Sygn. akt: KIO 3221/23

WYROK

z dnia 17 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Banaszkiewicz

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 października 2023 r. przez wykonawcę WEGNER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Komendę Wojewódzką Policji w Łodzi

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w całości i nakazuje Zamawiającemu wykonanie czynności unieważnienia postępowania, ponieważ jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Komendę Wojewódzką Policji w Łodzi i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Zamawiającego Komendy Wojewódzkiej Policji w Łodzi na rzecz Odwołującego WEGNER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. z siedzibą w Poznaniu kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 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.

Przewodnicząca: ……

Sygn. akt: KIO 3221/23

UZASADNIENIE

Zamawiający: Komenda Wojewódzka Policji w Łodzi (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z odpowiednim zastosowaniem przepisów ustawy z 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz.1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia pn.: „Rewitalizacja Centrum Miasta Łodzi w obiekcie Policji przy ul. Sienkiewicza 28/30 i Tuwima 12 a realizowanego w ramach projektu „Rewitalizacja obszarowa Centr.." (Numer postępowania: FZ-2380/39/23/RK). Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 25 października 2023 r. pod nr 2023/BZP 00460143

Dnia 30 października 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu, na podstawie art. 513 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie złożył Wykonawca WEGNER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono wobec czynności wszczęcia i prowadzenia Postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia pomimo braku spełnienia warunków ustawowych do jego zastosowania.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 301 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 301 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wszczęcie i prowadzenie Postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia, pomimo że nie ziściły się wszystkie przesłanki do jego zastosowania tj. Zamawiający zaprosił wykonawców do negocjacji po terminie 3 miesięcy od dnia odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego;

2) art. 301 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez wszczęcie i prowadzenie Postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia, pomimo że nie ziściły się wszystkie przesłanki do jego zastosowania tj. odstąpienie od umowy w sprawie zamówienia publicznego nie nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy;

3) art. 301 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez wszczęcie i prowadzenie Postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia, pomimo że zakres zamówienia, poza robotami niezbędnymi do zakończenia robót budowlanych stanowiących przedmiot wcześniejszego zamówienia,

przewiduje również usunięcie usterek wyposażenia ruchomego, które zostało dostarczone w ramach umowy w sprawie zamówienia publicznego, od której odstąpił Zamawiający;

4) art. 301 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 491 §1 kodeksu cywilnego poprzez wszczęcie i prowadzenie Postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia, pomimo że nie ziściły się wszystkie przesłanki do jego zastosowania tj. zamawiający nie odstąpił skutecznie od umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 491 §1 kodeksu cywilnego, który stanowi: „Jeżeli jedna ze stron dopuszcza się zwłoki w wykonaniu zobowiązania z umowy wzajemnej, druga strona może wyznaczyć jej odpowiedni dodatkowy termin do wykonania z zagrożeniem, iż w razie bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu będzie uprawniona do odstąpienia od umowy", podczas gdy zamawiający przekazał oświadczenie o odstąpieniu od umowy 25 maja 2023 r., czyli przed wyznaczonym na dzień 27 maja 2023 r. dodatkowym terminem;

5) art. 301 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 491 §1 kodeksu cywilnego poprzez wszczęcie i prowadzenie Postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia, pomimo że nie ziściły się wszystkie przesłanki do jego zastosowania tj. zamawiający nie odstąpił skutecznie od umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 491 §1 kodeksu cywilnego bowiem zamawiający dokonał czynności wyznaczenia wykonawcy dodatkowego terminu przed upływem terminu realizacji umowy, czyli w momencie, w którym wykonawca nie był nawet w opóźnieniu względem terminu wynikającego z umowy;

6) naruszenie art. 301 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 491 §1 kodeksu cywilnego poprzez wszczęcie i prowadzenie Postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia, pomimo że nie ziściły się wszystkie przesłanki do jego zastosowania tj. zamawiający nie odstąpił skutecznie od umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 491 §1 kodeksu cywilnego, który wprost odnosi się do „zwłoki w wykonaniu zobowiązania z umowy wzajemnej", zaś wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za niewykonanie umowy w terminie;

7) naruszenie art. 301 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 491 §1 kodeksu cywilnego poprzez wszczęcie i prowadzenie Postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia, pomimo że nie ziściły się wszystkie przesłanki do jego zastosowania tj. zamawiający nie odstąpił skutecznie od umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 491 §1 kodeksu cywilnego bowiem termin dodatkowy wyznaczony przez zamawiającego nie był „odpowiedni" w świetle art. 491 §1 kodeksu cywilnego;

8) art. 302 ustawy Pzp w zw. z art. 301 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 268 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp i art. 269 ust. 2 ustawy Pzp i § 2 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2020 r. poz. 2439] w zw. z art. 16 ustawy Pzp i art. 255 pkt 6 ustawy Pzp poprzez sporządzenie uzasadnienia faktycznego zastosowanego trybu

negocjacji bez ogłoszenia w sposób, który uniemożliwia dokonane oceny spełnienia przesłanek zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 301 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zatem Zamawiający nie zrealizował kluczowego dla tej oceny obowiązku informacyjnego wymaganego przepisami ustawy Pzp i przepisów wykonawczych do ustawy Pzp.

Odwołujący wnosił o:

1) uwzględnienie odwołania;

2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie Postępowania, które obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;

3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w tym kosztów zastępstwa procesowego;

4) dopuszczenie dowodu z dokumentów wymienionych w treści uzasadnienia na wykazanie okoliczności tam wskazanych.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania. Odwołujący wskazał, że jest podmiotem oferującym na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, a zatem posiada status wykonawcy w świetle ustawy Pzp. Z kolei w wyniku bezpodstawnego w jego ocenie zastosowania przez Zamawiającego niekonkurencyjnego trybu negocjacji bez ogłoszenia, Odwołujący został pozbawiony możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia, do którego realizacji posiada potencjał. W sytuacji bowiem, gdyby Zamawiający prowadził postępowanie w trybie konkurencyjnym Wykonawca złożyłby ofertę mając realne szanse na uzyskanie zamówienia. Konsekwencją powyższego jest pozbawienie Odwołującego potencjalnego zysku związanego z realizacją przedmiotowego zamówienia publicznego, co stanowi szkodę.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 25 października 2023 r. Od tej czynności Zamawiającego należy liczyć termin na odwołanie się od bezpodstawnie zastosowanego trybu negocjacji bez ogłoszenia, który upłynął w dniu 30 października 2023 r.

Wpis od odwołania w kwocie 10 000,00 złotych (dziesięć tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

W uzasadnieniu zarzutu nr 1 odwołania Odwołujący podał, że udzielając zamówienia na podstawie przesłanki, o której mowa w art. 301 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający zaprasza, w terminie 3 miesięcy od dnia odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego, do negocjacji co najmniej tych wykonawców, którzy złożyli oferty we wcześniejszym postępowaniu, z wyjątkiem wykonawcy, z którym została zawarta umowa, od której zamawiający odstąpił. Termin 3 miesięcy jest nieprzekraczalny i niewystosowanie zaproszenia w tym terminie jest równoznaczne z brakiem możliwości powołania się na komentowaną przesłankę zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia. Odwołujący wskazał, że z protokołu postępowania wynika, że zaproszenie do negocjacji zostało skierowane do wykonawców w dniu 5 września 2023 r. Biorąc pod uwagę fakt, że odstąpienie od umowy w sprawie zamówienia publicznego nastąpiło w dniu 25 maja 2023 r., 3-miesięczny termin wynikający z art. 301 ust. 2 ustawy Pzp został zdaniem Odwołującego przez Zamawiającego przekroczony.

W uzasadnieniu zarzutu nr 2 Odwołujący wskazał, że przepis art. 301 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp bezwzględnie wymaga jako przesłankę zastosowania tego trybu, aby odstąpienie od umowy w sprawie zamówienia publicznego nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Tymczasem Odwołujący wskazał, że odstąpienie od umowy nr 4/2021 z dnia 07 stycznia 2021r. nie zostało spowodowane przez okoliczności leżące po stronie Wykonawcy (Odwołującego), ponieważ niemożliwość dotrzymania terminu wykonania umowy spowodowana została okolicznościami przez niego niezawinionymi, w tym za sprawą skutków pandemii COVID-19 oraz wybuchu wojny w Ukrainie. Okoliczności te mają w ocenie Odwołującego charakter siły wyższej o wymiarze globalnym i ich wpływ na realizację zobowiązań umownych ma charakter faktu notoryjnego.

W uzasadnieniu zarzutu nr 3 Odwołujący wskazał, że zakres zamówienia, poza robotami niezbędnymi do zakończenia robót budowlanych stanowiących przedmiot wcześniejszego zamówienia, przewiduje również usunięcie usterek wyposażenia ruchomego, dostarczonego przez Odwołującego w ramach umowy w sprawie zamówienia publicznego, od której Zamawiający odstąpił.

W uzasadnieniu zarzutów nr 4 i 5 Odwołujący wskazał, że pismem datowanym na dzień 25 kwietnia 2023 r. Zamawiający wyznaczył wykonawcy dodatkowy termin realizacji umowy do dnia 27 maja 2023 r., a następnie oświadczeniem przesłanym wykonawcy dnia 25 maja 2023 r. od umowy odstąpił na podstawie art. 491 §1 kodeksu cywilnego. Odwołujący zauważył, że termin realizacji umowy dotyczącej wcześniejszego zamówienia upływał 28 kwietnia 2023 r. Tym samym wyznaczenie terminu dodatkowego przez Zamawiającego nastąpiło przed terminem realizacji umowy, a zatem w momencie, w którym wykonawca nie był nawet w opóźnieniu. Art. 491 §1 kodeksu cywilnego stanowi z kolei wprost: „Jeżeli jedna

ze stron dopuszcza się zwłoki w wykonaniu zobowiązania z umowy wzajemnej, druga strona może wyznaczyć jej odpowiedni dodatkowy termin (...}". Po drugie oświadczenie o odstąpieniu zostało złożone wykonawcy 25 maja 2023 r., a zatem przed wyznaczonym na dzień 27 maja 2023 r. terminem dodatkowym. W świetle art. 491 §1 kodeksu cywilnego odstąpienie od umowy było przedwczesne. Przepis jasno stanowi, że uprawnienie to powstaje dopiero w razie bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu. Z tych przyczyn odstąpienie należy uznać za bezskuteczne.

Odwołujący wskazał, że okoliczności przywołane w uzasadnieniu zarzutów od 2 do 4 potwierdzają, że zamawiający nie odstąpił skutecznie od umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 491 §1 kodeksu cywilnego, który wprost odnosi się do „zwłoki w wykonaniu zobowiązania z umowy wzajemnej", zaś wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za niewykonanie umowy w terminie. Argumentacja oraz dowody przywołane w uzasadnieniu tych zarzutów ma pełne zastosowanie do zarzutu oznaczonego jako 6

W uzasadnieniu zarzutu 7 Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie mógł powołać się na przesłankę z art. 301 ust. 1 pkt 4 Pzp także z tej przyczyny, że zamawiający nie odstąpił skutecznie od umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 491 §1 kodeksu cywilnego, bowiem termin dodatkowy wyznaczony przez zamawiającego nie jest „odpowiedni" w świetle art. 491 §1 kodeksu cywilnego. Termin ten został wyznaczony do dnia 27 maja 2023 roku, podczas gdy termin wykonania umowy upływał 28 kwietnia 2023 roku. Zamawiający wyznaczył zatem zaledwie miesięczny dodatkowy termin, który był terminem nierealnym w warunkach realizacji umowy. Termin „odpowiedni" to taki, który powinien umożliwiać dłużnikowi spełnienie jego świadczenia.

W uzasadnieniu zarzutu nr 8 Odwołujący podniósł, że ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy musi spełniać wszystkie wymagania, jakie wymagane są przepisami dla ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy. Jest to tym bardziej istotne, że dla wykonawców dotkniętych skutkami zastosowania trybu niekonkurencyjnego, termin zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy otwiera termin na zaskarżenie podstaw jego zastosowania. Po tym terminie zamawiający może zawrzeć umowę oraz korzystać z dobrodziejstw skutków przewidzianych w art. 457 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Tym bardziej zatem konieczne jest, aby ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy, pozwalało na wniesienie w sposób skuteczny środków ochrony prawnej. Zapewnia to prawidłowa realizacja obowiązku informacyjnego. W świetle art. 258 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w Biuletynie Zamówień Publicznych zamieszcza się ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, przy czym w świetle art. 269 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający zamieszcza ogłoszenie w Biuletynie Zamówień Publicznych, przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, za pomocą formularzy umieszczonych na stronach portalu internetowego Urzędu. W § 2 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i

Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2020 r. poz. 2439) określono zakres informacji zawartych w ogłoszeniach zamieszczanych w BZP dla ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy (załącznik nr 2), tj. m.in. dotyczących trybu udzielenia zamówienia (pkt 4) obejmujących uzasadnienie faktyczne i prawne wyboru trybu zamówienia negocjacji bez ogłoszenia (ppkt 2], Z powyższego wynika zatem, iż na zamawiających nałożone zostały określone obowiązki informacyjne, w tym w szczególności dotyczące przedstawienia uzasadnienia faktycznego i prawnego trybu negocjacji bez ogłoszenia, jak wskazano w opinii UZP

powyżej, powyższa czynność zamawiającego (przedstawienie uzasadnienia faktycznego] ma kluczowe znacznie dla wykonawców potencjalnie zainteresowanych danym zamówieniem, którzy na podstawie zamieszczonego właśnie w Biuletynie Zamówień Publicznych uzasadnienia wybranego trybu dokonują oceny prawidłowości czynności zamawiającego, przede wszystkim z uwagi na ewentualność skorzystania ze środków ochrony prawnej.

Zamawiający w dniu 9 listopada 2023 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający podniósł brak właściwości KIO do jego rozpoznania ze względu na sformułowany przez Odwołującego zarzut naruszenia art. 301 ust. 2 ustawy Pzp, z treści oświadczenia składanego także w tym postępowaniu wynika, że Odwołujący kwestionuje skuteczne odstąpienie od umowy zawartej z nim w dniu 07.01.2021r. nr 4/2021/Kb, której przedmiotem było opracowanie dokumentacji projektowych oraz wykonanie prac w ramach zadania pn. „Rewitalizacja Centrum Miasta Łodzi w obiekcie Policji przy ul. Sienkiewicza 28/30 oraz przy ul. Tuwima 12a" realizowanego w ramach projektu „Rewitalizacja Obszarowa Centrum Łodzi - Projekt 2" współfinansowanego z środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Łódzkiego na lata 2014-2020". Zgodnie z art. 301 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający zaprasza, w terminie 3 miesięcy od dnia odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego, do negocjacji co najmniej tych wykonawców, którzy złożyli oferty we wcześniejszym postępowaniu, z wyjątkiem wykonawcy, z którym została zawarta umowa, od której zamawiający odstąpił.

Skoro zatem, wg twierdzenia Odwołującego, miałoby nie nastąpić skuteczne odstąpienie od umowy, a KIO nie posiada w ocenie Zamawiającego kompetencji do badania skuteczności tej czynności, to uznać należy, że podniesiony zarzut naruszenia art. 301 ust. 2 ustawy Pzp w niniejszym postępowaniu nie może być skutecznie podniesiony przez Odwołującego i bezprzedmiotowym jest rozważanie przez Izbę rozstrzyganie o naruszeniu terminu wskazanego w tym przepisie.

Na wypadek nieuwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą powyższego poglądu Zamawiający wskazał, iż ponowne zaproszenie wykonawców do negocjacji w trybie art. 301

ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jako czynność kwestionowana przez odwołującego, było w ocenie zamawiającego czynnością prawnie dopuszczalną z poniższych względów:

1) nastąpiło zachowanie 3-miesięcznego terminu wskazanego w art. 301 ust. 2 ustawy Pzp, ponieważ pierwotne zaproszenie do negocjacji wykonawców, którzy złożyli oferty we wcześniej toczącym się postępowaniu, nastąpiło w tymże terminie ustawowym,

2) do zawarcia umowy z wykonawcą wyłonionym w ramach negocjacji wskazanych w pkt 1 nie doszło z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi zamawiający, a postępowanie było formalnie zakończone unieważnieniem, z powodu uchylenia się wykonawcy od zawarcia umowy,

3) ponowne zaproszenie wykonawców do negocjacji w tym trybie stanowiło wyłącznie konsekwencję uchylenia się wykonawcy (pkt 2) i czynność ta nie powinna być poddawana już badaniu w ramach terminu 3 miesięcy z art. 301 ust. 2 ustawy Pzp; wobec uznania, iż stanowiła ona kontynuację postępowania zapoczątkowanego pierwotnym zaproszeniem, 4) po uchyleniu się przez wykonawcę od zawarcia umowy, zaproszenie do negocjacji dotyczyło tego samego przedmiotu postępowania oraz dotychczasowego wykonawcy zaproszonego do negocjacji.

Skoro Izba swoją kognicją nie może objąć zarzutów nie zawartych w odwołaniu (art. 555 ustawy Pzp), a zarzut naruszenia art. 301 ust. 2 ustawy Pzp w okolicznościach niniejszej sprawy nie może być uwzględniony, to już tylko z tego względu odwołanie powinno zdaniem zamawiającego podlegać oddaleniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zamawiający podczas posiedzenia i rozprawy wnosił o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu nr 1 z uwagi na brak interesu Odwołującego na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp. Izba oddaliła wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu nr 1 z uwagi na to, że Odwołujący wykazał posiadanie interesu we wniesieniu odwołania również w zakresie zarzutu nr 1. Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Interes we wniesieniu odwołania wynika z faktu, iż gdyby Zamawiający prowadził postępowanie w trybie konkurencyjnym odwołujący mógłby złożyć ofertę mając realne szanse na uzyskanie zamówienia.

Przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego lub odwołującego w ustawowym terminie nie zgłosił żaden wykonawca.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołania, odpowiedzi na odwołanie, pisma procesowego złożonego przez Odwołującego wraz z załącznikami.

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron i zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie w całości należało uwzględnić.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia pn.: „Rewitalizacja Centrum Miasta Łodzi w obiekcie Policji przy ul. Sienkiewicza 28/30 i Tuwima 12 a realizowanego w ramach projektu „Rewitalizacja obszarowa Centr.." (Numer postępowania: FZ-2380/39/23/RK). Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 25 października 2023 r. Zamawiający w uzasadnieniu zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia wskazał, że „W postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego, nr sprawy (Kb-VI-2380/32/20/KK] FZ-2380/25/20/SS, Zamawiający na podstawie art. 491 KC odstąpił od umowy z winy wykonawcy tj. niedotrzymania terminu wskazanego w umowie." Zamawiający odstąpił od umowy z dnia 7 stycznia 2021 r. zawartej z konsorcjum, którego liderem był Odwołujący. Oświadczenie o odstąpieniu od umowy zostało doręczone Odwołującemu 25 maja 2023 r. Zamawiający wskazał, że odstąpienie nastąpiło z winy wykonawcy. 14 lipca 2023 r. Zamawiający skierował zaproszenia do negocjacji do pozostałych wykonawców biorących udział w poprzednio prowadzonym postępowaniu. Dodatkowo został zaproszony do negocjacji jeden wykonawca spoza tego grona. Postępowanie odnośnie zadania nr 2 zostało unieważnione przez Zamawiającego dnia 25 sierpnia 2023 roku, a odnośnie zadania nr 1 dnia 4 września 2023 roku. Do unieważnienia postępowania w zakresie zadania nr 1 doszło z uwagi na uchylenie się przez wykonawcę od zawarcia umowy, a postępowanie w zakresie zadania nr 2 zostało unieważnione w związku z tym, że Zamawiający nie miał środków niezbędnych do realizacji tego zadania. 5 września 2023 r. Zamawiający wysłał zaproszenia do negocjacji do wykonawców, do których skierowane były zaproszenia z 14 lipca 2023 r., dodatkowo zapraszając jednego wykonawcę spoza tego grona. Odwołujący w złożonym odwołaniu kwestionuje możliwość zastosowania przez Zamawiającego trybu negocjacji bez ogłoszenia.

Rozpoznanie sprawy przez Izbę dotyczyło tego, czy Zamawiający był uprawniony do zastosowania w prowadzonym postępowaniu niekonkurencyjnego trybu jakim jest tryb negocjacji bez ogłoszenia. W ocenie Izby Zamawiający nie wykazał, że mógł zastosować ten tryb. Zdaniem Izby zarzutem najdalej idącym był zarzut oznaczony w odwołaniu nr 8 dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 302 ustawy Pzp w zw. z art. 301 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 268 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp i art. 269 ust. 2 ustawy Pzp i § 2 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych w zw. z art. 16 ustawy Pzp i art. 255 pkt 6 ustawy Pzp poprzez sporządzenie uzasadnienia faktycznego zastosowanego trybu negocjacji bez ogłoszenia w sposób, który uniemożliwia dokonane oceny spełnienia przesłanek zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 301 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zatem Zamawiający nie zrealizował kluczowego dla tej oceny obowiązku informacyjnego wymaganego przepisami ustawy Pzp i przepisów wykonawczych do ustawy Pzp.

Tryb negocjacji bez ogłoszenia jest jednym z trybów niekonkurencyjnych. Dla jego zastosowania niezbędne jest wykazanie przez Zamawiającego spełnienia przesłanek określonych w art. 301 ustawy Pzp. W przedmiotowej sprawie Zamawiający jako podstawę prawną zastosowanego trybu wskazał art. 301 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, który stanowi, że: „1. Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, jeżeli: (…)

> 4) w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia na roboty budowlane zamawiający odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy i udzielenie zamówienia jest niezbędne do zakończenia robót budowlanych stanowiących przedmiot wcześniejszego zamówienia.”

Należy zwrócić również uwagę na art. 301 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że:

„2. W przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 4, zamawiający zaprasza, w terminie 3 miesięcy od dnia odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego, do negocjacji co najmniej tych wykonawców, którzy złożyli oferty we wcześniejszym postępowaniu, z wyjątkiem wykonawcy, z którym została zawarta umowa, od której zamawiający odstąpił.” W uzasadnieniu faktycznym ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy Zamawiający powinien zawrzeć informacje pozwalające wykonawcom zainteresowanym realizacją zamówienia na dokonanie oceny, czy Zamawiający zastosował właściwy tryb, zwłaszcza że znacznie ogranicza on krąg wykonawców biorących udział w postępowaniu. W przedmiotowej sprawie Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym ograniczył się wyłącznie do wskazania numeru poprzedniego postępowania oraz podstawy prawnej odstąpienia od umowy. Uzasadnienie faktyczne ograniczyło się wyłącznie do jednego zdania: „W postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego, nr sprawy (Kb-VI-2380/32/20/KK] FZ-

2380/25/20/SS, Zamawiający na podstawie art. 491 KC odstąpił od umowy z winy wykonawcy tj. niedotrzymania terminu wskazanego w umowie." Jak wynika z powyżej wskazanych przepisów Zamawiający jest uprawniony do zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia we wskazanym terminie, jeżeli odstąpił od umowy w sprawie zamówienia publicznego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy i udzielenie zamówienia jest niezbędne do zakończenia robót budowlanych stanowiących przedmiot wcześniejszego zamówienia. W ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy Zamawiający nie wskazał chociażby terminu zawarcia umowy, od której odstąpił. Nie wskazał również daty, w której doszło do odstąpienia. Nie wskazał także, czy zachował 3-miesięczny termin na zaproszenie wykonawców do negocjacji bez ogłoszenia oraz nie wskazał, czy do negocjacji został zaproszony przynajmniej krąg wykonawców określony w przepisach. Nie skonkretyzował przyczyn, z powodu których doszło do odstąpienia od umowy, wskazał jedynie, że wykonawca nie dotrzymał terminu wskazanego w umowie co samo w sobie nie musi świadczyć o jego winie oraz o tym, że do odstąpienia od umowy doszło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Zamawiający nie wskazał także, że zamówienie jest niezbędne do zakończenia robót budowlanych stanowiących przedmiot wcześniejszego zamówienia. Należy w związku z tym stwierdzić, że nie odniósł się do poszczególnych przesłanek z art. 301 ust. 1 pkt. 4 i ust. 2 ustawy Pzp

Mając na uwadze powyższe zdaniem Izby Zamawiający nie udźwignął ciężaru wykazania, że w przedmiotowej sprawie mógł zastosować tryb negocjacji bez ogłoszenia. Uzasadnienie faktyczne zastosowanego trybu zawarte w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy nie dawało możliwości każdemu potencjalnemu wykonawcy dokonania oceny prawidłowości zastosowanego trybu, a co za tym idzie skorzystania ze środków ochrony prawnej.

W związku z uwzględnieniem zarzutu najdalej idącego, zgodnie z którym Zamawiający nie wykazał, że był uprawniony do zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia należy stwierdzić odnośnie zarzutu nr 1 odwołania, że Zamawiający nie wykazał, że ziściła się przesłanka do jego zastosowania tj. że Zamawiający zaprosił wykonawców do negocjacji w terminie 3 miesięcy od dnia odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający w uzasadnieniu ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy nie zawarł informacji dotyczącej terminu zaproszenia wykonawców do negocjacji. Jak wskazano powyżej nie wskazał również kręgu zaproszonych do negocjacji wykonawców. W toku postępowania zostało wykazane, że wykonawcy zostali zaproszeni do negocjacji dwukrotnie. Pierwszy raz 14 lipca 2023 r., postępowanie dla obu części zostało unieważnione. Następne zaproszenia zostały wystosowane 5 września 2023 r., tj. po upływie 3-miesięcznego terminu określonego w ustawie. Zamawiający powinien te informacje zamieścić w ogłoszeniu.

Odnosząc się do zarzutów nr 2, 4, 5, 6 i 7 odwołania należy również stwierdzić, że Zamawiający nie udźwignął ciężaru wykazania, że odstąpił on od uprzednio zawartej umowy

z przyczyn leżących po stronie wykonawcy oraz że odstąpienie to nastąpiło z jego winy. Zamawiający nie wskazał, że w świetle art. 491 §1 kodeksu cywilnego był uprawniony do odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (z jego winy). Izba dokonała oceny prawidłowości decyzji Zamawiającego w świetle uzasadnienia faktycznego zawartego w ogłoszeniu. Kwestie podnoszone przez Zamawiającego podczas rozprawy nie zostały chociażby zasygnalizowane w uzasadnieniu faktycznym zastosowania trybu.

Zamawiający nie wykazał również, odnosząc się do zarzutu nr 3 odwołania, że zamówienie jest niezbędne do zakończenia robót budowlanych stanowiących przedmiot wcześniejszego zamówienia. W uzasadnieniu nie odniósł się w ogóle do tej przesłanki. Podczas rozprawy Zamawiający wskazał, że na dzień 25 kwietnia 2023 roku na Tuwima zostało wykonanych 90%, zaś na Sienkiewicza ok. 80% robót. Jak wskazano jednak powyżej Izba dokonała oceny decyzji Zamawiającego w oparciu o uzasadnienie faktyczne zawarte w ogłoszeniu.

Reasumując Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w całości wobec czego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 1 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. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Zamawiającego.

Przewodnicząca: …….