

WYROK

z dnia 22 kwietnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska
Barbara Bettman**

Renata Tubisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 kwietnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 kwietnia 2015 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: .A.S.A. Tarnobrzeg Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnobrzegu oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Kolbuszowa z siedzibą w Kolbuszowej**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakłada na Zamawiającego – Gminę Kolbuszowa z siedzibą w Kolbuszowej – karę finansową w wysokości 9.606 zł 60 gr (słownie: dziewięć tysięcy sześćset sześć złotych sześćdziesiąt groszy)**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Kolbuszowa z siedzibą w Kolbuszowej i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: .A.S.A. Tarnobrzeg Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnobrzegu oraz Miejskie**

Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze
tytułem wpisu od odwołania,

- 2) zasądza od **Gminy Kolbuszowej z siedzibą w Kolbuszowej** kwotę **11 100 zł 00 gr.** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: .A.S.A. Tarnobrzeg Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnobrzegu oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze** stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu oraz koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

- 3) nakazuje zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: .A.S.A. Tarnobrzeg Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnobrzegu oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze** kwoty **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Tarnobrzegu**.

Przewodniczący:

.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Kolbuszowa z siedzibą w Kolbuszowej prowadzi w trybie zamówienia z wolnej ręki, na podstawie 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.) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: *Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i częściowo zamieszkałych na terenie Gminy Kolbuszowa.*

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: .A.S.A. Tarnobrzeg Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnobrzegu oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze (zwani dalej „Odwołującym”) w dniu 7 kwietnia 2015 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożyli odwołanie na wybór przez Zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki przewidzianego w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie postępowania, unieważnienie umowy zawartej w trybie zamówienia z wolnej ręki, zasądzenie od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia oraz kosztów dojazdu (wg rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź rozprawie).

Zamawiający na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron – złożył odpowiedź na odwołanie, nie zgadzając się z zarzutami zawartymi w odwołaniu, wnosząc o oddalenie przedmiotowego odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, ofertę wykonawcy Zakładu Komunalnego Sp. z o.o. z siedzibą w Sokołowie Małopolskim jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zamawiający w dniu 30 stycznia 2015 r. – wykluczając wykonawcę Zakład Komunalny Sp. z o.o. z siedzibą Sokołowie Małopolskim w poprzednio prowadzonym postępowaniu – unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.
/dokumentacja postępowania: zawiadomienie o unieważnieniu postępowania z dnia 30 stycznia 2015 r./

Przedmiotem niniejszego zamówienia jest: *Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i częściowo zamieszkałych na terenie Gminy Kolbuszowa.*
/dokumentacja postępowania: ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy z dnia 31 marca 2015 r., poz. 45073, str. 1/

Zamawiający w dniu 30 marca 2015 r. zaprosił wykonawcę Zakład Komunalny Sp. z o.o. z siedzibą w Sokołowie Małopolskim do udziału w negocjacjach w trybie zamówienia z wolnej ręki.
/dokumentacja postępowania: zaproszenie do negocjacji z dnia 30 marca 2015 r./

Po przeprowadzonych negocjacjach została wynegocjowana kwota odbioru odpadów komunalnych w wysokości 106.740,00 zł brutto.
/dokumentacja postępowania: protokół z negocjacji z dnia 1 kwietnia 2015 r./

Umowa na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i częściowo zamieszkałych na terenie Gminy Kolbuszowa została zawarta w dniu 1 kwietnia 2015 r. na okres do 30 kwietnia 2015 r. na kwotę wynegocjowaną przez strony, t.j. 106.740,00 zł brutto.

/dokumentacja postępowania: Umowa z dnia 1 kwietnia 2015 r. zawarta pomiędzy zamawiającym a Zakładem Komunalnym Sp. z o.o. z siedzibą w Sokołowie Małopolskim./

Wobec powyższego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: A.S.A. Tarnobrzeg Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnobrzegu oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze – wnieśli odwołanie w dniu 7 kwietnia 2015 r.

/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A.S.A. Tarnobrzeg Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnobrzegu oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze z dnia 7 kwietnia 2015 r. /.

Zamawiający w dniu 20 kwietnia 2015 r. – na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron – złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

/dokumentacja postępowania: Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie z dnia 20 kwietnia 2015 r. /.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Izba oceniając zarzut bezpodstawnego wyboru przez Zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp - wzięła pod uwagę następujące okoliczności faktyczne oraz prawne:

W pierwszej kolejności zasadnym jest przywołanie treści art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. W myśl 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.

Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki tylko wówczas, kiedy zachodzi jedna z przesłanek wymienionych w ustawie, przy czym przesłanki te powinny być interpretowane w sposób ścisły, jako wyjątek od zasady udzielania zamówień publicznych w trybie przetargu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 lipca 2001 r., III RN 16/01).

Ustawowa przesłanka konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia określa zakres przedmiotowy zamówienia z wolnej ręki, udzielanego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3. Zamówienie może być udzielone tylko w takim zakresie, w jakim wymagana jest natychmiastowa jego realizacja.

Zatem skorzystanie z tego trybu w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp możliwe jest tylko w sytuacjach wyjątkowych, wymagających od Zamawiającego szczególnie szybkiej reakcji. Natychmiastowość wykonania musi, w myśl omawianego przepisu, być konsekwencją okoliczności, których wcześniej nie dało się przewidzieć, a potrzeba natychmiastowego zrealizowania zamówienia powinna być podyktowana koniecznością uniknięcia negatywnych konsekwencji zaniechania niezwłocznego podjęcia działań.

Ponadto wystąpienie okoliczności powodujących konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia musi wynikać z przyczyn niezależnych od Zamawiającego, okoliczności których nie można było przewidzieć wcześniej, a w zaistniałej sytuacji nie da się zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. (źródło: strona internetowa Urzędu Zamówień Publicznych, www.uzp.gov.pl „Wytyczne dotyczące interpretacji przesłanek pozwalających na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę”, str. 22).

Zatem sytuacja, w której wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, powinna być dla Zamawiającego nieprzewidywalna. Należy przez to rozumieć takie zdarzenie, którego zaistnienie w normalnym toku rzeczy byłoby mało prawdopodobne, przy czym przewidywalność określonych zdarzeń przez Zamawiającego powinna być postrzegana w kategoriach obiektywnych. Okolicznościami niemożliwymi do przewidzenia będą w szczególności zjawiska losowe i niezależne od Zamawiającego (np. katastrofy, awarie). Zaistniała sytuacja, w której wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, nie może wynikać z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. Nie może być zatem spowodowana zamierzoną opieszałością w udzieleniu zamówienia (tak też: Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art. 67 ustawy Prawo zamówień publicznych*, LEX).

W rozpoznawanej sprawie Izba zgodziła się z Zamawiającym co do potrzeby natychmiastowego udzielenia zamówienia. Specyfika przedmiotu zamówienia (odbiór odpadów) przemawia za koniecznością zapewnienia ciągłego świadczenia tego typu usług, ponieważ przemawia za tym interes publiczny. Nietrudno bowiem wyobrazić sobie skutki

nieodbierania odpadów w gminie nawet w krótkim okresie czasu, a tym bardziej na przestrzeni kilku czy kilkunastu tygodni.

Jednak, w ocenie Izby, nie zachodzi tu przesłanka uzależniająca natychmiastowe udzielenie zamówienia od przyczyn nieleżących po stronie Zamawiającego, których nie mógł on przewidzieć. Jak wskazał sam Zamawiający przyczynami, które spowodowały tak daleko idące opóźnienie w rozstrzygnięciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu konkurencyjnego, był czas trwania postępowania odwoławczego oraz unieważnienie poprzednio prowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie Izby okoliczności wskazane przez Zamawiającego nie wynikały z przyczyn nieleżących po stronie Zamawiającego i których nie mógł on przewidzieć. Zamawiający, wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, winien uwzględnić wszystkie czynności i procedury z tym związane, w tym również możliwość korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej. Wniesienie odwołania w postępowaniu nie jest niczym nadzwyczajnym i jest sytuacją z całą pewnością możliwą do przewidzenia przez Zamawiającego. Analogiczna sytuacja zachodzi również w przypadku unieważnienia przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia. Jest to okoliczność którą Zamawiający może, a nawet powinien przewidzieć wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. (podobne stanowisko wyrażono w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 września 2013 r., sygn. akt KIO 2137/13).

Na marginesie Izba wskazuje, iż – odnosząc się do argumentacji Zamawiającego dotyczącej niezasadności zastosowania trybu zamówienia z wolej ręki wynikającej z art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp (zamówień uzupełniających) – owszem, Zamawiający jest w świetle ustawy uprawniony (nie zobowiązany) do zastosowania tego trybu, jednak wybór trybu udzielania zamówienia (w szczególności z wolej ręki, jako trybu niekonkurencyjnego) powinien być zgodny z przepisami ustawy Pzp i nie godzić w zasadę konkurencyjności.

Izba nie zgodziła się z argumentacją Zamawiającego, że skoro rozszerzono zakres zamówienia, to powyższe przesądzało o niemożliwości zastosowania trybu z art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej przepis ten odnosi się do „*powtórzenia tego samego rodzaju zamówień*”, nie zaś jak twierdził Zamawiający „*powtórzenia tego samego zakresu zamówień*”. Zamówienia te nie muszą być identyczne, zatem niezasadnym było powoływanie się na wskazaną powyżej argumentację.

Ponadto argumentacja Zamawiającego dotycząca nieudzielenia zamówienia dotychczasowemu wykonawcy, z uwagi na nierzetelność w świadczeniu zamówienia jest również chybiona, gdyż jak wynika z dowodów przedstawionych na rozprawie Zamawiający wystawił Odwołującemu referencje świadczące o należyтым wykonywaniu usługi odbioru odpadów.

Reasumując powyższe Izba uznała, że Zamawiający zawierając umowę z wykonawcą Zakładem Komunalnym Sp. z o.o. z siedzibą w Sokołowie Małopolskim w trybie z wolnej ręki naruszył przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Niemniej jednak w ocenie Izby utrzymanie zawartej umowy leży w ważnym interesie publicznym, uzasadnionym specyfiką przedmiotu zamówienia. Z tego też powodu Izba skorzystała z dyspozycji przepisu 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 obowiązywania umowy w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy leży w ważnym interesie publicznym, w szczególności w dziedzinach obronności lub bezpieczeństwa. W rozpoznawanym przypadku zachodzi przesłanka wskazana w art. 146 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, polegająca na tym, iż Zamawiający z naruszeniem przepisów zastosował tryb z wolnej ręki.

Stosownie do art. 193 ustawy Pzp kary finansowe, o których mowa w art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. b i c, nakłada się na zamawiającego w wysokości do 10 % wartości wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w zawartej umowie, biorąc pod uwagę rodzaj i zakres naruszenia oraz wartość wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w zawartej umowie, za które kara jest orzekana. Ponieważ wartość zawartej umowy stanowi 106.740,00 zł, Izba nałożyła na Zamawiającego karę w wysokości 9.606 zł 60 gr, co stanowi 9% jej wartości.

W konsekwencji mając na względzie wszystkie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), w szczególności § 3 ust. 1 pkt 2 lit. b) ww. rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....

.....

.....