

Sygn. akt: KIO 1485/12

**WYROK**  
**z dnia 26 lipca 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Radosław Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lipca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lipca 2012 r. przez wykonawcę **Impel Catering Sp. z o.o.**, 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 111 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Publiczny Specjalistyczny Zakład Opieki Zdrowotnej**, 88-100 Inowrocław, ul. Poznańska 97

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Impel Catering Sp. z o.o.**, 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 111 i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Impel Catering Sp. z o.o.**, 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 111 tytułem wpisu od odwołania,

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

**Przewodniczący:** .....

## **U z a s a d n i e**

W postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki przez zamawiającego – Publiczny Specjalistyczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Inowrocławiu na *usługi w zakresie produkcji posiłków dla pacjentów Szpitala Powiatowego w Inowrocławiu* (nr postępowania WR.39.PR.R.12), wobec wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki, Impel Catering Sp. z o.o. wniósł w dniu 13 lipca 2012 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1485/12). Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 13 lipca 2012 r. O czynności zamawiającego odwołujący powziął wiedzę z treści ogłoszenia o udzieleniu zamówienia opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2012/S 127-210185 w dniu 05.07.2012 r.

W odwołaniu postawione zostały zarzuty naruszenia:

1. art. 5 ust. 1a w zw. z art. 67 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w zw. z art. 31 Dyrektywy 18/2004 WE poprzez wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki oraz udzielenie Wykonawcy KB Serwis zamówienia mimo oczywistego braku podstaw prawnych do stosowania takiego trybu postępowania;
2. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 67 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w zw. z art. 31 Dyrektywy 18/2004 WE poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy udzieleniu zamówienia publicznego wykonawcy KB Serwis w trybie zamówienia z wolnej ręki;

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż postępowanie obciążonej jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazał na podstawę do wniesienia odwołania z art. 179 ust. 1 ustawy, gdyż udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki innemu wykonawcy pozbawia odwołującego szans na jego uzyskanie i prowadzi do możliwości poniesienia szkody w postaci utraty spodziewanych korzyści związanych z ewentualnym zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów i żądań odwołujący przywołał wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 19 grudnia 2007 r., sygn. akt V Ca 2506/07, aktualny w obecnym stanie prawnym i dotyczący wykazania interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, rozumianego w ten sposób, że wykonawca ma prawo oczekiwać, że sam proces udzielenia zamówienia będzie odbywał się w sposób prawidłowy.

Odwołujący odniósł się do podstawy wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki podanej przez zamawiającego w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia, w którym określono, iż przedmiotem zamówienia są usługi wymienione w załączniku IIB do dyrektywy, a także wskazano podstawę prawną z art. 5 ust. 1, art. 5 ust. 1a pkt 1 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający w wyniku uwzględnienia wniesionego odwołania, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy unieważnił postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usług w zakresie produkcji posiłków dla pacjentów. Podstawą unieważnienia postępowania był brak zamieszczenia ogłoszenia o przetargu w Urzędzie Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich. W postępowaniu tym zostały złożone dwie ważne oferty. Wykonawca, który złożył ofertę z najniższą ceną został zaproszony przez zamawiającego do negocjacji w trybie postępowania z wolnej ręki. Dla przesłanki określonej w art. 5 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp uzasadnienie celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania wydatków, zamawiający wskazał na okoliczność ponoszenia kosztów w wysokości 17,81 PLN za osobodzień, ustalonych na podstawie umowy zawartej 1.7.2009 r., co w okresie 5 miesięcy 2012 r. stanowiło kwotę 924 672,48 PLN. Przedłużenie umowy o każdy miesiąc z obecnym wykonawcą powoduje ponoszenie kosztów wyższych od oby ofert złożonych w postępowaniu, odpowiednio o 21 490,26 PLN oraz 40 488,90 PLN miesięcznie. Podpisanie umowy w trybie nie konkurencyjnym umożliwiło zachowanie ciągłości usługi na zdecydowanie lepszych warunkach finansowych, bez konieczności przedłużania obecnej umowy i spełnione zostały tym samym przesłanki z art. 5 ust. 1a pkt 4 ustawy Pzp.

W ocenie odwołującego, zamawiający nie udowodnił przesłanek z art. 5 ust. 1a pkt 4 ustawy, co więcej ich wystąpienie nie zostało nawet uprawdopodobnione. W przypadku zamówień dotyczących usług niepriorytetowych wszczęcie postępowania w trybie zamówienia publicznego w innych uzasadnionych przypadkach niż określone odpowiednio w art. 62 ust. 1 lub art. 67 ust. 1, możliwe jest w szczególności, jeżeli zastosowanie innego trybu mogłoby skutkować co najmniej jedną z następujących okoliczności: naruszeniem zasad celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania wydatków; naruszeniem zasad dokonywania wydatków w wysokości i w terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań; poniesieniem starty w mieniu publicznym; uniemożliwieniem terminowej realizacji zadań. W ocenie odwołującego, nieuprawnione jest twierdzenie, iż tryb zamówienia z wolnej ręki pozwalał na zmniejszenie wydatków zamawiającego w porównaniu z innymi trybami postępowania. Nie może być również skuteczne powoływanie się na fakt, że w

poprzednio prowadzonym postępowaniu, które zostało unieważnione, aktualnie wybrany wykonawca KB Serwis oferował najniższą cenę. W postępowaniu tym zamawiający nie dokonał bowiem czynności oceny złożonych ofert.

Niezależnie od powyższego, odwołujący wskazał na zmienne warunki na rynku, przekształcenia podmiotowe po stronie wykonawców, wzmacniające potencjał niektórych z nich, wprowadzanie zmian organizacyjnych umożliwiających obniżenie ceny, które negują założenie zamawiającego, że zastosowanie trybu konkurencyjnego prowadziłyby do zaoferowania przez KB Serwis wyższej ceny. To konkurencja między wykonawcami sprzyja uzyskiwaniu korzystniejszych warunków realizacji umowy. Stąd nie było podstaw do przyjęcia, jako uzasadnienia zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, wyników poprzedniego postępowania, stanowiących podstawę do kalkulacji zamawiającego.

Odwołujący wskazał na przesłaną z własnej inicjatywy zamawiającemu 28.06.2012 r. - po unieważnieniu postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, ofertę z propozycją realizacji usługi do czasu zakończenia nowego postępowania ze stawką niższą niż zaproponował wykonawca KB Serwis w unieważnionym postępowaniu.

W zakresie zagrożenia terminowości realizacji zadań, odwołujący wskazał na brak staranności zamawiającego, który organizował postępowanie na ostatnią chwilę, mimo iż nie było żadnych powodów uniemożliwiających wcześniejsze wszczęcie i przeprowadzenie postępowania. Z uwagi na pilną potrzebę udzielenia zamówienia, zamawiający powinien bezzwłocznie, tj. już po powzięciu wiedzy o popełnionych błędach z odwołania wniesionego 18.06.2012 r., wszcząć kolejne postępowanie konkurencyjne. Zamówienie w trybie zamówienia z wolnej ręki powinno być udzielana jedynie w zakresie koniecznym do ograniczenia lub zapobieżenia skutkom nieprzewidywalnego zdarzenia, wystarczającym na przeprowadzenie postępowania w trybie konkurencyjnym. Zdaniem odwołującego, umowa zawarta w trybie zamówienia z wolnej ręki powinna obejmować jedynie czas świadczenia usługi konieczny do przeprowadzenia postępowania w trybie konkurencyjnym. Sytuacja, w której wymagane jest pilne wykonanie zamówienia powinna być nieprzewidywalna, a co oznacza, iż ma być to zdarzenie, które w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne do przewidzenia. Przewidywalność ta powinna być, zdaniem odwołującego, postrzegana w kategoriach obiektywnych, nie może więc wynikać z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, być spowodowana opieszałością zamawiającego. Za przewidywalne odwołujący uznaje te okoliczności, które mieszczą się w granicach zwykłego ryzyka związanego z działalnością zamawiającego i na których wystąpienie powinien on być przygotowany, np. ewentualne przedłużenie procedury przetargowej, w tym także możliwość unieważnienia postępowania.

## **Stanowisko Izby**

W pierwszej kolejności należało wskazać, iż w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem zmian wprowadzonych dwoma ustawami, tj. z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), zwanej dalej „ustawą”.

W toku posiedzenia Izba nie stwierdziła, aby w odniesieniu do przedmiotowego odwołania zachodziła którakolwiek z przesłanek do jego odrzucenia wskazanych w art. 189 ust. 2 ustawy i skierowała odwołanie na rozprawę.

Na podstawie zebranego materiału, stanowiącego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki, w tym ogłoszenia o udzieleniu zamówienia wykonawcy z którym zamawiający prowadził negocjacje z dnia 05.07.2012 r., treści umowy nr 85/UP/2012 z 28.06.2012 r., a także stanowisk stron prezentowanych w pismach i na rozprawie Izba uznała, iż odwołanie podlegało oddaleniu.

Zarzuty w odwołaniu dotyczą zastosowania przez zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki w celu udzielenia zamówienia publicznego w przedmiocie świadczenia usługi w zakresie produkcji posiłków dla pacjentów Szpitala Powiatowego w Inowrocławiu, dokonanej z naruszeniem zasad określonych w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy oraz art. 5 ust. 1 a pkt 1-4 w zw. z art. 67 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w związku z art. 31 Dyrektywy 18/2004 WE.

Zamawiający w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia z dnia 05.07.2012 r. 2012/S 127-210185 w sekcji IV.1.1) wskazał, iż przedmiotem zamówienia są usługi wymienione w załączniku II B do dyrektywy 2004/18/WE. Jako podstawę do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki zamawiający przywołał przepisy art. 5 ust. 1a pkt 1 i 4 ustawy. W podstawie faktycznej wystąpienia okoliczności z pkt 1 i 4 zamawiający wskazywał na okoliczności w jakich doszło do zaproszenia wykonawcy KB Serwis Krzysztof Bruski do negocjacji i dotyczące unieważnionego postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego. Zamawiający skierował zaproszenie do wykonawcy, który zaproponował najniższą cenę, co umożliwiło zamawiającemu zaoszczędzenie środków, jakie musiałby ponosić w każdym miesiącu dalszego przedłużania umowy zawartej 01.07.2009 r. z

obecnym wykonawcą, generującej wyższe koszty od obu złożonych w przetargu nieograniczonym ofert. Podpisanie umowy z nowym wykonawcą wyłonionym w trybie niekonkurencyjnym umożliwiło zamawiającemu zachowanie ciągłości usługi na zdecydowanie lepszych warunkach finansowych, bez konieczności przedłużania obecnej umowy, co wypełniało zdaniem zamawiającego przesłanki określone w art. 5 ust. 1a pkt 4 ustawy.

Odwołujący w swojej argumentacji zmierzał do wykazania, iż zamawiający nie udowodnił wystąpienia przesłanek z art. 5 ust. 1a pkt 1 i 4 ustawy. W szczególności zakwestionował przyjęte założenia co do oszczędności, jakie zamawiającemu miało przynieść zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki, wskazując na złożoną zamawiającemu 28.06.2012 r. własną ofertę handlową, w której zaproponował stawkę osobodnia w wysokości 13,29 brutto. W zakresie terminowości realizacji zadań wskazywał, iż przyczyna zagrożenia dochowania terminu leżała po stronie zamawiającego, który zbyt późno wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, bez odpowiedniego buforu czasowego na ewentualne odwołania wykonawców, czy też konieczność powtórzenia postępowania.

Izba ustaliła, iż usługa wyżywienia pacjentów szpitala była do czasu zawarcia umowy z wykonawcą KB Serwis Krzysztof Bruski świadczona na podstawie umowy zawartej z odwołującym 01.07.2009 r. na okres 3 lat również w trybie zamówienia z wolnej ręki. Ustalona w tej umowie stawka osobodnia wynosiła 17,81 zł. brutto i według niej zamawiający płacił wynagrodzenie wykonawcy do 30 czerwca 2012 r., kiedy to umowa wygasła w związku z upływem terminu na jaki została zawarta.

W związku ze wskazaną podstawą prawną wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki zawartą w art. 5 ust. 1 a pkt 1 i 4 ustawy, należało w pierwszej kolejności odnieść się do przedmiotu zamówienia, jakim jest świadczenie usługi w zakresie produkcji posiłków dla pacjentów szpitala. Zgodnie z art. 5 ust. 1a, zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki możliwe jest również w innych uzasadnionych przypadkach niż określone odpowiednio w art. 62 ust. 1 lub art. 67 ust. 1 w przypadku zamówień, których przedmiotem są usługi o charakterze niepriorytetowym określone w przepisach wydanych na podstawie art. 2a ustawy, w szczególności jeżeli zastosowanie innego trybu mogłoby skutkować co najmniej jedną z wymienionych okoliczności, w tym między innymi naruszeniem zasad celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania wydatków (pkt1) oraz uniemożliwieniem terminowej realizacji zadań (pkt 4). Zamawiający w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia wskazał, iż przedmiotem zamówienia są usługi wymienione w załączniku II B do dyrektywy 2004/18/WE, w której wymienione zostały usługi o charakterze niepriorytetowym. W opisie przedmiotu zamówienia zamawiający wskazał kody CPV 55300000 (usługi restauracyjne i

dotyczące podawania posiłków), 55321000 (usługi przygotowania posiłków), 55322000 (usługi gotowania posiłków), wymienione w załączniku nr 2 do Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym (Dz. U. Nr 12, poz. 68). Zgodnie z załącznikiem nr 2 do wskazanego rozporządzenia, poz. nr 17 wykazu usług niepriorytetowych, usługi opisane kodami CPV wskazanymi przez zamawiającego zaliczone są właśnie do tego typu usług. Przeporządkowanie przedmiotowych usług do usług niepriorytetowych nie budziło wątpliwości tak zamawiającego, jak i odwołującego, a w kontekście przywołanych zapisów rozporządzenia było w ocenie Izby prawidłowe. W szczególności należy przywołać w tym miejscu zapisy umowy o świadczenie usług zawartej przez zamawiającego w dniu 28 czerwca 2012 r., w której w par. 1 określono, iż przedmiotem są usługi wymienione w załączniku II B do Dyrektywy 2001/18/WE. W umowie określone zostały zasady sporządzania posiłków (z uwzględnieniem zaleceń dietetycznych opisanych w załączniku nr 2), zamawiania i wydawania (ustalonych w załącznikach 1 i 1A) oraz ich dostarczania z kuchni na oddziały szpitalne. Przedmiotowa umowa zawarta została na okres od dnia 1 lipca 2012 r. do 1 lipca 2016 r. Za świadczenie przedmiotowej usługi strony ustaliły cenę jednego osobodnia w wysokości 13,88 zł. brutto.

Przed oceną zasadności zastosowania przez zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki, konieczne było dokonanie wykładni przepisu art. 5 ust. 1 a ustawy. Skład orzekający w niniejszej sprawie przyjmuje jako własne wywody prezentowane w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 maja 2011 r. w sprawie zastrzeżeń od wyników kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, sygn. akt: KIO/KD 37/11. W szczególności Izba przychyliła się do stanowiska o niezamkniętym katalogu przesłanek zawartych w art. 5 ust. 1 a ustawy, wykraczających poza wskazane w art. 62 ust. 1 lub art. 67 ust. 1 ustawy zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, o czym świadczy sformułowanie „w szczególności”. W kontekście argumentacji odwołującego na uwagę zasługuje ten fragment uchwały, w którym Izba wskazała, iż *Wykładnia przywołanego przepisu art. 5 ust. 1a ustawy Pzp, łącznie z art. 5 ust. 1 ustawy Pzp, wskazuje na możliwość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki dopiero w sytuacji, gdy zamawiający w sposób obiektywny będzie w stanie uzasadnić w szczególności, że nie ma możliwości udzielenia danego zamówienia w innym trybie niż tryby przetargowe oraz tryb negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego oraz licytacji elektronicznej, a także – jak się wydaje - zapytania o cenę, a ewentualne udzielenie zamówienia w tych trybach będzie wywoływało określone, negatywne de facto skutki dla zamawiającego. Te negatywne skutki wskazane przez ustawodawcę w art. 5 ust. 1a ustawy Pzp odnoszą się do sytuacji związanych ze swego rodzaju okolicznościami wiążącymi się z zasadami gospodarności, finansów publicznych i interesem*



*gospodarczym, czy też publicznym. Nakładają one nacisk na celowość, oszczędność i efektywność wydatków, ich terminowość, czy też terminowość realizacji zadań i ewentualnych strat, co do mienia publicznego. W tym zatem tylko kontekście – w ocenie Izby – można traktować otwartość katalogu przesłanek uzasadniających stosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki. Jeśliby bowiem ustawodawca zezwalał w tym zakresie na zupełną dowolność stosowania zasad udzielania zamówienia z wolnej ręki do usług o charakterze niepriorytetowym nie określałby w sposób na tyle szczegółowy okoliczności związanych z możliwością zastosowania tego trybu.*

Mając na uwadze powyżej wywody Izba odniosła się do podnoszonych przez zamawiającego okoliczności oraz argumentacji odwołującego.

Izba uznała, iż zamawiający był uprawniony do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, chociaż nie wszystkie podnoszone przez zamawiającego okoliczności uzasadniały przyjęcie, iż zastosowanie innego trybu mogło skutkować jedną z wymienionych okoliczności, wskazanych w art. 5 ust. 1 a pkt 1 i 4 ustawy.

W ocenie Izby, przyjęte przez zamawiającego założenia co do wysokości kosztów jednego osobodnia, mające uzasadniać twierdzenie o oszczędnym i efektywnym wydatkowaniu środków publicznych nie mogły stanowić uzasadnienia dla wykazania negatywnych skutków przeprowadzenia postępowania w innym trybie niż zamówienie z wolnej ręki. Wprawdzie rozeznanie cenowe oparte zostało na ofertach, jakie były składane w przybliżonym okresie czasu na usługi tego rodzaju, to jednak nie mogło w sposób kategorię przesądzać o wysokości cen, jakie zostałyby zamawiającemu zaoferowane jeżeli zdecydowałby się na ponowne przeprowadzenie postępowania konkurencyjnego, tym bardziej, iż znane były wysokości ofert złożonych w postępowaniu unieważnionym na ten sam przedmiot zamówienia. Inne ceny, jakie były oferowane w różnych postępowaniach, w ocenie Izby w ogóle nie mogły mieć znaczenia bez znajomości szerszego kontekstu warunków świadczenia usługi, co uniemożliwiało uznanie ich za porównywalne z zakresem przedmiotowego zamówienia. Pomimo powyższego zastrzeżenia, Izba uznała, iż faktycznie wynegocjowana stawka jednego osobodnia – 13,88 zł brutto była niższa od ustalonej w umowie zawartej w 2009 r., co rzeczywiście prowadziło do oszczędności w stosunku do kosztów z jakimi wiązałyby się świadczenie usługi na dotychczasowych zasadach przez czas konieczny do powtórzenia postępowania przetargowego. Przystępując do negocjacji z wykonawcą KB Serwis Krzysztof Bruski, zamawiający miał wiedzę co do wysokości ceny, za jaką odwołujący był gotów świadczyć usługę do czasu rozpisania i rozstrzygnięcia nowej procedury przetargowej, niższej od przyjętej przez zamawiającego w wyniku negocjacji. Zamawiający zakwestionował umocowanie osoby, która podpisała się pod pismem przekazanym do zamawiającego 28.06.2012.r. Ponieważ odwołujący oświadczył, iż cena ta została skalkulowana jedynie na czas rozstrzygnięcia postępowania i nie obejmowała części

kosztów, z jakimi wiązałoby się zawarcie umowy docelowej, Izba uznała, iż nie mogła być ona uznana za cenę, jaką odwołujący zaoferowałby na pełen zakres świadczenia. W związku z powyższym Izba uznała, iż samo założenie co do wysokości cen, jakie byłyby możliwe do uzyskania w trybie konkurencyjnym nie było wystarczającą podstawą do stwierdzenia wystąpienia negatywnych skutków w interesie publicznym na etapie wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki, chociaż w rzeczywistości prowadziło do wynegocjowania ceny korzystniejszej od dotychczas wiążącej zamawiającego. Tym samym zamawiający w momencie ustalenia wypełnienia przesłanki wskazanej w art. 5 ust. 1a pkt 1 ustawy nie mógł mieć wiedzy co do wyników negocjacji, a zatem hipotetyczne założenia zamawiającego nie były dostateczną podstawą do stwierdzenia możliwości wystąpienia negatywnego skutku w postaci naruszenia zasad celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania wydatków. Dopuszczalne było również założenie, iż oferty złożone w powtórzonym postępowaniu zawierałyby ceny co najmniej takie same, jak nie niższe od złożonych w unieważnionym postępowaniu.

Izba uznała, iż zamawiający miał podstawy do stwierdzenia, iż udzielenie zamówienia w innym trybie niż zamówienie z wolnej ręki mogło uniemożliwić terminową realizację zadań, jakim było zapewnienie wyżywienia pacjentom szpitala. Zamawiający przeprowadził procedurę przetargową, która zakończyła się unieważnieniem postępowania na 10 dni przed wygaśnięciem umowy dotychczas wiążącej zamawiającego (do 30.06.2012 r.). Izba uznała, iż data postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej (orzeczenie z 28.06.2012 r., sygn. akt KIO 1271/12) o umorzeniu postępowania odwoławczego nie przeczyła ustaleniu, iż zamawiający unieważnił postępowanie wcześniej, tj. 20.06.2012 r., o czym świadczyło zawiadomienie o unieważnieniu postępowania. W ocenie Izby, nawet przyjęcie, iż zamawiający nie musiał powstrzymać się z czynnościami do czasu wydania orzeczenia przez KIO, nie było obiektywnie możliwe przeprowadzenie postępowania w innym konkurencyjnym trybie i jego zakończenie zawarciem umowy w terminie do 30 czerwca 2012 r. Maksymalny czas, jaki miał zamawiający na powtórzenie postępowania wynosił 10 dni kalendarzowych, w tym tylko 6 roboczych. Mając na uwadze konieczność zaproszenia do złożenia ofert, wyznaczenia terminu na składanie ofert, ich ocenę, wybór i ewentualne odwołania od wyniku, zawarcie umowy z nowym wykonawcą do 30 czerwca 2012 r. było obiektywnie niemożliwe. Odwołujący podważał możliwość uwzględnienia okoliczności związanej z unieważnieniem postępowania, które jego zdaniem mogło być przeprowadzone odpowiednio wcześniej, tak aby zabezpieczyć czas potrzebny do zawieszenia postępowania lub powtórzenia procedury. W ocenie Izby, stanowisko odwołującego zmierzało do wykazania odpowiedzialności zamawiającego za okoliczności, które uniemożliwiały zawarcie umowy w terminie ważności poprzedniej umowy i wykazania możliwości przewidzenia wydłużenia trwania procedury

otwartej, co jednak nie mogło stanowić przeszkody do stwierdzenia wystąpienia przesłanki z art. 5 ust. 1 a pkt 4 ustawy. Argumentacja odwołującego mogła mieć znaczenie przy ocenie spełnienia przesłanki wskazanej w art. 67 ust 1 pkt 3 ustawy, skoro jednak w art. 5 ust. 1 a, ustawodawca dopuszcza zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki w innych uzasadnionych przypadkach niż określone w art. 67 ust. 1, ustalenie odpowiedzialności zamawiającego za przyczyny unieważnienia postępowania nie mogły mieć znaczenia.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, iż w przedmiotowym postępowaniu zamawiający wykazał bezpośredni związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy unieważnieniem postępowania, a koniecznością zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, który pozwalał na przeprowadzenie negocjacji z wykonawcą i zawarcie umowy w terminie zapewniającym ciągłość świadczenia usługi wyżywienia pacjentów, będącej usługą niepriorytetową.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, iż odwołanie podlegało oddaleniu w całości.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 4 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego kwotę wpisu uiszczoną przez odwołującego (15.000,00 zł) i obciążyła nimi stronę odwołującą.

**Przewodniczący:** .....