Sygn. akt KIO 397/19

WYROK
z dnia 18 marca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Anna Packo
Członkowie: Anna Osiecka
Irmina Pawlik

Protokolant:Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 marca 2019 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 marca 2019 r. przez wykonawcę

R. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą FASTER T. R., ul. Mazurska 9/4, 10-519 Olsztyn

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Gminę Jeziorany, Plac Zamkowy 4, 11-320 Jeziorany

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie i nakazuje Gminie Jeziorany unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wszczętego zaproszeniem do udziału w negocjacjach z 1 marca 2019 r.,

2.kosztami postępowania obciąża Gminę Jeziorany i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez R. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą FASTER T. R. tytułem wpisu od odwołania,

2.2.zasądza od Gminy Jezioranyna rzecz R. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą FASTER T. R. kwotę 11 550 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu, dojazdu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Olsztynie.

Przewodniczący:……..…
Członkowie: ……..…
……..…

Sygn. akt: KIO 397/19

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

Zamawiający – Gmina Jeziorany prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie usługi polegającej na „dowozie uczniów z terenu Gminy Jeziorany objętych obowiązkiem szkolnym do przedszkoli, oddziałów przedszkolnych i szkół od
1 marca 2019 r. do zakończenia roku szkolnego 2018/2019” na podstawie ustawy z dnia
29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm.),
w trybie zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 28 lutego 2019 r. pod numerem 550039381-N-2019. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.
I Zarzuty i żądania odwołania
Odwołujący – R. T. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą FASTER T. R.wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu niezgodność z ustawą czynności Zamawiającego polegających na przeprowadzeniu 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, co doprowadziło do naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 w zw. z art. 10 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki, którego przedmiotem jest usługa polegająca na dowozie uczniów z terenu gminy Jeziorany objętych obowiązkiem szkolnym do przedszkoli, oddziałów przedszkolnych i szkół od 1 marca 2019 r. do zakończenia roku szkolnego 2018/2019, wszczętego ogłoszeniem o zamiarze zawarcia umowy z 28 lutego 2019 r. numer 550039381-N-2019 oraz unieważnienia wszystkich czynności podjętych w postępowaniu, w tym wyboru wykonawcy – P. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usług Wielobranżowych S., a także ponownego wyboru trybu przeprowadzenia postępowania zgodnie z przepisami ustawy,
2. ewentualnie, w przypadku gdy umowa została już zawarta lub zostanie zawarta do czasu rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania – unieważnienie zawartej umowy w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożenie na Zamawiającego kary finansowej lub orzeczenie
o skróceniu okresu obowiązywania umowy do 30 dni od dnia uprawomocnienia się orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej.
W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ jest przedsiębiorcą aktywnie działającym na rynku przewozu osób,
w tym dowozu dzieci do szkół. Ogłoszenie przedmiotowego postępowania w trybie konkurencyjnym pozwoliłoby mu na złożenie oferty i pozyskanie zamówienia do realizacji.
W chwili obecnej Odwołujący realizuje przedmiotowe zamówienie na terenie Gminy Jeziorany na podstawie umowy z 31 sierpnia 2018 r., dysponuje zarówno zasobem sprzętowym, jak i kadrą umożliwiającą realizację przedmiotowego zamówienia.
W treści ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki Zamawiający wskazał jako podstawę swojego działania art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym przepisem zamawiający jest uprawniony do udzielenia zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Zamawiający winien zatem wykazać istnienie wszystkich przesłanek określonych w tym przepisie, aby udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki było działaniem prawidłowym. Oznacza to konieczność wykazania: 1) wyjątkowej sytuacji niewynikającej z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, 2) której nie mógł on przewidzieć, 3) natychmiastowego wykonania zamówienia i braku możliwości zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.
W ocenie Odwołującego Zamawiający nie wykazał ww. przesłanek z następujących powodów.
Uzasadnienie zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu nr 550039381-N-2019 zostało sporządzone w sposób lakoniczny, uniemożliwiający potencjalnym wykonawcom zbadanie prawidłowości zastosowanego trybu. Zamawiający jedynie ogólnikowo wskazał, iż doszło do wypowiedzenia umowy w sprawie zamówienia publicznego na dowóz dzieci do szkół, ponieważ dotychczasowy wykonawca naruszył obowiązki uprawniające Zamawiającego do odstąpienia od niej. Z tak przedstawionego uzasadnienia wyboru trybu nie można wnioskować o jego prawidłowości, wręcz przeciwnie – brak wykazania przesłanek przesądza o działaniu niezgodnie z przepisami prawa i prowadzi do wniosku o naruszeniu art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Treść uzasadnienia wyboru trybu pośrednio wskazuje, iż od umowy odstąpił Zamawiający. Powyższe w ocenie Odwołującego przesądza o braku istnienia przesłanki wyjątkowej sytuacji niewynikającej z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć. Jeżeli decyzję o odstąpieniu od umowy podejmuje zamawiający, to jest w stanie zaplanować wcześniejsze ogłoszenie postępowania w trybie konkurencyjnym (w przeciwieństwie do sytuacji, w której od umowy odstąpiłby wykonawca). Zamawiający nie podał w treści uzasadnienia powodu odstąpienia od umowy oraz daty, kiedy przyczyna,
z której od umowy odstępuje, zaistniała. Umowa wiążąca Zamawiającego z dotychczasowym wykonawcą usług dowozu dzieci, tj. Odwołującym, przewiduje 60-dniowy okres na złożenie oświadczenia o odstąpieniu. Oczywistym jest, iż w razie stwierdzenia przyczyny uzasadniającej odstąpienie – przy 60-dniowym okresie, w którym od umowy Zamawiający może odstąpić, Zamawiający ma czas i możliwości na przeprowadzenie procedury konkurencyjnej (termin składania ofert to jedynie 7 dni). Brak podania daty zaistnienia zdarzenia uzasadniającego odstąpienie w istocie przesądza o braku wykazania natychmiastowej konieczności. Odstąpienie od umowy przez Zamawiającego nie jest sytuacją niemożliwą do przewidzenia, przy czym w umowie z Odwołującym Zamawiający wskazał szeroki katalog przyczyn odstąpienia, zatem liczył się z taką możliwością. Jak wskazuje orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej okoliczności nieprzewidziane to takie, które wykraczają poza ramy realiów gospodarczych np. klęski żywiołowe, stany nadzwyczajne itp. (por. wyrok C-385/02, C-394-02). Odstąpienie od umowy nie jest również uważane za sytuację niemożliwą do przewidzenia w wynikach kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (por. KIO/KD 22/16). Przy czym, nawet gdyby uznać odstąpienie od umowy za przesłankę uprawniającą do wyboru

wykonawcy w trybie niekonkurencyjnym, to wskazać należy na art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, który jako tryb właściwy w przypadku pilnego wykonania zamówienia (co należy odróżnić od wykonania natychmiastowego) wskazuje negocjacje bez ogłoszenia.
Nie jest prawdziwa informacja podana w treści uzasadnienia o wyborze trybu z wolnej ręki, jakoby doszło do odstąpienia od umowy przez Zamawiającego. Umowę na dowóz dzieci
w Gminie Jeziorany w roku szkolnym 2018/2019 realizuje Odwołujący na podstawie umowy z 31 sierpnia 2018 r. oraz aneksu z 17 września 2018 r. Na dzień zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w trybie zamówienia w wolnej ręki, tj. na 28 lutego 2019 r. nie otrzymał on żadnej informacji o odstąpieniu przez Zamawiającego od umowy. Usługi dowozu były świadczone również w dniu 1 marca 2019 r.
Zgodnie z treścią umowy między Zamawiającym a Odwołującym wszelkie jej zmiany wymagają pod rygorem nieważności formy pisemnej (§ 11 ust. 3). Zamawiający nie doręczył Odwołującemu, na dzień zamieszczenia ogłoszenia, jakiegokolwiek oświadczenia
o odstąpieniu od umowy. Zgodnie z art. 77 § 1 Kodeksu cywilnego uzupełnienie lub zmiana umowy wymaga zachowania takiej formy, jaką ustawa lub strony przewidziały w celu jej zawarcia. Jeżeli umowa została zawarta w formie pisemnej, dokumentowej albo elektronicznej, jej rozwiązanie za zgodą obu stron, jak również odstąpienie od niej albo jej wypowiedzenie wymaga zachowania formy dokumentowej, chyba że ustawa lub umowa zastrzega inną formę (art. 77 § 2 Kodeksu cywilnego). Stąd – skoro nie doszło do skutecznego odstąpienia od umowy, nie zaistniała przesłanka wskazana przez Zamawiającego w ogłoszeniu, co w konsekwencji prowadzi do wniosku o naruszeniu art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.
4 marca 2019 r. Odwołującemu zostało doręczone pismo z 13 lutego 2019 r., które wyznacza 3-dniowy termin na ustosunkowanie się do jego treści od daty jego otrzymania, pod rygorem odstąpienia. Termin wskazany przez Zamawiającego nie upłynął na dzień składania niniejszego odwołania, co również przesadza o fikcyjności podanej przesłanki zastosowania trybu niekonkurencyjnego. Pomimo wyznaczenia terminu na ustosunkowanie się do zastrzeżeń, Zamawiający pismem doręczonym 4 marca, sporządzonym 18 lutego 2019 r., poinformował o odstąpieniu od umowy. W ocenie Odwołującego sporządzenie pisma o odstąpieniu, jakkolwiek bezskutecznego co do odstąpienia, potwierdza niezasadność zastosowania przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Pismo wskazuje o podjęciu decyzji o odstąpieniu bez względu na wyjaśnienia, do których został wezwany Odwołujący. Decyzja została podjęta 18 lutego, zatem nie można mówić
o zaistnieniu wyjątkowej sytuacji niewynikającej z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć. Nie zachodzi zatem element wyjątkowej sytuacji. Zamawiający planował swoje działania i miał czas na przeprowadzenie procedury
w innym trybie niż zamówienie z wolnej ręki.
Przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w części wskazującej na konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia przesądza o możliwym zakresie takiego zamówienia, tj. na czas, okres lub zakres, który jest niezbędny. Oznacza to, że na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający ma możliwość udzielenia zamówienia tylko w niezbędnym zakresie, np. na czas potrzebny do przeprowadzenia kolejnej procedury konkurencyjnej. Treść uzasadnienia wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki sporządzonego przez Zamawiającego wskazuje, iż Zamawiający zamierza na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych udzielić zamówienia na dowóz dzieci do szkół do końca roku szkolnego 2018/2019, zatem nie tylko
w zakresie, który jest niezbędny dla przeprowadzenia kolejnej procedury otwartej. Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza, z koniecznością natychmiastowego wykonania zamówienia immanentnie związana jest kwestia jego niezbędnego zakresu, ponieważ nie jest tak, że w trybie zamówienia z wolnej ręki, udzielanego w oparciu o przesłankę wynikającą z przepisu art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, możliwa jest realizacja wszystkich zamierzeń inwestycyjnych. Trzeba mieć bowiem na względzie, że zamówienie udzielane jest w warunkach wyjątkowej sytuacji. Takie szczególne okoliczności wywołujące potrzebę natychmiastowego działania zmierzającego do zapobieżenia ich negatywnym następstwom powodują, że zamówienie publiczne realizowane na podstawie ww. przepisu obejmować powinno tylko niezbędny (konieczny) zakres umożliwiający osiągniecie tak rozumianego celu jego udzielenia (KIO/KD 81/14). W konsekwencji należy uznać, że udzielenie zamówienia na dowóz dzieci do końca roku szkolnego 2018/2019 narusza art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ nie jest udzieleniem zamówienia w niezbędnym, koniecznym zakresie.
II Stanowisko Zamawiającego
W odpowiedzi na powyższe zarzuty Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.
Wyjaśnił, iż oświadczenie o odstąpieniu od umowy wysłał Odwołującemu 15 lub 18 lutego 2019 r., zostało ono awizowane po raz pierwszy 19 lutego, po raz drugi 27 lutego,

a przesyłka została odebrana 4 marca 2019 r. Oświadczenie o odstąpieniu jest czynnością jednostronną i wywołuje ten skutek, że umowa jest uważana za niezawartą. W jego ocenie do doręczenia oświadczenia doszło 19 lutego 2019 r. i z tym dniem doszło do rozwiązania umowy – nie ma znaczenia, że Odwołujący odebrał oświadczenie dopiero 4 marca 2019 r. Zamawiający nie mógł pozostawić dzieci bez dowozu, zatem 27 lutego 2019 r., w trybie art. 4 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zawarł umowę z p. S. na okres od 1 marca 2019 r. do rozstrzygnięcia postępowania przez KIO. Pomimo powyższego Odwołujący wciąż przyjeżdża swoim transportem.
Wyjaśnił też, że umowa z Odwołującym została zawarta 31 sierpnia 2018 r., a z datą
17 września 2018 r. został zawarty do niej aneks podwyższający wynagrodzenie wykonawcy i zmieniający sposób odstąpienia od umowy, Zamawiający otrzymał go 13 listopada 2018 r. W tym czasie nastąpiła zmiana burmistrza.
Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem Odwołującego, że najpierw powinno być prowadzone postępowanie o udzielenie nowego zamówienia, a następnie odstąpienie od umowy. Obecnie znajduje się w sytuacji nadzwyczajnej i wyjątkowej. Postępowanie
o udzielenie zamówienia mógł wszcząć dopiero po rozwiązaniu umowy; byłoby to możliwe ewentualnie w okresie wypowiedzenia, jednak tutaj takiego okresu nie było, a umowa rozwiązywała się z chwilą doręczenia oświadczenia o odstąpieniu.
III Ustalenia Izby
Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Izba ustaliła także, iż stan faktyczny dotyczący prowadzonego postępowania z wolnej ręki nie jest sporny między Stronami.
Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją obu Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przedstawionej przez Zamawiającego oraz dokumentów i oświadczeń złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła
i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.
Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 10 i art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.
W art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zawarto naczelne i najważniejsze zasady udzielania zamówień publicznych, zgodnie z którymi zamawiający zobowiązany jest przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.
Jedną z metod realizacji powyższych założeń jest wprowadzenie reguły prymatu trybów przetargowych, którą wyrażono w art. 10 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Z przepisu tego wynika, że podstawowymi trybami udzielania zamówienia są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony, a zamawiający może udzielić zamówienia
w innym trybie – trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki, zapytania o cenę, partnerstwa innowacyjnego albo licytacji elektronicznej tylko w przypadkach określonych w ustawie.
Podstawę zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki określono głównie w art. 67 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Spośród wymienionych tam przesłanek Zamawiający powołał się na punkt 3., który stanowi, że zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.
Spośród wszystkich trybów nieprzetargowych wymienionych w art. 10 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym wyłącznie w wyjątkowych i ściśle określonych w przepisach prawa sytuacjach, gdy zastosowanie innego, konkurencyjnego trybu postępowania, nie jest możliwe. Ze względu na to, że znacząco ogranicza konkurencję – zamawiający bowiem udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą (art. 66 ustawy Prawo zamówień publicznych) – jest to tryb ściśle reglamentowany, którego stosowanie ustawodawca dopuszcza tylko
w szczególnych, wymienionych w ustawie Prawo zamówień publicznych przypadkach. Przy czym, ze względu na charakter tego trybu, przepisy zezwalające na jego zastosowanie
w danych okolicznościach muszą być zawsze interpretowane ściśle.
Jak wskazano powyżej, art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można

zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.
Przepis ten umożliwia zatem udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, gdy zaistnieją łącznie następujące okoliczności: 1) powstała wyjątkowa sytuacja, 2) przyczyny powstania tej sytuacji nie leżą po stronie zamawiającego, 3) sytuacji tej zamawiający nie mógł przewidzieć (jest ona obiektywnie nieprzewidywalna lub jej wystąpienie jest nieprawdopodobne w normalnych stosunkach gospodarczych), 4) wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia oraz 5) nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Pomiędzy wszystkimi tymi przesłankami powinien zachodzić związek przyczynowo - skutkowy oraz związek czasowy.
Ze względu na wyjątkowy charakter tego trybu to zamawiający, powołujący się na zastosowanie konkretnego przepisu art. 67 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zobowiązany jest do uzasadnienia wystąpienia przesłanek w nim wskazanych.
W ocenie Izby w niniejszym postępowaniu Zamawiający nie wykazał żadnej z przesłanek zawartych w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a zastosowanie tego trybu w zaistniałych okolicznościach faktycznych jest ewidentnie nieprawidłowe, same zaś powołane okoliczności nie uzasadniały wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Zamawiający nie wykazał więc wyjątkowości i nieprzewidywalności zaistniałej sytuacji oraz braku przyczyny powstania tej sytuacji po jego stronie, nie wykazał też, iż w danym przypadku wymagane było natychmiastowe wykonanie zamówienia oraz że nie można było zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.
Typowymi sytuacjami, których nie można było wcześniej przewidzieć, a do których odnosi się przedmiotowy przepis, są zdarzenia losowe lub inne zdarzenia podobnego typu niezależne od zamawiającego, takie jak klęski żywiołowe (powodzie, lawiny, pożary), katastrofy, awarie, niespodziewane wypadki. W orzecznictwie wskazuje się także, iż cechę wyjątkowości należy przypisywać wyłącznie zdarzeniom wykraczającym poza normalne warunki życia gospodarczego i społecznego, które wymagają podjęcia natychmiastowych działań zabezpieczających lub podjęcia innych niestandardowych działań w następstwie zaistniałej sytuacji. Sama konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia nie musi być jednak powiązana wyłącznie z wydarzeniami nadzwyczajnymi, może odnosić się też do zapewnienia bieżącego funkcjonowania zamawiającego, zwłaszcza w zakresie pełnionych przez niego funkcji publicznych, jak np. nieprzerwany odbiór odpadów czy dostawa leków, prądu itp.
Sytuacja, na którą powołał się Zamawiający jako podstawę faktyczną do udzielania zamówienia z wolnej ręki w żadnym wypadku nie miała takiego charakteru, było nią bowiem odstąpienie od umowy z Odwołującym – co więcej, w okolicznościach, które nie miały przymiotu ani nagłości, ani nieprzywidywalności, ani wyjątkowości. Przy czym Izba nie odnosi się do kwestii, czy odstąpienie to było w ogóle uzasadnione, gdyż w ramach niniejszego postępowania odwoławczego Izba bada wyłącznie prawidłowość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, a stosunki pomiędzy Stronami z umowy z 31 sierpnia 2018 r. tylko w zakresie mającym wpływ na zastosowanie tego trybu. Podobnie umowa zawarta przez Zamawiającego 27 lutego 2019 r. wykracza poza zakres rozpoznania objęty niniejszym postępowaniem odwoławczym.
Jak wynika z treści oświadczenia o odstąpieniu od umowy z 18 lutego 2019 r., złożonego przez Zamawiającego, podstawą odstąpienia było postanowienie § 7 ust. 8 tej umowy, zgodnie z którym obowiązkiem wykonawcy było przekazanie Zamawiającemu, najpóźniej
w terminie na 14 dni przed terminem rozpoczęcia realizacji usługi, pisemnej informacji o:
a) pojazdach, którymi będzie realizowana umowa (w tym daty ich produkcji, nr rejestracyjnego, daty ważności przeglądu technicznego), b) osobach realizujących umowę jako kierowcy i opiekunowie, c) kopii licencji na podejmowanie i wykonywanie krajowego transportu drogowego wydanej na podstawie art. 5 ust. 1 o transporcie drogowym (oryginał do wglądu). § 9 ust. 3 pkt 2 tej umowy stanowi, że w razie naruszenia innych jej postanowień (w tym załączników do umowy) i nieusunięcia stwierdzonych uchybień mimo udzielenia wykonawcy dodatkowego, 7-dniowego terminu na jego usunięcie, Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy, a Zamawiający może wykonać swoje umowne uprawnienie do odstąpienia w terminie do 60 dni od daty uzyskania informacji o okoliczności stanowiącej podstawę odstąpienia, przy czym odstąpienie zostanie poprzedzone wezwaniem do zmiany sposobu realizacji umowy przez wykonawcę. Jeśli po otrzymaniu wezwania wykonawca zaprzestał naruszania umowy, uprawnienie do odstąpienia nie przysługuje.
Zatem, jak stwierdził dalej Zamawiający, obowiązkiem wykonawcy w ramach zawartej umowy było przedstawienie na 14 dni przed rozpoczęciem jej wykonywania wskazanych
w treści § 7 dokumentów, tj. informacji o pojazdach, którymi będzie realizowana umowa, osobach realizujących umowę, kopii licencji. Pomimo powyższego wykonawca nie dopełnił swojego obowiązku we wskazanym terminie, bowiem rzeczonych dokumentów Zamawiającemu nie przekazał.
Pismem z 17 stycznia 2019 r. (biorąc pod uwagę treść § 9 ust. 3 pkt 2 oraz ust. 4 Zamawiający wezwał Odwołującego do spełnienia ww. obowiązku wyznaczając mu dodatkowy 7-dniowy termin na spełnienie zobowiązania. Wezwanie to

zostało wysłane
18 stycznia 2019 r. i odebrane 24 stycznia 2019 r., zatem zakreślony 7-dniowy termin do usunięcia naruszeń upłynął 31 stycznia 2019 r. Odwołujący na wezwanie odpowiedział dopiero 6 lutego 2019 r. nadając w palcówce pocztowej pismo datowane na 1 lutego 2019 r., zatem uchybił obowiązkom wynikającym z umowy. Poza tym Odwołujący nie sprostał także obowiązkowi zawartemu w treści § 7 ust. 8 lit. c umowy, bowiem nie przedstawił do wglądu oryginału licencji wydanej na podstawie art. 5 ust. 1 ustawy o transporcie drogowym, co również stanowi naruszenie obowiązków umowy uprawniające Zamawiającego do odstąpienia od niej.
Odwołujący oświadczył, że przedmiotowe dokumenty Zamawiającemu po zawarciu umowy dostarczył zgodnie z umową, jak też przedstawił do wglądu oryginał licencji. Zwrócił również uwagę, że – nawet gdyby to nie nastąpiło – były to okoliczności, które Zamawiający mógł podnosić już we wrześniu 2018 r.
W związku z powyższym należy przyznać rację Odwołującemu, iż stwierdzona po stronie Zamawiającego potrzeba udzielenia zamówienia innemu wykonawcy nie wynikała
z wyjątkowej sytuacji niewynikającej z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, gdyż była skutkiem odstąpienia przez Zamawiającego od dotychczasowej umowy. Wypowiedzenie to nie było nagłe ani pilne – wykonawca planowo realizował zamówione przewozy (w tym zakresie Zamawiający nie przedstawiał żadnych zastrzeżeń), a żądane dokumenty zostały mu dostarczone co najmniej na kilkanaście dni przed złożeniem oświadczenia o odstąpieniu od umowy lub znajdowały się w posiadaniu Gminy w innym trybie (administracyjnym). Nie było także wymagane natychmiastowe wykonanie zamówienia – w tym wypadku w postaci przejęcia realizacji zamówienia przez innego wykonawcę, ponieważ Odwołujący przewozy realizował regularnie i zgodnie z umową (Zamawiający nie przedstawiał żadnych zastrzeżeń).
Nawet zaś w przypadku samej dokonywanej czynności odstąpienia od umowy okresy pomiędzy poszczególnymi działaniami Zamawiającego (upływem terminu złożenia dokumentów na wezwanie z 17 stycznia 2019 r., złożenia tych dokumentów, przekazania oświadczenia o odstąpieniu, zaproszenia wykonawcy do negocjacji z wolnej ręki) były na tyle długie, że Zamawiający rzeczywiście byłby w stanie przeprowadzić postępowanie przetargowe. Okoliczności te potwierdzają także fakt, że natychmiastowe wykonanie zamówienia przez innego wykonawcę nie było konieczne.
Tym samym Zamawiający nie wykazał zaistnienia żadnej z przesłanek zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.
W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji uwzględniając odwołanie i, jako że umowa nie została zawarta, nakazując Zamawiającemu unieważnienie postępowania
o udzielenie zamówienia publicznego wszczętego zaproszeniem do udziału w negocjacjach z 1 marca 2019 r.
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 1, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.
w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów
w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), uwzględniając wpis w wysokości 7.500 złotych, koszty wynagrodzenia pełnomocnika
w wysokości 3.600 złotych oraz koszty dojazdu pełnomocnika w wysokości 450 złotych.

Przewodniczący:……

Członkowie: ……

……