Rozwiązanie umowy nastąpiło w trybie jej wypowiedzenia w oparciu o oświadczenie zamawiającego z dnia 5.09.2018 roku, dokonane z powołaniem się na § 8 ust. 4 pkt 6 i 3 umowy oraz na art. 746 § 1 k.c. w zw. z art. 750 k.c.

Odwołujący podniósł, iż wypowiedzenie dotychczasowej umowy w trybie natychmiastowym, nastąpiło bez podstawy prawnej, co oznacza, że zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki, z powołaniem się na konieczność rozwiązania dotychczasowej umowy, nastąpiło z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Podkreślił też, że rozwiązanie dotychczasowej umowy, już po dwóch dniach świadczenia usługi, bez jakiegokolwiek uprzedniego wezwania do zaprzestania przywoływanych przez zamawiającego naruszeń umowy, nie tylko było bezprawne, ale również było działaniem całkowicie niezrozumiałym w świetle obiektywnie określonych potrzeb i celów działania zamawiającego. W piśmie z dnia 22.10.2018 roku odwołujący przedstawił zamawiającemu swoje stanowisko, iż brak było podstaw do wypowiedzenia umowy, zarówno na podstawie § 8 ust. 4 pkt 3 i 6 umowy, jak i art. 746 § 1 k.c. w zw. z art. 750 k.c., a także sformułował roszczenie odszkodowawcze do zamawiającego w związku z bezprawnym rozwiązaniem umowy.

W ocenie odwołującego, z uwagi na powyższe, nie została spełniona przesłanka, dotycząca zaistnienia nieprzewidywanej i wyjątkowej okoliczności, niewynikającej z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć. Stwierdził, że w zaistniałych okolicznościach faktycznych, brak było konieczności rozwiązania dotychczasowej umowy, a decyzja zamawiającego w tym zakresie stanowiła nadużycie prawa i była nieproporcjonalna do okoliczności faktycznych, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący podniósł również, że w doktrynie wskazuje się, iż odstąpienie przez zamawiającego od dotychczasowej umowy nie jest traktowane jako sytuacja wyjątkowa, której nie można było przewidzieć, na potwierdzenie czego przywołał opinię Prezesa UZP, wyrażoną w wynikach kontroli w sprawie o sygn. akt: KNZ/28/15/DKD, zawierającą odniesienie do stanowiska Komisji Europejskiej: *„Komisja stanęła na stanowisku, że udzielając tego zamówienia w procedurze negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia, naruszono obowiązek przejrzystości wywodzący się z ogólnych zasad traktatowych. Wskazano, iż odstąpienie od umowy jest w każdym wypadku zależne od zamawiającego, a fakt, iż umowa została rozwiązana z uwagi na jej nienależyte wykonywanie jasno wskazuje, że była to okoliczność, którą można było przewidzieć. W konsekwencji, zamówienie to powinno być udzielone*

w trybie konkurencyjnym".

W dalszej kolejności odwołujący zauważył, że przedmiotowe zamówienie obejmuje swoim zakresem świadczenie usług przez cały okres roku szkolnego 2018/2019 oraz 2019/2020. Jego zdaniem, nawet gdyby przyjąć, że po rozwiązaniu dotychczasowej umowy istniała potrzeba zapewnienia kontynuacji świadczenia usług transportowych, to nie sposób uznać, że zaistniała konieczność natychmiastowego wykonania usług transportowych w całym roku szkolnym 2018/2019 oraz w kolejnym roku szkolnym 2019/2020. Potrzeba natychmiastowego wykonania zamówienia, co najwyżej mogłaby odnosić się do zakresu obejmującego najkrótszy możliwy czas, niezbędny do rozstrzygnięcia kolejnej procedury przetargowej. Natomiast, zamawiający nie tylko objął zakresem zamówienia świadczenie usług transportowych do końca roku szkolnego 2018/2019, ale dodatkowo objął nim kolejny rok szkolny, tj. 2019/2020. W ocenie odwołującego, działanie takie nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia i stanowi przykład rażącego naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, jak również zasady proporcjonalności wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Podkreślił, że bezprzetargowe udzielenie zamówienia, dowolnie wybranemu wykonawcy, jest sytuacją szczególną, która może mieć miejsce w wyjątkowych, szczególnych, ściśle określonych w przepisach prawa okolicznościach, co nie ma miejsca w przedmiotowym stanie faktycznym. Według odwołującego, nie sposób uznać, że zlecenie w trybie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp świadczenia usług transportowych przez blisko dwuletni okres czasu stanowiło działanie mające na celu usunięcie absolutnie niezbędnych skutków nadzwyczajnego i nieprzewidzianego zdarzenia. Odwołujący powołał się przy tym na uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 sierpnia 2009 roku, wydaną w sprawie o sygn. akt: KIO/KD 21/09.

Odwołujący zauważył, że zamawiający uzasadniając konieczność zawarcia umowy, zarówno na cały bieżący rok szkolny, jak i kolejny wskazywał: „*Jednak jedyni Wykonawcy, którzy zdecydowali się na przystąpienie do negocjacji uzasadnili i uprawdopodobnili powody dla których termin umowy nie może być krótszy niż określony w zawartej umowie i nie zgodzili się na zawarcie umowy na krótszy okres*”. Odwołujący podnosił, iż zamawiający nawet nie podał nazw wykonawców, z którymi podjął rzekome negocjacje, ani nie wskazał powodów, dla których wykonawcy nie zgodzili się na zawarcie umowy na krótszy okres czasu, jak również nie przedstawił uzasadnienia prezentowanego przez tych wykonawców. Ponadto, zdaniem odwołującego, argumentacja zamawiającego w tym zakresie nie ma charakteru obiektywnego i jest całkowicie bezprzedmiotowa z punktu widzenia przesłanek zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, a wręcz potwierdza naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący powołał się przy tym na uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej, wydaną w sprawie o sygn. akt: KIO/KD 50/16 odnośnie natychmiastowej wykonalności zamówienia. Zdaniem odwołującego, odstąpienie od umowy, szczególnie przy uwzględnieniu okoliczności

z jakimi zamawiający miał do czynienia w przedmiotowym stanie faktycznym, w żaden sposób nie może być traktowane jako świadczące o zaistnieniu konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia.

Ponadto, w ocenie odwołującego, zamawiający w ogóle nie uzasadnił zaistnienia przesłanki dotyczącej braku możliwości zachowania terminów określonych dla innych trybów, co świadczy o zasadności zarzutu naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Dodatkowo, odwołujący wskazał, że zamawiający nie wykazał, iż na rynku brak jest wykonawców gotowych do wykonania zamówienia w krótszym okresie czasu, w szczególności w okresie niezbędnym do rozstrzygnięcia kolejnego postępowania przetargowego. Według odwołującego, jedynym dowodem w tym zakresie mogłoby być co najwyżej rozpisanie przetargu, w którym żaden z wykonawców nie złożyłby oferty. Ponadto, stwierdził, że mając na uwadze terminy przewidziane w ustawie na przeprowadzenie innych trybów brak było jakichkolwiek przeciwwskazań dla udzielenia zamówienia na świadczenie usług transportowych, zarówno w roku szkolnym 2018/2019, jak i 2019/2020, w innym trybie niż z wolnej ręki.

W oparciu o powyższe, odwołujący wnosil jak na wstepie.

W dniu 13 listopada 2018 roku zamawiający przekazał wykonawcy, któremu udzielił zamówienia z wolnej ręki, zawiadomienie o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią - za pośrednictwem poczty elektronicznej.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp nie zostało zgłoszone żadne przystąpienie do postępowania odwoławczego.

W dniu 23 listopada 2018 roku – w toku posiedzenia z udziałem stron – zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosil o oddalenie odwołania w całości, natomiast odwołujący złożył dodatkowe stanowisko pisemne wraz z załącznikami.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z: ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, protokołu negocjacji z wykonawcą z dnia

13 września 2018 roku, umowy nr CUI/ZP/ZWR/31/2018 z dnia 13 września 2018 roku, notatek służbowych pracowników zamawiającego.

Ponadto, Izba wzięła pod uwagę stanowiska stron, wyrażone w odwołaniu i w stanowisku pisemnym odwołującego z dnia 23 listopada 2018 roku, a także w odpowiedzi zamawiającego na odwołanie z dnia 22 listopada 2018 roku oraz wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 23 listopada 2018 roku.

Izba postanowiła oddalić wnioski zamawiającego o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków: D. Z. i K. B., a także z przesłuchania strony: M. S. – uznając, że okoliczności, na jakie miałoby zostać powołani świadkowie i przesłuchana strona nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, tj. do ustalenia czy zamawiający w sposób uprawniony udzielił zamówienia w trybie z wolnej ręki.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz, że został uiszczony od niego wpis we właściwej wysokości.

Ponadto, nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła także, że odwołującemu w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania jako, że spełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania, tj. istnienie interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, wyrażonego w treści odpowiedzi na odwołanie, iż odwołujący nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia, bo nawet, gdyby brał udział w postępowaniu, to zamawiający wykluczyłby go z tego postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp. Na marginesie należy zwrócić bowiem uwagę, że przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania, o której mowa powyżej, jest przesłanką fakultatywną, która musi znaleźć swoje odzwierciedlenie w treści SIWZ (a która ewentualnie zostanie skonstruowana w przyszłości), a nadto okoliczności, stanowiące podstawę wykluczenia podlegają też badaniu. Podnoszona kwestia dotyczy zdarzeń przyszłych i niepewnych, i nie można w oparciu o takie okoliczności w sposób skuteczny zakwestionować interesu odwołującego we wniesieniu odwołania wobec czynności czy zaniechań zamawiającego sprzecznych z przepisami ustawy Pzp, w wyniku których wykonawca może ponieść szkodę.

Przedmiotem zamówienia jest zapewnienie transportu i opieki w czasie realizacji dowozu – dzieciom i uczniom z niepełnosprawnościami do wrocławskich placówek oświatowych.

W Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 października 2018 roku pod numerem 2018/S 197-446161 zamawiający opublikował ogłoszenie o udzieleniu zamówienia.

W sekcji IV.1.1) ogłoszenia zamawiający podał uzasadnienie udzielenia zamówienia w procedurze bez uprzedniej publikacji zaproszenia do ubiegania się o zamówienie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: ze względu na wystąpienie pilnej konieczności spowodowanej wydarzeniami, których instytucja zamawiająca nie mogła przewidzieć, oraz zgodnie z warunkami ściśle określonymi w dyrektywie:

„Nagła sytuacja niezawiniona przez Zamawiającego jaka była podstawą rozpoczęcia procedury to nagłe i nieprzewidziane rozwiązanie umowy z dotychczasowym wykonawcą. Brak możliwości odstąpienia od zapewnienia dalszego niezwłocznego świadczenia usług nie jest możliwe z uwagi na to, że:

1. Dzieci, które obejmuje dowóz do placówek objętych nin. zamówieniem, posiadają różnego rodzaju niepełnosprawności umysłowe lub fizyczne w placówkach szkolnych podlegają różnym formom rehabilitacji i wsparcia, dlatego nawet najkrótsza przerwa w uczęszczaniu do szkoły powoduje przerwę w rehabilitacji, która wiąże się z bezpośrednimi negatywnymi skutkami dla zdrowia uczniów, cofnięcie postępów w rehabilitacji dzieci i tym samym obiektywne pogorszenie stanu zdrowia. Zamawiający kierując się dobrem dzieci, uznając ich zdrowie za absolutny priorytet był zmuszony podjąć nadzwyczajne środki. Po rozmowach z rodzicami dzieci z niepełnosprawnościami Zamawiający musi wskazać na to, że skutki braku zapewnienia dowozu odbijają się nie tylko na dzieciach ale i na ich rodzicach, dla których brak zapewnionego przewozu dla dziecka do szkoły skutkuje często np. koniecznością wzięcia nagłego urlopu wypoczynkowego i podjęcia się opieki nad dzieckiem w czasie, kiedy z założenia powinno przebywać w szkole a w przypadku urlopu bezpłatnego lub zatrudnienia na umowę o dzieło lub zlecenia narażenia się na pozostanie przez ten okres bez wynagrodzenia co znacznie uszczupla domowy budżet.

2. Zamawiający zapewniając bezpłatny przewóz dzieciom z niepełnosprawnościami realizuje obowiązek wynikający z art. 32 ust 6 ustawy Prawo oświatowe.

3. Brak realizacji zamówienia mogłoby spowodować narażenie na negatywne konsekwencje dla 130 rodziców lub opiekunów prawnych, na których ciąży obowiązek edukacyjny wynikający z art. 35 ustawy prawa Oświaty.

Termin, który pozwalałby zamawiającemu na przeprowadzenie kolejnego postępowania to kilka miesięcy. Jednak jedyni Wykonawcy, którzy zdecydowali się na przystąpienie

do negocjacji uzasadnili i uprawdopodobnili powody dla których termin umowy nie może być krótszy niż określony w zawartej umowie i nie zgodzili się na zawarcie umowy na krótszy okres.”.

W Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 października 2018 roku pod numerem 2018/S 206-47112 zamawiający opublikował sprostowanie zamieszczając w sekcji IV.1.1. ogłoszenia dodatkową informację: *„Procedura zgodna z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych dnia 29.1.2004”.*

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Izba rozpoznała odwołanie – zgodnie z dyspozycją art. 192 ust. 7 ustawy Pzp – w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Izba uznała za uzasadnione zarzuty podniesione w odwołaniu, tj. zarzut naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, i uwzględniła odwołanie.

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp *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.*

Stosownie do art. 7 ust. 1 ustawy Pzp *zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

Należy podkreślić, że przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp muszą zostać spełnione kumulatywnie, tj. musi zaistnieć wyjątkowa sytuacja niewynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, i której nie mógł on przewidzieć, musi istnieć konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia, a ponadto zamawiający nie jest w stanie dochować terminów dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Zdaniem składu orzekającego Izby, zamawiający nie wykazał, aby zostały spełnione przesłanki, wynikające z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Przed wszystkim należy podnieść, iż umowa dotycząca udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki została zawarta na okres 2 lat (na okres roku szkolnego 2018/2019 oraz 2019/2020).

W orzecznictwie przyjmuje się, że udzielenie zamówienia z wolnej ręki na czas niezbędny do zakończenia postępowania przetargowego prowadzonego w procedurze konkurencyjnej, w tym w sytuacji wygaśnięcia poprzedniej umowy, nie budzi zastrzeżeń, o ile są spełnione przesłanki, określone w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. W wyroku z dnia 24 lipca 2017 roku, wydanym w sprawie o sygn. akt: KIO 1415/17, Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że: *„Nie stanowi jednak naruszenia normy art. 67 ust. 1 pkt 3 ZamPublU, stosowanej odpowiednio, jeżeli zamawiający doraźnie, na krótki okres udziela zamówienia z wolnej ręki na usługi odbioru i zagospodarowania odpadów - na okres do zakończenia postępowania przetargowego w trybie konkurencyjnym i wyboru wykonawcy zamówienia na przewidziany czas do dnia 30 czerwca 2019 r.”*

W rozstrzyganej sprawie zasadniczym argumentem zamawiającego dla udzielenia zamówienia na okres aż dwóch lat, było to, że wykonawca, który podjął się natychmiastowej realizacji zamówienia, godził się na jego wykonywanie pod warunkiem, że będzie realizował je w okresie dwuletnim. Kolejnym argumentem, powoływanym przez zamawiającego na rozprawie (niewynikającym z treści ogłoszenia o udzieleniu zamówienia), było zapewnienie stałości opiekunów dla dzieci z niepełnosprawnościami, z uwagi na trudności w akceptowaniu nowych opiekunów. W ocenie Izby, nie są to argumenty prawne, uzasadniające zawarcie umowy w trybie niekonkurencyjnym na tak długi okres. Co więcej, jak przyznał sam zamawiający w toku postępowania odwoławczego, przedmiotowa umowa została zawarta na warunkach zdecydowanie korzystniejszych dla wykonawcy, od warunków wynikających z poprzednio zawartej umowy z innym wykonawcą w trybie konkurencyjnym na ten sam okres i ten sam zakres zamówienia, m.in. w zakresie wynagrodzenia (wzrost kwoty wynagrodzenia z 2.008.534,32 zł brutto do kwoty 2 559 548,16 zł brutto), dopuszczenie możliwości realizacji zamówienia przy użyciu samochodów starszych niż 10 lat, złagodzenie wymogów dotyczących opiekunów.

W konsekwencji, Izba uznała, iż zawarcie przez zamawiającego umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki z powołaniem się na przesłankę natychmiastowej potrzeby wykonania zamówienia na okres 2 lat, stanowi naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1, a jednocześnie stanowi rażące nadużycie ze strony zamawiającego.

Dodatkowo, wskazać należy, że poprzednio obowiązująca umowa nr CUI/ZP/PN/5-7/2018 z dnia 19 lipca 2018 roku, zawarta z wykonawcą – M. S., prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą GAMA – M. S., została rozwiązana przez zamawiającego zaledwie po kilku dniach od przystąpienia do jej realizacji przez tego wykonawcę. Podnieść należy, iż rozpoczęcie realizacji zamówienia na podstawie ww. umowy nastąpiło w dniu 3 września 2018 roku, z kolei oświadczenie o odstąpieniu od umowy datowane jest na dzień 5 września 2018

roku i dotyczy de facto sytuacji mających miejsce w dniu 4 września 2018 roku, co wynika z treści tego oświadczenia, przy czym, jak wynika z wydruku sms-a, złożonego przez odwołującego, przy piśmie z dnia 23 listopada 2018 roku, Dyrektor zamawiającego, już w dniu 4 września 2018 roku, stwierdził, iż podjął decyzję o rozwiązaniu umowy z odwołującym i wezwał go, żeby nie podstawił samochodów po odbiór dzieci.

Niezależnie od kwestii oceny zasadności podnoszonych przez zamawiającego zarzutów względem istotności naruszeń postanowień umowy zawartej z poprzednim wykonawcą, trudno tę okoliczność uznać, za wskazującą na wyjątkową sytuację, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp i w ramach której wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, skoro sama umowa została zawarta na 2 lata i dotyczyła usług świadczonych w sposób ciągły, a zamawiający wypowiada ją zaledwie po 2-3 dniach nienależytego wykonywania usług. Co istotne, jednocześnie też w okresie kilkudniowym pomiędzy stwierdzonymi naruszeniami i wypowiedzeniem tej umowy a zawarciem umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki (13 września 2018 roku) zamawiający we własnym zakresie był w stanie zapewnić transport zastępczy.

Słusznie też odwołujący wskazywał, że zamawiający nie wykazał i w żaden sposób nie uzasadnił, że nie jest w stanie dochować terminów dla innych trybów udzielenia zamówienia, aniżeli tryb udzielenia zamówienia z wolnej ręki.

Wobec powyższego Izba uznała, że zamawiający bezpodstawnie udzielił przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki, w oparciu o przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba wskazuje, że będąc związana zarzutami odwołania zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, nie jest związana żądaniami odwołującego.

Odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu unieważnienia umowy z dnia 13 września 2018 roku zawartej pomiędzy zamawiającym a wykonawcami wspólnie realizującymi zamówienie: W. P., prowadzącym działalność gospodarczą pn. W. P., „Taxi Osobowe” Firma Transportowo-Handlowa oraz S. P., prowadzącym działalność gospodarczą pn. Firma Transportowo-Handlowa, S. P..

Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp, zgodnie z którym *uwzględniając odwołanie, Izba może: jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta oraz zachodzi jedna z przesłanek, o których mowa w art. 146 ust. 1: nałożyć karę finansową albo orzec o skróceniu okresu obowiązywania umowy w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym,*

w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, orzekła o skróceniu okresu obowiązywania umowy, a nie o jej unieważnieniu, o co wnosił odwołujący.

Zgodnie z art. 146 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp *umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający: z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki.*

Jak wynika z powyższego, Izba ustaliła, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zastosował tryb zamówienia z wolnej ręki.

Jednocześnie Izba uznała, że utrzymanie umowy nr CUI/ZP/ZWR/31/2018 o świadczenie usług przewozowych na rzecz dzieci i uczniów z niepełnosprawnościami na terenie Gminy Wrocław z dnia 13 września 2018 roku, zawartej pomiędzy Gminą Wrocław w imieniu i na rzecz której działa Centrum Usług Informatycznych we Wrocławiu a W. P., prowadzącym działalność gospodarczą pn. W. P., „Taxi Osobowe” Firma Transportowo-Handlowa oraz S. P., prowadzącym działalność gospodarczą pn. Firma Transportowo-Handlowa, S. P. - do czasu wyboru wykonawcy w trybie konkurencyjnym - leży w ważnym interesie publicznym.

Niewątpliwie konieczność zapewnienia ciągłości transportu dzieci z niepełnosprawnościami do placówek oświatowych (Specjalnego Ośrodka Szkolno-Wychowawczego nr 10 we Wrocławiu oraz Ośrodka Rehabilitacyjno-Edukacyjnego dla Dzieci Niepełnosprawnych Stowarzyszenia „Ostoja”) stanowi o istnieniu takiego interesu.

Z uwagi na powyższe Izba nie orzekła o unieważnieniu umowy zawartej w trybie zamówienia z wolnej ręki, ale orzekła o skróceniu okresu jej obowiązywania do dnia 30 kwietnia 2019 roku, uznając, iż w tym czasie zamawiający, będzie w stanie wszcząć, przeprowadzić i rozstrzygnąć postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie konkurencyjnym, a także zawrzeć umowę. Jednocześnie też wykonawca z którym zostanie zawarta umowa będzie miał też czas na przygotowanie się do świadczenia usług. Izba ustalając datę końcową okresu obowiązywania umowy nr CUI/ZP/ZWR/31/2018 z dnia 13 września 2018 roku, miała także na uwadze pozostawienie zamawiającemu pewnego zapasu czasowego na przeprowadzenie postępowania, w ten sposób, by również został zabezpieczony interes publiczny w postaci zapewnienia ciągłości świadczenia usług transportu dzieci i uczniów z niepełnosprawnościami.

W związku z powyższym Izba orzekła - jak w punkcie 1 sentencji wyroku – uwzględniając odwołanie i orzekając o skróceniu okresu obowiązywania umowy nr CUI/ZP/ZWR/31/2018 o świadczenie usług przewozowych na rzecz dzieci i uczniów z niepełnosprawnościami na terenie Gminy Wrocław z dnia 13 września 2018 roku, zawartej

pomiędzy Gminą Wrocław w imieniu i na rzecz której działa Centrum Usług Informatycznych we Wrocławiu a W. P., prowadzącym działalność gospodarczą pn. W. P., „Taxi Osobowe” Firma Transportowo-Handlowa oraz S. P., prowadzącym działalność gospodarczą pn. Firma Transportowo-Handlowa, S. P. - do dnia 30 kwietnia 2019 roku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b) oraz § 5 ust. 2 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.*

Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.*

Stosownie do § 3 pkt 1 i pkt 2 powołanego powyżej rozporządzenia *do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się:*

- 1) *wpis, obejmujący w szczególności (...)*
- 2) *uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b lub § 5 ust. 3 pkt 2, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego oraz wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, obejmujące w szczególności (...)*
 - b) *wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3600 zł.*

Zgodnie zaś z § 5 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia *w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę Izba zasądza koszty od zamawiającego na rzecz odwołującego.*

Na koszty postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15 000,00 zł, którą to kwotę Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego, a także koszty wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18 600,00 zł tytułem zwrotu kosztów poniesionych w związku z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....