**Sygn. akt KIO 1415/17**

**WYROK**
**z dnia 24 lipca 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Barbara Bettman**

**Członkowie: Agnieszka Trojanowska**

**Ewa Sikorska**

**Protokolant: Sylwia Muniak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 lipca 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **10 lipca 2017 r.** przez wykonawcę: **S. P. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul (...),** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Miasto C. z siedzibą, ul.(...), reprezentowana przez C. Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. z siedzibą w S., ul. (…),** zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego:
**R. Sp. z o.o., ul. (…) -** po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **S. P. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul (...),**
3. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **S. P. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul (...),** tytułem wpisu od odwołania.

1

---

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, 831, 996 i z 2016 r., poz. 1020, 1250, 1265, 1579, 2260 z 2017 r. poz. 933) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Częstochowie.**

**Przewodniczący: ……**

**Członkowie: ……**

**……**

2

---

**Sygn. akt: KIO 1415/17**

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

W postępowaniu o zamówienie z wolnej ręki na „Odbiór i transport odpadów powstających na nieruchomościach zamieszkałych i nieruchomościach, na których nie zamieszkują mieszkańcy z terenu Gminy Miasta C., obsługę punktów selektywnej zbiórki oraz zagospodarowanie niektórych frakcji odpadów selektywnie odbieranych," ogłoszenie o udzieleniu zamówienia opublikowane w dniu 7 lipca 2017 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (…), w dniu 10 lipca 2017 r. zostało wniesione na piśmie odwołanie przez firmę: S. P. Sp. z o.o. z siedzibą w C., (dalej zwany także „odwołującym"). Odwołanie wniesiono wobec czynności udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki o szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, o której odwołujący powziął wiadomość w dniu 5 i 7 lipca 2017 r. z ogłoszeń o udzieleniu zamówienia. Kopia odwołania została doręczona zamawiającemu w tym samym terminie.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2

ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 10 lipca 2017 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego w trybie art. 185 ustawy Pzp złożył w dniu 11 lipca 2017 r. po stronie zamawiającego wykonawca, któremu udzielono zamówienia - R. Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w kopii przekazane stronom.

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę R. Sp. z o. o. do udziału w postępowaniu odwoławczym, gdyż przesłanki wymienione w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały wykazane. Odwołanie wniesiono wobec zastosowania z naruszeniem ustawy Pzp trybu zamówienia z wolnej ręki i udzielenia na podstawie art. 67 ust 1 pkt 3 Pzp spółce R. Sp. z o. o. zamówienia na „Odbiór i transport odpadów powstających na nieruchomościach zamieszkałych i nieruchomościach, na których nie zamieszkują mieszkańcy z terenu Gminy Miasta C., obsługi punktów selektywnej zbiórki oraz zagospodarowania niektórych frakcji odpadów selektywnie odbieranych.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: Gminie Miasto C., reprezentowanej przez C. Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o., że ten wadliwie udzielił zamówienia w trybie z wolnej ręki, czym naruszył przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, 831, 996 i z 2016 r., poz. 1020, 1250, 1265, 1579, 2260 z 2017 r. poz. 933), tj.:

3

---

1. art. 67 ust 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust 1 i 3 Pzp, poprzez zastosowanie trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki w sytuacji, w której brak jest ustawowych przesłanek stanowiących podstawę udzielenia zamówienia z wolnej ręki wskazanych w art. 67 ust 1 pkt 3, tj. pomimo nie zaistnienia wyjątkowej sytuacji niewynikającej z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, ani też nie wystąpiła wymagalność natychmiastowego wykonania zamówienia, w tym w szczególności nie wystąpiła sytuacja, w której powyższe przesłanki ziściły się łącznie, co jest obligatoryjnym warunkiem udzielenia zamówienia w trybie art. 67 ust 1 pkt 3 Pzp,

2. art. 7 ust 1 i 3 Pzp poprzez rażące naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, polegające na zastosowaniu niekonkurencyjnego wyjątkowego trybu udzielenia zamówienia, pomimo braku przesłanek ustawowych uzasadniających zastosowanie procedury udzielenia zamówienia z wolnej ręki i w konsekwencji niezgodne z regulacjami Pzp wyeliminowanie innych wykonawców i pozbawienie ich szansy uzyskania zamówienia,

3. oraz naruszenia innych przepisów wynikających z treści niniejszego odwołania.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz w związku z zaistnieniem przesłanki, o której mowa w art. 146 ust 1 pkt. 1 Pzp o podjęcie działań przewidzianych w art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. a-c Pzp, tj. orzeczenie o:

- unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia zawartej przez zamawiającego w trybie zamówienia z wolnej ręki z wykonawcą R. Sp. z o.o. z siedzibą w W., ewentualnie
- unieważnieniu umowy zawartej przez zamawiającego w trybie zamówienia z wolnej ręki z R. Sp. z o.o. z siedzibą w W. w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożeniu stosownej kary finansowej, ewentualnie
- nałożeniu stosownej kary finansowej.

Odwołujący wyjaśniał, że ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w trybie z wolnej ręki ukazało się w Biuletynie Informacji Publicznej C. Sp. z o.o. z siedzibą w S. w dniu 5 lipca 2017 r. W ocenie S. w świetle art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp z dniem 6 lipca 2017r. rozpoczął się bieg terminu do wniesienia odwołania wobec czynności zamawiającego tj. wobec udzielenia zamówienia w trybie art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp, gdyż w tym dniu odwołujący pozyskał z oficjalnego Biuletynu Informacji Zamawiającego wiadomość o udzieleniu zamówienia w trybie z wolnej ręki, które uznał za naruszenie przepisów Pzp. Dodatkowo w dniu 7 lipca 2017 r. opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o udzieleniu zamówienia (…).

4

---

Odwołujący stwierdził, że posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż w dniu 6

kwietnia 2017 r. opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o [udzieleniu] zamówienia na „Odbiór i transport odpadów powstających na nieruchomościach zamieszkałych i nieruchomościach, na których nie zamieszkują mieszkańcy z terenu Gminy Miasta C., obsługi punktów selektywnej zbiórki oraz zagospodarowania niektórych frakcji odpadów selektywnie odbieranych, obsługi punktów selektywnej zbiórki oraz zagospodarowania niektórych frakcji odpadów selektywnie zbieranych. Nr …" („Ogłoszenie pierwotne" z dnia 6.04.2017 r).

Ostateczny termin na składanie ofert w toku ww. postępowania wyznaczono na dzień 19 maja 2017 r. Postępowanie podzielone zostało na 3 (trzy) części. Zamawiający nie wprowadził ograniczenia co do ilości części, na które wykonawcy mogli składać oferty.

W ww. postępowaniu na Część I, II, III oferty złożyli dwaj wykonawcy:
- S. P. Sp. z o.o. z siedzibą w C., oraz
- konsorcjum firm: R. Sp. z o.o. z siedzibą w W. wraz z R. S. Sp. z o.o. z siedzibą w C.

Zamawiający w dniu 31 maja 2017 r. ogłosił, w zakresie części I, II i III zamówienia wybór oferty konsorcjum R. jako oferty najkorzystniejszej.

Wyrokiem z dnia 4 lipca 2017 r., sygn. akt: KIO 1177/17 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła w części zarzuty podniesione przez S. i w konsekwencji:
- unieważniła czynność wyboru oferty konsorcjum R. na część I, II i III zamówienia
- nakazała zamawiającemu odrzucić ofertę konsorcjum R. złożoną w ramach części I, II i III zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp, tj. z uwagi na brak należytego wniesienia wadium i zabezpieczenia oferty
- nakazała dokonanie ponownej weryfikacji ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący podał, że jest wykonawcą, którego oferta zajęła drugie miejsce w przedmiotowym przetargu. Poza ofertą S. i konsorcjum R. nie złożono w pierwotnym postępowaniu przetargowym żadnej innej oferty.

Odwołujący zaznaczał, że jednocześnie zamawiający zawarł z R. Sp. z o.o. z siedzibą w W. w trybie z wolnej ręki umowę o udzielenie zamówienia w analogicznym do pierwotnego zamówienia przedmiocie. Powyższe nastąpiło, pomimo możliwości udzielenia zamówienia uzupełniającego, przewidzianej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w punkcie 18.3, stanowiącej podstawę realizacji dotychczasowych usług odbioru odpadów przez odwołującego S. w latach 2015 - 2017 na rzecz zamawiającego. Zdaniem odwołującego skorzystanie z zastrzeżenia udzielenia zamówienia uzupełniającego



zapewniłoby, zgodnie z obowiązującymi przepisami Pzp, odbiór i wywóz odpadów na terenie miasta Częstochowy do czasu wyboru nowego wykonawcy w postępowaniu przetargowym.

Z powyższego odwołujący wywodził, że niezgodne z przepisami Pzp działania zamawiającego, naruszają interes S. polegający na pozbawieniu spółki szansy zgodnego z prawem uzyskania przedmiotowego zamówienia, co powoduje potencjalną szkodę po stronie odwołującego związaną z nieuzyskaniem zamówienia, zatem istnienie po stronie S. interesu w uzyskaniu zamówienia uznał za bezsprzeczne.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący powtórzył, że:

Jak wskazał powyżej zamawiający w dniu 6 kwietnia 2017 r. wszczął procedurę udzielenia zamówienia na „Odbiór i transport odpadów powstających na nieruchomościach zamieszkałych i nieruchomościach, na których nie zamieszkują mieszkańcy z terenu Gminy Miasta C., obsługa punktów selektywnej zbiórki oraz zagospodarowanie niektórych frakcji odpadów selektywnie odbieranych."

W postępowaniu oferty złożyli dwaj wykonawcy: konsorcjum (R. Sp. z o.o. z siedzibą w W. oraz R. Serwis Sp. z o.o. z siedzibą w C. oraz odwołujący. W dniu 31 maja 2017 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty konsorcjum R., co zostało skutecznie zaskarżone przez odwołującego do Krajowej Izby Odwoławczej.

W wyroku z dnia 4 lipca 2017 r. KIO, sygn. akt 1177/17 KIO nakazała zamawiającemu odrzucić ofertę konsorcjum. Postępowanie przetargowe nie zostało unieważnione. Na podstawie powyższego wyroku, według odwołującego jedyną zgodną z treścią SIWZ ofertą złożoną w postępowaniu jest oferta wykonawcy S. P. Sp. z o.o. z siedzibą w C.

Odwołujący ponowił, że w powyższych okolicznościach zamawiający w dniu 4 lipca 2017 r. udzielił w trybie art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp zamówienia na „Odbiór i transport odpadów powstających na nieruchomościach zamieszkałych i nieruchomościach, na których nie

zamieszkują mieszkańcy z terenu Gminy Miasta C., obsługa punktów selektywnej zbiórki oraz zagospodarowanie niektórych frakcji odpadów selektywnie odbieranych" spółce prowadzącej działalność gospodarczą pod firma R. Sp. z o.o. z siedzibą w W. (lider konsorcjum). Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zostało opublikowane w Biuletynie Informacji Publicznej Zamawiającego w dniu 5 lipca 2017 r. Ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej opublikowano w dniu 7 lipca 2017 r. (…).

Odwołujący podkreślił, iż śmieciarki R. Sp. z o.o. z siedzibą w W. pojawiły się na terenie Gminy Miasta C. w dniu 4 lipca 2017 r. już o godz. 13.00 tj. *de facto* w chwili ogłaszania wyroku przez Przewodniczącą składu orzekającego Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt: KIO 1177/17.

6

---

Okoliczność ta wskazuje w przekonaniu odwołującego, iż Gmina Miasto C. podjęła decyzję o udzieleniu zamówienia w trybie art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp jeszcze przed werdyktem Krajowej Izby Odwoławczej. Zorganizowanie pojazdów wyposażonych w wymagane przez zamawiającego systemy GPS, umożliwiające kontrolę realizacji usług odbioru odpadów, wymagało podjęcia wcześniejszych działań ze strony R. Sp. z o.o. i uprzedniego ustalenia warunków odbioru odpadów z terenu C. przez ww. wykonawcę i zamawiającego. Powyższe dowodzi, zdaniem odwołującego, iż zamawiający zaplanował odpowiednio wcześniej udzielenie zamówienia R. Sp. z o.o. z siedzibą w W., z pominięciem innych wykonawców, tj. nie wystąpiła natychmiastowa potrzeba udzielenia zamówienia, ani też wyjątkowa sytuacja, której nie przewidział i nie mógł przewidzieć zamawiający.

Odwołujący przekonywał, że „Natychmiastowa wykonalność zamówienia może wchodzić w rachubę jedynie w bardzo nielicznych przypadkach, jak chociażby w razie wystąpienia siły wyższej (katastrofy, awarii, wypadku komunikacyjnego itp.), jednak nie występuje przy normalnie planowanym zamówieniu o udzielenie zamówienia publicznego.

*„Poza zakresem oceny zgodności z prawem działań zamawiającego w sprawie udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki pozostają argumenty odnoszące się do wartości społecznych, a niezwiązane z przesłankami określonymi w art. 67 ust 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.).”(Uchwała* KIO z dnia 10 sierpnia 2016 r., sygn. akt: KIO/KDSO/16).

Odwołujący S. podnosił, iż obowiązek organizowania odbioru lub odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych przez gminy jest realizowany od roku 2013, tj. od chwili tzw. „rewolucji śmieciowej" dokonanej ustawą z dnia 13 września 2013 r. (Dz. U. z 2013 r., poz. 1399 z późn. zm.), wprowadzającej obowiązek stosowania przepisów ustawy Pzp, tj. udzielania zamówień publicznych na odbiór lub odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych. Organizowanie procedur przetargowych wiąże się z wnoszeniem przez wykonawców w nich uczestniczących środków ochrony prawnej, tj. ze składaniem odwołań, przystąpień itd. Jest to powszechna, standardowa i bardzo częsta praktyka. Zamawiający jako podmiot, który posiada już wieloletnie doświadczenie w organizowaniu i przeprowadzaniu postępowań w trybie Pzp ma pełną wiedzę i świadomość w ww. zakresie. Posiada także wiedzę o wpływie składania środków ochrony prawnej i ich rozpatrywania przez Krajową Izbę Odwoławczą na czas trwania prowadzonych postępowań przetargowych. Zamawiający ma także wiedzę o warunkach i czasie trwania umów, na podstawie których zapewniony ma odbiór i zagospodarowanie odpadów w czasie prowadzenia procedur przetargowych w celu zorganizowania gospodarki odpadami na dalsze okresy.

7

---

W świetle powyższego za bezsprzeczne uznał, iż zamawiający zobligowany jest do organizowania procedur przetargowych z odpowiednim wyprzedzeniem czasowym. W praktyce zamawiający faktycznie organizują postępowania przetargowe ze stosownym wyprzedzeniem czasowym, tj. przewidują możliwość przedłużania się postępowań, w tym z uwagi na składanie środków ochrony prawnej przez ich uczestników i nie podejmują ryzyka wystąpienia sytuacji, w której dochodzi do zakończenia umów stanowiących podstawę realizacji usług przed terminem wejścia w życie kolejnej umowy dającej gwarancję ciągłości i kontynuacji niezakłóconego odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych na danym terenie.

Odwołujący podtrzymał twierdzenie, że brak jest jakichkolwiek podstaw prawnych i

faktycznych do przyjęcia, iż zaistniała którakolwiek z przesłanek art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp uprawniająca zamawiającego do udzielenia zamówienia R. Sp. z o.o. W szczególności negował, aby wystąpiła wyjątkowa sytuacja, której zamawiający nie mógł przewidzieć. Zamawiający jako podmiot legitymujący się doświadczeniem w organizowaniu i przeprowadzaniu procedur przetargowych winien w takim czasie organizować postępowania przetargowe, by wyeliminować wpływ wszelkich ryzyk związanych z wnoszeniem środków ochrony prawnej i przedłużaniem postępowań na realizacje obowiązków w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów na terenie Gminy Miasta C.. Dysponowanie umiejętnością w powyższym zakresie, tj. zdolnością organizowania i przeprowadzania postępowań przetargowych, w tym w szczególności umiejętnością należytego szacowania ryzyk czasowych związanych z wyborem wykonawcy w trybach konkurencyjnych przez zamawiającego, który posiada w przedmiotowym zakresie wieloletnie doświadczenie i praktykę jest rzeczą naturalną, racjonalną i bezsprzeczną. Sytuacja, w której wydłużenie czasu trwania procedury przetargowej m.in. z uwagi na liczne zmiany SIWZ dokonywane przez zamawiającego, składanie środków ochrony prawnej przez uczestników postępowania - nie stanowi sytuacji, o której mowa w art. 67 ust 1 pkt 3 Pzp i w konsekwencji nie uzasadnienia ani nie usprawiedliwienia powierzenia wykonania usług odbioru i transportu odpadów w oparciu o ww. podstawę prawną. Liczne zmiany SIWZ wskazują jedynie na nienależyte przygotowanie dokumentacji przetargowej, za co w pełnym zakresie odpowiada zamawiający, co w konsekwencji wyklucza możliwość powoływania się na wystąpienie wyjątkowej sytuacji, w tym jej wystąpienie z przyczyn niezależnych od zamawiającego.

Odwołujący na poparcie swoich twierdzeń przywołał orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości [dalej: ETS]. Zgodnie z orzecznictwem ETS, m.in. C-385/02 Komisja przeciwko W., C-394/02 Komisja przeciwko Grecji, czy C-337/02 Komisja przeciwko W.] okolicznościami stanowiącymi nieprzewidywalną sytuację są zdarzenia wykraczające poza normalne warunki życia gospodarczego i społecznego, w szczególności zdarzenia losowe, awarie, klęski żywiołowe, które wymagają podjęcia natychmiastowych działań



---

zabezpieczających [m. in. orzeczenia C-385/02 Komisja przeciwko W., C-394/02 Komisja przeciwko G., czy C-337/02 Komisja przeciwko W.].

Odwołujący zaznaczał, że podobne stanowisko prezentowane jest przez Krajową Izbę Odwoławczą i Prezesa Urzędu w dokumentach wydawanych w związku z prowadzonymi przez niego kontrolami w zakresie prawidłowości i poprawności udzielania zamówień publicznych.

Okoliczność przedłużającego się postępowania przetargowego, składanie środków odwoławczych nie stanowi sytuacji wyjątkowo występujących w obrocie gospodarczym. Postępowania przetargowe prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, których przedmiotem jest odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych na terenie Gminy Miasta C. występują od kilku lat i prowadzone są cyklicznie, co 2-3 lata. Znany jest także „z góry" czas obowiązywania umów, na podstawie których wykonywane są usługi objęte zamówieniem, znany jest czas trwania procedur przetargowych, czas wnoszenia i rozpatrywania środków ochrony prawnej. Powyższe dowodzi, iż pierwsza podstawowa przesłanka zastosowania trybu art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp nie wystąpiła. *„Cechę wyjątkowości należy bowiem przypisywać wyłącznie zdarzeniom wykraczającym poza normalne warunki* życia *gospodarczego i społecznego, w szczególności zdarzeniom losowym, awariom, klęskom* żywiołowym, *które wymagają podjęcia natychmiastowych działań zabezpieczających lub podjęcia innych niestandardowych działań w następstwie zaistniałej sytuacji. Odwołujący dodał, iż w niniejszej sprawie nie występuje sytuacja, której zamawiający nie mógł przewidzieć. Trudno, bowiem mówić o okolicznościach nieprzewidywalnych w sytuacji, kiedy sam Zamawiający przyjął na siebie - umową z dnia 3 czerwca 2014 r. - zobowiązanie wykonania zamówienia, określając warunki wykonania prac oraz cenę" (KNZ17/15)*

W niniejszym stanie faktycznym także trudno przyjąć, iż zamawiający, który sam określa daty obowiązywania umów na realizację zamówienia publicznego, decyduje o czasie rozpoczęcia kolejnej procedury przetargowej itd., znalazł się w sytuacji wyjątkowej, niemożliwej do przewidzenia, zaistniałej z przyczyn niezależnych do niego. *„Zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki powinno służyć wyłącznie do przeciwdziałania lub do usunięcia skutków nieprzewidywalnej sytuacji, która nie była przez zamawiającego zawiniona, i której nie mógł on przeciwdziałać, a z powodu zaistnienia której zamawiający*

*staje przed koniecznością natychmiastowego wykonania określonego rodzaju zamówienia."* (Uchwała KIO z 27.01,2015 r. sygn. akt KIO/KD/2/15.

Według odwołującego w niniejszym stanie faktycznym także nie sposób przyjąć, iż zaistniała natychmiastowa konieczność wykonania usługi, gdyż potrzeba odbioru i



zagospodarowania odpadów na terenie Gminy Miasta C. ma charakter trwały, stały, nieprzerwany.

*„Cechę wyjątkowości należy przypisywać wyłącznie zdarzeniom wykraczającym poza normalne warunki* życia *gospodarczego i społecznego, w szczególności zdarzeniom losowym, awariom, klęskom* żywiołowym, *które wymagają podjęcia natychmiastowych działań zabezpieczających lub podjęcia innych niestandardowych działań w następstwie zaistniałej sytuacji. 2. „Przewidywalność sytuacji", o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113. poz. 759 ze zm.), w kontekście zastosowania tego przepisu nie należy odnosić tylko do możliwości zaistnienia danej sytuacji, ale raczej badać stopień prawdopodobieństwa wystąpienia tej sytuacji oraz związaną z tym racjonalność i zasadność uprzedniego przedsiębrania określonych* środków *związanych ze skutkami wystąpienia danego hipotetycznego zdarzenia oraz ponoszenia nakładów z tym związanych."* (Uchwała KIO z dnia 06.01.2015 r., sygn. akt: KIO/KD 115/14).

Odwołujący podnosił, że bezspornym jest fakt, iż wniesienie środka odwoławczego od czynności (działań i zaniechań zamawiającego) jest powszechną praktyką, a w konsekwencji stopień prawdopodobieństwa wnoszenia środków ochrony prawnej jest wysoce prawdopodobny wręcz pewny, iż w rzeczywistości wystąpi.

*„Zamawiający, wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, winien uwzględnić wszystkie czynności i procedury z tym związane, w tym również możliwość korzystania przez wykonawców ze* środków *ochrony prawnej. Dwukrotne wniesienie odwołania w jednym postępowaniu nie jest niczym nadzwyczajnym i jest sytuacją z całą pewnością możliwą do przewidzenia"* (wyrok KIO z dnia 18 września 2013 r., sygn., akt: KIO 2137/13.

*„Przepis art. 67 ust 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) ma zastosowanie do postępowań wszczynanych w przypadku nieprzewidywalnych zdarzeń, które powodują konieczność podjęcia natychmiastowego działania ze strony podmiotu zobowiązanego do stosowania ustawy, a jednocześnie zaistniała sytuacja nie pozwala na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z zachowaniem terminów przewidzianych dla trybów, które gwarantują zachowanie pełnej zasady konkurencyjności. Dopuszczalność powoływania się na przesłankę art. 67 ust 1 pkt 3 uzależniona jest od łącznego zaistnienia wszystkich wymienionych w tym przepisie warunków, między którymi powinien zachodzić związek przyczynowo-skutkowy oraz związek czasowy. 2. Oprócz zaistnienia wyjątkowej sytuacji, która nie wynikła z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, ustawodawca wymaga również, aby sytuacji tej zamawiający nie mógł wcześniej przewidzieć, a wystąpienie*



*okoliczności, których zamawiający nie mógł przewidzieć, musi powodować konieczność natychmiastowego (bezzwłocznego) wykonania zamówienia. Istotne jest przy tym odróżnienie przesłanki „pilności udzielenia zamówienia publicznego" od przesłanki „konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia". Nie wszystkie zamówienia, które powinny być udzielone w trybie pilnym, wymagają natychmiastowego ich wykonania. Potrzeba natychmiastowego wykonania zamówienia wynika najczęściej z konieczności przeciwdziałania lub usunięcia skutków nieprzewidywalnej sytuacji, która nie była przez zamawiającego zawiniona i której nie mógł on przeciwdziałać, a z powodu zaistnienia której zamawiający staje przed koniecznością natychmiastowego wykonania określonego rodzaju zamówienia."* (Uchwała KIO z dnia 8 sierpnia 2014 r.. sygn. akt: KIO/KD 70/14). *„Jak podkreślił Rzecznik Generalny w opinii z dnia 24 lutego 2005 r. w sprawie C- 394/02 Komisja przeciwko Republice G., władze publiczne zamierzające udzielić zamówienia są zobowiązane do dochowania należytej staranności w związku z czym muszą być* świadome *konieczności dopełnienia wszelkich obowiązków związanych z zamówieniem i wynikających*

*z prawa krajowego, takich jak konieczność dochowania terminów, czy uzyskania zatwierdzenia projektu. Zamawiający musi zatem brać pod uwagę ewentualny negatywny rezultat takich postępowań lub braku wypełnienia zobowiązań i nie może w toku postępowania powoływać się na działania lub zaniechania innego organu w celu uzasadnienia naruszenia prawa wspólnotowego. W uzasadnieniu przytoczono także opinię rzecznika generalnego M. B. E w sprawie C-318/94 Komisja przeciwko N. przedstawionej w dniu 8 lutego 1996 r., w której Rzecznik wskazał, iż gdyby państwa członkowskie mogły odstępować od stosowania podstawowych procedur przetargowych za każdym razem, gdy zagrożona jest realizacja zaciągniętych zobowiązań umownych, zakres zastosowania wyjątku przewidzianego w dyrektywie byłby niezmiernie szeroki (pkt 18). W związku z tym konieczność zachowania terminów wynikających z zaciągniętych uprzednio przez Zamawiającego zobowiązań, nie stanowi wyjątkowej sytuacji, której Zamawiający przy dochowaniu należytej staranności nie był w stanie przewidzieć"* (Wyrok KIO z dnia 16.01.2017 r., sygn. akt: KIO 19/17).

*„Wyjątkowość sytuacji jest związana z dużą rzadkością występowania zjawiska, szczególnością osobliwością"* (Uchwała KIO z dnia 8 marca 2013 r., sygn. akt: KIO/KD 13/141.

Mając na uwadze przytoczone powyżej orzecznictwo, w ocenie wykonawcy S., zamawiający z rażącym naruszeniem prawa i bez ziszczenia się podstawowych przesłanek prawnych, udzielił R. Sp. z o.o. z siedzibą w W. zamówienia w trybie art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie złożonej na posiedzeniu Izby, wnosił o oddalenie odwołania. Podał następujące uzasadnienie swego stanowiska.



---

*„Ustosunkowując się do wszystkich zarzutów podniesionych w przedmiotowym odwołaniu wskazuję, iż nie znajdują one uzasadnienia prawnego ani faktycznego i stąd nie ma podstaw do uznania, iż w sprawie zachodzi naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy, a więc odwołanie nie może zostać uwzględnione.*

*1. Zamawiający potwierdza podnoszone w odwołaniu okoliczności dotyczące ogłoszenia, prowadzenia, rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1177/17) w postępowaniu u udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Odbiór i transport odpadów powstających na nieruchomościach zamieszkałych i nieruchomościach, na których nie zamieszkują mieszkańcy z terenu zagospodarowanie Gminy Miasta C., obsługę punktów selektywnej zbiórki oraz niektórych frakcji odpadów selektywnie odbieranych" - zgodnie z ogłoszeniem nr 2017/5068-12847 z dnia 6 kwietnia 2017 roku (dalej postępowanie 2017- 2019).*

*2. Zamawiający wskazuje, iż w dniu 4 lipca 2017 roku (wtorek) udzielił „Odbioru i zamówienia w trybie z wolnej ręki na rzecz R. Sp. z o.o. w W. dotyczącego: transportu odpadów powstających na nieruchomościach zamieszkałych i nieruchomościach, na których nie zamieszkują mieszkańcy z terenu Gminy Miasta C., obsługę punktów selektywnej zbiórki oraz zagospodarowanie niektórych frakcji odpadów selektywnie odbieranych" i opublikował ogłoszenie o udzieleniu tego zamówienia w dniu 7 lipca 2017 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (nr 2017/S 128-261685). Zaproszenie do wzięcia udziału w takim zamówieniu zostało wysłane do R. Sp. z o.o. w W. w dniu 4 lipca o godzinie 13.45. O godzinie 14.00 Zamawiając otrzymał ofertę Wykonawcy i podjął z nim negocjacje. O godzinie 15.00 negocjacje zakończono i nastąpił wybór oferty Wykonawcy. O godzinie 16.00 w siedzibie Urzędu Miasta C. -Wiceprezydent Miasta Pan M. S. podpisał umowę z Przystępującym.*

*3. Zamówienie udzielone zostało do dnia 31 lipca 2017 roku. Jego przedmiot odpowiadał w zasadniczej części przedmiotowi zamówienia w postępowaniu 2017-2019. W zamówieniu z wolnej ręki Zamawiający na okres jednego miesiąca dokonał zmian dotyczących:*

*okresu* świadczenia *(25 dni), połączył wszystkie części zamówienia przy czym utrzymał wyodrębnienie rozliczania odpadów zielonych i odpadów remontowo - budowlanych, wyłączył niektóre zapisy dotyczące elektronicznych systemów kontrolujących - RFID.*

*4. Zamawiający zaprzecza twierdzeniom Odwołującej jakoby Przystępujący*

*rozpoczął* świadczenie *usługi o godzinie 13.00.*

*5. Zamawiający wskazuje, iż nie był prawnie zobowiązany do udzielenia zamówienia uzupełniającego Odwołującemu. Przepisy prawa zamówień publicznych a w szczególności*
12

---

*art. 19 ustawy z dnia 22 czerwca 2016r. o zmianie ustawy - Prawo Zamówień Publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2016 r. poz. 1020), który w sprawie ma zastosowanie - daje Zamawiającemu możliwość udzielania takiego zamówienia ale nie nakłada obowiązku. W oparciu o przedłożone w postępowaniu oferty i własne oszacowanie Zamawiający uznał, iż zamówienie z wolnej ręki winno mieć, tak ustalony przedmiot zamówienia, że umożliwi Zamawiającemu uzyskanie korzystnych (podobnych) cen za realizację usługi. Stąd też Zamawiający uznał za właściwe udzielenia zamówienia z wolnej ręki, którego przedmiot pokrywał się z przedmiotem określonym postępowaniem 2017-2019.*

*6. W odniesieniu do takiego przedmiotu Zamawiający dokonał oszacowania przedmiotu zamówienia z wolnej ręki na okres do 31 lipca 2017 roku. Podstawą oszacowania były ceny ofert przedłożonych w postępowaniu przetargowym 2015 - 2017.*

*7. Zamawiający wszczął tryb zamówienia z wolnej ręki w odniesieniu do R. Spółka z o.o. w W., do czego był w pełni uprawniony. Tryb udzielenia zamówienia z wolnej ręki zawsze odnosi się do jednego tylko wykonawcy. Jednocześnie, Zamawiający miał na względzie również* że:

*a) w postępowaniu 2017-2019 Odwołująca przedłożyła znacznie wyższa ofertę od tej, która zaproponowała Przystępująca. Z racji na pokrywanie się przedmiotu zmówienia z wolnej ręki z przedmiotem zamówienia w postępowaniu 2017-2019 oraz mając na względzie, iż w/w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą Odwołująca kwestionowała ceny zaproponowane przez Przystępującą jako rażąco niskie oczywistym było, iż Odwołująca nie jest w stanie zrealizować przedmiotu zamówienia po cenie korzystnej dla Zamawiającego:*

*b) Odwołująca dopiero w dniu 5 lipca 2017 roku (a wiec już po udzieleniu zamówienia z wolnej ręki) złożyła do Zamawiającego pismo o gotowości co do dalszego kontynuowania umowy nr … z dnia z dnia 24 czerwca 2015 roku na warunkach określonych w poprzedniej umowie.*

*Dowód: pismo Odwołującej z dnia 5 lipca 2017 roku*

*8. Po otrzymaniu przedmiotowego pisma Zamawiająca dokonała*
*jaką mogłaby na oszacowania kwoty przeznaczyć realizację zamówienia*
*okres na jednego uzupełniającego miesiąca uwzględniając warunki cenowe jakie otrzymała w postępowaniu 2017-2019. Zamawiająca zwróciła się do Odwołującej o*
*Odwołująca w trakcie negocjacji przedłożenie oferty i wzięcie udziału w negocjacjach.*
*utrzymała poziom cenowy zgodny z przedłożoną przez nią ofertą w postępowaniu 2017-2019, a więc znacznie wyższy od tych, którymi dysponowała Zamawiająca.*

13

---

*(dowód: Protokół z negocjacji z dnia 17 lipca 2017 roku z załącznikiem w postaci oferty cenowej)*

*9. Ponadto należy zauważyć, iż Zamawiający - mając na względzie, iż nie dysponuje jeszcze uzasadnieniem Wyroku KIO w/w postępowaniu - w dniu 17 lipca 2017 roku wszczął postępowanie przetargowe w trybie przetargu nieograniczonego - ze skróconym terminem składania ofert - w celu zapewniania odbioru odpadów w roku 2017 roku. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dz. U. Unii Europejskiej w dniu 21.07.2017r. pod Nr … Postępowanie to zostało podjęte, ponieważ Zamawiający zapewnił odbiór odpadów i zniknęło zagrożenie dla* życia *i zdrowia mieszkańców.*

*10. Należy również zauważyć, iż oferta Odwołującego złożona w postępowaniu na lata 2017-2019 przewyższała wartość* środków *budżetowych przeznaczonych na to zadanie. Powyższe potwierdza; iż Zamawiający w celu zapewnienia odbioru odpadów komunalnych na terenie Gminy Miasta C. w związku z niemożliwością rozstrzygnięcia postępowania 2017-2019 podjął wszelki możliwe i prawnie dopuszczalne kroki, gwarantując podmiotom, które złożyły oferty tj. Odwołującej i Przystępującej możliwość realizacji zamówienia.*

*11. Zamawiający uznaje,* że *udzielając zamówienia z wolnej ręki wyczerpał przesłanki*

*określone w art. 67 ust. 1 pkt 3) PZP i nie naruszył zasady konkurencyjności określonej w art. 7 PZP.*

*11.1. Z końcem dnia 30 czerwca 2017 roku z uwagi na upływ czasu rozwiązaniu uległa umowa z dotychczasowym wykonawcą usługi odbioru odpadów - S. P. Sp. z o.o. w C.. Brak odbioru odpadów komunalnych na terenie Gminy Miasta C. w okresie od 1 do 4 lipca 2017 roku spowodował, iż odpady zalegały we wiatach* śmietnikowych *i innych punktach ich gromadzenia.*

*(dowód: materiały prasowe opisujące stan sanitarny)*

*Taki stan rzecz należy uznać za klęskę epidemiologiczną, która winna być traktowana jako „sytuacja wyjątkowa, o której mowa w art. 67 ust 1 pkt. 3) PZP.*

*11.2. W celu wyeliminowania zaistniałej sytuacji Zamawiający musiał podjąć natychmiast - tj. już w dniu 4 lipca 2017 roku decyzję o udzieleniu zamówienia. Jak stwierdza KIO: „Natychmiastowość wykonania zamówienia musi wynikać z konieczności ochrony interesu, którego naruszenie zagrożone jest wystąpieniem nieprzewidywalnych okoliczności, a który może doznać uszczerbku w przypadku zbyt długiego oczekiwania na udzielenie zamówienia publicznego. Do takich interesów zalicza się ochronę zdrowia i* życia, *bezpieczeństwo, zapobieganie szkodzie w majątku czy ochronę* środowiska" *(zob. uchwałę KIO/KD 115/14).*

14

---

*11.3. Zamawiający uznaje również, iż konieczność udzielenia zamówienia nie wynikała z przyczyn leżących po jego stronie oraz nie mógł on przewidzieć, że dojedzie do sytuacji opisane powyżej. W orzecznictwie KIO przyjmuje się, iż charakter niemożliwy do przewidzenia będzie miała również konieczność natychmiastowego udzielenia zamówienia, będąca rezultatem przeciągającego się, bez winy zamawiającego, postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (tak: Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art. 67 ustawy Prawo zamówień publicznych, publikator LEX).*

*10.4. Zamawiający nie miał też możliwości przy udzieleniu przedmiotowego zamówienia - zachowania terminów przewidzianych dla innych trybów postępowania.*

*W zasadzie tryb zamówienia z wolnej ręki był jedynym, który dawał możliwość natychmiastowego tj. w dniu 4 lipca 2017 rozpoczęcia odbioru odpadów. Odwołująca z przyczyn ekonomicznych (cena przekraczająca możliwości Zamawiającego), do dziś nie podejmuje się realizacji zamówienia - odmawiając podpisania aneksu do umowy w celu realizacji zamówienia uzupełniającego.*

*11. Jednocześnie Zamawiający baczył, aby udzielone zamówienie zmierzało do odwrócenia skutków nieobierania odpadów i zapewnienia ich odbioru do czasu rozstrzygnięcia postępowania w trybach konkurencyjnych. W uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 sierpnia 2009 r. (sygn. akt KIO/KD 21/09) stwierdza się,* że: *Istotną cechą charakteryzującą zamówienia udzielone w oparciu o przesłankę art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp jest natychmiastowość wykonania, szybka reakcja i krótki okres trwania zamówienia/ mający na celu jedynie usunięcie absolutnie niezbędnych skutków zdarzenia niemożliwego do przewidzenia. Zamówienie udzielone zostało na okres do 31 lipca 2017 i w celu uruchomienie trybów konkurencyjnych oraz na potrzeby podjęcia niezbędnych czynności w postępowaniu 2017-2019."*

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z ogłoszeń o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protokołów postępowania z załącznikami, z akt sprawy odwoławczej sygn. akt: KIO 1177/17.

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska stron i przystępującego, przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak nakazuje art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Z akt postępowania przetargowego udostępnionych przez zamawiającego na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, wynika następujący stan faktyczny, którego strony nie kwestionowały, ani nie wnosiły o jego uzupełnienie.

15

---

SIWZ. Zostało wszczęte postępowanie o zamówienie w trybie przetargu nieograniczonego na: „Odbiór i transport odpadów powstających na nieruchomościach zamieszkałych i

nieruchomościach, na których nie zamieszkują mieszkańcy z terenu Gminy Miasta C., obsługa punktów selektywnej zbiórki oraz zagospodarowanie niektórych frakcji odpadów selektywnie odbieranych" w okresie od 1.07.2017 r. do 30.06.2019 r.
Ostateczny termin na składanie ofert w toku ww. postępowania wyznaczono na dzień 19 maja 2017 r. Postępowanie podzielone zostało na 3 (trzy) części. Zamawiający nie wprowadził ograniczenia, co do ilości części, na które wykonawcy mogli składać oferty.
W ww. postępowaniu na część I, II, III oferty złożyli dwaj wykonawcy:
- S. P. sp. z o.o. z siedzibą w C., oraz
- konsorcjum firm: R. Sp. z o.o. z siedzibą w W. wraz z R. Serwis Sp. z o.o. z siedzibą w C.
Zamawiający w dniu 31 maja 2017 r. ogłosił, w zakresie części I, II i III zamówienia wybór oferty konsorcjum R. jako oferty najkorzystniejszej.
Wyrokiem z dnia 4 lipca 2017 r., sygn. akt: KIO 1177/17 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła w części zarzuty podniesione przez odwołującego i w konsekwencji:
- unieważniła czynność wyboru oferty konsorcjum R. na część I, II i III zamówienia
- nakazała zamawiającemu odrzucić ofertę konsorcjum R. złożoną w ramach części I, II i III zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp, tj. z uwagi na brak należytego wniesienia wadium i zabezpieczenia oferty
- nakazała dokonanie ponownej weryfikacji ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu.
Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia z wolnej ręki opublikowane w dniu 7 lipca 2017 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (….) podaje:
Sekcja IV Procedura. Rodzaj procedury.
Udzielenie zamówienia bez uprzedniej publikacji zaproszenia do ubiegania się o zamówienie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w przypadkach wymienionych poniżej.
*„Ze względu na wystąpienie pilnej konieczności spowodowanej wydarzeniami, których instytucja zamawiająca nie mogła przewidzieć, oraz zgodnie z warunkami* ściśle *określonymi w dyrektywie.*
*Wyjaśnienie: Uzasadnienie faktyczne i prawne.*
*Z dniem 30.6.2017 roku na skutek upływu czasu rozwiązaniu uległa umowa zawarta przez Gminę Miasta C. dotycząca odbioru i transportu odpadów powstających na nieruchomościach zamieszkałych i nieruchomościach, na których nie zamieszkują*



*mieszkańcy z terenu Gminy Miasta C. oraz zagospodarowania niektórych frakcji odpadów selektywnie odbieranych.*
*W dniu 31.5.2017 C. Przedsiębiorstwo Komunalne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w S. działając jako pełnomocnik Gminy Miasta C. ramach art. 15 ust. 2, 3 i 4 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych dokonało wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu przetargowym nr 07/2017 dotyczącym odbioru i transportu odpadów powstających na nieruchomościach zamieszkałych i nieruchomościach, na których nie zamieszkują mieszkańcy z terenu Gminy Miasta C., obsługi punktów selektywnej zbiórki oraz zagospodarowania niektórych frakcji odpadów selektywnie odbieranych. Od rozstrzygnięcia postępowania odwołanie złożył Wykonawca - S. P. Sp. z o.o. w C. W dniu 4.7.2017 roku Krajowa Izba Odwoławcza w Warszawie wydała wyrok, w którym nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenie oferty wybranej przez Zamawiającego z powodu nie złożenia wadium w prawidłowy sposób (ubezpieczeniowa gwarancja wadialna wystawiona została przez ubezpieczyciela w odniesieniu do jednego tylko członka Konsorcjum). W tej sytuacji na dzień 4.7.2017 roku odpady komunalne z terenu Gminy Miasta C. nie są odbierane i stan ten trwa 3 dzień. Powoduje to sytuację zagrożenia epidemiologicznego na terenie gminy. Zamawiający uznaje więc taką sytuację za wyjątkową, która powoduje konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia, a nie jest na dzień dzisiejszy możliwe zachowanie terminów określonych dla innych trybów udzielania zamówienia, jednocześnie informujemy, że niniejsze zamówienie będzie obowiązywało do 31.7.2017.*
*W tej sytuacji Zamawiający uznał, iż konieczne jest udzielenie zamówienia w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt. 3 Ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym Zamawiający udziela zamówienia „z wolnej ręki" w przypadku, gdy: „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.”*

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia w punkcie 18.3, stanowiącej podstawę realizacji dotychczasowych usług na rzecz zamawiającego - odbioru odpadów przez odwołującego S. w latach 2015 - 2017 przewidziano możliwości udzielenia zamówienia uzupełniającego, co zamawiający potwierdził.
Umowa z odwołującym S. wygasła z dniem upływu terminu, do którego została zawarta, tj. 30 czerwca 2017 r.
Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego zostało wszczęte ogłoszeniem w dniu 6 kwietnia 2017 r. opublikowanym w Dzienniku Urzędowym



Unii Europejskiej na: „Odbiór i transport odpadów powstających na nieruchomościach zamieszkałych i nieruchomościach, na których nie zamieszkują mieszkańcy z terenu Gminy Miasta C., obsługi punktów selektywnej zbiórki oraz zagospodarowania niektórych frakcji odpadów selektywnie odbieranych, obsługi punktów selektywnej zbiórki oraz zagospodarowania niektórych frakcji odpadów selektywnie zbieranych Nr … („Ogłoszenie pierwotne"), i przewiduje okres realizacji od 1.07.2017 r. do 30.06.2019r.
Postępowanie wszczęte ogłoszeniem Nr 2017/S 068-128470 („Ogłoszenie pierwotne"), jest w toku. Nie zostało unieważnione.
Zamawiający oświadczył, że z weryfikacją oferty odwołującego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, jako drugą ofertą złożoną w danym postępowaniu na wszystkie części zamówienia - wstrzymał się do czasu otrzymania uzasadnienia wyroku KIO w sprawie sygn. akt: KIO 1177/17. Ponadto cena oferty wykonawcy S. w pierwszej części przekroczyła wartość oszacowania.
Zamawiający prowadził negocjacje z odwołującym w dniu 17 lipca 2017 r. w sprawie udzielenia zamówienia uzupełniającego, które nie skończyły się zawarciem umowy.
Zamawiający ogłoszeniem o zamówieniu z dnia 21 lipca 2017 r. wszczął nowe postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na ten sam przedmiot zamówienia na okres 3 miesięcy. Termin składania ofert wyznaczył na 2 sierpnia 2017 r.

**Izba zważyła, co następuje.**

Odwołujący wykazał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, skoro wykazywał, że w wyniku naruszenia przepisów ustawy Pzp uszczerbku doznał jego interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego na okres realizacji zamówienia od 1 lipca 2017 r. do 30 czerwca 2019 r., która dotychczas nie została rozpatrzona.

Odwołujący w swoim odwołaniu pominął jednak najbardziej istotną dla sprawy okoliczność, że zamawiający zawarł umowę z wolnej ręki z firmą R. Sp. z o.o. z siedzibą w W. na odbiór i transport odpadów powstających na nieruchomościach zamieszkałych i nieruchomościach, na których nie zamieszkują mieszkańcy z terenu Gminy Miasta C., obsługi punktów selektywnej zbiórki oraz zagospodarowania niektórych frakcji odpadów selektywnie odbieranych, obsługi punktów selektywnej zbiórki oraz zagospodarowania niektórych frakcji odpadów selektywnie zbieranych, ale jedynie doraźnie -na okres od 4 lipca 2017 r. do 31 lipca 2017 r.

Przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi między innymi okoliczność, że 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.

Izba w pełni podziela przytoczone przez odwołującego poglądy wynikające z ugruntowanego orzecznictwa, że przedłużenie się procedury przetargowej skutkiem korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej, nie jest okolicznością wyjątkową, gdyż zamawiający z takim rozwojem sytuacji winien się liczyć i z odpowiednim wyprzedzeniem czasowym wszcząć procedurę o udzielenie zamówienia publicznego.

Nie stanowi jednak naruszenia normy art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, stosowanej odpowiednio, jeżeli zamawiający doraźnie, na krótki okres udziela zamówienia z wolnej ręki na usługi odbioru i zagospodarowania odpadów - na okres do zakończenia postępowania przetargowego w trybie konkurencyjnym i wyboru wykonawcy zamówienia na przewidziany

czas do dnia 30 czerwca 2019 r.

Izba nie zaaprobowała stanowiska odwołującego, że zamawiający może czekać z odbiorem odpadów od mieszkańców C. do czasu zakończenia postępowania przetargowego. Sam odwołujący w treści odwołania przyznał, że: *„potrzeba odbioru i zagospodarowania odpadów na terenie Gminy Miasta C. ma charakter trwały, stały, nieprzerwany."* Odpady winny być odbierane na bieżąco, aby nie stwarzać zagrożeń epidemiologicznych.

Nawet, gdy zamawiający w postępowaniu na odbiór i zagospodarowanie odpadów prowadzonym w 2014 r., w wyniku którego została zawarta umowa z odwołującym Nr … na okres od 24.06.2015 do 30.06.2017 r. przewidział udzielenie zamówień uzupełniających, które zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp mogą być udzielone z wolnej ręki w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego dotychczasowemu wykonawcy usług (…), tj. zamówienia polegającego na powtórzeniu podobnych usług (…), jeżeli takie zamówienie było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z jego przedmiotem oraz całkowita wartość tego zamówienia została uwzględniona przy obliczaniu jego wartości - nie stanowiło to jednak podstawy roszczenia podmiotowego odwołującego do zawarcia umowy z wolnej ręki.

Odwołanie jest skierowane przeciwko wyborowi przez zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki, przy czym odwołujący w rzeczywistości kwestionuje nie wybór tego trybu, ale konkretne podstawy jego zastosowania, gdyż jak wynika ze strony 5 akapit 2 odwołania - odwołujący uznawał, że pierwszeństwo winno mieć zastosowanie zamówienia z wolnej ręki - jako zamówienia uzupełniającego w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Nie można również pomijać, że zamieszczenie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu informacji o przewidywanych zamówieniach uzupełniających nie daje wykonawcy, któremu udzielono zamówienia podstawowego prawa



---

domagania się udzielenia zamówienia uzupełniającego. Z tego względu nie zachodzi sytuacja zaniechania przez zamawiającego czynności, do której był zobowiązany z mocy ustawy.

Reasumując, zarzuty i wnioski odwołania okazałby się uzasadnione wówczas, gdyby zamawiający udzielił wykonawcy R. Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zamówienia z wolnej ręki na znaczny/cały okres realizacji, tj. do dnia 30.06.2019 r., lub wielokrotnie powtarzał bez uzasadnionej przyczyny udzielenie tego zamówienia w trybie z wolnej ręki na kolejne krótkie okresy, gdyż łączne przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nie byłyby spełnione.

Udzielenie zamówienia z wolnej ręki na czas niezbędny do zakończenia postępowania przetargowego prowadzonego w procedurze konkurencyjnej w sytuacji wygaśnięcia poprzedniej umowy, jest stosowane, przyjęte w praktyce i nie budzi zastrzeżeń w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, wręcz jest wskazywane - jako sposób rozwiązania problemu, przy zamówieniach zwłaszcza na usługi, których ciągłość świadczenia nie może zostać przerwana.

Zamawiający zna treść opublikowanego w dniu 4 lipca 2017 r. wyroku Izby sygn. akt: KIO 1177/17, w którym - w sentencji - Izba nakazała jednoznacznie odrzucenie oferty konsorcjum firm: R. Sp. z o.o. z siedzibą w W. i R. S. Sp. z o.o. z siedzibą w C. Nie jest więc konieczne oczekiwanie na doręczenie uzasadnienie ww. wyroku, gdyż zgodnie z art. 183 ust. 1 ustawy Pzp, w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku, lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Zamawiający ma obowiązek bez zbędnej zwłoki, doprowadzić w możliwie najkrótszym terminie do zakończenia postępowania w trybie przetargu nieograniczonego na dany przedmiot zamówienia, wszczętego ogłoszeniem w Dz. Urz. UE Nr …

Przedmiotem odwołania, a zatem rozpatrzenia przez Izbę, zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp nie były objęte nowe czynności zamawiającego, tj.:

1. wystąpienie przez odwołującego pismem z dnia 5 lipca 2017 r. do zamawiającego, zgłaszającym gotowość realizacji zamówienia uzupełniającego i prowadzenie w tym zakresie negocjacji cenowych stron w dniu 17 lipca 2017 r.
2. wszczęcie ogłoszeniem z dnia 21.07.2017 r. Nr … nowego przetargu nieograniczonego na ten sam przedmiot zamówienia, z uwagi na hipotetyczną - wskazywaną przez zamawiającego - możliwość unieważnienia postępowania rozpoczętego dnia 06.04.2017 r. za ogłoszeniem Nr …

Postępowanie dowodowe przeprowadzone w sprawie nie potwierdziło naruszenia przez zamawiającego:

1. art. 67 ust 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust 1 i 3 Pzp, poprzez zastosowanie trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki, gdyż krótkotrwałe udzielenie zamówienia w tym trybie w celu dokończenia procedury wyboru oferty w pierwotnym przetargu nieograniczonym, nie stanowi naruszenia tej normy,

2. art. 7 ust 1 i 3 Pzp poprzez rażące naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, polegające na zastosowaniu niekonkurencyjnego, wyjątkowego trybu udzielenia zamówienia, pomimo braku przesłanek ustawowych uzasadniających zastosowanie procedury udzielenia zamówienia z wolnej ręki - postępowanie przetargowe bowiem trwa, i na chwilą obecną odwołujący nie został pozbawiony szansy uzyskania zamówienia,

- udzielenie doraźnego - krótkotrwałego zamówienia na odbiór i zagospodarowanie odpadów z terenu C., z uwagi na nieodzowną potrzebę utrzymania ciągłości tych usług - było konieczne.

W uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 sierpnia 2009 r. (sygn. akt KIO/KD 21/09) stwierdza się, że: *„Istotną cechą charakteryzującą zamówienia udzielone w oparciu o przesłankę art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp jest natychmiastowość wykonania, szybka reakcja i krótki okres trwania zamówienia/ mający na celu jedynie usunięcie absolutnie niezbędnych skutków zdarzenia niemożliwego do przewidzenia."*

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba zaliczyła na poczet kosztów postępowania odwoławczego uiszczony przez odwołującego wpis stosownie do postanowień § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238, z 2017 r. poz. 47).

**Przewodniczący: ……**

**Członkowie: ……**

**……**