

Sygn. akt: KIO 19/17

**WYROK**

**z dnia 16 stycznia 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek**

**Członkowie: Piotr Kozłowski**

**Sylwester Kuchnio**

**Protokolant: Sylwia Jankowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 stycznia 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia 2017 r. przez **Pomorską Komunikację Samochodową Sp. z o.o., ul. Hryniewickiego 6c/43, 81-340 Gdynia**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Transportu Miejskiego w Gdańsku, ul. Na Stoku 49, 80-874 Gdańsk**

przy udziale **Warbus Sp. z o.o., al. Prymasa Tysiąclecia 102, 01-424 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakłada na Zamawiającego - Zarząd Transportu Miejskiego w Gdańsku, ul. Na Stoku 49, 80-874 Gdańsk - karę finansową w wysokości 70 000 zł.**
- 2. kosztami postępowania obciąża Zarząd Transportu Miejskiego w Gdańsku, ul. Na Stoku 49, 80-874 Gdańsk i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Pomorską Komunikację Samochodową Sp. z o.o., ul. Hryniewickiego 6c/43, 81-340 Gdynia tytułem wpisu od odwołania,**
  - 2.2. zasądza od Zarządu Transportu Miejskiego w Gdańsku, ul. Na Stoku 49, 80-874 Gdańsk na rzecz Pomorskiej Komunikacji Samochodowej Sp. z o.o., ul. Hryniewickiego 6c/43, 81-340 Gdynia kwotę 15 270 zł 40 gr (słownie: piętnaście tysięcy dwieście siedemdziesiąt złotych czterdzieści groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, kosztów noclegu i dojazdu, zgodnie ze złożonymi fakturami.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający - Pomorska Komunikacja Samochodowa Sp. z o.o. - w dniu 16 grudnia 2016r., powołując się na przesłankę z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wszczął w trybie zamówienia z wolnej ręki postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie świadczenia usług przewozowych na terenie miasta Gdańska i gmin sąsiednich w roku 2017 (3). Wartość zamówienia, zgodnie z protokołem postępowania ZP-WR została oszacowana na kwotę 8 943 360 zł, co stanowi 2 142 173,47 euro. Ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości *ex ante* zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Unii Europejskiej w dniu 16 grudnia 2016 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21 grudnia 2016 r. pod poz. 2016/S 246-449981.

W dniu 2 stycznia 2017 r. Odwołujący - Pomorska Komunikacja Samochodowa Sp. z o.o. - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami Ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia publicznego z wolnej ręki na Świadczenie usług przewozowych na terenie Miasta Gdańska i gmin sąsiednich w roku 2017 (3), to jest od:

1. wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki,
2. zaniechanie zastosowania trybu szczególnego zapewniającego wyższy poziom konkurencyjności niż tryb zamówienia z wolnej ręki, w szczególności trybu negocjacji bez ogłoszenia;
3. podjęcia decyzji o udzieleniu zamówienia w trybie z wolnej ręki wykonawcy Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej Gdańsk Sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 10 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy i Art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez wybór trybu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z wolnej ręki, pomimo niespełnienia przesłanek uprawniających do zastosowania tego trybu i udzieleniu zamówienia Wykonawcy wbrew przepisom ustawy;
2. art. 10 ust 2 ustawy w zw. art. 62 ust. 1 pkt 4 i art. 7 ust 1 Ustawy Pzp poprzez bezpodstawne zaniechanie wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia jako gwarantującego wyższy poziom zachowania konkurencyjności niż tryb zamówienia z wolnej ręki.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na Świadczenie usług przewozowych na terenie Miasta Gdańska i gmin sąsiednich w roku 2017 (1) (Nr ref.: HZ/16/ZP/2016) w okresie od 1 stycznia 2017 do 31 grudnia 2017 wszczętego ogłoszeniem o dobrowolnej przejrzystości ex antę w dniu 21 grudnia 2016 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, nr ogłoszenia: 2016/S 246-449987,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważniania wszystkich czynności Zamawiającego dokonanych w postępowaniu, w tym czynności wyboru wykonawcy Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej Gdańsk Sp. z o.o.,
3. nakazanie Zamawiającemu ponownego wyboru trybu przeprowadzenia z uwzględnieniem konieczności zachowania trybu zapewniającego konkurencję, w szczególności trybu negocjacji bez ogłoszenia,

ewentualnie, w przypadku, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego została lub zostanie zawarta do dnia rozstrzygnięcia Odwołania wnoszę o:

4. unieważnienie zawartej umowy w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożenie kary finansowej na Zamawiającego lub
5. orzeczenie o skróceniu okresu obowiązywania Umowy do trzydziestu dni od dnia uprawomocnienia się orzeczenia KIO.

Dodatkowo Odwołujący żądał:

1. przeprowadzenia dowodów wskazanych w odwołaniu oraz ewentualnych dodatkowych dowodów wskazanych w pismach w postępowaniu oraz na rozprawie;
2. zobowiązania Zamawiającego do udostępnienia Odwołującemu akt postępowania (m.in. protokół, wzór umowy, zaproszenie do składania ofert, oferta wykonawcy, ewentualna umowa w przypadku jej zawarcia) w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w przedmiotowym zamówieniu, z uwagi na nieudostępnienie tych materiałów do dnia sporządzenia odwołania, pomimo złożonego w tej sprawie wniosku w dniu 27.12.2016 r.
3. przyznania mu zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, to jest wpisu oraz uzasadnionych kosztów postępowania, o których mowa w par. 3 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. (Dz. U. z 2010 r. Nr 41 poz. 238), w szczególności kosztów dojazdu na wyznaczoną rozprawę oraz wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z rachunkami przedłożonymi do akt sprawy w terminie późniejszym.

Odwołujący wskazał, że jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, co powoduje, że wnosi odwołanie w oparciu o art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący aktywnie uczestniczy w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług transportu publicznego w województwie pomorskim, w tym w postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego. Potencjał Odwołującego pozwala na wykonanie przedmiotowego zamówienia w przypadku przestrzegania przez Zamawiającego przepisów Ustawy, czego Zamawiający nigdy nie kwestionował. W szczególności Odwołujący:

1. świadczył usługi w sieci Zamawiającego w latach 2007-2008,
2. udostępnił swój potencjał dla wykonywania przewozów dla Zamawiającego wykonywanych przez Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej Gdańsk Sp. z o.o. w okresie styczeń - czerwiec 2009 r.,
3. od ćwierćwiecza stale wykonuje tożsame usługi komunikacji miejskiej dla Zarządu Komunikacji Miejskiej w Gdyni oraz Miejskiego Zakładu Komunikacji Sp. z o.o. w Wejherowie około 40 autobusami, a także podobne zamówienia dla innych gmin,
4. posiada park taborowy ponad 140 autobusów i możliwość pozyskania kolejnych pojazdów,
5. zatrudnia kilkuset pracowników, w tym niemal 200 kierowców i posiada możliwość pozyskania kolejnych,
6. posiada zaplecze techniczno-organizacyjne oraz zdolność finansową umożliwiające właściwą obsługę zamówienia.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający dokonując wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki, podejmując decyzję u udzielaniu zamówienia dotychczasowemu Wykonawcy oraz zaniechując wybory trybu zapewniającego zachowanie konkurencyjności w przedstawionych w uzasadnieniu okolicznościach faktycznych dopuścił się rażącego naruszenia przepisu art. 67 ust. 1 pkt 3 Ustawy i naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy i wynikającej z niego zasady równości i konkurencyjności postępowań przetargowych, a także przepisu art. 10 ust. 2 Ustawy, który stanowi, że Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie. Zgodnie z brzmieniem art. 7 ust 1 ustawy i art. 10 ust 1 i 2 Ustawy udzielenie zamówienia z wolej ręki, ze względu na całkowicie niekonkurencyjny co do samej istoty i zupełnie wyjątkowy charakter tego trybu, musi być poprzedzone stwierdzeniem, że dochowanie trybu o wyższym stopniu konkurencyjności nie jest obiektywnie możliwe. Kolejność wymienienia trybów postępowania w art. 10 ust. 2. Ustawy w świetle zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 oraz konstrukcja i kolejność trybów przyjęta w Rozdziale 3 Działu III Ustawy nie pozostawiają wątpliwości, że ustawodawca w zakresie trybów innych niż podstawowe dokonał ich

wymieniania preferowanej kolejności. Tryb negocjacji bez ogłoszenia jest w świetle powyższego trybem zapewniającym wyższą konkurencyjność i tym samym bardziej preferowany niż udzielanie zamówienia z wolnej ręki. Narzuca to oczywistą konkluzję, że w wypadku spełniania się przesłanek faktycznych i prawnych zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia i jednocześnie trybu z wolnej ręki, obowiązkiem prawnym wynikającym z powołanych art. 7 ust 1 Ustawy i art. 10 ust.2 jest zastosowanie trybu negocjacji bez ogłoszenia. Zamawiający, korzystający z trybów wskazanych w art. 10 ust.2. nie ma prostej możliwości swobodnego wyboru między wskazanymi w przywołanym przepisie trybami, inaczej niż w zakresie trybów podstawowych.

Przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, na który w uzasadnieniu decyzji powołuje się Zamawiający, musi być interpretowany ściśle. W ocenie Odwołującego w sprawie nie zaistniały przesłanki do zastosowania tego przepisu. Zbliżający się termin zakończenia obowiązywania dotychczasowych umów nie jest „wyjątkową sytuacją” Umowa do której odwołuje się Zamawiający to stosunek zobowiązaniowy zawarty przez Zamawiającego i Warbus Sp. z o.o. w grudniu 2008 r. obejmujący świadczenie usług w okresie 1.01.2009 - 31.12.2016 r. Umowa ta jest nadal wykonywana i biorąc stan wiedzy na dzień sporządzenia niniejszego odwołania wygaśnie z upływem okresu, na jaki została zawarta. Zakończenie świadczenia usług w związku z upływem okresu czasu na jaki została zawarta umowa nie może być w żadnym wypadku postrzegane jako zdarzenie nagłe, wyjątkowe i nieprzewidywane. Przeciwnie zakończenie świadczenia usług ze względu na upływ terminu obowiązywania umowy to z pewnością najbardziej typowy sposób ustania obowiązku świadczenia będący zdarzeniem obiektywnie przewidywalnym, z góry zaplanowanym. Zamawiający już od chwili zawarcia Umowy w grudniu 2008 r. wiedział i przewidywał, że przestanie ona obowiązywać z upływem 31 grudnia 2016 r. i istnieje konieczność udzielenia zamówienia na ten przedmiot świadczenia w trybie przewidzianym w ustawie prawo zamówień publicznych. Obowiązkiem będącym w zasięgu możliwości organizacyjnych Zamawiającego było takie zaplanowanie procesu przeprowadzenia postępowania o udzielenia zamówienia publicznego, ażeby w płynny sposób zagwarantować wykonywanie świadczenia w sposób ciągły po wygaśnięciu pierwotnie zawartych umów. Niezależenie od braku spełnienia przesłanki „wyjątkowości sytuacji” trudno upływ terminu umownego postrzegać w kategoriach „przyczyny nie leżących po stronie zamawiającego” i „braku przewidywalności tej sytuacji”.

W okolicznościach niniejszej sprawy nie zachodzi również przesłanka natychmiastowego wykonania zamówienia. Zamawiającemu nie chodzi w istocie o natychmiastowe rozpoczęcie przewozów, ale rozpoczęcie ich po zakończeniu obowiązywania Umów z 2008 r., do czego od daty 16 grudnia 2016 r. było jeszcze ponad dwa tygodnie. Chodziło w istocie o pilne udzielenia zamówienia.

Nie można też poszukiwać podstaw do zastosowania zamówienia z wolnej ręki również z uwagi na przedłużające się postępowanie w sprawie udzielania zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego pod numerem HZ/9/ZP/2016 i nie zakończony do dnia dzisiejszego. Jak wynika z poniższego, niezakończenie postępowania prowadzonego przez Zamawiającego wynikało z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, które mógł sam przewidzieć zachowując wymaganą ostrożność .

Rynek transportu autobusowego charakteryzuje się dużą konkurencyjnością i korzystanie przez wykonawców ze środków ochrony prawnej jest codziennością przy średnich i dużych zamówieniach. Zamówienie ogłoszone przez Zamawiającego miało, według niego, wartość ok. 175 milionów złotych, to jest było jednym z największych zamówień na transport autobusowy w komunikacji miejskiej przeprowadzonych w 2016 r. w Polsce. Zamawiający, zgodnie z Planem Transportowym, zobowiązany jest do przeprowadzania postępowań na świadczenie usług przewoźnikom prywatnym wyłącznie nowym taborem, którego dostarczenie wymaga ok. 4-8 miesięcy. Także w samym Planie zauważono fakt wygaśnięcia dotychczasowych umów na koniec 2016 r. Tym samym, Zamawiający powinien był przewidzieć odpowiednio wczesne ogłoszenie zamówienie w celu zapewnienia ciągłości świadczenia usług na przełomie 2016 i 2017 r.

Pomimo tego, wstępne ogłoszenie informacyjne o zamówieniu na okres od dnia 1 stycznia 2017 r., opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 15 lipca 2015 r. (seria S wyd. 134 nr 247732) i przewidywało rozpoczęcie postępowania na dzień 11 lipca 2016 r., to jest na niecałe pół roku przed początkiem 2017 r. Już na tym etapie (tj. w połowie 2015 r.) Zamawiający winien był przewidzieć, iż czas ten może nie być wystarczający na zawarcie umowy i rozpoczęcie świadczenia usług przez nowego wykonawcę (wykonawców), w szczególności w świetle bogatego doświadczenia innych organizatorów transportu publicznego w Polsce związanych z długością postępowań na świadczenie usług fabrycznie nowymi pojazdami (np. zarządy transportu miejskiego w Warszawie, Gdyni, Olsztynie, Lublinie). Zamawiający opóźnił jednak ogłoszenie przedmiotowego postępowania do dnia 5 października 2016 r., to jest o trzy miesiące względem pierwotnej daty wskazanej we Wstępnym ogłoszeniu i na niecałe trzy miesiące przed początkiem 2017 r. Harmonogram postępowania przewidywał, iż umowa na świadczenie usług w okresie 1.01.2017 - 31.12.2024 zostanie zawarta nie wcześniej niż ok. 12 grudnia 2016 r. (tj. ok. 15 dni roboczych przed końcem roku), a w przypadku korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej - nie wcześniej niż w połowie lutego 2017 r. Ponownie, Zamawiający powinien był w tym momencie zapewnić ciągłość świadczenia komunikacji autobusowej poprzez ogłoszenie odrębnego postępowania na usługi w okresie od 1 stycznia 2017 r. do rozpoczęcia świadczenia usług przez nowego wykonawcę.

Dnia 14 listopada 2016 r. Odwołujący, także posiadający świadomość co do niezapewnienia przez Zamawiającego ciągłości świadczenia usług komunikacji autobusowej na około 35 zadaniach przewozowych w skali dnia skierował do Zamawiającego pismo, w którym wskazał Zamawiającemu na konieczność zapewnienia ciągłości wykonywania usług od dnia 1 stycznia 2017 r. jednocześnie przedstawiając swój potencjał oraz wyrażając chęć uczestnictwa w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na te usługi. Kopia pisma skierowana została także do wiceprezydenta miasta Gdańska sprawującego nadzór nad działalnością Zamawiającego. W dniu 16 listopada br. Odwołujący przesłał korektę omyłki pisarskiej zawartej w tym piśmie. W dniu 30 listopada br. Odwołujący otrzymał odpowiedź Zamawiającego, w którym ten przyznaje, że posiada świadomość konieczności wyboru usługodawców na okres od 1 stycznia 2017 r., jednak do dnia sporządzenia odpowiedzi nie wybrał formy postępowania. Tym samym, jednoznacznie należy stwierdzić, że Zamawiający posiadał od wielu miesięcy (lub nawet lat) świadomość konieczności przeprowadzenia postępowania na świadczenie usług w okresie od 1 stycznia 2017 r. do rozpoczęcia świadczenia usług przez wykonawcę wybranego w postępowaniu HZ/9/ZP/2016. Najpóźniej od 31 października 2016 r. Zamawiający posiadał już pewność co do konieczności przeprowadzenia takiego postępowania. Okres kilku miesięcy (lat), a przynajmniej okres dwóch miesięcy (liczonych od 31.10.2016 r.) niewątpliwie pozwalał Zamawiającemu na przygotowanie i przeprowadzenie postępowania na świadczenie usług od 1 stycznia 2017 r. Pomimo tego, Zamawiający nie ogłosił żadnego postępowania o udzielenie zamówienia na okres od 1 stycznia 2017 r. do dnia rozpoczęcia świadczenia usług przez wykonawcę wybranego w postępowaniu HZ/9/ZP/2016 aż do dnia 16 grudnia 2016 r., kiedy to skierował do dotychczasowych wykonawców, w tym Przedsiębiorstwa Komunikacji Samochodowej Gdańsk Sp. z o.o. zaproszenia do negocjacji w trybie z wolnej ręki, obejmujące wyłącznie część zamówienia dotychczas obsługiwaną przez dany podmiot. Wyłącznie niezrozumiała i nieuzasadniona zwłoka Zamawiającego doprowadziła do sytuacji, którą sam Zamawiający określa w ogłoszeniach opublikowanych w Dz.U. UE w dniu 21 grudnia 2016 r. jako „pilną konieczność spowodowaną wydarzeniami, których instytucja zamawiająca nie mogła przewidzieć”. Stan faktyczny w tej sprawie nie uzasadnia ani twierdzenia o pilnej konieczności, ani o tym, że Zamawiający nie mógł przewidzieć niezapewnienia przez siebie ciągłości wykonywania komunikacji autobusowej od dnia 1 stycznia 2017 r. W przypadku uznania przez Izbę, iż okres od 31 października 2016 r., lub innej daty wskazanej przez Zamawiającego jako rzekoma data uzyskania informacji o braku przewoźnika na okres od 1 stycznia 2017 r., był niewystarczający na przeprowadzenie postępowania w podstawowych trybach wskazując, iż nawet 16 grudnia 2016 r. Zamawiający był w stanie ogłosić postępowanie w sprawie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia kierując zaproszenie do negocjacji do wybranych przez siebie wykonawców.



Ponadto Odwołujący wskutek nieudostępnienia mu materiałów postępowania przez Zamawiającego, nie posiada informacji dotyczących ich treści, w szczególności nie posiada informacji o wynagrodzeniu wykonawcy innej, niż ta, którą może wysnuć na podstawie kwot podanych w ogłoszeniu o dobrowolnej przejrzystości *ex ante*. Kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 9. 658 828,80 zł netto (bez VAT). Przy niezmienionych rozkładach jazdy przewidujących wykonywanie ok. 1,3 milionów wozokilometrów rocznie, daje to stawkę za wozokilometr na poziomie ok. 7,43 zł netto dla Warbus Sp. z o.o. Dla przykładu w postępowaniu HZ/9/ZP/2016, przy znacznie zwiększonych wymogach co do taboru i obowiązków wykonawców, Warbus sp. z o.o. zaoferowało stawkę w wysokości 6,11 zł netto za wzkm. Najniższa stawka zaoferowana w tym postępowaniu wyniosła 5,79 zł netto, zaś średnia z trzech najniższych ofert złożonych w tym postępowaniu wyniosła 5,99 zł netto za wzkm. Odwołujący w treści odwołania podał także przykłady innych postępowań i zauważył, że stawka wynagrodzenia za usługi zlecone z wolnej ręki Warbus Sp. z o.o. znacznie odbiega od stawek uzyskiwanych w postępowaniach zapewniających konkurencję i jest oczywiście niekorzystna dla Zamawiającego.

Zamawiający wniósł pisemną odpowiedź na odwołanie (pismo z dnia 11 stycznia 2017 r.), która została załączona do akt sprawy.

**Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz mając na uwadze stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła co następuje:**

W wyniku przeprowadzonych negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki Zamawiający w dniu 31 grudnia 2016r. zawarł umowę z Warbus Sp. z o.o., Al. Prymasa Tysiąclecia 102, 01-424 Warszawa na świadczenie w okresie od 1 stycznia 2017 r. do 31 grudnia 2017r. regularnych usług przewozowych na terenie Miasta Gdańska oraz gmin z którymi Miasto Gdańsk zawarło porozumienia międzygminne. Izba ustaliła, że w § 2 ust. 2 zawartej umowy strony ustaliły, że „umowa może zostać rozwiązana przez Zamawiającego w drodze pisemnego oświadczenia z zachowaniem jednomiesięcznego okresu wypowiedzenia ze skutkiem na koniec miesiąca w związku z zawarciem przez Zamawiającego umowy z operatorem wyłonionym w wyniku przeprowadzonego przetargu zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo Zamówień publicznych na wykonanie zamówienia „Świadczenie usług przewozowych na terenie miasta Gdańska i gmin sąsiednich w latach 2017-2015”, której termin zawarcia jest nieznan w chwili zawierania niniejszej Umowy, jednakże Strony zastrzegają, iż Umowa nie zostanie rozwiązana wcześniej niż przed upływem ośmiu miesięcy od dnia jej podpisania. Wykonawca świadczenie usług będzie wykonywał do

dnia poprzedzającego dzień rozpoczęcia świadczenia usług przez nowego operatora wybranego w ww. postępowaniu”.

Pismem z dnia 16 grudnia 2016 r. Zamawiający zawiadomił Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 2 w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz.U. z 2015, poz. 2164 ze zm.) - zwanej dalej ustawą Pzp. W uzasadnieniu zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, Zamawiający powołując się na art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wskazał, że nastąpiła wyjątkowa sytuacja, niewynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć i jednocześnie wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Wyjaśnił, że jest związany, obowiązującą od dnia 1 stycznia 2009 r. do 31 grudnia 2016 r. umową z Warbus sp. z o.o. na świadczenie regularnych usług przewozowych na terenie Miasta Gdańska oraz gmin z którymi Miasto Gdańsk zawarło porozumienia międzygminne na świadczenie usług przewozowych. Jako znamienne wskazał, że moment przygotowania oraz przeprowadzenia przetargu zbiegł się z wejściem w życie nowelizacji ustawy Pzp. Zmiany tej ustawy zmodyfikowały w sposób istotny dotychczasowy sposób przeprowadzania przetargów, a Zamawiający został zmuszony do dokładnego wdrożenia pracowników w nową procedurę. Prace nad przetargiem, które zostały wykonane w świetle założeń poprzedniego stanu prawnego należało stosownie zmodyfikować i dostosować do nowych wymogów. Konieczność wprowadzenia zmian wpłynęła w sposób istotny na termin ogłoszenia przetargu. Dodatkowo, Zamawiający podkreślił, że miał nadzieję, że przepisy ustawy Pzp zostaną znowelizowane w terminach wynikających z dyrektywy 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 w sprawie zamówień publicznych. Implementacja większości przepisów europejskich do polskiego porządku prawnego nastąpiła dopiero z dniem 28 lipca 2016, podczas gdy wymagany przepisami prawa UE termin ich obowiązywania ustalony był na dzień 18 kwietnia 2016r. Nowelizacja ustawy w zakładanym terminie pozwoliłaby na prawidłowe przygotowanie postępowania oraz wcześniejsze ogłoszenie przetargu. Z uwagi na swego rodzaju stan „zawieszenia” legislacyjnego Zamawiający nie był w stanie ogłosić zamówienia a jego ogłoszenie nie było możliwe również od razu po 28 lipca 2016 r., gdyż Zamawiający musiał zapoznać się z nową procedurą, a następnie ją wdrożyć. Przetarg na wykonanie zamówienia został opublikowany dopiero w dniu 7 października 2016r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 2016/s 194-349171. Jednak w wyniku procedur odwoławczych rozstrzygnięcie przetargu w zakładanym terminie nie było możliwe. Wskazał, że odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia wnieśli w dniu 17 października 2016 r. wykonawcy Meteor sp. z o.o. oraz Arriva Bus Transport Polska sp. z o.o. i M. sp. z o.o. (Sygn. akt KIO 1973/16, 1975/16, 1977/16). W wyniku tych odwołań,

których zarzuty Zamawiający uwzględnił, w dniu 31 października 2016r została dokonana modyfikacja postanowień ogłoszenia oraz SIWZ. W dniu 10 listopada 2016r. wpłynęło kolejne odwołanie Meteor sp. z o.o., w wyniku którego Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała dokonanie modyfikacji SIWZ. (Sygn. akt KIO 2136/16). Zamawiający w uzasadnieniu wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, wskazał, że mając na uwadze zbliżający się termin zakończenia obecnie obowiązujących umów na świadczenie usług przewozowych, Zamawiający zobowiązany jest zapewnić odpowiednią liczbę pojazdów do ruchu pozwalających na utrzymanie obecnie zaplanowanej oferty przewozowej. Z tych względów Zamawiający zamierza udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki dotychczasowym wykonawcom wyłącznie na czas niezbędny do rozpoczęcia świadczenia usługi przez wykonawcę wyłonionego w trybie przetargu nieograniczonego. Brak podpisania przedmiotowej umowy w wyniku zamówienia z wolnej ręki, a w konsekwencji brak zapewnienia przez ZTM Gdańsk odpowiedniej ilości pojazdów do obsługi komunikacji miejskiej od dnia 1.01.2017 r. będzie skutkowało paraliżem komunikacji i w sposób znaczący utrudni przemieszczanie się mieszkańców miasta Gdańska oraz gmin ościennych.

**Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła co następuje:**

**Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

W pierwszej kolejności, rozpoznając odwołanie, Izba stwierdziła, że Odwołujący - Pomorska Komunikacja Samochodowa Sp. z o.o. - legitymuje się interesem w uzyskaniu danego zamówienia, a ponadto na skutek działań i zaniechań Zamawiającego może ponieść szkodę w postaci braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego, co powoduje, że zniszczone są przesłanki materialnoprawne, uprawniające Odwołującego do wniesienia odwołania. Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Odwołującego, który kwestionuje wybór niekonkurencyjnego trybu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy zaliczyć do kręgu tzw. „innych podmiotów”, o których mowa w art. 179 ust.1 ustawy Pzp. Niewątpliwie Odwołujący - jako podmiot bezpośrednio zainteresowany świadczeniem usług transportowych na terenie Miasta Gdańska oraz mający duży potencjał techniczny i doświadczenie w świadczeniu tego typu usług - na skutek działań Zamawiającego, polegających na wyborze niekonkurencyjnego trybu udzielenia zamówienia, utracił szansę na udział w tym postępowaniu i został pozbawiony możliwości uzyskania tego zamówienia publicznego.

Przywołać w tym miejscu należy stanowisko wyrażone przez Sąd Okręgowy w Gdańsku, który w orzeczeniu z 25 maja 2012 r. o Sygn. akt XII Ga 92/12, odniósł się do istnienia interesu we wniesieniu odwołania przez wykonawcę kwestionującego wybór trybu: cyt. „W rozumieniu tego przepisu „innymi osobami” będą potencjalni wykonawcy, którzy kwestionują prawidłowość zastosowania trybów niekonkurencyjnych przez zamawiającego (zamówienie z wolnej ręki, negocjacje bez ogłoszenia czy też zapytania o cenę). Podmioty te zostają, bowiem pozbawione szansy wzięcia udziału w postępowaniu, którą miałyby, gdyby zamawiający prowadził postępowanie w trybie rozpoczynającym się publicznym ogłoszeniem. Podmiot przynależny do tej kategorii legitymowanych do wnoszenia środków ochrony prawnej, analogicznie do innych uprawnionych musi wykazać, że ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. W związku z powyższym pozostałe przesłanki materialnoprawne odwołania powodują, iż podmioty zaliczane do omawianej kategorii legitymowanych muszą wykazać swój bezpośredni związek z prowadzonym postępowaniem, w którym składają odwołanie względnie muszą wykazać, że działania lub zaniechania zamawiającego pozbawiają ich możliwości wzięcia udziału w danym postępowaniu. W niniejszym postępowaniu w zakresie zaskarżania wyboru trybu przez podmiot nieuczestniczący w postępowaniu, interes w uzyskaniu danego zamówienia powinien być rozumiany w sposób abstrakcyjny, jako potencjalna możliwość uzyskania zamówienia, którego przedmiot jest objęty postępowaniem udzielanym w zaskarżanym trybie”

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, że Odwołujący nie legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania, bowiem w istocie nie kwestionuje on zasadności zastosowania trybu nadzwyczajnego, a skupia się jedynie na wykazaniu konieczności zastosowania w pierwszej kolejności trybu negocjacji bez ogłoszenia, do którego udziału mógłby Odwołujący w ogóle nie zostać zaproszony. Zdaniem Izby, z treści odwołania wynika jasno, że przedmiotem zarzutu jest niezgodny z przepisami ustawy wybór trybu zamówienia z wolnej ręki a argumentacja Odwołującego dotycząca pierwszeństwa zastosowania w zaistniałej sytuacji trybu negocjacji bez ogłoszenia stanowi jedynie poparcie stanowiska Odwołującego co do braku zaistnienia przesłanek trybu zamówienia z wolnej ręki. Bez znaczenia dla oceny istnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp jest także fakt posiadania przez Odwołującego odpowiedniego potencjału technicznego, niezbędnego do wykonania przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jest podmiotem aktywnie działającym w branży usług przewozowych, ubiega się o udzielenie tego rodzaju zamówień i z powodzeniem realizuje te zamówienia na terenie całego województwa, co powoduje, że jest on potencjalnym podmiotem, który mógłby świadczyć usługi przewozowe na terenie Miasta Gdańska i gmin sąsiadujących.

Wbrew temu, co twierdzi Zamawiający, także okoliczność, że w oparciu o uchwałę nr XVI/490/15 Rady Miasta Gdańska z dnia 26 listopada 2015 r., mógł on powierzyć realizację zamówienia podmiotowi wewnętrznemu Gminy Miasta Gdańska - spółce Zakład Komunikacji Miejskiej w Gdańsku sp. z o.o., pozostaje bez znaczenia na oceny spełnienia przesłanek materialnoprawnych uprawniających do wniesienia odwołania.

Izba nie ma wątpliwości, że w analizowanej sprawie nie zaistniała przesłanka z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, uprawniająca Zamawiającego do wszczęcia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki. Zgodnie z art. 10 ust. 1 ustawy Pzp podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Pozostałe tryby - negocjacje z ogłoszeniem, dialog konkurencyjny, negocjacje bez ogłoszenia, zamówienie z wolnej ręki, zapytanie o cenę, partnerstwo innowacyjne albo licytacja elektroniczna - mogą być zastosowane wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie. (art. 10 ust. 2 ustawy Pzp).

Przepis art. 67 ust. 1 ustawy Pzp, powinien być interpretowany ściśle, jako wyjątek od zasady udzielania zamówień w podstawowych trybach przewidzianych w ustawie (podobnie Sąd Najwyższy z dnia 6 lipca 2001, III RN 16/01, OSNP 2001/22/657). Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający może udzielić zamówienia w trybie 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.

Przepis ten umożliwia udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, jeśli zaistnieją łącznie następujące okoliczności:

- a) wyjątkowa sytuacja,
- b) przyczyny powstania tej sytuacji nie leżą po stronie zamawiającego,
- c) sytuacji tej zamawiający nie mógł przewidzieć,
- d) wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia,
- e) nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielania zamówienia.

Pomiędzy wymienionymi wyżej przesłankami musi zachodzić związek przyczynowo – skutkowy oraz związek czasowy.

Powoływany przez Zamawiającego „brak czasu na realizację zamówienia w innym trybie niż zamówienie z wolnej ręki”, nie świadczy o zaistnieniu wyjątkowej, niemożliwej do przewidzenia sytuacji i nie stanowi podstawy do skorzystania z niekonkurencyjnego trybu, jakim jest tryb zamówienia z wolnej ręki. Z całą pewnością konieczność zapewnienia świadczenia usług przewozowych na terenie Miasta Gdańska i gmin sąsiednich nie jest okolicznością, której nie dało się wcześniej przewidzieć. Przeciwnie, Zamawiający przez cały czas trwania umowy z Warbus Sp. z o.o. tj. od 1 stycznia 2009 r. do 31 grudnia 2016 r. miał świadomość

zbliżającego się terminu jej zakończenia. Zamawiający, co prawda zamieścił już w dniu 10 lipca 2015 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej wstępne ogłoszenie informacyjne o planowanym zamówieniu. Jednak, jak wyjaśnił w toku rozprawy, nie spodziewał się, iż moment przygotowania i przeprowadzenia przetargu na świadczenie usług przewozowych na terenie miasta Gdańska i gmin sąsiednich w latach 2017-2025 zbiegnie się z wejściem w życie nowelizacji ustawy Pzp. Ostatecznie Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu publicznym w trybie przetargu nieograniczonego dopiero w dniu 7 października 2016 r w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 2016/S 194-349171 i przewidział otwarcie ofert na 16 listopada 2016r., które w wyniku procedur odwoławczych ostatecznie nastąpiło 16 grudnia 2016r. Okoliczności przywołane przez Zamawiającego tj. przedłużający się proces legislacyjny związany z implementacją do porządku krajowego dyrektywy 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych a także trwające procedury odwoławcze, nie były okolicznościami nieprzewidywalnymi i nie mogą one stanowić w żadnej mierze usprawiedliwienia w zbyt późnym rozpoczęciu procedury przetargowej w przedmiocie świadczenia usług przewozowych. Zamawiający mógł wszcząć procedurę przetargową jeszcze w 2015 r., kiedy to opublikował wstępne ogłoszenie o planowanym zamówieniu, mógł też rozpocząć tę procedurę w terminie późniejszym tj. przed wejściem w życie dyrektywy 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. tj. przed 18 kwietnia 2016r. Okoliczność zbyt późnego wdrożenia do porządku krajowego dyrektywy 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. nie powinna mieć także znaczenia dla ewentualnego podjęcia przez Zamawiającego decyzji o wszczęciu postępowania w trybie przetargu i przeprowadzenia z powodzeniem takiej procedury po 18 kwietnia 2016r. W tzw. okresie przejściowym tj. od 18 kwietnia 2016 r. czyli od wejścia w życie dyrektywy 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. do czasu implementacji jej postanowień do polskiego porządku prawnego tj. do 28 lipca 2016r. na stronach Urzędu Zamówień Publicznych, celem uniknięcia nieprawidłowości w prowadzonych postępowaniach o zamówienie publiczne, opublikowany był komunikat dotyczący stosowania przepisów obowiązującej ustawy Pzp z uwzględnieniem zasady bezpośredniej skuteczności dyrektyw. Trudno także znaleźć usprawiedliwienie dla braku rozpoczęcia procedury przetargowej przez ponad 2 miesiące po wejściu w życie nowelizacji ustawy z dnia 22 czerwca 2016 o zmianie ustawy Pzp tj. po 28 lipca 2016r. Nowelizacja ustawy Pzp została opublikowana w Dzienniku Ustaw z 13 lipca 2016 r. (Dz.U. 2016, poz. 1020) i okres *vacatio legis* był, zdaniem Izby, okresem wystarczającym na zapoznanie się z jej regulacjami, przeprowadzeniem szkolenia pracowników i wdrożeniem zmienionych procedur u Zamawiającego.

Z tych względów tzw. „zawieszenie legislacyjne”, na jakie powołuje się Zamawiający w swoich wyjaśnieniach, nie mogło mieć żadnego wpływu na podjęcie decyzji o wszczęciu postępowania przetargowego w takim terminie, który przy zachowaniu prawa wykonawców do skorzystania ze środków ochrony prawnej, zagwarantowałby kontynuację świadczenia usług przewozowych na terenie Miasta Gdańska i gmin sąsiadujących.

Izba wskazuje także, że nie jest dopuszczalna sytuacja, w której wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy zasada uczciwej konkurencji doznaje ograniczenia na skutek działań podmiotów publicznych, które określają terminy wykonania zamówienia, uniemożliwiające przeprowadzenie procedury udzielenia zamówienia w trybie konkurencyjnym. Jak podkreślił Rzecznik Generalny w opinii z dnia 24 lutego 2005 r. w sprawie C-394/02 Komisja przeciwko Republice Grecji, władze publiczne zamierzające udzielić zamówienia są zobowiązane do dochowania należytej staranności, w związku z czym muszą być świadome konieczności dopełnienia wszelkich obowiązków związanych z zamówieniem i wynikających z prawa krajowego, takich jak konieczność dochowania terminów, czy uzyskania zatwierdzenia projektu. Zamawiający musi zatem brać pod uwagę ewentualny negatywny rezultat takich postępowań lub braku wypełnienia zobowiązań i nie może w toku postępowania powoływać się na działania lub zaniechania innego organu w celu uzasadnienia naruszenia prawa wspólnotowego. W uzasadnieniu przytoczono także opinię rzecznika generalnego M. B. E. w sprawie C-318/94 Komisja przeciwko Niemcom przedstawionej w dniu 8 lutego 1996 r., w której Rzecznik wskazał, iż gdyby państwa członkowskie mogły odstępować od stosowania podstawowych procedur przetargowych za każdym razem, gdy zagrożona jest realizacja zaciągniętych zobowiązań umownych, zakres zastosowania wyjątku przewidzianego w dyrektywie byłby niezmiernie szeroki (pkt 18). W związku z tym konieczność zachowania terminów wynikających z zaciągniętych uprzednio przez Zamawiającego zobowiązań, nie stanowi wyjątkowej sytuacji, której Zamawiający przy dochowaniu należytej staranności nie był w stanie przewidzieć.

Podsumowując, w ocenie Izby w tym stanie faktycznym przyczyny powstania sytuacji, w której koniecznym dla zapewnienia ciągłości świadczenia usług przewozowych stało się udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, wynikają wyłącznie z opieszałości Zamawiającego w ogłoszeniu procedury przetargowej, co powoduje, że nie została spełniona przesłanka z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp uzasadniająca zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki.

Zgodnie z art. 192 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp, Izba uwzględniając odwołanie może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta oraz zachodzi jedna z przesłanek, o których mowa w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp:

- a. unieważnić umowę,
  - b. unieważnić umowę w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożyć karę finansową w uzasadnionych przypadkach, w szczególności gdy nie jest możliwy zwrot świadczeń spełnionych na podstawie umowy podlegającej unieważnieniu; albo
  - c. nałożyć karę finansową albo orzec o skróceniu okresu obowiązywania umowy w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym; w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa albo
- pkt 3 jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie - stwierdzić naruszenie przepisów ustawy.

W ocenie Izby, w analizowanym stanie faktycznym zaistniały okoliczności uzasadniające zastosowanie art. 192 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp, bowiem:

1. Izba uwzględniła odwołanie, uznając za zasadny zarzut naruszenia art. 10 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy polegający na bezpodstawnym wyborze trybu zamówienia z wolnej ręki,
2. Umowa z Warbus sp. z o.o. w sprawie realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego została zawarta w dniu 31 grudnia 2016 r. (dowód w aktach sprawy)
3. Zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb zamówienia z wolnej ręki, co powoduje, że zachodzi przesłanka z art. 146 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe oraz to, że w ocenie Izby utrzymanie umowy w mocy leży w interesie publicznym, Izba uwzględniając odwołanie zdecydowała o zastosowaniu sankcji przewidzianej w art. 192 ust. 3 pkt 2 lit c ustawy Pzp i nałożyła na Zamawiającego karę finansową w wysokości 70 000 zł. Izba zgodnie z dyrektywami, wymienionymi w ust. 4 tegoż przepisu, decydując o nałożeniu kary finansowej wzięła pod uwagę wszystkie istotne okoliczności, w tym powagę naruszenia i zachowanie Zamawiającego oraz konsekwencje unieważnienia umowy. W tym zakresie Izba stwierdziła, że zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki, mimo braku zaistnienia przesłanek stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy Pzp, które sam ustawodawca kwalifikuje jako skutkujące unieważnieniem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ponadto do naruszenia tego doszło wyłącznie z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, który bezzasadnie zwlekał z rozpoczęciem procedury przetargowej. Okoliczności te wpłynęły na decyzję Izby o nałożeniu kary finansowej na Zamawiającego w wysokość 70 000 zł. Z kolei rozważając ewentualne konsekwencje unieważnienia zawartej umowy, Izba doszła do przekonania, że jej utrzymanie i kontynuacja leży w interesie publicznym, bowiem chodzi o zapewnienie ciągłości świadczenia usług przewozu na terenie Miasta Gdańska i gmin sąsiadujących.



Izba nie zdecydowała także o skróceniu okresu obowiązywania umowy, mając na uwadze to, że procedura wyłonienia wykonawcy w trybie przetargu nieograniczonego jest w toku a Zamawiający przewidział w zawartej umowie możliwość jej wcześniejszego rozwiązania z zachowaniem jednomiesięcznego okresu wypowiedzenia ze skutkiem na koniec miesiąca w związku z zawarciem umowy z wykonawcą wyłonionym w wyniku przeprowadzonego przetargu.

Zgodnie z art. 193 ustawy Pzp wysokość kary finansowej nałożonej na Zamawiającego może wynieść nawet 10% wartości wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w zawartej umowie. Przy określeniu wysokości kary finansowej, Izba miała na uwadze rodzaj i zakres naruszenia, które w ocenie Izby jest rażącym naruszeniem przepisów ustawy Pzp oraz wartość wynagrodzenia wykonawcy, wynikającą z zawartej umowy, która wynosi 9 658 828,80 zł.

Orzeczona przez Izbę kara finansowa w wysokości 70 000 zł, stanowi zaledwie znikomy procent wartości wynagrodzenia wynikającego z zawartej umowy, ale dla instytucji publicznej, jaką jest Zarząd Transportu Miejskiego, jest to kara która winna wywołać przede wszystkim skutek prewencyjny.

Zgodnie z art. 195 ust. 1 ustawy Pzp karę finansową, orzeczoną przez Izbę, uiszcza się w terminie 30 dni od dnia uprawomocnienia się orzeczenia Izby na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....

.....

.....