

Sygn. akt KIO 516/10

WYROK
z dnia 27 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 26 marca 2010 r. przez **IMPEL CATERING Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **Centrum Onkologii w Bydgoszczy im. prof. Franciszka Łukaszczyka, ul. Dr Izabeli Romanowskiej 2, 85-796 Bydgoszcz**

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża IMPEL CATERING Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **IMPEL CATERING Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** stanowiący koszty postępowania odwoławczego,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **IMPEL CATERING Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** na rzecz **Centrum Onkologii w Bydgoszczy im. prof. Franciszka**

Łukaszczyka, ul. Dr Izabeli Romanowskiej 2, 85-796 Bydgoszcz
stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia
pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień
publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 **Bydgoszczy**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

do wyroku z dnia 27 kwietnia 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO 516/10

Zamawiający – Centrum Onkologii im. prof. Franciszka Łukaszczyka, ul. dr Izabeli Romanowskiej 2, 85-796 Bydgoszcz przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia pn. "Świadczenie dla Centrum Onkologii w Bydgoszczy usług całodobowego żywienia pacjentów oraz wynajem pomieszczeń Cafe Baru Patio celem prowadzenia działalności gastronomiczno-handlowej".

Szacunkowa wartość zamówienia jest większa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte przez Zamawiającego w dniu 10.02.2010 r. poprzez zaproszenie do negocjacji 7 wykonawców.

W dniu 16.03.2010 r. w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej opublikowane zostało ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex ante (Nr 2010/S 52-076687) dotyczące wyboru w przedmiotowym postępowaniu prowadzonym trybie negocjacji bez ogłoszenia oferty wykonawcy Zakład Usług Gastronomicznych Waldemar Lewicki, ul. Kaliskiego 12, 85-796 Bydgoszcz.

W uzasadnieniu prawnym i faktycznym wyboru niekonkurencyjnego trybu negocjacji bez ogłoszenia Zamawiający wskazał, iż przedmiotem zamówienia są usługi wymienione w załączniku II B do dyrektywy 2004/18/WE lub w załączniku XVII B do dyrektywy 2004/17/WE. W odniesieniu do przepisów krajowych Zamawiający wskazał, iż dokonując analizy stanu faktycznego przesłanką, która mogłaby mieć zastosowanie w przedmiotowej sprawie jest przesłanka, o której mowa w pkt 1 art. 5 ust. 1a, gdyż każdy podmiot finansowany ze środków publicznych powinien dążyć do racjonalnego wydatkowania środków finansowych. Tryb negocjacji bez ogłoszenia ze względu na prostszą procedurę pozwala zmniejszyć wydatki w porównaniu z innymi trybami postępowania. Również złożony i skomplikowany przedmiot zamówienia stanowi przesłankę wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia. Negocjacje z potencjalnymi Wykonawcami pozwalają na doprecyzowanie i dookreślenie warunków przyszłej umowy.

W dniu 26.03.2010 r. Odwołujący wniósł do Prezesa KIO odwołanie wskazując, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego w trybie negocjacji bez ogłoszenia na „Świadczenie dla Centrum Onkologii

w Bydgoszczy usług całodobowego żywienia pacjentów oraz wynajmem pomieszczeń Cafe Baru Patio celem prowadzenia działalności gastronomiczno - handlowej" doszło do naruszenia przepisów ustawy odnoszących się do wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- 1) art. 5 ust. 1a w związku z art. 61, art. 62 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia mimo braku podstaw prawnych do stosowania takiego trybu w przedmiotowym postępowaniu,
- 2) art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 63 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych, gdyż jego zdaniem postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący oświadczył, iż ma interes prawny w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że w dniu 16.03.2010 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej opublikowano ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex ante (Nr 2010/S 52-076687) z informacją o wyborze w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia oferty Wykonawcy: Zakład Usług Gastronomicznych Waldemar Lewicki, ul. Kaliskiego 12, 85-796 Bydgoszcz.

W pkt IV. 1.1 ogłoszenia Zamawiający zamieścił następujące uzasadnienie zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia: „Uzasadnienie wyboru procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dz. U. UE zgodnie z dyrektywą 2004/18/WE lub 2004/17/WE. Inne uzasadnienie udzielenia zamówienia bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dz. U. UE. Przedmiotem zamówienia są usługi wymienione w załączniku II B do dyrektywy 2004/18/WE lub w załączniku XVII B do dyrektywy 2004/17/WE. Zgodnie z art. 5 ust. 1 a ustawy z dnia 29.1.2004 r. Prawo zamówień publicznych w przypadku zamówień niepriorytetowych (do których zaliczamy usługi

hotelarskie i restauracyjne), Zamawiający może wszcząć postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia także w innych uzasadnionych przypadkach niż określone odpowiednio w art. 62 ust. 1, w szczególności jeżeli zastosowanie innego trybu mogłoby skutkować co najmniej jedną z następujących okoliczności:

- 1) naruszeniem zasad celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania wydatków;
- 2) naruszeniem zasad dokonywania wydatków w wysokości i w terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań;
- 3) poniesieniem straty w mieniu publicznym;
- 4) uniemożliwieniem terminowej realizacji zadań.

Dokonując analizy stanu faktycznego przesłanką, która mogłaby mieć zastosowanie w przedmiotowej sprawie jest przesłanka, o której mowa w pkt 1 art. 5 ust. 1a, gdyż każdy podmiot finansowany ze środków publicznych powinien dążyć do racjonalnego wydatkowania środków finansowych. Tryb negocjacji bez ogłoszenia ze względu na prostszą procedurę pozwala zmniejszyć wydatki w porównaniu z innymi trybami postępowania. Również złożony i skomplikowany przedmiot zamówienia stanowi przesłankę wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia. Negocjacje z potencjalnymi Wykonawcami pozwalają na doprecyzowanie i dookreślenie warunków przyszłej umowy."

Odwołujący wskazał, iż nie może zgodzić się z takim stanowiskiem Zamawiającego, gdyż powyższe uzasadnienie ma charakter całkowicie chybiony.

Odwołujący podkreślił, że skorzystanie przez Zamawiającego z możliwości przeprowadzenia postępowania w trybie negocjacji z ogłoszeniem, negocjacji bez ogłoszenia, dialogu konkurencyjnego oraz w trybie z wolnej ręki uzależnione jest od wystąpienia przesłanek określonych w ustawie. Ze względu na to, że zastosowanie ww. trybów jest wyjątkiem od ogólnej zasady przesłanki ich zastosowania należy interpretować ściśle, a podmiot, który się na nie powołuje musi być w stanie je udowodnić.

Fundamentalnymi zasadami udzielania zamówień są zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Pozwalają one na realizację celów ustawowych, tj. efektywnego i gospodarnego dysponowania środkami publicznymi oraz zapewnienia dostępu do zamówień wszystkim podmiotom zdolnym do ich wykonania.

W przypadku zamówień dotyczących usług niepriorytetowych Zamawiający według przepisu art. 5 ust. 1 a ustawy Pzp może wszcząć postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub w trybie zamówienia z wolnej ręki także w innych uzasadnionych przypadkach niż określone odpowiednio w art. 62 ust. 1 lub art. 67 ust. 1, w szczególności jeżeli zastosowanie innego trybu mogłoby skutkować co najmniej jedną z następujących okoliczności:

- 1) naruszeniem zasad celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania wydatków;

- 2) naruszeniem zasad dokonywania wydatków w wysokości i w terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań;
- 3) poniesieniem straty w mieniu publicznym;
- 4) uniemożliwieniem terminowej realizacji zadań.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wskazał, że nie ma żadnych podstaw do zastosowania niekonkurencyjnego trybu negocjacji bez ogłoszenia, o których mowa w przepisie art. 5 ust. 1a ustawy Pzp w odniesieniu do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Po pierwsze, nie można w żaden sposób podzielić poglądu, iż tryb negocjacji bez ogłoszenia pozwala zmniejszyć Zamawiającemu wydatki w porównaniu z innymi trybami postępowania. Takie twierdzenie Zamawiającego jest oczywiście bezzasadne.

Po drugie, podnoszona przez Zamawiającego rzekoma „złożoność i skomplikowanie” przedmiotu zamówienia nie stanowi przesłanki stosowania trybów niekonkurencyjnych według przepisu art. 5 ust. 1a w związku z art. 62 ust. 1 ustawy Pzp.

Po trzecie, Zamawiający jest w pełni uprawniony do „doprecyzowania i dookreślenia warunków przyszłej umowy” także w przypadku zastosowania trybów konkurencyjnych np. trybu negocjacji z ogłoszeniem. Nie ma zatem potrzeby stosować w tym wypadku trybów postępowania ograniczających konkurencję wśród wykonawców.

W konsekwencji Odwołujący stwierdził, iż ewentualna umowa w sprawie zamówienia publicznego zawarta przez Zamawiającego z wybranym Wykonawcą w wyniku przedmiotowego postępowania podlegać będzie obligatoryjnemu unieważnieniu na podstawie przepisu art. 146 ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu 22.03.2010 r. Zamawiający zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego z wykonawcą Waldemarem Lewickim prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Gastronomicznych Waldemar Lewicki z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Kaliskiego 12.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na wyborze na podstawie art. 5 ust. 1a ustawy Pzp trybu negocjacji bez ogłoszenia dla postępowania, którego przedmiot obejmował „Świadczenie dla Centrum Onkologii w Bydgoszczy usług całodobowego żywienia pacjentów oraz wynajem pomieszczeń Cafe Baru Patio celem prowadzenia działalności gastronomiczno-handlowej”.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z zaproszeniem do negocjacji, postanowieniami SIWZ, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowiska Zamawiającego złożonego ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu nadanym ww. ustawą nowelizującą.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Jednocześnie Izba stwierdziła, że wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby w zakresie zaskarżenia wyboru przez Zamawiającego niekonkurencyjnego trybu udzielenia zamówienia (negocjacje bez ogłoszenia) interes posiada każdy zainteresowany wykonawca, który nie został zaproszony do udziału w postępowaniu.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści zaproszenia do negocjacji, treści SIWZ wraz z załącznikami, skierowanego do Prezesa UZP zawiadomienia o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia, dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem była modernizacja Bloku Żywnościowego na terenie Centrum Onkologii w Bydgoszczy (ogłoszenie o zamówieniu BZP z dnia 16.12.2009 r. Nr 431858 – 2009 oraz umowa Nr ZP/07/09 z dnia 02.04.2010 r.) oraz ze stanowiska Zamawiającego złożonego ustnie do protokołu.

W odniesieniu do stanu faktycznego będącego przedmiotem niniejszego rozstrzygnięcia Izba jako zasadniczy dowód uznała dokumentację przedmiotowego postępowania, tj. zaproszenie do negocjacji, SIWZ oraz dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem była modernizacja Bloku Żywnościowego na

terenie Centrum Onkologii w Bydgoszczy (ogłoszenie o zamówieniu BZP z dnia 16.12.2009 r. Nr 431858 – 2009 oraz umowa Nr ZP/07/09 z dnia 02.04.2010 r.) oraz wyjaśnienia i oświadczenia Zamawiającego złożone na rozprawie.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uznała, iż zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 5 ust. 1a w związku z art. 61 i 62 ust. 2 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie ww. zarzutu.

Zamawiający w toku rozprawy wskazał, iż ze względu na rozpoczęcie prac modernizacyjnych i remontowych Bloku Żywniowego Centrum Onkologii w Bydgoszczy zaistniała konieczność udzielenia zamówienia publicznego w okresie trwania tych prac (okres 12 miesięcy) przy zachowaniu dotychczasowego standardu jakości usług oraz zapewnieniu ich nieprzerwanej ciągłości.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w dniu 03.11.2009 r. zawarł umowę o współpracę z Kujawsko - Pomorskimi Inwestycjami Medycznymi Sp. z o.o., w treści której zostało wskazane w pkt 3 preambuły, iż ZOZ został zobligowany do dostosowania, pod względem fachowym i sanitarnym, swoich pomieszczeń i urządzeń do wymogów wskazanych w rozporządzeniu Ministra Zdrowia z 10 listopada 2006 r. pod rygorem wykreślenia zakładu z rejestru ZOZ. Zamawiający również powołał się na etapie rozprawy na treść zał. nr 1 do wyżej wskazanej umowy, w którym na rok 2010 r. w pkt 5 przewidziana została modernizacja infrastruktury bloku żywniowego bez precyzyjnego wskazania daty wszczęcia postępowania i daty realizacji inwestycji. Jako dowód w powyższym zakresie Zamawiający złożył na etapie rozprawy oświadczenie do protokołu okazując jednocześnie do wiadomości Izby treść powyższej umowy wraz z załącznikami.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczące modernizacji infrastruktury Bloku Żywniowego Centrum Onkologii w Bydgoszczy zostało wszczęte w dniu 16.12.2009 r. Zamawiający na dowód powyższego przywołał dowód w postaci ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w BZP z dnia 16.12.2009 r. Nr ogłoszenia 431858-2009. Izba ustaliła, iż Zamawiającym w powyższym postępowaniu była Kujawsko – Pomorskie Inwestycje Medyczne Sp. z o.o.

W ramach postępowania obejmującego modernizację infrastruktury Bloku Żywniowego Centrum Onkologii w Bydgoszczy termin składania ofert upłynął dnia 15.01.2010 r. zaś umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta przez

Kujawsko – Pomorskie Inwestycje Medyczne Sp. z o.o. w dniu 02.04.2010 r. Zamawiający oświadczył na etapie rozprawy, iż w dniu 05.02.2010 r. uzyskał potwierdzenie, że zostały złożone oferty na remont bloku żywieniowego i tym samym istnieją realne szanse na realizację inwestycji przez Kujawsko Pomorskie Inwestycje Medyczne Sp. z o.o. Tym samym Zamawiający miał 1,5 miesiąca na zabezpieczenie obsługi żywieniowej dla pacjentów 10 oddziałów. Na powyższą okoliczność Zamawiający przywołał dowody z dokumentów w postaci treści ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w BZP z dnia 16.12.2009 r. Nr ogłoszenia 431858-2009 oraz umowy Nr ZP/07/09 z dnia 02.04.2010 r.

Zamawiający na etapie rozprawy oświadczył, iż w związku z powyższym zaistniała konieczność zapewnienia usługi żywieniowej dla pacjentów przez podmiot zewnętrzny. Zamawiający uzasadnił ponadto na etapie rozprawy, iż wybór trybu negocjacji bez ogłoszenia umożliwił rozeznanie zdolności wykonawców do wykonania zamówienia oraz doprecyzowanie przedmiotu zamówienia, ze szczególnym uwzględnieniem specjalistycznego charakteru usługi. Na powyższą okoliczność powołał dowód z dokumentu w postaci protokołu z negocjacji z dnia 15 lutego 2010 r., zaproszenia do udziału w negocjacjach oraz SIWZ, w której sprecyzowano jadłospisy, których Zamawiający będzie wymagał na etapie realizacji przedmiotu zamówienia, gdyż na etapie zaproszenia do negocjacji jadłospisy nie były tak sprecyzowane, jak miało to miejsce w załączniku do SIWZ.

Zamawiający wskazał ponadto na etapie rozprawy, iż po zakończeniu prac remontowych powtórnie zatrudni pracowników do bloku żywieniowego, zaś wybór trybu negocjacji bez ogłoszenia na okres remontu ma charakter wyjątkowy i został wymuszony niemożliwą do przewidzenia sytuacją związaną z realizacją zadania inwestycyjnego polegającego na modernizacji infrastruktury bloku żywieniowego finansowanego i organizowanego w całości przez podmiot zewnętrzny, tj. Kujawsko - Pomorskimi Inwestycjami Medycznymi Sp. z o.o. – spółce z udziałem jednostki samorządu terytorialnego (Województwa Kujawsko-Pomorskiego który jest właścicielem nieruchomości, gdzie Zamawiający ma swoją siedzibę).

Izba ustaliła, iż Zamawiający zawiadomił Prezesa UZP o wszczęciu postępowania o udzieleniu zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia.

W zakresie powyższych ustaleń faktycznych oraz oświadczeń Zamawiającego złożonych do protokołu na etapie rozprawy Izba dokonała następujących ustaleń zasadności zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia.

Przedmiotem prowadzonego przez Zamawiającego - Centrum Onkologii im. prof. Franciszka Łukaszczyka, ul. dr Izabeli Romanowskiej 2, 85-796 Bydgoszcz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego było "Świadczenie dla Centrum Onkologii

w Bydgoszczy usług całodobowego żywienia pacjentów oraz wynajem pomieszczeń Cafe Baru Patio celem prowadzenia działalności gastronomiczno-handlowej". Biorąc pod uwagę treść załącznika Nr 1 (wykaz usług o charakterze priorytetowym) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym (Dz. U. z 2010 r. Nr 12, poz. 68) należy wskazać, iż usługi stanowiące przedmiot niniejszego postępowania nie zostały wymienione w ww. załączniku. Tym samym Izba uznała, iż niezależnie od poprawności dokonanego przez Zamawiającego ustalenia w postaci przypisania dla przedmiotu zamówienia kodu Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) o numerze 55321000 (Sekcja II, pkt 1.5 ogłoszenia z dnia 16.03.2010 r. Nr 2010/S 52-076687) usługi tego rodzaju należy uznać za usługi o charakterze niepriorytetowym.

Tym samym usługi obejmujące całodobowe żywienie pacjentów są usługami o których mowa w art. 5 ust. 1 ustawy Pzp. Art. 5 ust. 1a ustawy Pzp wskazuje, iż w przypadku usług niepriorytetowych zamawiający może wszcząć postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia także w innych uzasadnionych przypadkach niż określone w art. 62 ust. 1 ustawy Pzp, 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 straty w mieniu publicznym lub uniemożliwieniem terminowej realizacji zadań. Wykładnia literalna normy prawnej wyrażonej w art. 5 ust. 1a pozwala stwierdzić, iż zamawiający jest uprawniony do udzielenia zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia w każdym, innym niż wskazany w art. 62 ust. 1 pkt 1 – 4 ustawy Pzp, przypadku pod warunkiem, że jest on uzasadniony, w szczególności zaś jeżeli zastosowanie innego trybu (w szczególności trybu konkurencyjnego) mogłoby skutkować zaistnieniem jednej z okoliczności wskazanych przykładowo w art. 5 ust. 1a pkt 1 – 4 ustawy Pzp. Tym samym wszczęcie postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia musi być uzasadnione obiektywnymi okolicznościami powodującymi, że zastosowanie trybu konkurencyjnego spowoduje dla Zamawiającego negatywne konsekwencje ekonomiczne lub organizacyjne, przy czym ustawodawca w powyższym zakresie nie określił zamkniętych ram poprzedzając wykaz ten zwrotem „w szczególności”.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Izba uznała zasadność argumentacji Zamawiającego ze wskazanymi na jej potwierdzenie przez stronę dowodami z dokumentów oraz dokumentacji postępowania.

Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, iż biorąc pod uwagę treść art. 5 ust. 1 a w związku z art. 62 ust. 1 ustawy Pzp uprawnione było w zaistniałym stanie faktycznym udzielenie zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia.

Po pierwsze Izba uznała, iż przedmiotem niniejszego postępowania były usługi o charakterze niepriorytetowym. Powyższego ustalenia dokonane przez Zamawiającego nie kwestionował również Odwołujący we wniesionym odwołaniu.

Po drugie Izba uznała, iż w przedmiotowym stanie faktycznym zaistniały po stronie Zamawiającego obiektywne, zewnętrzne oraz uzasadnione okoliczności, w rozumieniu art. 5 ust. 1a ustawy Pzp, uprawniające Zamawiającego do wyboru trybu niekonkurencyjnego, w tym także trybu negocjacji bez ogłoszenia. Biorąc pod uwagę dowody w postaci postanowień umowy o współpracę z dnia 03.11.2009 r. zawartej pomiędzy Zamawiającym a Kujawsko – Pomorskie Inwestycje Medyczne Sp. z o.o., ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w BZP z dnia 16.12.2009 r. Nr ogłoszenia 431858-2009 oraz umowy Nr ZP/07/09 z dnia 02.04.2010 r. Izba ustaliła, iż zarówno postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem była modernizacja infrastruktury Bloku Żywnościowego Centrum Onkologii w Bydgoszczy, jak również wybór oferty najkorzystniejszej, podpisanie umowy z wybranym wykonawcą i rozpoczęcie przedmiotowej inwestycji były zdarzeniami niezależnymi od woli Zamawiającego.

Po trzecie Izba uznała, iż zastosowanie trybu negocjacji bez ogłoszenia było uzasadnione także ze względu na możliwość przeprowadzenia przez Zamawiającego negocjacji z potencjalnymi wykonawcami warunków przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający przeprowadził negocjacje z wykonawcami, którzy stawili się w wyznaczonym terminie, tj. 15.02.2010 r. oraz w wyniku przeprowadzonych negocjacji dokonał zmiany wzoru umowy, w tym w szczególności uszczegółowił załączniki do SIWZ.

Z ustaleń Izby wynika, iż Zamawiający udzielenie zamówienia publicznego obejmującego usługi całodobowego żywienia pacjentów oraz wynajem pomieszczeń Cafe Baru Patio celem prowadzenia działalności gastronomiczno-handlowej przewidział jedynie na okres remontu obejmującego kolejnych 12 miesięcy. Po tym okresie, jak wynika z wyjaśnień Zamawiającego złożonych na rozprawie, żywienie pacjentów będzie realizowane w dotychczasowej formie, tj. przy użyciu sprzętu, urządzeń oraz przez personel zatrudniony przez Zamawiającego. Zdaniem Izby nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego wyrażonym na w treści odwołania, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie ma żadnych podstaw do zastosowania niekonkurencyjnego trybu negocjacji bez ogłoszenia, o którym mowa w przepisie art. 5 ust. 1a ustawy Pzp, w tym nie można w żaden sposób podzielić

poglądu, iż tryb negocjacji bez ogłoszenia pozwala zmniejszyć Zamawiającemu wydatki w porównaniu z innymi trybami postępowania.

Izba w odniesieniu do powyższego zwraca również uwagę na zawartą w art. 5 ust. 1a pkt 4 ustawy Pzp przesłankę, która wskazuje, iż wszczęcie postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia może mieć miejsce również wtedy, jeżeli zastosowanie innego trybu (trybu konkurencyjnego) mogłoby skutkować także uniemożliwieniem terminowej realizacji zadań.

Zdaniem Izby w przedmiotowym stanie faktyczny Zamawiający wykazał, iż konieczność zapewnienia ciągłości realizacji usługi całodobowego żywienia pacjentów była jednym z kluczowych elementów wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zaś zachowanie standardów żywieniowych wymusiło ustalenie w toku negocjacji zdolności podmiotów do realizacji przedmiotu zamówienia. Na szczególną uwagę zasługuje także fakt, iż moment wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie był Zamawiającemu znany, zaś wybór oferty najkorzystniejszej i udzielenie zamówienia wykonawcy remontu i modernizacji bloku żywieniowego miał zasadniczy wpływ na jego ustalenie.

Izba na podstawie dokumentacji postępowania ustaliła również, iż w ramach negocjacji Zamawiający pismami z dnia 25.02.2010 r. (znak CO/GZK/2807/361-13/W/2010 oraz CO/GZK/2808/361-13/W/2010) przekazał wykonawcom, którzy stawili się w dniu 15.02.2010 r. celem odbycia negocjacji (Zakład Usług Gastronomicznych Waldemar Lewicki oraz KSM POLSKA Sp. z o.o.) ostateczny wzór umowy na świadczone usługi oraz umowy najmu Cafe Baru Patio, które zostały doprecyzowane przy uwzględnieniu sugestii jednego z wykonawców.

Zgodnie z art. 10 ustawy Pzp podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Jednakże ustawa Pzp przewiduje od wyżej wskazanej zasady szereg wyjątków.

W odniesieniu do powyższego Izba pragnie wskazać, iż zgodnie z art. 5 ust. 1a ustawy Pzp zamawiający może wszcząć postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia także w innych uzasadnionych przypadkach niż określone w art. 62 ust. 1 ustawy Pzp, zaś wskazane w pkt 1 – 4 ww. przepisu przypadki nie stanowią katalogu zamkniętego, lecz stanowią przykładowe ujęcie negatywnych dla zamawiającego i finansów publicznych okoliczności, których istnienie przy stosowaniu innych trybów, niż tryb negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki, może skutkować odstępieniem od stosowania trybów konkurencyjnych. Tego rodzaju konstrukcja art. 5 ust. 1a ustawy Pzp pozwala jedynie, w odniesieniu do jego brzmienia sprzed ostatniej nowelizacji, określić przykładowe ramy

stosowania zawartych w art. 5 ustawy Pzp wyłączeń i tym samym umożliwia i ułatwia dokonywanie celowościowej i funkcjonalnej wykładni tego przepisu. Niewątpliwie w zakresie wykładni funkcjonalnej uprawnione jest przyjęcie, iż zawarta w nim norma prawna rozszerza dla usług o charakterze niepriorytetowym wyjątki od zasady wyrażonej w art. 10 ustawy Pzp. Tym samym uznać również należy, iż ustawodawca dla określonych kategorii usług (usług niepriorytetowych) umożliwił stosowanie bardziej uproszczonych trybów udzielania zamówień publicznych. Użycie przez ustawodawcę w art. 5 ust. 1a ustawy Pzp zwrotu „w szczególności” pozwala w ramach wykładni literalnej uznać, iż katalog okoliczności skutkujących możliwością odstąpienia od stosowania trybów konkurencyjnych nie jest katalogiem zamkniętym i tym samym zbiór uzasadnionych przypadków określonych w art. 62 ust. 1 ustawy Pzp uległ rozszerzeniu o sytuacje, które z przyczyn obiektywnych należałoby uznać za uprawniające do zastosowania trybu niekonkurencyjnego (w tym również trybu negocjacji bez ogłoszenia).

Biorąc pod uwagę powyższe Izba nie znalazła podstaw do uznania, iż w przedmiotowym postępowaniu i przy zaistniałym stanie faktycznym brak było podstaw do zastosowania przez Zamawiającego trybu negocjacji bez ogłoszenia, tym samym nie doszło zdaniem Izby do naruszenia art. 5 ust. 1a w związku z art. 61 i art. 62 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z powyższym nie doszło również do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 63 ust. 1 ustawy Pzp. Na powyższe miał również wpływ fakt, iż Zamawiający zaprosił do negocjacji 7 wykonawców, a więc zgodnie z art. 63 ust. 3 ustawy Pzp w liczbie zapewniającej konkurencję.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....