Sygn. akt: KIO 2685/21

Sygn. akt: KIO 2689/21

WYROK

z dnia 18 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Magdalena Rams

Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 października 2021 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 września 2021 r. przez wykonawcę:

A. J.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J.W. z siedzibą w Bytomiu (sygn. akt KIO 2685/21),

B. J.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J.W. z siedzibą w Bytomiu (sygn. akt KIO 2689/21)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Bytom - Miejski Zarząd Dróg i Mostów z siedzibą w Bytomiu,

przy udziale wykonawcy M.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Drogowych i Komunalnych "DROMAR" M.K. z siedzibą w Stanicy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2689/21 po stronie zamawiającego

orzeka:

A.

1. uwzględnia odwołanie o sygn. akt KIO 2685/21 w zakresie zarzutów naruszenia przez Zamawiającego: art. 305 pkt 1 w zw. art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz art. 16 pkt 1 Pzp a także art. 17 ust. 2 Pzp i nakłada na zamawiającego Gminę Bytom - Miejski Zarząd Dróg i Mostów z siedzibą w

Bytomiu karę finansową w wysokości 12 000 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy złotych zero groszy),

2. oddala odwołanie w zakresie zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 254 ust. 1 w zw. z art. 129 ust. 2 Pzp oraz art. 83 ust. 1 Pzp a także art. 16 pkt 2 Pzp;

B.

1. uwzględnia odwołanie o sygn. akt KIO 2689/21 w zakresie zarzutów naruszenia przez zamawiającego: art. 305 pkt 1 w zw. art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp

oraz art. 16 pkt 1 Pzp a także art. 17 ust. 2 Pzp i nakłada na zamawiającego Gminę Bytom - Miejski Zarząd Dróg i Mostów z siedzibą w Bytomiu karę finansową w wysokości 6 000 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy złotych zero groszy),

2. oddala odwołanie w zakresie zarzutów naruszenia przez zamawiającego art. 254 ust. 1 w zw. z art. 129 ust. 2 Pzp oraz art. 83 ust. 1 Pzp a także art. 16 pkt 2 Pzp;

II. kosztami postępowania w obu sprawach (sygn. akt KIO 2685/21 i sygn. akt KIO 2689/21) obciąża zamawiającego Gminę Bytom - Miejski Zarząd Dróg i Mostów z siedzibą w Bytomiu w części 2/3 w każdej ze spraw oraz odwołującego wykonawcę J.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J.W. z siedzibą w Bytomiu w części 1/3 w każdej ze spraw i:

1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego w obu sprawach (sygn. akt KIO 2685/21 i sygn. akt KIO 2689/21): kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisów od odwołań; koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 7 200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 7 200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy).

2. zasądza od zamawiającego Gminy Bytom - Miejskiego Zarząd Dróg i Mostów z siedzibą w Bytomiu na rzecz odwołującego wykonawcy J.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J.W. z siedzibą w Bytomiu w zakresie spraw (sygn. akt KIO 2685/21 i sygn. akt KIO 2689/21) kwotę 12 400 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy czterysta złotych).

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 2685/21

Sygn. akt: KIO 2689/21

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

KIO 2685/21

Gmina Bytom - Miejski Zarząd Dróg i Mostów z siedzibą w Bytomiu (dalej: „Zamawiający" lub „MZDiM") prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 19 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) - zwanej dalej: „ustawą" lub „Pzp" w trybie zamówienia z wolnej ręki postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Letnie utrzymanie czystości i konserwacja zieleni w pasie drogowym na ternie miasta Bytomia - Zadanie 2 od dnia zawarcia umowy (przy czym nie wcześniej niż od 1.09.2021 r.) do czasu wyboru wykonawcy i podpisania umowy w prowadzonym w trybie konkurencyjnym, jednak nie dłużej niż do dnia 31 października 2021 r." DNP.260.39.2021.WR.U. Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zostało opublikowane w Dzienniku Wspólnot Europejskich

w dniu 17 września 2021 r. pod nr 2021/S 181-470774. Wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne wskazane w art. 3 ust. 1 Pzp.

W dniu 10 września 2021 r. wykonawca J.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J.W. z siedzibą w Bytomiu (dalej: „Odwołujący" lub „ZUKTZ") wniósł odwołanie w zakresie zastosowanego przez Zmawiającego trybu udzielania zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 214 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 129 ust. 2 Pzp przez zastosowanie przez Zamawiającego trybu z wolnej ręki w sytuacji, w której nie zaistniały przesłanki do stosowania tego trybu udzielenia zamówienia określone w art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp,

2. art. 254 ust. 1 w zw. z art. 129 ust. 2 Pzp przez nierozstrzygnięcie przez Zamawiającego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego postępowania przetargowego, co uniemożliwia wykonawcą występującym na rynku uzyskanie w trybie konkurencyjnym zamówienia publicznego,

3. art. 16 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp przez naruszenie przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także zasady przejrzystości,

4. art. 17 ust. 2 Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (dalej: „Dyrektywa nr 2014/24/UE"),

5. art. 83 ust. 1 Pzp przez zaniechanie przeprowadzenia analizy potrzeb i wymagań, co doprowadziło do udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, pomimo posiadania przez Zamawiającego możliwości realizacji zadania objętego zamówieniem przez wykorzystanie własnych zasobów.

Odwołujący wnosił o:

- uwzględnienie odwołania w całości,

- na podstawie art. 554 ust. 3 Pzp o nałożenie na Zamawiającego kary finansowej,

- dopuszczenie oraz przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do niniejszego odwołania,

- zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego od Zamawiającego na rzecz Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazywał m. in., że na skutek swoich celowych działań postępowanie prowadzone w trybie konkurencyjnym nie zostało rozstrzygnięte, co doprowadziło do udzielenia przez Zamawiającego zamówień w trybie z wolnej ręki oraz pozbawiło wykonawców uzyskania zamówień w trybie konkurencyjnym. Jego zdaniem okoliczność złożenia przez uczestników postępowania przetargowego prowadzonego przez Zamawiającego odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej w żaden sposób nie stanowi podstawy do udzielenia zamówienia w trybie niekonkurencyjnym. Również kierowanie przez wykonawców pytań dotyczących treści SIWZ nie stanowi okoliczności, której z Zamawiający nie mógłby przewidzieć. Co więcej, z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej

jednoznacznie wynika, że za wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego nie można uznać czasu trwania postępowania odwoławczego oraz unieważnienia poprzednio prowadzonych postępowa o udzielenie zamówienia publicznego.

Zdaniem Odwołującego do obowiązków Zamawiającego należy zaplanowanie z wyprzedzeniem przeprowadzenia postępowania przetargowego w jednym z trybów konkurencyjnych. Zamawiający powinien przewidzieć, że wykonawcy będą składać pytania dotyczące SIWZ czy odwołania w toku postępowania przetargowego. Zamawiający powinien się również liczyć z zaistnieniem konieczności unieważnienia jednego postępowania i ogłoszenia nowego. Są to bowiem sytuacje, które często występują w przypadku zamówień udzielanych w oparciu o przepisy Pzp. Niezależnie od powyższego Odwołujący zwracał uwagę na terminy w jakich Zamawiający podejmował czynności w toku postępowania przetargowego. W jego ocenie Zamawiający w sposób opieszały podejmował czynności w toku postępowa prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego.

Odwołujący następnie stwierdził, że świadczenie usług w zakresie letniego utrzymania czystości i konserwacji zieleni nie musi następować w sposób ciągły. Przedmiotem zamówień, które udzielane były przez Zamawiającego w trybie z wolnej ręki były m.in. takie usługi jak koszenie trawników, czy formowanie żywopłotów. Zdaniem ZUKZT nie powinno budzić wątpliwości, że są to prace, które nie wymagają natychmiastowego wykonania. Zaś usługa koszenia trawników czy formułowania żywopłotów nie miała być wykonywana w sposób ciągły, a jedynie na zlecenie Zamawiającego. Przedmiotem zamówienia udzielanego w trybie z wolnej ręki były również, usługi oczyszczania nawierzchni jezdni ulic, które również nie były świadczone w sposób ciągły, a jedynie kilka razy w tygodniu lub miesiącu w zależności od danego rejonu. W opinii ZUKZT nie miały one zatem charakteru ciągłego. Kolejno wykonawca stwierdził, że okolicznością, która dobitnie wskazuje, że usługi objęte zamówienie z wolnej ręki nie wymagały natychmiastowego wykonania jest fakt, że negocjacje z wykonawcą podjęto w dniu 13 sierpnia 2021 r. Umowa z wykonawcą zawarta została dopiero w dniu 27 sierpnia 2021 r., a usługi wykonawca zaczął świadczyć od 1 września 2021 r. Skoro Zamawiający z trzy tygodniowym wyprzedzeniem udzielił zamówienia w trybie z wolnej ręki to nie sposób uznać, aby usługi objęte zamówieniem wymagały natychmiastowego wykonania.

Tym samym nie zaktualizowała się przesłanka do udzielenia zamówienia w oparciu o art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Kolejno Odwołujący podkreślał, że nie wszystkie zamówienia, które nawet gdyby uznać, że wymagają pilnego wykonania wiążą się z koniecznością ich natychmiastowego podjęcia i udzielenia w związku z tym zamówień w trybie z wolnej ręki. Do udzielania zamówień w trybie pilnym ustawodawca przewidział bowiem inny

niż wolna ręka tryb - negocjacje bez ogłoszenia. Zdaniem Odwołującego z sytuacją opisaną w art. 255 pkt 3 Pzp mamy do czynienia w tej sprawie, ponieważ Zamawiający unieważnił wcześniej prowadzone postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego z uwagi na okoliczność, że cena zaproponowana przez jedynego wykonawcę, który złożył ofertę na realizację zadania nr 2 przewyższała kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zadania nr 2. ZUKZT podkreślał, że wiedzę o przesłankach do unieważnienia postępowania na realizację zadania nr 2, Zamawiający posiadał już od 23 czerwca 2021 r. W opinii Odwołującego oznacza to, że Zamawiający uznając, że nie ma wystarczającego czasu na przeprowadzenie postępowania w trybie przetargu nieograniczonego miał czas, aby zastosować procedurę przewidzianą w art. 153 Pzp, a w toku prowadzonego postępowania mógł nawet skorzystać z możliwości skrócenia terminów na złożenie ofert wstępnych przez wykonawców. Zamawiający z powyższych możliwości nie skorzystał, a po raz kolejny udzielił w trybie niekonkurencyjnym zamówienia na kolejne dwa miesiące. Odwołujący podkreślał, że nie ma żadnej pewności, że postępowanie przetargowe zakończy się do dnia 31 października 2021 r., tym bardziej, że z oświadczeń Zamawiającego wynika, że w jego ocenie okres dwóch miesięcy jest czasem koniecznym do dokonania oceny ofert złożonych przez wykonawców.

Ponadto wykonawca ZUKZT stwierdził, że wykorzystując art. 83 ust 1 Pzp Zamawiający publiczny przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mógł dokonać analizy potrzeb i wymagań, która powinna w szczególności uwzględniać badanie możliwości zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb z wykorzystaniem zasobów własnych. MZDiM ma zasoby techniczne zatrudnia pracowników wykonawczych zajmujących się oczyszczaniem miasta, dlatego Zamawiający w pierwszej kolejności powinien ocenić czy nie jest sam w stanie wykonać usług objętych zamówieniem udzielonym w trybie z wolnej ręki.

Reasumując Odwołujący wskazywał, że przedmiotem zamówień udzielanych w trybie niekonkurencyjnym były usługi nie mające charakteru ciągłego, w stosunku, do których nie zachodziła potrzeba ich natychmiastowego wykonania. Ponadto Zamawiający w ramach własnych możliwości mógł wykonać usługi objęte udzielanymi zamówieniami, w zakresie w jakim wymagałyby one natychmiastowego wykonania. Istniały więc różne realne, alternatywne rozwiązania problemu, który wystąpił w wyniku złej oceny czasu trwania postępowania przetargowego przez Zamawiającego. Biorąc pod uwagę terminy i przebieg spraw istniała też możliwość zastosowania innych trybów niż zamówienie z wolnej ręki. W opinii Odwołującego na uwadze należy mieć, także okres na jaki Zamawiający udzielił zamówień w trybie z wolnej ręki, który wynosi łącznie aż sześć miesięcy. Oceniając zasadność zastosowania przez Zamawiającego trybu z wolnej ręki należy wziąć pod uwagę następujące okoliczności:

- Zamawiający dwukrotnie udzielił na ten sam przedmiot postępowania zamówień na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp;

- zamówienia w trybie niekonkurencyjnym zostało udzielone najpierw na okres 4 miesięcy, a następnie na okres kolejnych dwóch miesięcy,

- przedmiotem zamówienia nie są usługi wymagające natychmiastowego wykonania,

- Zamawiający w sposób opieszały prowadzi postępowanie przetargowe w trybie przetargu nieograniczonego,

- Zamawiający na skutek swojego zawinionego działania doprowadził do sytuacji, w której przetarg nieograniczony nie został rozstrzygnięty w terminie,

- Zamawiający nie skorzystał z innych trybów udzielania zamówienia publicznego, które pozwoliłby na zachowanie konkurencji.

Następnie Odwołujący stwierdził, że Zamawiający swoim zachowaniem doprowadził do naruszenia art. 16 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp oraz art. 17 ust. 2 Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 Dyrektywą nr 2014/24/UE. W jego ocenie przedstawione powyżej okoliczności sprawy jednoznacznie wskazują, że Zamawiający swoim działaniem doprowadził do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Prowadzenie postępowań przetargowych przez okres ponad ośmiu miesięcy powoduje, że wykonawcy występujący na rynku nie są w stanie w trybie konkurencyjnym uzyskać zamówienie, które udzielane są wybranym przez Zamawiającego podmiotom. Zdaniem ZUKZT zachowanie Zamawiającego, niewątpliwie wpływa na sytuację wykonawców występujących na rynku oraz powoduje, że są oni w sposób nierówny traktowani. Odwołujący wyjaśnił, że nie jest to pierwszy raz, kiedy Zamawiający udziela zamówień publicznych w niekonkurencyjnym trybie z wolnej ręki. W 2019 r. Zamawiający w okresie od kwietnia 2019 r. do sierpnia 2019 r. udzielał na realizację usług dot. utrzymania czystości w gminie zamówień w trybie z wolnej ręki. W tym przypadku również postępowania przetargowe ogłoszone zostało za późno, a następnie toczyło się przez okres kilku miesięcy. W opinii wykonawcy ZUKZT powyższe jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający regularnie, z naruszeniem przepisów ustawy prawo zamówień publicznych udziela zamówień w trybie niekonkurencyjnym. Tryb z wolnej

ręki, który w zamierzeniu ustawodawcy powinien być stosowany wyjątkowo, w szczególnie uzasadnionych sytuacjach, jest wykorzystywany przez Zamawiającego nagminnie. W okolicznościach sprawy w opinii Odwołującego nie można mówić o tym, aby działanie Zamawiającego miało charakter doraźny i związane były z jego nagłymi potrzebami. Wręcz przeciwnie czynności podejmowane przez Zamawiającego wskazują, że regularnie udziela on zamówień w trybie niekonkurencyjnym z naruszeniem przepisów Pzp.

Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający odpowiedział na złożone odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości. W uzasadnieniu wyjaśniał, że prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Letnie i zimowe utrzymanie pasa drogowego i konserwacja zieleni w pasie drogowym na terenie miasta Bytomia do 30.04.2025 roku" zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 j.t.), zwanej dalej: „Pzp2004" - które zostało ono wszczęte w grudniu 2020 r. Przedmiotem zamówienia jest letnie i zimowe utrzymanie pasa drogowego oraz utrzymanie i konserwacja zieleni w pasie drogowym na terenie miasta Bytomia w podziale na 4 zadania (Rejony). Zamawiający w SIWZ przewidywał, że zamówienie będzie wykonywane od dnia zawarcia umowy (jednak nie wcześniej niż od dnia 01.05.2021 r.) do dnia 30.04.2025 r. (maksymalnie 4 lata). Prace nad przygotowaniem postępowania rozpoczęły się w okolicach marca/kwietnia 2020 r., a po dokonaniu wyliczeń, opisu przedmiotu

zamówienia i innych dokumentów postępowanie ogłoszono 22.12.2020 r. Termin

otwarcia ofert zmieniany był siedmiokrotnie - zmiany terminów wynikały z otrzymania przeszło 130 pytań i konieczności przygotowania odpowiedzi. Ponadto 4 stycznia 2021 r. wniesiono odwołanie do KIO (wycofane przez Odwołującego 1 dzień przed rozprawą), kolejne odwołanie wniesiono w dniu 22 lutego 2021 r. - rozprawa odbyła się w dniu 23 marca 2021 r.; wyrok z uzasadnieniem został doręczony 16 kwietnia 2021 r. Do otwarcia ofert doszło ostatecznie w dniu 23.06.2021 r. Postępowanie w części nr 2 (Rejon II - Centrum) z uwagi na znaczne przekroczenie kwoty unieważniono w dniu 2 lipca 2021 r. - ogłoszono nowy przetarg, już zgodnie z przepisami nowej ustawy. W tym przetargu wpłynęły dwa odwołania na treść SWZ (odwołanie J. W. z dnia 6 sierpnia 2021 r., odwołanie ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. z dnia 9 sierpnia 2021r) - dopiero jednak w dniu 6 października w sprawach połączonych odbyło się posiedzenie w KIO, termin kolejnego posiedzenia to 20 października 2021 r. W dniu 17 września 2021 r. Zamawiający rozstrzygnął postępowanie w pozostałych 3 częściach (rejony I, III i IV) - umowy dotyczące części nr 1 i 4 zostały podpisane w dniu 1 października 2021 r. Wybór oferty w części nr 3 stał się przedmiotem dwóch odwołań. Ponadto Zamawiający wskazuje, że oba przetargi prowadził w czasie utrudnionej przez epidemię organizacji pracy w jednostce - praca w trybie hybrydowym nie pozwalała na sprawne prowadzenie postępowań, m.in. z uwagi na brak sprzętu, który mógł być wykorzystywany przez pracowników poza siedzibą jednostki, utrudnioną komunikację oraz braki kadrowe. W okresie prowadzenia postępowań ok 15-20% pracowników Zamawiającego przebywało na zwolnieniach lekarskich (szczegółowe dane wskazano w Tabeli nr 1). Nadto z Działu Zamówień Publicznych w ciągu kilu miesięcy zwolnili się wieloletni i doświadczeni pracownicy, a ich zastąpienie nie było możliwe z dnia na dzień (stan osobowy DZP - Tabela nr 2); organizowane przez Zamawiającego nabory pozwoliły na zapewnienie właściwej kadry, lecz stało się to dopiero na początku września 2021 r. (Tabela nr 3 - wyniki naborów do Działu Zamówień Publicznych). Zamawiający w aktualnej sytuacji związanej z koniecznością zapewnienia odpowiedniego (na najwyższym możliwym poziomie) utrzymania terenów publicznych udzielił zamówień z wolnej ręki na okres

niezbędny do ostatecznego rozstrzygnięcia postępowania na zadania nr 1, 3 i 4.

Zamawiający stwierdził, że utrzymanie czystości na terenie miasta jest oczywistą

konsekwencją - podobnie jak przy wywozie odpadów, usługi te świadczone są stale i nieprzerwanie (co nie oznacza, że wszystkie czynności muszą być wykonywane codziennie), a brak stałego oczyszczania miasta na negatywny wpływ na mieszkańców, ale także może stanowić zagrożenie dla ich zdrowia, a nawet życia. MZDiM podkreślał, co istotne dla właściwej oceny sprawy, że Zamawiający zawarł umowę z wolnej ręki jedynie doraźnie - na okres do zakończenia postępowania przetargowego w trybie konkurencyjnym. Zarzuty i wnioski odwołania mogłyby być uzasadnione jedynie wówczas, gdyby Zamawiający udzielił zamówień z wolnej ręki np. na cały okres realizacji określonego w SIWZ przedmiotu zamówienia, tj. do dnia 30.04.2025 r. Zdaniem Zamawiającego nie można zgodzić się z Odwołującym, iż przedłużenie czasu trwania postępowań przetargowych wynikało z opieszałości Zamawiającego, bądź też jego celowego działania, ponadto czynności zlecanych w trybie zamówienia z wolnej ręki Zamawiający nie mógł wykonać z wykorzystaniem własnych zasobów kadrowych, z uwagi na zaangażowanie pracowników w inne wcześniej zaplanowane czynności oraz brak odpowiedniego sprzętu. Podobnie niezasadny jest zarzut naruszenia art. 83 ust 1 ustawy, ponieważ Odwołujący pomija bowiem treść przepisu art. 83 ust 4 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający publiczny może odstąpić od dokonania analizy potrzeb i wymagań, w przypadku, gdy zachodzi podstawa udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp.

KIO 2689/21

Gmina Bytom - Miejski Zarząd Dróg i Mostów z siedzibą w Bytomiu (dalej: „Zamawiający" lub „MZDiM") prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 19 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) - zwanej dalej: „ustawą" lub „Pzp" w trybie zamówienia z wolnej ręki postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Letnie utrzymanie czystości i

konserwacja zieleni w pasie drogowym na ternie miasta Bytomia - Zadanie 3 od dnia zawarcia umowy (przy czym nie wcześniej niż od 1.09.2021 r.) do czasu wyboru

wykonawcy i podpisania umowy w prowadzonym w trybie konkurencyjnym, jednak

nie dłużej niż do dnia 30 września 2021 r." DNP.260.49.2021.WR.U. Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 września 2021 r. pod nr 2021/S 181-470776. Wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne wskazane w art. 3 ust. 1 Pzp.

W dniu 10 września 2021 r. wykonawca J.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J.W. z siedzibą w Bytomiu (dalej: „Odwołujący" lub „ZUKTZ") wniósł odwołanie w zakresie zastosowanego przez Zmawiającego trybu udzielania zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 214 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 129 ust. 2 Pzp przez zastosowanie przez Zamawiającego trybu z wolnej ręki w sytuacji, w której nie zaistniały przesłanki do stosowania tego trybu udzielenia zamówienia określone w art. 214 ust. 1

pkt 5 Pzp,

2. art. 254 ust. 1 w zw. z art. 129 ust. 2 Pzp przez nierozstrzygnięcie przez Za-

mawiającego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego postępowania przetargowego,

3. art. 16 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp przez naruszenie przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także zasady przejrzystości,

4. art. 17 ust. 2 Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (dalej: „Dyrektywa nr 2014/24/UE") przez udzielenie zamówienia publicznego w trybie niekonkurencyjnym z wolnej ręki,

5. art. 83 ust. 1 Pzp przez zaniechanie przeprowadzenia analizy potrzeb i wymaga, co doprowadziło do udzielenia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, pomimo posiadania przez Zamawiającego możliwości realizacji zadania objętego zamówieniem poprzez wykorzystanie własnych zasobów.

Odwołujący wnosi o:

uwzględnienie odwołania w całości,

- na podstawie art. 554 ust. 3 Pzp o nałożenie na Zamawiającego kary finansowej,

- dopuszczenie oraz przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do niniejszego odwołania,

- zasądzenie kosztów postępowania od Zamawiającego na rzecz Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazywał m. in., że na skutek swoich celowych działań postępowanie w trybie konkurencyjnym nie zostało rozstrzygnięte, co doprowadziło do udzielenia przez Zamawiającego zamówień w trybie z wolnej ręki oraz pozbawiło wykonawców uzyskania zamówień w trybie konkurencyjnym. Ponadto wykonawca stwierdził, że wniesienie odwołania w postępowaniu lub unieważnienie postępowania nie są sytuacjami nadzwyczajnymi i z całą pewnością możliwymi do przewidzenia przez zamawiającego. Są to okoliczności, które zamawiający może, a nawet powinien przewidzieć, wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący podał, że okoliczność złożenia przez uczestników postępowania przetargowego prowadzonego przez Zamawiającego odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej w żaden sposób nie stanowi podstawy do udzielenia zamówienia w trybie niekonkurencyjnym. Również kierowanie przez wykonawców pytań dotyczących treści SIWZ nie stanowi okoliczności, której Zamawiający nie mógłby przewidzieć. Do obowiązków Zamawiającego należy zaplanowanie z wyprzedzeniem przeprowadzenia postępowania przetargowego w jednym z trybów konkurencyjnych. Zamawiający powinien przewidzieć, że wykonawcy będą składać pytania dotyczące SIWZ lub odwołania w toku postępowania przetargowego. W opinii Odwołującego niezależnie od powyższego należało zwrócić uwagę na terminy w jakich Zamawiający podejmował czynności w toku postępowania przetargowego. Jego zdaniem nie sposób było uznać, aby w okolicznościach rozpoznawanej sprawy zaistniała wyjątkowa sytuacja niewynikająca z przyczyn po stronie Zamawiającego. Wręcz przeciwnie, to Zamawiający w sposób celowy nie podejmował czynności, do których był zobowiązany zgodnie z przepisami Pzp. Wykonawca ZUKZT zwracał uwagę, że Zamawiający z jednej strony podał, że z odpowiednim wyprzedzeniem zaplanował udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego (4 miesiące), a z drugiej strony wskazał, że okres dwóch miesięcy to czas niezbędny na ocenienie ofert

złożonych przez wykonawców pod kątem braku podstaw do ich wykluczenia oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Skoro zatem Zamawiający uznaje, że okres dwóch miesięcy jest czasem koniecznym do dokonania oceny ofert to na całość postępowania przetargowego powinien przewidzieć więcej niż 4 miesiące. W ocenie Odwołującego stanowisko Zamawiającego w powyższym względzie jest ze sobą wewnętrznie sprzeczne. Co istotne, uzasadniając zastosowanie trybu z wolnej ręki, Zamawiający nawet nie wskazał, aby usługi objęte zamówieniem wymagały natychmiastowego wykonania. Zamawiający ograniczył się jedynie do wskazania, że przedmiotowe usługi wchodzą w zakres jego statutowych zadań i zachodzi potrzeba zapewnienia ciągłości świadczonych usług. Odwołujący zwracał uwagę, że przesłanką udzielania zamówienia w trybie niekonkurencyjnym jaki jest tryb z wolnej ręki jest konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia. Zamawiający nawet w samej treści protokołu z postępowania przetargowego nie wskazał, aby taka przyczyna miała miejsce.

Odwołujący ponadto podniósł, że wykorzystując art. 83 ust 1 Pzp Zamawiający publiczny przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mógł dokonać analizy potrzeb i wymagań, która powinna w szczególności uwzględniać badanie możliwości zaspokojenia zidentyfikowanych potrzeb z wykorzystaniem zasobów własnych. Zdaniem Odwołującego Zamawiający ma zasoby techniczne, zatrudnia pracowników wykonawczych zajmujących się oczyszczaniem miasta, dlatego Zamawiający w pierwszej kolejności powinien ocenić czy nie jest sam w stanie wykonać usług objętych zamówieniem udzielonym w trybie z wolnej ręki. Jego zdaniem oceniając zasadność zastosowania przez Zamawiającego trybu z wolnej ręki należało wziąć pod uwagę następujące okoliczności:

1. Zamawiający dwukrotnie udzielił na ten sam przedmiot postępowania zamówień na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp;

2. zamówienia w trybie niekonkurencyjnym zostało udzielone najpierw na okres 4 miesięcy, a następnie na okres kolejnego miesiąca,

3. przedmiotem zamówienia nie są usługi wymagające natychmiastowego wykonania,

4. Zamawiający w sposób opieszały prowadzi postępowanie przetargowe w trybie przetargu nieograniczonego,

5. Zamawiający na skutek swojego zawinionego działania doprowadził do sytuacji, w której przetarg nieograniczony nie został rozstrzygnięty w terminie.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający swoim zachowaniem doprowadził do naruszenia art. 16 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy oraz art. 17 ust. 2 Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 Dyrektywy nr 2014/24/UE. W jego ocenie przedstawione okoliczności sprawy jednoznacznie wskazują, że Zamawiający swoim działaniem prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Nadto prowadzenie postępowania przetargowego przez okres ponad ośmiu miesięcy powoduje, że wykonawcy występujący na rynku nie są w stanie w trybie konkurencyjnym uzyskać zamówienie, które udzielane są wybranym przez Zamawiającego podmiotom. Wziąć pod uwagę należy również sytuację w jakiej znajdują się wykonawcy, którzy złożyli oferty w toku postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego. Od ponadto ośmiu miesięcy nie mogą korzystać ze środków, które wpłacili na rzecz Zamawiającego tytułem wadium. Ponadto zobowiązani są utrzymywać zasoby techniczne oraz osobowe konieczne do prawidłowego wykonania usług objętych prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniem przetargowym. Z kolei inni wykonawcy wybrani przez Zamawiającego mają możliwość świadczyć przedmiotowe usługi i to za ceny wyższe aniżeli proponowane w toku postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego. W ocenie ZUKZT zachowanie Zamawiającego niewątpliwie zatem

wpływa na sytuację wykonawców występujących na rynku oraz powoduje, że są oni traktowani w sposób nierówny.

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający udzielił w trybie z wolnej ręki zamówienia M.K. na realizację zadania pn. Letnie utrzymanie czystości i konserwacja zieleni w pasie drogowym na ternie miasta Bytomia - Zadanie 3. Cena za wykonanie usług w okresie jednego miesiąca, która ustalona zostało w toku negocjacji przeprowadzonych w dniu 27 sierpnia 2021 r. wyniosła 336 710,07 zł. Analiza formularza oferty złożonej przez M.K. po przeprowadzonych negocjacjach wskazuje, że ustalone przez Zamawiającego z ww. wykonawcą ceny w sposób istotny odbiegają od cen proponowanych przez Odwołującego oraz Konsorcjum firm PTS ALBA sp. z o.o. oraz ALBA MPGK sp. z o.o. w toku postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego. Co więcej ceny, które wynegocjowane zostały w dniu 27 sierpnia 2021 r. znacząco różnią się od tych ustalonych z tym samym wykonawcą w trakcie negocjacji przeprowadzonych w dniu 23 kwietnia 2021 r. Tytułem przykładu, wskazać można, że za usługę mechanicznego i/lub ręcznego oczyszczania nawierzchni jezdni ulic cena w kwietniu 2021 r. wynosiła 0,0277 zł, 0,0277 zł oraz 0,0370 zł za 1m2 w zależności od częstotliwości wykonywania usługi mycia, a w sierpniu 2021 r. wyniosła już kwotę 0,377 zł, 0,0470 zł, 0,0710 zł za 1m2. Z powyższego wynika, że w toku negocjacji, które odbyły się w dniu 27 sierpnia 2021 r. M.K. zaproponował rażąco wygórowane ceny, a Zamawiający przystał na nie pomimo, że na rynku występowali wykonawcy, którzy oferowali ceny o wiele niższe. W opinii Odwołującego Zamawiający zatem z naruszeniem dyscypliny finansów publicznych oraz interesu Gminy Bytom udzielił w trybie niekonkurencyjnym zamówienia wykonawcy, który proponował wygórowane ceny w stosunku do cen oferowanych przez inne podmioty funkcjonujące na rynku. Takie działanie Zamawiającego wydaje się nieracjonalnym.

Odwołujący podkreślał, że nie jest to pierwszy raz, kiedy Zamawiający udziela zamówień publicznych w niekonkurencyjnym trybie z wolnej ręki. W 2019 r. Zamawiający w okresie od kwietnia 2019 r. do sierpnia 2019 r. udzielał na realizację usług dot. utrzymania czystości w gminie zamówień w trybie z wolnej ręki. W tym przypadku również postępowania przetargowe ogłoszone zostało za późno, a następnie toczyło się przez okres kilku miesięcy. Z samym wykonawcą M.K. Zamawiający w okresie od kwietnia 2019 r. do sierpnia 2021 r. zawarł sześciokrotnie umowy o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, a łączna kwota na jaką zamówienia w trybie niekonkurencyjnym zostały udzielone wyniosła 4 113 010,51 zł. Powyższe jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający regularnie, z naruszeniem przepisów ustawy prawo zamówień publicznych udziela zamówień w trybie niekonkurencyjnym. Tryb z wolnej ręki, który w zamierzeniu ustawodawcy powinien być stosowany wyjątkowo, w szczególnie uzasadnionych sytuacjach, jest wykorzystywany przez Zamawiającego nagminnie.

Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający odpowiedział na złożone odwołania wnosząc o ich oddalenie w całości. W uzasadnieniu wskazywał, że prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Letnie i zimowe utrzymanie pasa drogowego i konserwacja zieleni w pasie drogowym na terenie miasta Bytomia do 30.04.2025 roku.” (numer referencyjny: DNP.260.52.2020.PN.U) zgodnie z przepisami Pzp2004 zostało ono wszczęte w grudniu 2020 r. Przedmiotem zamówienia jest letnie i zimowe utrzymanie pasa drogowego oraz utrzymanie i konserwacja zieleni w pasie drogowym na terenie miasta Bytomia w podziale na 4 zadania (Rejony). Zamawiający w SIWZ przewidywał, że zamówienie będzie wykonywane od dnia zawarcia umowy (jednak nie wcześniej niż od dnia 01.05.2021 r.) do dnia 30.04.2025 r. (maksymalnie 4 lata). Prace nad przygotowaniem postępowania rozpoczęły się w okolicach marca/kwietnia 2020 r., a po dokonaniu wyliczeń, opisu przedmiotu

zamówienia i innych dokumentów postępowanie ogłoszono 22.12.2020 r. Termin otwarcia ofert zmieniany był siedmiokrotnie - zmiany terminów wynikały z otrzymania przeszło 130 pytań i konieczności przygotowania odpowiedzi. Ponadto 4 stycznia 2021 r. wniesiono odwołanie do KIO (wycofane przez Odwołującego 1 dzień przed rozprawą), kolejne odwołanie wniesiono w dniu 22 lutego 2021 r. - rozprawa odbyła się w dniu 23 marca 2021 r.; wyrok z uzasadnieniem został doręczony 16 kwietnia 2021 r. Do otwarcia ofert doszło ostatecznie w dniu 23.06.2021 r. Postępowanie w części nr 2 (Rejon II - Centrum) z uwagi na znaczne przekroczenie kwoty unieważniono w dniu 2 lipca 2021 r. - ogłoszono nowy przetarg, już zgodnie z przepisami nowej ustawy. W tym przetargu wpłynęły dwa odwołania na treść SWZ (odwołanie J. W. z dnia 6 sierpnia 2021 r., odwołanie ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. z dnia 9 sierpnia 2021r) - dopiero jednak w dniu 6 października w sprawach połączonych odbyło się posiedzenie w KIO, termin kolejnego posiedzenia to 20 października 2021 r. W dniu 17 września 2021 r. Zamawiający rozstrzygnął postępowanie w pozostałych 3 częściach (rejony I, III i IV) - umowy dotyczące części nr 1 i 4 zostały podpisane w dniu 1 października 2021 r. Wybór oferty w części nr 3 stał się przedmiotem dwóch odwołań. Ponadto Zamawiający wskazywał, że oba przetargi prowadził w czasie utrudnionej przez epidemię organizacji pracy w jednostce - praca w trybie hybrydowym nie pozwalała na sprawne prowadzenie postępowań, m.in. z uwagi na brak sprzętu, który mógł być wykorzystywany przez pracowników poza siedzibą jednostki, utrudnioną komunikację oraz braki kadrowe. W okresie prowadzenia postępowań ok 15-20% pracowników Zamawiającego przebywało na zwolnieniach lekarskich (szczegółowe dane wskazano w Tabeli nr 1). Nadto z Działu Zamówień Publicznych w ciągu kilu miesięcy zwolnili się wieloletni i doświadczeni pracownicy, a ich zastąpienie nie było możliwe z dnia na dzień (stan osobowy DZP - Tabela nr 2); organizowane przez Zamawiającego nabory pozwoliły na zapewnienie właściwej kadry, lecz stało się to dopiero na początku września 2021 r. (Tabela nr 3 - wyniki naborów do Działu Zamówień Publicznych). Zamawiający w aktualnej sytuacji związanej z koniecznością zapewnienia odpowiedniego (na najwyższym możliwym poziomie) utrzymania terenów publicznych udzielił zamówień z wolnej ręki na okres niezbędny do ostatecznego rozstrzygnięcia postępowania na zadania nr 1, 3 i 4. Utrzymanie czystości na terenie miasta jest oczywistą koniecznością - podobnie jak przy wywozie odpadów, usługi te świadczone są stale i nieprzerwanie (co nie oznacza, że wszystkie czynności muszą być wykonywane codziennie), a brak stałego oczyszczania miasta na negatywny wpływ na mieszkańców, ale także może stanowić zagrożenie dla ich zdrowia, a nawet życia. Zamawiający podkreślał, co istotne dla właściwej oceny sprawy, że Zamawiający zawarł umowę z wolnej ręki jedynie doraźnie - na okres do zakończenia postępowania przetargowego w trybie konkurencyjnym. Zarzuty i wnioski odwołania mogłyby być uzasadnione jedynie wówczas, gdyby Zamawiający udzielił zamówień z wolnej ręki np. na cały okres realizacji określonego w SIWZ przedmiotu zamówienia, tj. do dnia 30.04.2025 r. Zdaniem Zamawiającego nie można zgodzić się z Odwołującym, iż przedłużenie czasu trwania postępowań przetargowych wynikało z opieszałości Zamawiającego, bądź też jego celowego działania, ponadto czynności zlecanych w trybie zamówienia z wolnej ręki Zamawiający nie mógł wykonać z wykorzystaniem własnych zasobów kadrowych, z uwagi na zaangażowanie pracowników w inne wcześniej zaplanowane czynności oraz brak odpowiedniego sprzętu. Podobnie niezasadny jest zarzut naruszenia art. 83 ust 1 ustawy, bowiem Odwołujący pomija treść przepisu art. 83 ust 4 Pzp, zgodnie z którym zamawiający publiczny może odstąpić od dokonania analizy potrzeb i wymagań, w przypadku, gdy zachodzi podstawa udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Również wykonawca M.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Drogowych i Komunalnych "DROMAR" M.K. z siedzibą w Stanicy zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2689/21 po stronie Zamawiającego (dalej: „Przystępujący") złożył pisemne stanowisko (pismo z dnia 12 października 2021 r.), w którym wniósł o oddalenie odwołania. Na

potwierdzenie słuszności swojego stanowiska przedstawił w tym piśmie stosowną argumentację.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia

przedstawioną przez Zamawiającego, dowody oraz oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego wyrażone w pismach procesowych oraz na rozprawie Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący w obu odwołaniach legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 505 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie 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.

Izba za konieczne uznała przytoczenie przepisów Pzp, których naruszenie Zamawiającemu zarzucał Odwołujący, które zostały powołane poniżej.

Przepis art. 16 Pzp stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Według art. 17 ust. 2 Pzp zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Zgodnie z art. 83 ust. 1 Pzp Zamawiający publiczny, przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, dokonuje analizy potrzeb i wymagań, uwzględniając rodzaj i wartość zamówienia.

Przepis art. 266 Pzp stanowi, że do przygotowania i prowadzenia przez zamawiających publicznych postępowania o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne stosuje się przepisy działu II, z wyjątkiem przepisów art. 83, art. 86, art. 87 ust. 3, art. 88-90, art. 97 ust. 2, art. 124, art. 125 ust. 2 i 6, art. 126, art. 127 ust. 1, art. 129, art. 130, art. 132-188, art. 220, art. 227 ust. 1, art. 257, art. 264 i art. 265, chyba że przepisy niniejszego działu stanowią inaczej.

Zgodnie z art. 305 pkt 1 Pzp Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli: zachodzi jedna z okoliczności, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 1-5 i 7-14.

Według art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie

zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia.

Izba stwierdziła, że z uwagi na to, że oba odwołania zawierają analogiczny zakres zarzutów jak również konglomerat żądań a argumentacja uzasadniająca ich postawienie o ile nie jest tożsama to jest w nich zbieżna a zatem niecelowym jest powielanie zaprezentowanej argumentacji i poglądów Izby dlatego też stanowisko Izby zostanie przedstawione wspólnie dla obu odwołań (KIO 2685/21 i KIO 2689/21).

Izba dokonała wszechstronnej i wyczerpujące analizy zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego i stwierdziła, że zarzuty obu odwołań w części należy uznać za uzasadnione. W szczególności Izba stwierdziła, że potwierdziły się zarzuty

naruszenia art. 305 pkt 1 Pzp w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zastosowanie

przez Zamawiającego trybu z wolnej ręki w sytuacji, w której nie zaistniały przesłanki do stosowania tego trybu udzielenia zamówienia określone w art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp. Konsekwencją powyższego było uznanie, że Izbę, że potwierdziły się również zarzuty naruszenia przepisów art. 16 pkt 1 Pzp przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji a także przepis art. 17 ust. 2 Pzp przez udzielenie zamówienia

wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Za bezprzedmiotowe Izba uznała zarzuty dotyczące naruszenia przez Zamawiającego art. 254 ust. 1 w zw. z art. 129 ust. 2 Pzp przez nierozstrzygnięcie przez Zamawiającego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego postępowania przetargowego, co uniemożliwia wykonawcą występującym na rynku uzyskanie w trybie konkurencyjnym zamówienia publicznego. Izba stoi na stanowisku, że przedmiotem rozpoznania przez Izbę w ramach tego postępowania odwoławczego są postępowania na Zadanie nr 2 i 3 prowadzone przez Zamawiającego w trybie z wolnej ręki a nie postępowania w tym zakresie prowadzone przez Zamawiającego w trybie konkurencyjnym. Z tych względów należy uznać za nieprawidłowe stawianie przez Odwołującego tego rodzaju zarzutów. Izba nie stwierdziła również uchybienia przez Zamawiającego przepisowi art. 16 pkt 2 Pzp, który stanowi o konieczności o tym, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie w sposób przejrzysty. Jeśli zaś chodzi o przepis art. 83 Pzp to w tym przypadku mamy do czynienia z postepowaniem poniżej tzw. „progów unijnych" a tym samym na podstawie art. 266 Pzp Zamawiający nie jest obowiązany do przeprowadzania takiej analizy.

Przechodząc do analizy poszczególnych zarzutów Izba wskazuje co

następuje.

Na wstępie wskazać należy, że oba prowadzone przez Zamawiającego postepowania są postępowaniami poniżej progów tym samym zastosowanie znajduje przepis art. 305 pkt 1 Pzp, który w pkt 1 odsyła do przepisu art. 214 ust. 1 pkt 1-5 i 7-14 Pzp.

W tym miejscu wskazać należy, że przepis art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp uprawnia Zamawiającego do udzielenia 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. Zatem zgodnie z powołanym przepisem Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, tylko w przypadkach określonych w ustawie. Tym samym stwierdzić należy, że udzielenie zamówienia z wolnej ręki jest trybem szczególnym, dopuszczalnym tylko i wyłącznie w ściśle określonych przypadkach. W konsekwencji przesłanki umożliwiające zastosowanie tego trybu

powinny być interpretowane ściśle, a ich wykładnię rozszerzającą uznać należy za niedopuszczalną (por. m.in. uchwała KIO z dnia 15 marca 2018 r., sygn. akt KIO/KD 6/18). Podobnie wypowiedziała się Izba w wyroku z dnia 3 marca 2017 r., sygn. akt KIO 328/17, w którym stwierdzono, iż przesłanki uprawniające do zastosowania trybu z wolnej ręki powinny być interpretowane ściśle, jako wyjątek od zasady udzielania zamówień w podstawowych trybach przewidzianych w ustawie Pzp. To na Zamawiającym spoczywa obowiązek wykazania istnienia przesłanek do zastosowania tego trybu, a wykazanie to i zastosowanie trybu niekonkurencyjnego, jako odstępstwo od zasady udzielania zamówień w trybach konkurencyjnych, nie może budzić żadnych wątpliwości.

Przekładając powyższe na stan faktyczny sprawy stwierdzić należy, że Zamawiający zobligowany był zatem wykazać ziszczenie się wszystkich okoliczności wskazanych w art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp, tj., że:

a) miała miejsce wyjątkowa sytuacja;

b) tej wyjątkowej sytuacji Zamawiający nie mógł przewidzieć;

c) ta wyjątkowa sytuacja nie wynikała z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego;

d) ze względu na tę wyjątkową sytuację wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia;

e) nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Podkreślenia wymaga, że wszystkie ww. przesłanki muszą zostać spełnione kumulatywnie, a między nimi musi zachodzić związek przyczynowo - skutkowy.

W ocenie składu orzekającego Zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek wskazanych w art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Izba doszła do przekonania, że zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie pozwala na przyjęcie, że w przedmiotowym przypadku miała miejsce wyjątkowa sytuacja, a w dodatku, że tej wyjątkowej sytuacji Zamawiający nie mógł przewidzieć.

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby oraz poglądami doktryny przez pojęcie „wyjątkowej sytuacji", którym posłużono się w przepisie art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp, należy rozumieć zjawiska losowe i niezależne od Zamawiającego, takie jak klęski żywiołowe, katastrofy, awarie, wypadki. Specyfika wyjątkowej sytuacji musi powodować, że Zamawiający nie będzie w stanie przewidzieć jej wystąpienia. Sytuacja nieprzewidywalna to taka, której wystąpienie w normalnym toku rzeczy jest nieprawdopodobne, a nieprzewidywalność takiej sytuacji przez Zamawiającego powinna być postrzegana w kategoriach obiektywnych. W konsekwencji uznać należy, że „wyjątkowa sytuacja", o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp, jest co do zasady zjawiskiem losowym, obiektywnie nieprzewidywalnym.

Zamawiający nie przedstawił żadnej argumentacji ani dowodów mających potwierdzać, że udzielenie zamówienia było następstwem wstąpienia zjawisk nadzwyczajnym i niemożliwym do przewidzenia, bowiem za takie nie można uznać unieważnienie postępowania prowadzonego wcześniej w trybie konkurencyjnym lub też okoliczności związanych z przedłużającym się postępowaniem związanych z korzystaniem przez wykonawców ze środków ochrony prawnej. Są to okoliczności, które Zamawiający może a nawet powinien przewidzieć i zabezpieczyć odpowiedni bufor czasu niezbędnego na przeprowadzenie odpowiedniej procedury.

Izba stwierdziła, że rozpoznawanej sprawie Zamawiający działał opieszale na co wskazuje korelacja następujących terminów i dat. Jeśli chodzi o postępowanie dotyczące Zadania nr 2 to wskazać należy, że Zamawiający w tym zakresie wszczął postepowanie pod koniec grudnia 2020 r. Kolejno w dni 4 stycznia i 22 lutego 2021 r.

zostały złożone 2 odwołania. Pierwsze z nich zostało wycofane przez wykonawcę

natomiast sprawie ostatniego rozstrzygnięcie Izby zapadło w dniu 23 marca 2021 r. Natomiast zmiana przez Zamawiającego treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia została dokonana dopiero w dniu 28 maja 2021 r. a następnie 31 maja 2021 r. oraz 10 czerwca 2021 r. Nawet jeśli uznać, że Zamawiający otrzymał uzasadnienie wyroku Izby w połowie kwietnia 2021 r. jak twierdzi (16 kwietnia 2021 r.) to zwlekał z dokonaniem pierwszych zmian ponad miesiąc, natomiast ostatnie zmiany dokonane zostały po prawie 2 miesiącach. Nie budzi żadnych wątpliwości Izby, że Zamawiający miał świadomość, że tego rodzaju działanie pogłębia stan opóźnienia, w którym Zamawiający już wówczas się znajdował, ponieważ w uzasadnieniu zastosowanego trybu z wolnej ręki (umowy udzielone na 4 miesiące od 1 maja 2021 r. końca sierpnia 2021 r.) podał, że dotychczasowe umowy zawarte na terenach, które wchodzą w skład Zadania 2, 3 kończą się z dniem 30 kwietnia 2021 r. W celu zapewnienia ciągłości świadczonych usług Zamawiający zdecydował się na zawarcie umowy w trybie z wolnej ręki na okres 4 miesięcy.

Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 23 czerwca 2021 r. Na Zadanie nr 2 wpłynęła jedynie jedna oferta, która przewyższała budżet Zamawiającego. Nie było spornym, że w dniu 2 lipca 2021 r. Zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust.1 pkt 4 Pzp. Natomiast nowe postępowanie w zakresie tego zadania zostało wszczęte dopiero w ostatnich dniach lipca 2021 r. Zamawiający wiedząc, że termin umów z wykonawcami w trybie z wolnej ręki upływa za miesiąc, bo pod koniec sierpnia 2021 r. przez prawie miesiąc nie wszczął nowego postepowania co Izba ocenia jako działanie opieszałe, skutkujące przewlekłością.

Jeszcze bardziej jaskrawym przykładem braku sprawnych działań ze strony Zamawiającego jest Zadanie nr 3. Zamawiający w tym obszarze do momentu otwarcia ofert dopuścił się tych samych nieprawidłowości co przy Zadaniu nr 2 a jednocześnie przez okres ponad dwóch kolejnych miesięcy Zamawiający nie doprowadził do wyboru wykonawców w ramach tego zadnia, pomimo, iż wiedział, że termin umowy zawartej z wykonawcą z wolnej ręki upływał wraz z końcem sierpnia 2021 r. Zamawiający przez okres dwóch miesięcy zajmował się badaniem trzech ofert i nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty. Tymczasem w końcu sierpnia 2021 r. zawarł kolejna umowę w trybie z wolnej ręki. Skutkiem braku działania ze strony Zamawiającego jest brak rozstrzygnięcia w odpowiednim terminie.

Izba dostrzega zawirowania i kłopoty Zamawiającego związane z rotacją kadry oraz nieobecnościami pracowników w dziale zamówień publicznych niemniej jednak nie może to stanowić dostatecznego usprawiedliwienia dla wskazywanej przez Odwołującego przewlekłości w prowadzeniu postępowania. Za nietrafną należy uznać również argumentację Zamawiającego, który jako powód takiego a nie innego działania z jego strony wskazywał stan pandemii, który generował znaczną ilość nieobecności ze strony pracowników. Izba zgadza się z Zamawiającym występowanie pandemii wirusa SARS CoV-2 praktycznie od marca 2020 r. jest faktem notoryjnym nie wymagającym udowadniania. W związku z tym stwierdzić należy, że Zamawiający funkcjonując już tak długi okres w pandemii powinien był się zorientować, że generuje ona częste nieobecności ze strony pracowników z uwagi na ich przebywanie na zwolnieniu lekarskim, kwarantannie lub też konieczności sprawowania opieki nad dzieckiem. Zamawiający tego rodzaju okoliczności powinien był uwzględnić przy planowaniu czasu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i odpowiednio ten czas wydłużyć. Tym samym nie można uznać, że ww. okoliczności są takimi, których Zamawiający nie mógł przewidzieć i ująć w swoich planach. Co istotne, Zamawiający obecnie w toku postepowania odwoławczego powołuje się na wystąpienie tych okoliczności, które były nieprzewidziane i zaskoczyły Zamawiającego, co niestety nie ma odzwierciedlenia w dokumentacji postępowania prowadzonego dla udzielenia zamówienia z wolnej ręki zarówno w odniesieniu do Zadania nr 2 jak i Zadania nr 3. Zamawiający w protokołach z postępowań (w pkt 5 „Uzasadnienie wyboru trybu postępowania") oraz we wnioskach w sprawie wszczęcia postępowania czy też we wnioskach dotyczących wyboru trybu postępowania nie powołał się na podane okoliczności. Przyczyny tam podane są zupełnie inne. Tym samym stwierdzić należy, że argumentację przedstawioną przez Zamawiającego należy uznać za niepokrywającą się z tą wskazaną w dokumentacji postępowań zarówno dla Zadania nr 2 jak i dla

Zadania nr 3.

Zamawiający nie wykazał ponadto, aby wymagane było natychmiastowe wykonanie zamówienia. Zamawiający dopiero w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że „Utrzymanie czystości na terenie Miasta jest oczywistą koniecznością - podobnie jak przy wywozie odpadów, usługi te świadczone są stale i nieprzerwanie (co nie oznacza, że wszystkie czynności muszą być wykonywane codziennie), a brak stałego oczyszczania Miasta na negatywny wpływ na mieszkańców, ale także może stanowić zagrożenie dla ich zdrowia, a nawet życia". Tego rodzaju argumentacja nie została zawarta w uzasadnieniu zastosowania trybu z wolej ręki, w którym w zakresie obu zdań jako powód wskazano zapewnienie ciągłości wykonywania zadań statutowych Zamawiającego. Ponadto Zamawiający wskazał, że w ramach zdań zlecone zostaną zlecone zdania polegające na jednokrotnym lub dwukrotnym „wykoszeniu, zebraniu i utylizacji traw, odbitek i samosiewów wykonywaniu mechanicznego i/lub ręcznego oczyszczania dróg, chodników, placów i parkingów zgodnie z harmonogramem, usuwaniu roślinności porastającej chodniki". Zamawiający w uzasadnieniu odwołał się jedynie do konieczności zapewnienia ciągłości zadań statutowych nie wskazując przy tym, że przynajmniej część z tych usług musi być wykonana świadczone nieprzerwanie z wagi na zagrożenie zdrowia czy też życia mieszkańców co rodzi konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia. Z tych względów stwierdzić należy, że argumentacja zawarta w odpowiedzi na odwołanie oraz prezentowana w toku rozprawi jest dodaniem przez Zamawiającego nowych okoliczności, ponad te wskazane w treści uzasadnienia zastosowania trybu z wolnej ręki i nie może być brana pod uwagę, przy ocenie prawidłowości jego zastosowania.

Kolejno stwierdzić należy, że Zamawiający nie wykazał, aby zadania zlecone wykonawcy wymagały natychmiastowości działania. W tym miejscu zwrócić uwagę należy, że tryb zamówienia z wolnej ręki znajduje zastosowanie w sytuacjach wymagających szczególnie szybkiej reakcji w celu ochrony interesu, który może doznać uszczerbku w przypadku zbyt długiego oczekiwania na udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym stwierdzić należy, że zamówienie może być udzielone tylko w takim zakresie, w jakim wymagane jest natychmiastowe jego wykonanie. Natomiast natychmiastowość wykonania musi bezwzględnie wynikać z okoliczności, których wcześniej nie dało się przewidzieć, a potrzeba natychmiastowego zrealizowania zamówienia powinna być podyktowana koniecznością uniknięcia negatywnych skutków zaniechania niezwłocznego podjęcia działań.

W rozpoznawanym stanie faktycznym Zamawiający zlecił wykonanie zadań związanych z wykoszeniem, zebraniem i utylizacją traw, odbitek i samosiewów wykonywaniu mechanicznego i/lub ręcznego oczyszczania dróg, chodników, placów i parkingów zgodnie z harmonogramem, usuwaniu roślinności porastającej chodniki. Izba stanęła na stanowisku, że Zamawiający nie wykazał, aby wykonanie tych prac wymagało natychmiastowego wykonania z uwagi na konsekwencje zaniechania ich podjęcia. O ile Izba dostrzega pewne podobieństwo prac polegających na oczyszczaniu dróg, chodników, placów i parkingów do wywozu odpadów to nie znajduje go w odniesieniu chociażby do usuwaniu roślinności porastającej chodniki. W związku z tym Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał w sposób dostateczny również przesłanki związanej natychmiastowością wykonania zamówienia.

Jeśli chodzi o ostatnią z przesłanek dotyczącą możliwości zachować terminów określnych dla innych trybów udzielenia zamówienia to Zamawiający nie podjął nawet próby wykazania, że w przedmiotowym przypadku nie można było zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia, która to okoliczność również stanowi przesłankę zastosowania trybu z wolnej ręki, wskazaną w art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp. Zamawiający ani w uzasadnieniu przedstawionym w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia, ani w postępowaniu odwoławczym do powyższej kwestii w ogóle się nie odniósł. Tymczasem zauważenia wymaga, że terminy składania ofert w postępowaniach, których wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 1 Pzp, są relatywnie krótkie, ponieważ w przypadku usług jest to 7 dni (art. 283 Pzp). Tym samym Izba stwierdziła, że w

rozpoznawanej sprawie nie wskazał na jakiekolwiek okoliczności, które uniemożliwiłby udzielenie zamówienia na Zdaniem 2 i Zadanie 3 w trybie konkurencyjnym.

W zakresie naruszenia zasad uczciwej konkurencji Izba uznała z zasadne przywołanie poglądu wyrażonego uzasadnieniu wyroku z dnia 15 czerwca 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 775/20, który w pełni aprobuje i podziela, w którym stwierdzono m. in.: „Powyższa okoliczność ma kluczowe znaczenie, ponieważ tryb

udzielenia zamówienia z wolnej ręki w największym stopniu ogranicza konkurencję w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Skorzystanie przez zamawiającego z tego trybu, w sytuacji niespełnienia przesłanek umożliwiających jego zastosowania, prowadzi do naruszenia wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady uczciwej konkurencji, czyli fundamentalnej zasady systemu zamówień publicznych. W konsekwencji możliwość skorzystania z trybu zamówienia z wolnej ręki, bez konieczności przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w jednym z trybów przetargowych, traktować należy jako wyjątek i sytuację szczególną, co wiąże się z obowiązkiem wykazania przez zamawiającego wszystkich przesłanek zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, to zamawiający bowiem na taki wyjątek się powołuje i z tego faktu wywodzi skutek prawny”.

W kontekście powyższego zapatrywania nie budzi żadnych wątpliwości Izby, że Zamawiający udzielając zamówienia z wolnej ręki naruszył przepis art. 16 pkt 1 Pzp, określa zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ponieważ bezprawnie ograniczył konkurencję w prowadzonym postepowaniu a zamówienia udzielił jedynie wybranemu przez siebie wykonawcy.

Podsumowując powyższe rozważania Izba stwierdziła, iż wobec braku wykazania zaistnienia przesłanek określonych w art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp, Zamawiający naruszył przepisy ustawy udzielając obu zamówień w trybie z wolnej ręki, w tym zasadę uczciwej konkurencji wyrażoną w art. 16 pkt 1 Pzp a także przepis art. 17 ust. 2 Pzp przez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy - co skutkowało uwzględnieniem odwołania.

Zgodnie z art. 554 ust. 3 pkt 2 Pzp Izba uwzględniając odwołanie, jeżeli umowa została zawarta oraz zachodzi jedna z przesłanek, o których mowa w art. 457 ust. 1:

a) unieważnić umowę albo

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.

Jedną z przesłanek, o których mowa w art. 457 ust. 1 Pzp, wskazującym sytuacje, kiedy umowa ulega unieważnieniu, jest zastosowanie przez zamawiającego z naruszeniem przepisów ustawy trybu zamówienia z wolnej ręki (art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp). Mając na względzie, iż obie umowy w sprawie zamówienia publicznego zostały zawarte przez Zamawiającego w dniach 27 i 30 sierpnia 2021 r., a Zamawiający zastosował tryb zamówienia z wolnej ręki z naruszeniem art. 305 pkt 1 Pzp w zw. z 214 ust. 1 pkt 5 oraz art. 16 pkt 1 Pzp a także 17 ust. 2 Pzp, to zastosowanie w sprawie znalazł art. 554 ust. 3 pkt 2 Pzp.

W ocenie składu orzekającego okoliczności przedmiotowej sprawy uzasadniały zastosowanie sankcji wskazanej w art. 544 ust. 3 pkt 2 lit. c Pzp. Rozstrzygając w tym przedmiocie ocenie Izby podlegał całokształt okoliczności sprawy. Izba - zgodnie z art. 552 ust. 4 - uwzględniła wszystkie istotne okoliczności, w tym powagę naruszenia, zachowanie Zamawiającego oraz konsekwencje unieważnienia umowy. W szczególności Izba miała na względzie, iż w

rozpoznawanym przypadku mamy do czynienia z realizacją usług a zatem stwierdzić należy, że zwrot spełnionego świadczenia (o ile w ogóle byłby możliwy) nie byłby celowy. W szczególności, że jak zaznaczał w toku rozprawy Zamawiający część z zadań powierzonych wykonawcy związanych z oczyszczaniem dróg, chodników, placów i parkingów jest pożądana z punktu widzenia bezpieczeństwa mieszkańców co w ocenie Izby przesądza o tym, że jej utrzymanie leży w interesie publicznym. Z tych względów Izba mając na uwadze treść z art. 554 ust. 3 pkt 2 lit. c Pzp, Izba zdecydowała się nie unieważniać zwartych umów a nałożyć na Zamawiającego karę finansową.

Zgodnie z art. 563 Pzp kary finansowe, o których mowa w art. 554 ust. 3 pkt 2 lit. b oraz c, nakłada się na Zamawiającego w wysokości do 10% wartości wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w zawartej umowie, biorąc pod uwagę rodzaj i zakres naruszenia, za które kara jest orzekana, oraz wartość wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w zawartej umowie. Mając powyższe wytyczne na względzie, Izba uznała, że właściwe i proporcjonalne będzie nałożenie na Zamawiającego kary finansowej odpowiednio w wysokości 6 000 zł i 12 000 zł. Jednocześnie Izba zwraca uwagę, że według art. 567 ust. 1 Pzp karę finansową uiszcza się w terminie 30 dni od dnia uprawomocnienia się orzeczenia Izby lub sądu o nałożeniu kary finansowej, na rachunek bankowy Urzędu.

Jeśli chodzi o zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 254 ust. 1 w zw. z art. 129 ust. 2 Pzp to Izba stwierdziła, że są one bezprzedmiotowe i podlegają oddaleniu. Izba w tym zakresie podzieliła argumentację Przystępującego, który zasadnie wskazywał, że postawione zarzuty odnoszą się do postępowań prowadzonych przez Zamawiającego w trybie konkurencyjnym a nie z wolnej ręki a tym nie odnoszą się one do czynności czy też zaniechań Zamawiającego w rozpoznawanych postępowaniach (z wolnej ręki). Izba dostrzega, że wskazane zaniechanie po stronie Zamawiającego doprowadziło do sytuacji udzielenia zamówień z wolnej ręki na Zadanie 2 i 3 i jako takie mogą stanowić co najwyżej argumentację wspierającą zarzuty opisane powyżej. Jednak za nieprawidłowe należy uznać odrębne postawienie tego rodzaju zarzutów w ramach postępowań z wolnej ręki. Natomiast w zakresie zarzutów naruszenia art. 83 ust. 1 Pzp to Izba ustaliła, że są one postępowaniami tzw. „poniżej progów" a w takiej sytuacji zgodnie z art. 266 Pzp Zamawiający jest zwolniony ze stosowania przepisu art. 83 Pzp. W związku z tym Izba uznała zgłoszone zarzuty za chybione. Jeśli zaś chodzi o zarzut naruszenia art. 16 pkt 2 Pzp to Izba w działaniach zamawiającego nie dopatrzyła się naruszenia zasady przejrzystości prowadzenia postępowania. W związku z tym zarzut ten został przez Izbę również oddalony.

Zgodnie z art. 557 Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. W związku z tym Izba kosztami postepowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2685/21 i KIO 2689/21 zgodnie z art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 ust. 1 i ust. 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437) obciążyła Odwołującego i Zamawiającego. Izba oceniając ilość i wagę zarzutów uwzględnionych i oddalonych orzekła również o kosztach obciążając nimi w obu postępowaniach identycznie Zamawiającego w 2/3, zaś Odwołującego w 1/3. W poczet kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła kwotę wpisów 15 000 zł oraz kwotę 7 200 zł uiszczone przez wykonawcę Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (łącznie 22 200 zł) oraz kwotę 7 200 zł uiszczoną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika. W związku z tym Izba zasądza od zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 12 400,00 zł.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: