

Sygn. akt: KIO 1693/22

**WYROK**

**z dnia 15 lipca 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący:** **Anna Osiecka-Baran**

**Andrzej Niwicki**

**Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant:** **Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lipca 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 czerwca 2022 r. przez wykonawcę **Catermed Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Białostockie Centrum Onkologii im. Marii Skłodowskiej-Curie w Białymstoku**

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **Catermed Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawcę **Catermed Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od wykonawcy **Catermed Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi** na rzecz zamawiającego **Białostockiego Centrum Onkologii im. Marii Skłodowskiej-Curie w Białymstoku** kwotę **68 zł 00 gr (słownie: sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy)** tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z opłatami skarbowymi.

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) 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:** .....

.....

.....

### Uzasadnienie

Białostockie Centrum Onkologii im. Marii Skłodowskiej-Curie w Białymstoku, dalej „Zamawiający”, ogłosiło w trybie z wolnej ręki wybór wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Usługa sporządzania i dostawy całodziennych posiłków szpitalnych oraz odbioru odpadów pokonsumpcyjnych*. Postępowanie prowadzono na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 czerwca 2022 r. pod numerem 2022/S 114-322110.

W dniu 24 czerwca 2022 r. wykonawca Catermed Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 214 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 359 pkt 1 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, w sytuacji gdy: a) wskazana przez Zamawiającego przyczyna leżała po stronie Zamawiającego oraz mógł on ją przewidzieć; b) umowa została zawarta na okres od 6 do 12 miesięcy, a więc znacznie przekraczający czas potrzebny do przeprowadzenia postępowania w trybie konkurencyjnym; c) nie istniała konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia i Zamawiający miał możliwość udzielenia zamówienia w trybie konkurencyjnym.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i unieważnienie umowy zawartej w dniu 9 czerwca 2022 r. w trybie z wolnej ręki z wykonawcą H. W. Spółka Jawna w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożenie kary finansowej; ewentualnie o orzeczenie o skróceniu okresu obowiązywania umowy zawartej w dniu 9 czerwca 2022 r. w trybie z wolnej ręki z wykonawcą H. W. Spółka Jawna.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie nie przystąpił żaden wykonawca.

Zamawiający pismem z dnia 8 lipca 2022 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego odrzucenie, ewentualnie oddalenie odwołania w całości.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na oddalenie.**

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o udzieleniu zamówieniu, korespondencji prowadzonej między Odwołującym a Zamawiającym. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 14 lipca 2022 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest usługa sporządzania i dostawy całodziennych posiłków szpitalnych oraz odbioru odpadów pokonsumpcyjnych.

Zamawiający zawarł 12 października 2021 r. umowę nr 71.R.DZP.261.7.2021 z Odwołującym w wyniku prowadzonego postępowania, gdzie przedmiotem zamówienia była usługa sporządzania i dostawy całodziennych posiłków szpitalnych oraz odbioru odpadów pokonsumpcyjnych. Zgodnie z §4 ust. 2 lit. b) umowy *w trakcie obowiązywania umowy strony dopuszczają zmiany cen w przypadku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r., poz. 2207, t.j. ze zm.), jeżeli zmiana ta będzie miała wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Zleceniobiorcę. Stosownie do §4 ust. 3 umowy Zleceniobiorca, w przypadkach określonych w ust. 2 pkt b), c) i d), zobowiązuje się do pisemnego poinformowania Zleceniodawcy o proponowanej zmianie ceny, z uzasadnieniem przyczyn i zakresu zmiany. Podwyższona cena będzie mogła obowiązywać od następnego miesiąca, po uzyskaniu pisemnej akceptacji Zleceniodawcy. Stosownie do §13 umowy Strony przewidują możliwość wcześniejszego rozwiązania umowy z zachowaniem trzymiesięcznego okresu wypowiedzenia.*

W dniu 10 grudnia 2021 r. do Zamawiającego wpłynęło pismo Odwołującego z 6 grudnia 2021 r. pn. *Informacja o zmianie wynagrodzenia Wykonawcy w związku ze zmianą wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2022 r.* Wykonawca poinformował Zamawiającego o nowej sytuacji prawnej w zakresie stawek minimalnego wynagrodzenia. Wykonawca podał, że w związku z nową stawką wynagrodzenia miesięczne koszty wykonania zamówienia wzrastają o kwotę 2265,35 zł netto (2446,58 brutto), co przekłada się na zwiększenie stawki osobodnia o 0,66 zł netto (0,71 zł brutto). Wskazana nowa stawka osobodnia została „rozpisana” na poszczególne pozycje asortymentowe: śniadanie, obiad i kolację. Jednocześnie wykonawca przedstawił informację o zmianie minimalnego wynagrodzenia dla 9 stanowisk pracy w zestawieniu porównawczym 2021 do 2022 r. W Załączniku nr 2 do pisma, przedstawił kalkulację

wyliczenia stawki osobodnia w oparciu o uśrednioną ilość osobodni w zakresie obejmującym miesiące poprzedzające zawarcie z wykonawcą umowy tj. od października 2020 r. do września 2021 r. i wskazał średnią ilość osobodni wynoszącą 3433.

W dniu 25 stycznia 2022 r. Zamawiający przesłał do wykonawcy odpowiedź podnosząc, że *przedstawione wyjaśnienia nie uzasadniają zakresu i wysokości proponowanych przez Wykonawcę zmian wynagrodzenia, a także nie uzasadniają podniesienia ceny stawki*. Jednocześnie Zamawiający wezwał do szczegółowego uzasadnienia zaproponowanej zmiany do umowy. Zamawiający zadeklarował też ponowne rozpatrzenie wniosku w trybie przepisów umowy.

Okolicznością bezoporną było, że w dniu 14 lutego 2022 r. odbyło się spotkanie przedstawicieli stron, tematem rozmów prowadzonych przez strony, były przede wszystkim, zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego, problemy związane z obniżonym poziomem jakości przygotowywanych przez wykonawcę posiłków i coraz liczniejszymi skargami pacjentów.

W dniu 8 marca 2022 r. Zamawiający otrzymał od Odwołującego pismo z dnia 2 marca 2022 r., w którym wykonawca podnosił, że tematyka jakości poruszana na rozmowach z 14 lutego 2022 r. jest zagadnieniem odrębnym od tematu zmiany wynagrodzenia. Odwołujący zwrócił się z wnioskiem o ponowne spotkanie negocjacyjne oraz zawarcie dodatkowego aneksu związanego z koniecznością dostarczania posiłków w naczyniach jednorazowych z uwagi na możliwość serwowania posiłków pacjentom zakażonym wirusem Sars-CoV-2.

Zamawiający wyraził zgodę na aneks i takowy został zawarty 17 marca 2022 r. W tym samym dniu Zamawiający wyraził pisemnie gotowość do kolejnego spotkania, podtrzymując swoje pierwotne stanowisko w sprawie (tj. przedstawienia szczegółowego uzasadnienia zaproponowanej zmiany wynagrodzenia, zgodnie z pismem z 25 stycznia 2022 r.). Dodatkowo Zamawiający poinformował, że zawsze jest gotowy rozmawiać o jakości i sposobie wykonania usługi żywienia pacjentów.

W dniu 22 kwietnia 2022 r. Zamawiający otrzymał pismo z kolejnym wnioskiem o zmianę umowy. Odwołujący domagał się waloryzacji wynagrodzenia z uwagi *na radykalną zmianę cen produktów spożywczych oraz paliwa i tym samym wszystkich towarów i usług, z których korzysta Wykonawca przy realizacji usługi*. Wykonawca przedstawił sytuację na rynku żywnościowym, wskazując na poziom zmiany cen skupu podstawowych produktów rolnych na przestrzeni styczeń 2021 – styczeń 2022 wynoszący według informacji GUS 28,5%. Wykonawca przytaczał również dane dotyczące wzrostu ceny paliwa (styczeń 2021 – styczeń 2022 o 22%, w dacie pisma o 45%). Równocześnie zwrócił się o wyznaczenie

spotkania w najszybszym możliwym terminie, do dnia 12 maja 2022 r. oraz poinformował, że *tak w przypadku nieuwzględnienia wniosku Wykonawców, jak i w przypadku braku informacji ze strony Zamawiającego – Wykonawcy zmuszeni będą wypowiedzieć Umowę z ważnej przyczyny na podstawie art. 746 § 2 zd. 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 750 Kodeksu cywilnego.*

Pismem z 27 kwietnia 2022 r. Zamawiający poinformował o gotowości do spotkania i zaproponował termin spotkania na 10 maja 2022 r. o dowolnej pasującej wnioskującemu godzinie. Spotkanie odbyło się ostatecznie w dniu 9 maja 2022 r. w siedzibie Zamawiającego.

W dniu 27 maja 2022 r. Odwołujący złożył Zamawiającemu oświadczenie o wypowiedzeniu umowy z ważnych powodów ze skutkiem na dzień 12 czerwca 2022 r. na podstawie art. 746 § 2 zd. 1 w zw. z art. 750 Kc w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu 3 czerwca 2022 r. Zamawiający skierował zapytanie cenowe w przedmiocie zamówienia do trzech wykonawców (PSS Spółem w Białymstoku, H. W. Sp.j oraz PRUSZYŃKA Gastronomia P. P.). Zamawiający w treści e-maila poinformował potencjalnych wykonawców, że celem wysłania zapytania o cenę jest wyłonienia wykonawcy, który zostanie zaproszony do negocjacji w trybie postępowania z wolnej ręki, w sprawie zawarcia umowy na usługę sporządzania i dostawy całodziennych posiłków szpitalnych oraz odbioru odpadów pokonsumpcyjnych. W zapytaniu cenowym określono wstępne założenia dotyczące zamówienia, w tym przewidywany termin realizacji zamówienia 6-12 miesięcy.

Odpowiedzi udzieliło dwóch wykonawców, tj. H. W. Spółka Jawna, wskazując 45,00 zł brutto jako dzienną stawkę żywieniową jednego pacjenta oraz PRUSZYŃKA Gastronomia P. P. podając 45,20 zł brutto jako dzienną stawkę żywieniową jednego pacjenta. Zaproszenie do negocjacji zostało wysłane do H. W. Spółka Jawna w dniu 6 czerwca 2022 r. W pkt 3 zaproszenia do negocjacji Zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia jest usługa sporządzania i dostawy całodziennych posiłków szpitalnych oraz odbioru odpadów pokonsumpcyjnych oraz wskazał, że przewidywany termin wykonania zamówienia wynosi 6-12 miesięcy od daty zawarcia umowy. Jednocześnie Zamawiający umieszczając w nawiasie, obok terminu wykonania zamówienia 6-12 miesięcy, zapissek „do negocjacji” wskazał, że ostateczny czas realizacji umowy będzie stanowił przedmiot negocjacji.

W wyniku przeprowadzonych w dniu 8 czerwca 2022 r. negocjacji z wykonawcą H. W. Spółka Jawna, ustalono termin obowiązywania umowy na 8 miesięcy. Wykonawca w trakcie negocjacji zaznaczył, że krótszy termin realizacji umowy byłby nieopłacalny ekonomicznie, biorąc pod uwagę zaoferowaną wysokość stawki żywieniowej oraz wysiłek organizacyjny

(podjęcie dodatkowych działań logistycznych, zaangażowanie dodatkowych mocy produkcyjnych), stosownie do pkt 7.5 protokołu negocjacji.

W dniu 9 czerwca 2022 r. Zamawiający zawarł umowę z wykonawcą H. W. Spółka Jawna. Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 czerwca 2021 r. pod numerem 2022/S 114-322110 (przekazane do publikacji 10 czerwca 2022 r.). W pkt IV.1.1 ogłoszenia o udzieleniu zamówienia Zamawiający wskazał: *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. Dotychczasowy Wykonawca usługi Catermed Sp. z o.o. w dniu 27.05.2022 r. (data wpływu pisma do BCO) złożył oświadczenie o wypowiedzeniu umowy nr 71.R.DZP.261.7.2021 z dnia 12.10.2021 r., na podstawie której świadczył usługę sporządzania i dostawy całodziennych posiłków szpitalnych oraz odbioru odpadów pokonsumpcyjnych na rzecz zamawiającego. Zgodnie z oświadczeniem wykonawcy wypowiedzenie ma nastąpić ze skutkiem na dzień 12.06.2022 r. Zamawiający nie mógł przewidzieć wypowiedzenia umowy ze strony wykonawcy. Powyższa, wyjątkowa sytuacja nie wynikała z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Jednocześnie usługa żywienia pacjentów szpitala wymaga zachowania ciągłości, co oznacza konieczność natychmiastowego udzielenia zamówienia wykonawcy w celu kontynuacji usługi po terminie 12.06.2022 r. Jednocześnie możliwość zastosowania innych trybów udzielenia zamówienia jest wykluczona, z uwagi na konieczność zachowania ustawowych terminów przewidzianych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Tym samym zamawiający zastosował tryb udzielenia zamówienia określony w zdaniu pierwszym.*

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Odnosząc się do wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania w oparciu o art. 528 pkt 2 ustawy Pzp, skład orzekający postanowił oddalić przedmiotowy wniosek. Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 528 pkt 2 ustawy Pzp.

Zamawiający wskazywał, że udzielił zamówienia w trybie z wolnej ręki, kierując zaproszenie do negocjacji do wykonawcy H. W. Spółka Jawna. W niniejszym postępowaniu, w ocenie Zamawiającego, Odwołujący nie miał statusu wykonawcy w postępowaniu prowadzonym w trybie z wolnej ręki, wobec czego nie przysługują mu uprawnienia w zakresie możliwości wniesienia środków ochrony prawnej.

Zgodnie z art. 528 pkt 2 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. Krąg podmiotów uprawnionych do wniesienia odwołania został określony w art. 505 ustawy Pzp, który stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują: wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, a także organizacjom wpisanym na listę, o której mowa w art. 469 pkt 15 ustawy Pzp, oraz Rzecznikowi Małych i Średnich Przedsiębiorców - okoliczność bezsporna - odwołanie nie dotyczy ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub ogłoszenia o konkursie oraz dokumentów zamówienia.

Biorąc pod uwagę tak zakreślony krąg podmiotów, w odniesieniu do Odwołującego, Izba uznała, że należy on do jednej z wyżej wymienionych kategorii. Niewątpliwie jest wykonawcą w rozumieniu art. 7 pkt 30 ustawy Pzp, zgodnie z którym przez wykonawcę należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący – osoba prawna, która oferuje na rynku świadczenie usług – jest wykonawcą w rozumieniu art. 7 pkt 30 ustawy Pzp.

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, okoliczność, że Odwołujący nie został zaproszony do negocjacji, nie przesądza automatycznie o utracie przez niego statusu wykonawcy. W ocenie składu orzekającego brak jest podstaw do przyjęcia, iż podmiot będący osobą prawną, który oferuje na rynku świadczenie usług, w sytuacji niezaproszenia go do negocjacji prowadzonych w postępowaniu z wolnej ręki, przestaje być wykonawcą mogącym składać środki ochrony prawnej. Podkreślić należy, że definicja ta nie ogranicza kręgu podmiotów, którym można przypisać status wykonawcy, wyłącznie do tych, którzy w postępowaniu niekonkurencyjnym zostali zaproszeni do negocjacji.

Izba zwraca uwagę, że definicja wykonawcy wskazana w art. 7 pkt 30 ustawy Pzp jest odpowiednikiem definicji zawartej w art. 2 pkt 10 dyrektywie 2014/24/UE, gdzie wskazano, że *wykonawca oznacza każdą osobę fizyczną lub prawną, podmiot publiczny lub grupę takich osób lub podmiotów, w tym tymczasowe stowarzyszenie przedsiębiorstw, które oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług*. Powyższe koresponduje z motywem 14 preambuły ww. dyrektywy, który stanowi, że *Należy wyjaśnić, że pojęcie "wykonawców" powinno być interpretowane szeroko, tak aby obejmowało wszelkie osoby lub podmioty, które oferują wykonanie robót budowlanych, dostawę produktów lub świadczenie usług na rynku, niezależnie od formy prawnej, którą te osoby lub podmioty wybrały do celów prowadzenia działalności. W związku z tym firmy, oddziały, jednostki zależne, spółki cywilne, spółdzielnie, spółki akcyjne,*



*uniwersytety - publiczne czy prywatne - oraz formy podmiotów inne niż osoby fizyczne powinny wszystkie być objęte zakresem pojęcia wykonawca", bez względu na to, czy są one "osobami prawnymi" w jakichkolwiek okolicznościach.*

Powyższe potwierdza również uzasadnienie projektu do ustawy, gdzie wskazano, że *Dotychczas wykonawcą była wyłącznie osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Obecnie rozszerzono ją, na wzór europejski, o osobę fizyczną, osobę prawną, albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług. Definicja obejmie więc dodatkowo np. uczestnika wstępnych konsultacji rynkowych, przedsiębiorcę niezaproszonego do negocjacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki, czy byłego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia kwestionującego dopuszczalność zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego zawartej z innym wykonawcą.* (Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, Sejm VIII kadencji, druk Nr 3624).

Dlatego też pomimo braku zaproszenia do negocjacji Odwołującego, okoliczność ta nie stanowi negatywnej przesłanki o charakterze formalnym, uniemożliwiającej takiemu wykonawcy wniesienie odwołania. Wobec powyższego wniosek o odrzucenie odwołania został przez Izbę oddalony.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności.

Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego co do braku wykazania interesu Odwołującego do wniesienia odwołania. Zamawiający podnosił, że podmiotem nieuprawnionym do wniesienia odwołania będzie podmiot nieposiadający na danym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego statusu określonego w art. 505 ust. 1 i 2 Pzp. W ocenie Zamawiającego, mamy do czynienia z brakiem legitymacji czynnej wnoszącego odwołanie.

Izba wskazuje, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego, ewentualny brak interesu, nie stanowi podstawy odrzucenia odwołania, o której mowa w art. 528 pkt 2 ustawy Pzp, ale stanowi podstawę do oddalenia odwołania. Jak słusznie wskazano w wyroku o sygn. akt KIO 21/18 *przesłanka dotycząca interesu w uzyskaniu zamówienia ma charakter materialnoprawny i podlega badaniu na rozprawie. Jej spełnienie stanowi podstawę do*

*dalszej, merytorycznej oceny zarzutów. Ewentualne zaprzeczenie naruszenia interesu wykonawcy w uzyskaniu danego zamówienia może prowadzić do oddalenia odwołania, a nie jego odrzucenia bez merytorycznego rozpoznania zarzutów. Zatem ewentualny brak interesu nie może być podstawą odrzucenia odwołania.*

Po drugie, w przedmiotowej sprawie Zamawiający wywodzi brak interesu po stronie Odwołującego z faktu niezaproszenia go do negocjacji. W ocenie Izby przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, co oznacza, że ma on interes i poniesie szkodę, jeżeli tego zamówienia nie uzyska. W konsekwencji Izba stwierdziła, że po stronie Odwołującego spełnione zostały przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługiwało na oddalenie.

Odwołujący podnosił, że Zamawiający wszczął postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, w sytuacji gdy: a) wskazana przez Zamawiającego przyczyna leżała po stronie Zamawiającego oraz mógł on ją przewidzieć; b) umowa została zawarta na okres od 6 do 12 miesięcy, a więc znacznie przekraczający czas potrzebny do przeprowadzenia postępowania w trybie konkurencyjnym; c) nie istniała konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia i Zamawiający miał możliwość udzielenia zamówienia w trybie konkurencyjnym.

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.

Katalog przesłanek zawartych w tym przepisie tworzą zatem: wyjątkowość sytuacji, brak wpływu zamawiającego na jej zaistnienie (sytuacja nie wynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego), niemożność przewidzenia tej sytuacji przez zamawiającego, konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia oraz brak możliwości zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Przesłanki te muszą być spełnione łącznie, co oznacza, że brak ziszczenia choćby jednej z nich wyłącza możliwość udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki.

Odnosząc się kolejno do wymienionych przesłanek stwierdzić należy, że w okolicznościach sprawy zaistniała sytuacja o wyjątkowym charakterze. Izba zważyła, że Zamawiający znalazł się w sytuacji wyjątkowej, gdyż Odwołujący wypowiedział umowę ze skutkiem na dzień 12 czerwca 2022 r. Oświadczenie o wypowiedzeniu umowy zostało przez złożone w dniu 25 maja 2022 r. (doręczone w dniu 27 maja 2022 r.), tym samym Odwołujący oznajmił Zamawiającemu, że w 16-tym dniu kalendarzowym (a w 10-tym dniu roboczym) od złożenia oświadczenia o wypowiedzeniu umowy zaprzestaje świadczenia usługi żywienia pacjentów szpitala. Wymaga podkreślenia, że przedmiotem zamówienia jest usługa żywienia pacjentów szpitala onkologicznego. Jest to usługa newralgiczna, szczególnego rodzaju, gdzie niemożliwa jest jakakolwiek przerwa w świadczeniu tejże usługi. Co istotne, Zamawiający wskazał, że w opinii specjalistów dietetyków i lekarzy żywienie jest elementem procesu terapeutycznego pacjentów. Izba uznała również za przekonujące twierdzenia Zamawiającego, że w poczuciu odpowiedzialności za zdrowie przebywających w szpitalu pacjentów oraz w związku z koniecznością zapewnienia podstawowych potrzeb pacjentów, jakim jest ich żywienie w trakcie hospitalizacji, znalazł się w wyjątkowej sytuacji. Ponadto, skład orzekający uznał za wiarygodne wyjaśnienia pełnomocników Zamawiającego składane na rozprawie, że podmioty, do których zostało wysłane zapytanie cenowe po wypowiedzeniu umowy przez Odwołującego, nie mają doświadczenia w świadczeniu usług o tożsamym charakterze, a Odwołujący w zasadzie w całości obsługuje obszar, na którym znajduje się siedziba Zamawiającego.

Po drugie, w ocenie składu orzekającego, przyczyny tego stanu rzeczy nie leżały po stronie Zamawiającego. Wskazać należy, że zgodnie z umową zawartą z Odwołującym w dniu 12 października 2021 r. przewidziano zmiany ceny przedmiotu umowy w przypadku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r., poz. 2207, t.j. ze, zm.), jeżeli zmiana ta będzie miała wpływ na koszty wykonania zamówienia przez zleceniobiorcę. Niemniej w takim przypadku zleceniobiorca zobowiązał się do pisemnego poinformowania zleceniodawcy o proponowanej zmianie ceny, z uzasadnieniem przyczyn i zakresu zmiany oraz zgodził się, że podwyższona cena będzie mogła obowiązywać od następnego miesiąca, po uzyskaniu pisemnej akceptacji Zleceniodawcy.

Zamawiający wyjaśnił w piśmie z dnia 25 stycznia 2022 r., że metodologia wyliczenia zastosowana przez Odwołującego w piśmie z dnia 6 grudnia 2021 r. oraz wysokość proponowanej zmiany wynagrodzenia nie może zostać zaakceptowana, bowiem wyjaśnienia nie uzasadniają zakresu i wysokości proponowanych przez wykonawcę zmian wynagrodzenia. Jednocześnie wezwał wykonawcę do szczegółowego uzasadnienia

zapropnowanej zmiany do umowy, które będą ponownie rozpatrywane w trybie przepisów umowy. Odwołujący odpowiedział na powyższe pismo dopiero 2 marca 2022 r., jakkolwiek nie odniósł się merytorycznie do wezwania sformułowanego przez Zamawiającego i nie przedstawił szczegółowego uzasadnienia zaproponowanej zmiany. Odwołujący zwrócił się z wnioskiem o ponowne spotkanie negocjacyjne oraz zawarcie dodatkowego aneksu związanego z koniecznością dostarczania posiłków w naczyniach jednorazowych z uwagi na możliwość serwowania posiłków pacjentom zakażonym wirusem Sars-CoV-2. Zamawiający wyraził zgodę na aneks, który został zawarty w dniu 17 marca 2022 r. Zatem, Zamawiający na pismo otrzymane od Odwołującego 8 marca 2022 r. odpowiedział 17 marca 2022 r. W tym samym dniu Zamawiający wyraził pisemnie gotowość do kolejnego spotkania.

Następnie, w dniu 22 kwietnia 2022 r., Zamawiający otrzymał pismo z kolejnym wnioskiem o zmianę umowy. Tym razem z uwagi na *radykalną zmianę cen produktów spożywczych oraz paliwa i tym samym wszystkich towarów i usług, z których korzysta Wykonawca przy realizacji usługi*. Wykonawca nie odniósł się natomiast do tematyki dotyczącej zmiany wynagrodzenia w związku ze zmianą stawki minimalnego wynagrodzenia, wnioskował za to o wyznaczenie spotkania w najszybszym możliwym terminie do dnia 12 maja 2022 r. Zamawiający pismem z dnia 27 kwietnia 2022 r. wyraził gotowość spotkania, które odbyło się 9 maja 2022 r.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności oraz materiał dowodowy zgromadzony w sprawie skład orzekający doszedł do przekonania, że Zamawiający nie odmawiał zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, a jedynie domagał się rzetelnego uzasadnienia wysokości żądanej przez wykonawcę nowej stawki w związku ze zmianą minimalnego wynagrodzenia. Zamawiający nie odmawiał też prośbom dotyczącym spotkań i negocjacji. Na każdą prośbę odpowiadał niezwłocznie. Nie można tym samym czynić zarzutu Zamawiającemu, że przyczyna, jaką było wypowiedzenie umowy przez wykonawcę, leżała po stronie Zamawiającego. Niezasadnie więc wskazuje Odwołujący, że to Zamawiający jest podmiotem odpowiedzialnym za zaistniałą sytuację.

Izba nie podzieliła również argumentacji Odwołującego w zakresie terminu obowiązywania umowy. Zamawiający wyjaśnił, że wskazując potencjalny termin realizacji zamówienia 6-12 miesięcy uznał, że krótszy termin realizacji zamówienia np. trzymiesięczny mógłby zostać uznany za nierealny z punktu widzenia przyszłego, potencjalnego wykonawcy. Zachodziła również obawa, że zaproponowanie w zapytaniu o cenę krótszego czasu realizacji zamówienia spowoduje zignorowanie zapytań Zamawiającego oraz brak odpowiedzi ze strony potencjalnych wykonawców. Rację należy przyznać Zamawiającemu, że w tym konkretnym przypadku, biorąc pod uwagę okoliczności sprawy, charakter zamówienia, dobro pacjentów, nie mógł sobie pozwolić na powtórzenie procedury wyłonienia

wykonawcy zaproszonego do negocjacji, z uwagi na presję upływającego czasu do dnia, w którym Odwołujący (zgodnie z oświadczeniem o wypowiedzeniu) odstąpiłby od świadczenia usługi żywienia pacjentów.

Powyższe obawy znalazły potwierdzenie w toku negocjacji z zaproszonym wykonawcą H. W. Spółka Jawna, który nie zgodził się z propozycją złożoną przez Zamawiającego - zawarcia umowy na najkrótszy sugerowany termin – 6 miesięcy. Ostatecznie, w toku negocjacji, strony zgodziły się zawrzeć umowę na 8 miesięcy. Izba dostrzega, że 8 miesięcy przekracza czas jaki był wskazywany przez Odwołującego na przeprowadzenie postępowania w trybie konkurencyjnym, zgodnie z danymi podawanymi w Sprawozdaniach Prezesa UZP za lata 2018, 2019 i 2020 r. Niemniej uwzględniając wagę przedmiotu zamówienia, zachowanie Odwołującego oraz realia rynkowe, gdzie po pierwsze na wysłane zapytania ofertowe odpowiedzi udzieliło tylko dwóch wykonawców, po drugie wykonawca H. W. Spółka Jawna nie zgodził się nawet na 6-miesięczny okres wykonywania umowy, a po trzecie zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego (czemu Odwołujący nie zaprzeczył) Odwołujący był jedynym podmiotem na obszarze, w którym funkcjonuje Zamawiający, który świadczył usługi, tak specjalistyczne, będące przedmiotem zamówienia, nie sposób twierdzić, że doszło do naruszenia art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Izba wskazuje, że kwalifikacji prawnej zawsze trzeba dokonać w konkretnym stanie faktycznym z wszechstronnym rozważeniem okoliczności sprawy. Okolicznościami mającymi znaczenie dla ewentualnego stwierdzenia naruszenia z art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, są wszelkie powyższe czynniki, w tym zakres zamówienia, jaki zamawiający ustalił dla postępowania z wolnej ręki. W przypadku świadczenia usług żywieniowych dla pacjentów onkologicznych, świadczenie to winno być nieprzerwane ze względu na zagrożenie zdrowia i życia.

W przedmiotowej sprawie Izba stwierdziła również, iż wymagane było natychmiastowe wykonania zamówienia. Jak wskazano powyżej umowa została wypowiedziana przez Odwołującego, a Zamawiający miał jedynie 16 dni kalendarzowych na przeprowadzenie nowej procedury. Usługa żywienia pacjentów onkologicznych jest to usługa, która powinna być świadczona w sposób ciągły i niezakłócony. Konsekwencje wystąpienia przerwy w świadczeniu tej usługi powodowałyby wystąpienie zagrożenia życia i zdrowia i dotknęłyby nie tyle samego Zamawiającego, ale przede wszystkim pacjentów, za których bezpieczeństwo odpowiada Zamawiający. Niewątpliwie natychmiastowe wykonanie zamówienia leżało w interesie publicznym, gdyż wiązało się z wystąpieniem zagrożenia życia i zdrowia pacjentów.

Reasumując, Izba uznała, że Zamawiający nie naruszył art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, a tym samym nie doszło na naruszenia pozostałych przepisów wskazanych w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia 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 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....

.....

.....