

Sygn. akt: KIO 1707/22

WYROK
z dnia 20 lipca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Członkowie: Bartosz Stankiewicz
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **18 lipca 2022 roku** w **Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **27 czerwca 2022 roku** przez wykonawcę **CATERMED Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi** (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Narodowy Instytut Geriatrii, Reumatologii i Rehabilitacji im. Prof. dr hab. med. Eleonory Reicher w Warszawie**

orzeka:

1. Oddala odwołanie w całości;
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – **CATERMED Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi** i:
 - a. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - CATERMED Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi** tytułem wpisu od odwołania,
 - b. nakazuje zwrot kwoty **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) na rzecz **Odwołującego - CATERMED Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi** uiszczonej tytułem nadpłaconego wpisu od odwołania,

c. zasądza od **Odwolującego - CATERMED Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi** na rzecz Zamawiającego – Narodowego Instytutu Geriatrii, Reumatologii i Rehabilitacji im. Prof. dr hab. med. Eleonory Reicher w Warszawie – kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześćset złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2021 r., poz. 1129 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający: Narodowy Instytut Geriatrii , Reumatologii i Rehabilitacji im. Prof. dr hab. med. Eleonory Reicher w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi żywienia zbiorowego w trybie niekonkurencyjnym.

Dnia 27 czerwca 2022 roku, do Prezes Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 u stawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm. zwanej dalej „P.z.p.”), w prowadzonym postępowaniu odwołanie złożył wykonawca CATERMED Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, dalej jako: „Odwołujący”.

Odwołanie złożono wobec czynności dokonania przez Zamawiającego: niezgodnego z przepisami ustawy Pzp wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 213 w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 5 (ewentualnie art. 305 w zw. z art. 266 w zw. z art. 27 5, razie stwierdzenia przez Izbę, że wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych) w zw. art. 16 pkt 1 w zw. z art. 17 w zw. z art. 129 w zw. z art. 216 w zw. z art. 359 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez: zaniechanie udzielenia zamówienia na żywienie w trybach konkurencyjnych i udzielenie przez Zamawiającego zamówienia na usługi żywienia w trybie niekonkurencyjnym z wolnej ręki bez wykazania ustawowych podstaw do udzielenia zamówienia z wolnej ręki, w sytuacji gdy udzielenie zamówienia w trybie niekonkurencyjnym możliwe jest po spełnieniu ustawowych przesłanek, które należy wyklądać w sposób ścisły.

Odwołujący wnosil o przeprowadzenie następujących dowodów:

- umowy z umowy z dnia 9 kwietnia 2019 roku na usługę żywienia;
- wypowiedzenia z dnia 30 listopada 2021 roku;
- umowy z dnia 28 lutego 2022 roku zawartej przez Zamawiającego z Super Buffet sp. z o.o.;
- odwołania z dnia 22 marca 2022 roku;
- porozumienia z dnia 25 marca 2022 roku;
- ogłoszenia o wszczęciu postępowania na usługi a usługi żywienia z dnia 22 czerwca 2022 roku¹

celem wykazania faktu: opieszałości Zamawiającego w przeprowadzeniu postępowania przetargowego, które miałyby, wyłonić wykonawcę usług żywienia w trybie konkurencyjnym.

- umowy Nr FZ/49/30E/2022 z dnia 1 czerwca 2022 na fakt: zawarcia pomiędzy Zamawiającym a SUPER BUFFET sp. z o.o. umowy z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, w przedmiocie świadczenia kompleksowy usług codziennego, całodobowego żywienia pacjentów Zamawiającego.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i unieważnienie Umowy Nr FZ/49/30E/2022 z dnia 1 czerwca 2022 zawartej przez Zamawiającego z Super Buffet sp. z o.o. w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożenie kary finansowej na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 2 lit. b) Pzp.

Odwołujący oświadczył, iż posiada interes faktyczny i prawny we wniesieniu we wniesieniu odwołania, jako potencjalny wykonawca, który kwestionuje prawidłowość zastosowania przez Zamawiającego trybu niekonkurencyjnego.

W uzasadnieniu zarzutów wskazano, że Zamawiający w dniu 9 kwietnia 2019 roku zawarł umowę na usługę na usługę żywienia pacjentów w postępowaniu przetargowym. W dniu 30 listopada 2021 roku przedmiotowa umowa została wypowiedzenia, z zachowaniem miesięcznego okresu wypowiedzenia. W dniu 28 lutego 2022 roku Zamawiający zawarł z wykonawcą Super Buffet sp. z o.o. umowę na świadczenie usług społecznych – usług żywienia pacjentów Zamawiającego w trybie niekonkurencyjnym na podstawie art. 6a ustawy z dnia 2 marca 2020 roku o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem p przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych, oraz wywołanych nimi oraz sytuacji kryzysowych.. W dniu 22 marca 2022 roku Odwołujący wniósł odwołanie na zawarcie przedmiotowej umowy. Zamawiający uwzględnił powyższe odwołanie i na mocy porozumienia stron rozwiązał przedmiotową umowę ze skutkiem na dzień 31 maja 2022 roku. Następnie w dniu 1 czerwca 2022 roku, na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp Zamawiający zawarł z wykonawcą Super Buffet sp. z o.o. umowę na usługi żywienia z wolnej ręki.

W ocenie Odwołującego już od dnia 30 listopada 2021 roku Zamawiający miał świadomość, że będzie potrzebował wykonawcy usług żywienia, jednakże ponad pół roku zwlekał z wszczęciem nowego postępowania przetargowego, które pozwoliłoby wyłonić wykonawcę w trybie konkurencyjnym.

W ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp udzielając zamówienia w trybie niekonkurencyjnym wykonawcy Super Buffet - z wolnej ręki albowiem Zamawiający nie miał podstaw do udzielenia zamówienia w tym trybie. Jednocześnie Zamawiający nie podejmował żadnych kroków, aby przeprowadzić postępowanie w trybie

konkurencyjnym. Dopiero 22 czerwca 2022 roku wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi społeczne żywienia pacjentów.

Na wstępie Odwołujący wskazał, iż zgodnie z art. 129 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego i i przetargu ograniczonego, a w pozostałych trybach zamawiający może udzielić zamówienia w przypadkach określonych w ustawie. Natomiast w przypadku zamówienia poniżej progów unijnych zamawiający może udzielić zamówienia w trybie podstawowym, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy, a następnie zamawiający: 1) wybiera najkorzystniejszą ofertę bez przeprowadzenia negocjacji albo 2) może prowadzić negocjacje w celu ulepszenia treści ofert, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert, o ile przewidział taką możliwość, a po zakończeniu negocjacji zamawiający zaprasza wykonawców do składania ofert dodatkowych, albo 3) prowadzi negocjacje w celu ulepszenia treści ofert, a po zakończeniu negocjacji zamawiający zaprasza wykonawców do składania ofert ostatecznych.

Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 5) Pzp Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: 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. Celem art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jest potrzeba natychmiastowego wykonania zamówienia, wynikająca z konieczności uniknięcia negatywnych konsekwencji wynikających z wystąpienia wyjątkowej sytuacji niewynikającej z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, gdy nie można zachować terminów określonych dla innych trybów. Zamawiający już w dniu 30 listopada 2021 roku wiedział, że będzie konieczność udzielenia zamówienia na usługi żywienia pacjentów Zamawiającego, w trybie konkurencyjnym. Jednakże zwlekał z wszczęciem postępowania przetargowego prawie 7 miesięcy. Zamawiający udzielając zamówienia z wolnej ręki naruszył wskazywane przez Odwołującego przepisy, albowiem nie wykazał istnienia przesłanek określonych w art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp. W treści umowy Zamawiający poprzestał jedynie na wskazaniu przepisu, bez powołania się na konkretne okoliczności uzasadniające jego zastosowanie.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 października 2021 r. (sygn. akt KIO 2685/21, KIO 2689/21) Przez pojęcie "wyjątkowej sytuacji", którym posłużono się w przepisie art. 214 ust. 1 pkt 5 p.z.p., należy rozumieć zjawiska losowe i niezależne od zamawiającego, takie jak klęski żywiołowe, katastrofy, awarie, wypadki. Specyfika wyjątkowej sytuacji musi powodować, że zamawiający nie będzie w stanie przewidzieć jej

wystąpienia. Sytuacja nieprzewidywalna to taka, której wystąpienie w normalnym toku rzeczy jest nieprawdopodobne, a nieprzewidywalność takiej sytuacji przez zamawiającego powinna być postrzegana w kategoriach obiektywnych. W konsekwencji uznać należy, że "wyjątkowa sytuacja", o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 5 p.z.p., jest co do zasady zjawiskiem losowym, obiektywnie nieprzewidywalnym. Zamawiający nie wykazał, żadnych nie dających się przewidzieć, wyjątkowych sytuacji, które, nie pozwalały mu na niezachowanie terminów na przeprowadzenie postępowania w trybie konkurencyjnym.

Jak wynika z poglądu wyrażonego w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 kwietnia 2014 r. (sygn. akt KIO/KD 28/14) - „przesłanka udzielenia zamówienia w trybie w z wolnej ręki na podstawie przepisu art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) wynikać musi z wystąpienia zdarzeń nieprzewidywalnych, czy niezaplanowanych. Dla oceny jej zaistnienia nie mniejsze znaczenie mają jednak także takie okoliczności, jak profil działalności zamawiającego (ściślej - przedmiot zamówienia w kontekście charakteru świadczonych usług), czy związany z tym kontekst społeczny”.

Tym samym stwierdzić należy, że udzielenie zamówienia z wolnej ręki jest trybem szczególnym, dopuszczalnym tylko i wyłącznie w ściśle określonych przypadkach. W konsekwencji przesłanki umożliwiające zastosowanie tego trybu powinny być interpretowane ściśle, a ich wykładnię rozszerzającą uznać należy za niedopuszczalną (por. m.in. uchwała KIO z dnia 15 marca 2018 r., sygn. akt KIO/KD 6/18). Podobnie wypowiedziała się Izba w wyroku z dnia 15 marca 2018 r., sygn. akt KIO 328/17. To na Zamawiającym spoczywa obowiązek wykazania istnienia przesłanek do zastosowania przesłanek do tego trybu, a wykazanie to i zastosowanie trybu niekonkurencyjnego, jako odstępstwo od zasady udzielania zamówień w trybach konkurencyjnych, nie może budzić żadnych wątpliwości.

W uchwale KIO z dnia 27 stycznia 2015 r., (sygn. KIO/KD 2/15) wskazano, tryb zamówienia z wolnej ręki jest ostatecznym narzędziem służącym udzieleniu zamówienia, tj. stosowanym jedynie wówczas, gdy nie można przeprowadzić postępowania w żadnym w żadnym z pozostałych trybów. Wynika to z faktu, iż procedura ta nie gwarantuje realizacji podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych. Zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie innego, konkurencyjnego trybu postępowania, nie jest możliwe. Zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Z tego powodu jest to tryb, którego stosowanie ustawodawca dopuszcza tylko w szczególnych, wymienionych w ustawie Pzp przypadkach, których zamknięty katalog zawiera art. 214 Pzp. Zarówno Sąd Najwyższy (np. wyrok z dnia 6 lipca 2001 r., sygn. akt III

RN 16/01), jak i Naczelny Sąd Administracyjny (np. wyrok z dnia 11 września 2000 r., sygn. akt II SA 2074/00) podkreślały, iż przepisy zezwalające na odstępianie od stosowania trybów konkurencyjnych muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów ma charakter wyczerpujący. Podobnie w swoich orzeczeniach wywodził Europejski Trybunał Sprawiedliwości (wyrok z dnia 10 kwietnia 2003 r. C-20/01, C-28/01, wyrok z dnia 18 listopada 2004 r., wyrok z dnia 18 listopada 2004 r. C-126/03).

Z przedstawionego stanu prawnego należy w ocenie Odwołującego wywieść, iż na zamawiającym spoczywają określone obowiązki informacyjne, w szczególności związane z przedstawieniem uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki. Przedmiotowe uzasadnienie jest o tyle istotne, że tryb zamówienia z wolnej ręki jest trybem niekonkurencyjnym, wyjątkiem od zasady udzielania zamówień publicznych w trybach niekonkurencyjnym, wyjątkiem od zasady udzielania zamówień publicznych w trybach zapewniających konkurencję. Dlatego też powyższe uzasadnienie powinno w sposób pełny przedstawiać i wykazywać podstawy do udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Podobne stanowisko zostało wyrażone w wyroku KIO z dnia 22 czerwca 2021 r., o sygn. akt KIO 731/21, KIO 747/21.731/21, KIO 747/21.

Konsekwencją postępowania Zamawiającego zdaniem Odwołującego powinno być unieważnienie umowy w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożenie kary finansowej na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 2 lit. b) Pzp.

Mając na względzie powyższe Odwołujący wnosił jak w petitum odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Możliwość dokonania w sposób nieprawidłowy czynności wyboru trybu prowadzenia postępowania w formie z wolnej ręki oraz wybór oferty innego Wykonawcy i podpisanie z nim umowy w sprawie zamówienia publicznego pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia i naraża go na

poniesienie szkody w postaci niezyskania zamówienia. Odwołujący wywodził, że jest podmiotem zdolnym do realizacji przedmiotu zamówienia i wykonywał wcześniej usługi na rzecz Zamawiającego. Odwołujący domagał się stwierdzenia, że bezpośrednie udzielenie zamówienia innemu wykonawcy nastąpiło z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, a także unieważnienia umowy zawartej przez Zamawiającego.

W aktach postępowania nie ujawniono zgłoszenia przystąpień po żadnej ze Stron.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Zamawiający podkreślił, że stan faktyczny zawarty w treści odwołania został przedstawiony nierzetelnie, a tym samym nie może stanowić wiarygodnej podstawy dla podjęcia przez Izbę rozstrzygnięcia w sprawie.

Ponadto postawione żądanie unieważnienia umowy nr FZ/49/30E/2022 z dnia 1 czerwca 2022 r. w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożenie kary na podstawie art. 554 ust. 3 lit. b) ustawy Pzp jest bezprzedmiotowe, bowiem umowa stanowiąca przedmiot zaskarżenia zakończy się w dniu 15.07.2022 r. a więc rozprawa wyznaczona na dzień 18.07.2022 r. dotyczyła umowy nie istniejącej już w dacie orzekania, a poza tym umowę zawarto w uzasadnionym przypadku. A uzasadnienie w ocenie Zamawiającego wynika z obowiązku żywienia pacjentów szpitala.

Zdaniem Zamawiającego odwołanie jest także niedopuszczalne na gruncie art. 513 ust. 3 ustawy Pzp, bowiem Zamawiający nie zaniechał przeprowadzenia postępowania na zasadach wynikających z ustawy a jedynie zawarł umowę na okres 45 dni tj. do czasu wyłonienia wykonawcy w trybie konkurencyjnym. Co więcej Zamawiający zawarł na ten krótki okres czasu umowę z wykonawcą, który zapewnił niższą cenę za realizację zamówienia co oznacza, że nie doszło do naruszenia jakichkolwiek zasad racjonalnego wydatkowania środków publicznych.

Zamawiający stanął na stanowisku, że zawarł umowę z dnia 1.06.2022 r. nr FZ/49/30E/2022 w okolicznościach dopuszczonych w ustawie, faktycznie bowiem sytuacja była wyjątkowa a przyczyny niezawarcia umowy w wyniku przeprowadzenia postępowania w trybie konkurencyjnym nie leżały po stronie Zamawiającego. Zamawiający dokonując szacowania przedmiotu zamówienia dokonywał go zgodnie z obowiązującymi przepisami, biorąc pod uwagę ceny za jakie kupował i kupuje usługę. To, że Odwołujący stosuje ceny

znacznie wyższe niż istniejące na rynku, a poprzez to cena jego oferty jest rażąco wyższa niż wartość szacowana, co zmusza Zamawiającego do unieważnienia postępowania, nie może w żaden sposób negatywnie wpływać na ocenę działań Zamawiającego. Twierdzenia Odwołującego są bezpodstawne bowiem zawarcie umowy nastąpiło w świetle istniejących i obowiązujących przepisów prawa.

Okoliczności powoływania się na poprzednie postępowania odwoławcze i wcześniej składane odwołania nie mogą stanowić podstawy zaskarżenia zawartej umowy w dacie 1.06.2022 r. bowiem Odwołanie może dotyczyć tylko i wyłącznie oceny prawa do zawarcia tej umowy a nie jakichkolwiek innych. W odniesieniu do poprzedniej umowy po wypowiedzeniu umowy przez Odwołującego było już wnoszone odwołanie i zostało wydane postanowienie, bowiem Zamawiający rozwiązał poprzednią umowę.

Faktem jest, że w dniu 1 czerwca 2022 r. Zamawiający zawarł umowę o świadczenie kompleksowych usług codziennego, całodobowego żywienia pacjentów w Narodowym Instytucie Geriatrii, Reumatologii i Rehabilitacji im. prof. dr hab. med. Eleonory Reicher. Umowa została zawarta w oparciu o przepis art. 214 ust. 1 pkt. 5) ustawy Pzp, w związku z unieważnieniem w dniu 26 maja 2022r. na podstawie art. 255 ust. 3 ustawy Pzp postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w oparciu o art. 132 wszczętego w dniu 26 kwietnia 2022r.

Przedmiotowa umowa została zawarta na okres 45 dni, tj. wyłącznie na czas prowadzonego kolejnego postępowania w trybie konkurencyjnym. Wartość zawartej umowy to kwota 256.270,00 zł brutto. Niestety Odwołujący pomija ten fakt w swoim odwołaniu.

Zamawiający zawierając umowę musiał skorzystać z trybu niekonkurencyjnego z uwagi na pilną konieczność zapewnienia ciągłości świadczenia żywienia pacjentów. Podmiot leczniczy wykonuje bowiem świadczenia na rzecz pacjentów w trybie ciągłym, stąd nie ma możliwości czasowego zawieszenia wykonywania np. usługi żywienia. Jest to oczywiste i logiczne, czego również zdaje się nie zauważać Odwołujący.

Zamawiający tą krótką umowę zawarł z podmiotem, który zaoferował korzystniejsze warunki finansowe.

Zamawiający wskazał na następujące istotne dla sprawy okoliczności faktyczne, że w dniu 26.04.2022 r. skierował do publikacji ogłoszenie dotyczące przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie kompleksowych usług codziennego całodobowego żywienia pacjentów, znak 15/PN/2022/BK. Ogłoszenie opublikowało się w dniu 29.04.2022 r. pod numerem 2022/S 084-226241. W tym dniu została również opublikowana treść SWZ na stronie prowadzonego postępowania. Ostatecznie

termin składania ofert, po udzielaniu odpowiedzi i modyfikacji SWZ został wyznaczony na dzień 26.05.2022 r.

W wyniku otwarcia ofert, okazało się, że oferta z najniższą ceną wynosi 1 437 635,74 zł., podczas gdy Zamawiający dokonując szacowania wartości zamówienia na podstawie dotychczas ponoszonych wydatków oszacował wartość zamówienia na kwotę 941 397,98 zł. Postępowanie tego samego dnia zostało unieważnione.

W złożonej przed Odwołującego ofercie ceny brutto przedstawiały się następująco:

Śniadanie: 11,86 zł.

Obiad: 17,78 zł.

Kolacja: 9,88 zł.

Po unieważnieniu postępowania Zamawiający mając świadomość, że od 1 czerwca musi kontynuować żywienie pacjentów, a nie jest w stanie w tak krótkim czasie przeprowadzić ponownej konkurencyjnej procedury zwrócił się do innego wykonawcy (Super Bufet), który już wcześniej świadczył usługi o przesłanie oferty. W dniu 26 maja 2022 r. otrzymał ofertę z następującymi cenami brutto:

Śniadanie: 10,05 zł.

Obiad: 16,75 zł.

Kolacja: 6,70 zł.

W związku z czym, mając na uwadze racjonalne wydatkowanie środków publicznych, Zamawiający zawarł umowę z wykonawcą oferującym świadczenie usługi po cenie niższej niż Odwołujący.

Zamawiający podkreślił, że przestrzega przepisów Pzp, nie ma jednak wpływu na potencjalne przesunięcia terminu zawarcia ostatecznej umowy w wyniku unieważnienia kolejnych postępowań. Trudno z takiego obrotu sprawy czynić Zamawiającemu zarzut. Odwołujący wnosząc kolejne odwołania, próbuje za wszelką cenę zmonopolizować rynek usług żywieniowych. Odwołujący już w trakcie realizacji poszczególnych umów w sposób nieuzasadniony podnosił, próbując wymusić na Zamawiającym kontynuację usługi po znacznie wyższych cenach. Brak zgody Zamawiającego skutkuje odstąpieniem od zawartych umów. Takie działanie Wykonawcy stawia każdy podmiot leczniczy w bardzo trudnym położeniu bowiem żywienie pacjentów jest usługą wykonywaną w sposób ciągły.

Dla przykładu Zamawiający wskazał na działania Odwołującego w innych postępowaniach na usługę żywienia pacjentów, gdzie praktycznie w każdym wnosił on odwołanie, a dodatkowo oferował świadczenie usług w cenach niekonkurencyjnych.

I. W postępowaniu prowadzonym przez Międzyleski Szpital Specjalistyczny w Warszawie, kwota jaką Szpital przeznaczył na okres 36 miesięcy to 8 260 000,00 zł

Wpłynęły 3 oferty:

- 1) Fudeko S.A cena jednostkowa 34,23 zł / Wartość ogólna 10 869 736,50 zł,
- 2) Impel Catering Sp. z o.o. cena jednostkowa 33,87 zł/ Wartość ogólna 10 755 037,44 zł,
- 3) Catermed Sp. z o.o. cena jednostkowa 42,54 zł/ Wartość ogólna 13 508 577,00 zł.

II. W postępowaniu prowadzonym przez Wojskowy Instytut Medyczny ul. Szaserów 128, Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia na okres 4 lat kwotę 46 553 088,96 zł. Wpłynęła oferta 1 oferta: Jol-mark Sp. z o.o. Gliwice oraz Catermed Sp. z o.o. Łódź, cena oferty: 55 226 099,70 zł.

II. W postępowaniu prowadzonym przez Samodzielny Wojewódzki Zespół Publicznych Zakładów Psychiatrycznej Opieki Zdrowotnej w Warszawie. Kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia brutto wynosi: Część nr 1: 2 345 370,12 zł; część nr 2: 1 186 922,16 zł. Razem Część nr 1 i Część nr 2: 3 532 292,28 zł brutto. Wpłynęły dwie oferty:

- 1) K.M. Usługi Gastronomiczne Wołomin, Cena oferty 1 855 945,01 zł
- 2) Jol-Mark Sp. z o.o. Gliwice oraz Catermed Sp. z o.o. Łódź, Cena ofert 2 135 542,39 zł

IV. W postępowaniu prowadzonym przez Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im. Prof. W. Orłowskiego centrum Medycznego Kształcenia Podyplomowego, Zamawiający na sfinansowanie zamówienia na okres 24 miesięcy przeznaczył 2 425 315,50 zł Złożono dwie Oferty:

- 1) Catermed sp. z o.o. Łódź złożyła ofertę za cenę brutto 3 351 133,62 zł,
- 2) Super Buffet Sp. z o.o. Karczew złożyła ofertę za cenę brutto 2 703 112,56 zł.

Z powyższego widać zdaniem Zamawiającego, że oferty Odwołującego każdorazowo nie są konkurencyjne.

Dla oceny stanu faktycznego działań Zamawiającego istotne jest to, że w treści wniesionego odwołania Odwołujący nie wskazuje okoliczności prawdziwych związanych z zawarciem umowy z dnia 1 czerwca 2022 r. Odwołujący nie wspomina, że w dniu 17.06.2022 r. zostało wszczęte kolejne postępowanie w trybie konkurencyjnym z terminem składania ofert wyznaczonym na dzień 04.07.2022 r. Również w tym postępowaniu doszło do unieważnienia postępowania. W dniu 4.07.2022 r. Zamawiający otworzył oferty i stwierdził, że Zamawiający nie posiada wystarczających środków na sfinansowanie zamówienia. Kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia została ustalona w wysokości 962 455,00 zł. Wpłynęła jedna oferta Catermed sp. z o.o. za cenę brutto

1 429 777,66 zł. Podobnie jak poprzednio ceny za poszczególne posiłki były wyższe niż za usługi świadczone w ramach zawartej umowy.

Mając na uwadze powyższe Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Tryb niekonkurencyjny w stosunku do umowy nr FZ/49/30E/2022 obowiązującej od dnia 1.06.2022 - do 15 lipca 2022 r. pozwala na utrzymanie ciągłości świadczenia usługi żywienia, bez czego szpital nie może funkcjonować. Oceniając całokształt sprawy i wszystkie okoliczności faktyczne nie może być mowy o tym, że zawierając umowę nr FZ/49/30E/2022 Zamawiający naruszył przepisy ustawy. Zamawiający wszczął w tym okresie dwa postępowania w trybach konkurencyjnych, a przyczyny unieważnienia tych postępowań są wynikiem zaoferowania świadczenia usług za kwoty niemożliwe do poniesienia przez Zamawiającego.

Zamawiający ma obowiązek ustawowy zabezpieczyć żywienie pacjentów w ramach umowy z NFZ tj. każdy szpital zobowiązany jest zapewnić pacjentom wyżywienie. Prawidłowe żywienie jest ważną częścią terapii, co więcej może być także wskaźnikiem jakości opieki szpitalnej. Odpowiednie żywienie pacjentów w szpitalu stanowi integralną część całego procesu leczenia, a właściwa ocena stanu odżywienia i wdrażanie odpowiedniego sposobu żywienia jest istotnym elementem zwiększenia szans chorych na wyzdrowienie..

Odpowiedzialność za żywienie pacjentów spoczywa na dyrektorze szpitala. Tym samym Zamawiający nie miał innego wyjścia jak zawrzeć umowę z wykonawcą oferującym lepsze warunki finansowe. Warte podkreślenia jest także, że podmiot ten świadczy usługę należycie, nie ma żadnych uwag w szczególności co do jakości dostarczanych posiłków, czego nie można powiedzieć o Odwołującym. Odwołujący wcześniej świadczył usługę na rzecz Zamawiającego i były uwagi co do należytego wykonywania umowy.

Odwołujący nie przedstawił całokształtu sprawy, pominął lub w sposób absolutnie zdawkowy odniósł się do przebiegu procesu udzielania zamówienia, konieczności i przyczyn unieważnienia ostatniego postępowania, jak również pilnej i niekwestionowanej potrzeby zapewnienia żywienia pacjentom na czas przeprowadzania kolejnej procedury o udzielenie zamówienia publicznego. Sam fakt niezadowolenia Odwołującego z wystąpienia konieczności zawarcia zgodnie z przepisami prawa krótkoterminowej umowy celem zapewnienia żywienia nie stanowi podstawy prawnej do unieważnienia tej umowy. A dodatkowo nie świadczy o naruszeniu prawa przez Zamawiającego.

Odwołujący w dodatkowym stanowisku pisemnym, z uwagi na wygaśnięcie umowy, zmodyfikował żądania odwołania, wnosząc, na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, o nałożenie na Zamawiającego kary finansowej, lub ewentualnie na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 3 ustawy Pzp o stwierdzenie naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego oraz dokumentów załączonych przez Odwołującego do odwołania, Izba ustaliła, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie odtworzył przebieg sprawy, w tym prowadzenie kolejnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w trybach konkurencyjnych, które ostatecznie (wobec ich unieważnień) doprowadziły do zawarcia umowy z dnia 1 czerwca 2022 roku. Nie zachodziła zatem konieczność ponownego opisywania stanu faktycznego w sprawie.

Biorąc pod uwagę poczynione ustalenia Izba doszła do przekonania, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i podlegało oddaleniu w całości.

Art. 129 ust. 2 ustawy Pzp statuuje zasadę prymatu trybów przetargowych. Przepis ten stanowi, że zamawiający może udzielić zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego i przetargu ograniczonego, a w pozostałych trybach może udzielić zamówienia w przypadkach określonych w ustawie.

Z art. 213 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą.

Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: 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. W przypadku zamówień o niższej wartości stosuje się art. 305 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający może udzielić zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli: 1) zachodzi jedna z okoliczności, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 1–5 i 7–14.

Nie ulega wątpliwości, że przesłanki zamówienia w trybie z wolnej ręki, jako szczególnego wyjątku od zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i prymatu procedur podstawowych, tak daleko idącego, że wyłącza jakąkolwiek konkurencję,

należy interpretować wyjątkowo ostrożnie, zawężająco, mając na względzie wyłączenie działania tych zasad. Na konieczność dokonywania wykładni ścisłej a wręcz zawężającej przesłanek trybu zamówienia z wolnej ręki wskazywał wielokrotnie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, a także piśmiennictwo (przykładowo Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 11.1.2005 r., C-26/03, Stadt Halle i RPL Recyclingpark Lochau GmbH v. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, Zb. Orz. 2005, s. I-1).

Zdaniem składu orzekającego Izby Zamawiający wykazał, iż zaistniała sytuacja stanowi sytuację wyjątkową, której nie można było przewidzieć. W ramach rozważań ogólnych wskazać należy, iż cechą wyjątkowości należy przypisywać, zgodnie z zasadą ścisłej interpretacji wyjątków, wyłącznie zdarzeniom wykraczającym poza normalne warunki życia gospodarczego i społecznego, w szczególności zdarzeniom losowym, awariom, klęskom żywiołowym, które wymagają podjęcia natychmiastowych działań zabezpieczających lub podjęcia innych niestandardowych działań w następstwie zaistniałej sytuacji. W przedmiotowej sprawie doszło do co najmniej niespodziewanego dla Zamawiającego wydarzenia skutkującego koniecznością natychmiastowego wykonania przedmiotu zamówienia. Choć z uwagi na przedmiot zamówienia, ma ono charakter planowany i powtarzalny oraz przewidziane były na ten cel środki w budżecie, to Zamawiający postawiony został w sytuacji, gdzie realizacja przedmiotu zamówienia w postaci dostarczenia posiłków pacjentom jednostki w wyniku wypowiedzenia wcześniejszej umowy (przez samego Odwołującego) nie mogła zostać zrealizowana w inny sposób niż w trybie z wolnej ręki. Przy czym należy podkreślić, iż nawet wybierając tryb najmniej konkurencyjny Zamawiający prowadził z wybranym podmiotem negocjacje, prosił o złożenie oferty ze stawką jednostkową dla posiłków. Nie można pomijać faktu, że Zamawiający zobowiązany był do zapewnienia ciągłości świadczonej usługi żywienia pacjentów w ramach stosowanych procedur medycznych. Istotny jest również fakt, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, poprzedzające zawarcie kwestionowanej umowy, prowadzone w trybie konkurencyjnym, miało wyznaczony termin składania ofert na 26 maja 2022 roku i to w tym dniu okazało się, że złożono jedną ofertę, której cena przekracza budżet Zamawiającego. Wobec powyższego zawarcie umowy z innym podmiotem w dniu 1 czerwca 2022 roku celem utrzymania ciągłości świadczenia nie nosiło cech nadużycia trybu niekonkurencyjnego, zachodziła bowiem konieczność natychmiastowego wykonania przedmiotu usług.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przedstawił chronologię zdarzeń, które doprowadziły do zawarcia umowy z dnia 1 czerwca 2022 roku. Izba poddając analizie przedstawione okoliczności, stwierdziła, że Zamawiającemu nie można przypisać opieszałości w prowadzeniu postępowań, zwlekania z ich ogłaszaniem, czy podejmowaniem kolejnych czynności w ramach tych postępowań. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający nie zwlekał co najmniej 6 miesięcy z ogłoszeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego po rozwiązaniu umowy przez Odwołującego w listopadzie 2021 roku. Zamawiający do momentu podpisania spornej umowy przeprowadził co najmniej 3 postępowania w trybie podstawowym, z których każde zostało unieważnione.

Co więcej, Zamawiający zawarł kwestionowaną w odwołaniu umowę tylko na 45 dni i ogłosił kolejne postępowanie w trybie podstawowym. Zamawiającemu nie można więc czynić zarzutu, że postanowił On korzystać jedynie z trybów niekonkurencyjnych. Okolicznościami niezależnymi od Zamawiającego są stawki, które oferują wykonawcy w ofertach, w sytuacji, gdy nie może On zwiększyć budżetu przeznaczanego na realizację danego świadczenia.

Okoliczności faktyczne niniejszej sprawy nie wskazują, aby zaistniała sytuacja wynikała z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. Jak już zauważono, wybór trybu z wolnej ręki podyktowany był koniecznością utrzymania ciągłości wykonywania usługi żywienia pacjentów. Zamawiający, nie zaniedbując spoczywających na nim obowiązków ustawowych, prowadził inne postępowania przy zastosowaniu trybów konkurencyjnych, jednak czas ich trwania oraz cena ofert przewyższająca budżet Zamawiającego, uniemożliwiły mu zawarcie umowy w tych trybach.

Przy stosowaniu powyższego przepisu ustawy Pzp ważnym jest również odróżnienie pilności udzielenia zamówienia publicznego, od konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia, co niewątpliwie ma istotne znaczenie w rozpoznawanym przypadku. Nie wszystkie zamówienia, które powinny być udzielone w trybie pilnym, wymagają natychmiastowego wykonania. Ustawodawca nie zdefiniował co prawda, jak należy rozumieć pojęcie natychmiastowego wykonania. Pomocne w tej kwestii jest jednak orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, na podstawie którego stwierdzić można, że okoliczności nieprzewidywalne to przede wszystkim zjawiska losowe i niezależne od zamawiającego, takie jak klęski żywiołowe (powodzie, lawiny, sezonowe pożary itp.), katastrofy, awarie, niespodziewane wypadki. Ponadto wskazać należy, że wystąpienie okoliczności, której nie można było wcześniej przewidzieć, musi skutkować koniecznością natychmiastowego wykonania zamówienia. Zakres zamówienia jest wówczas absolutnie

konieczny i niezbędny do usunięcia skutków nieprzewidzianego zdarzenia (patrz orzeczenia ETS; C-385/2 Komisja przeciwko Republice Włoch, C-24/91 Komisja przeciwko Królestwu Hiszpanii, C-525/03 Komisja przeciwko Republice Włoch, C-394/02 Komisja przeciwko Republice Grecji). Przedmiot zamówienia z wolnej ręki w przedmiotowej sprawie nie nosi co prawda cech zjawiska losowego, czy klęski żywiołowej, nie można jednak pominąć, że usługi żywienia pacjentów nie można zaprzestać wykonywać z dnia na dzień a jak już zauważono w niniejszym uzasadnieniu, obowiązkiem Zamawiającego jest realizacja wszystkich elementów procedur leczenia pacjentów, a jednym z takich elementów obowiązkowych jest zapewnienie pacjentom wyżywienia. Usługa ta musi być realizowana codziennie, niezależnie od innych okoliczności związanych z funkcjonowaniem jednostki Zamawiającego, nie może zostać przełożona na późniejszą realizację, przedmiot umowy nie może zostać skumulowany i dostarczony w innym terminie. Zdaniem składu orzekającego Izby przedmiot zamówienia musiał być wykonany natychmiast, a Zamawiający wykazał, że niemożliwe było dochowanie terminów określonych dla trybów konkurencyjnych. W ocenie składu orzekającego Izby sytuacja poprzedzająca zawarcie kwestionowanej przez Zamawiającego umowy nie była przez niego zawiniona.

Z tych powodów Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Wartość spornej umowy zawartej w trybie z wolnej ręki wyniosła 256.270,00 zł brutto, co oznacza, że wartość zamówienia nie przekraczała progów unijnych. Z tego powodu Izba uznała, że Odwołującemu przysługuje zwrot kwoty 7 500,00 zł z uwagi na nadpłacony wpis od odwołania. Zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 1 rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami) wysokość wpisu od odwołania, wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy lub usługi lub w konkursie o wartości mniejszej niż progi unijne, wynosi 7500 złotych, Odwołujący dokonał zaś wpłaty 15 000,00 zł.

Reasumując, odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie. Izba nie dopatrzyła się w działaniach Zamawiającego naruszenia zasad prowadzenia postępowania. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z regulacją przepisów ustawy Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....