

Sygn. akt: KIO 3333/24

WYROK

Warszawa, dnia 10 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza

w składzie:

Przewodnicząca:

Członkowie:

Katarzyna Odrzywolska

Izabela Niedziałek - Bujak

Andrzej Niwicki

Protokolant:

Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron i uczestników postępowania odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 września 2024 r. przez wykonawcę Naprzód Catering Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest: Wojewódzki Szpital Dziecięcy im. J. Brudzińskiego w Bydgoszczy

przy udziale uczestnika wykonawcy Fudeko S.A. z siedzibą w Gdyni zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę Naprzód Catering Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę

Naprzód Catering Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 3333/24

Uzasadnienie

Wojewódzki Szpital Dziecięcy im. J. Brudzińskiego w Bydgoszczy (dalej: „zamawiający”) przeprowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r., poz. 1320), dalej jako: „ustawa Pzp”, którego przedmiotem jest: „Świadczenie usług całodobowego żywienia pacjentów w oparciu o wynajęte pomieszczenia kuchni wraz z ich wyposażeniem”; numer referencyjny: 34/2024/WR (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”). Umowa numer 171/2024 została zawarta w wyniku

przeprowadzonego postępowania 30 sierpnia 2024 r.

Wartość zamówienia przekracza kwoty progów unijnych, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 3 września 2024 r. pod numerem ogłoszenia: 5265492024.

W dniu 13 września 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Naprzód Catering Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (dalej: „odwołujący”). Odwołujący zarzucił, że zamawiający niezgodnie z przepisami ustawy Pzp udzielił zamówienia wykonawcy Fudeko S.A. z siedzibą w Gdyni (dalej „Fudeko” lub „przystępujący”) w trybie z wolnej ręki oraz, że zaniechał zawiadomienia odwołującego, jako wykonawcy, który ubiegał się o udzielenie zamówienia w poprzednim postępowaniu o udzielenie zamówienia, o wszczęciu kolejnego postępowania, które dotyczy tego samego przedmiotu zamówienia lub obejmuje ten sam przedmiot zamówienia.

Odwołujący sformułował zarzuty naruszenia:

1. art. 214 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w zw. z art. 304 w zw. z art. 305 pkt 1) ustawy Pzp w zw. z art. 359 pkt 1) ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, w sytuacji gdy: (a) umowa na usługi z wolnej ręki zostanie zawarta na okres 12 miesięcy, a więc znacznie przekraczający czas potrzebny do przeprowadzenia postępowania w trybie konkurencyjnym; (b) nie wystąpiła wyjątkowa sytuacja niewynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, z której wynikałaby konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia przy jednoczesnym braku możliwości zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia;
2. art. 262 Pzp w zw. z art. 359 pkt 1) ustawy Pzp przez zaniechanie zawiadomienia odwołującego, jako wykonawcy, który ubiegał się o udzielenie zamówienia w poprzednim postępowaniu o udzielenie zamówienia, o wszczęciu kolejnego postępowania, które dotyczy tego samego przedmiotu zamówienia lub obejmuje ten sam przedmiot zamówienia.

Wobec postawionych zarzutów odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu: (a) unieważnienia umowy z dnia 30 sierpnia 2024 r. nr 171/2024 zawartej z Fudeko w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożenie kary finansowej; ewentualnie (b) skrócenia okresu obowiązywania umowy z dnia 30 sierpnia 2024 r. nr 171/2024 zawartej z Fudeko w trybie z wolnej ręki.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia.

W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Fudeko S.A. z siedzibą w Gdyni. Przystępujący w złożonym do akt sprawy piśmie procesowym z 6 października 2024 r. zaprezentował swoje stanowisko w sprawie.

Zamawiający w dniu 30 września 2024 r., działając na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy pismo procesowe - Odpowiedź na odwołanie, w którym wniósł o jego oddalenie w całości jako niezasadne.

Wobec tego, że odwołujący podtrzymał w całości zarzuty i żądania odwołania, Izba skierowała sprawę do rozpoznania na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego do akt sprawy w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania i odpowiedzią na nie, stanowiskiem przystępującego, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że jego interes we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób. Odwołujący realizował na rzecz zamawiającego umowę nr 152/2023 zawartą w dniu 2 października 2023 r. Umowa była pierwotnie zawarta na okres od dnia 1 grudnia 2023 r. do dnia 30 listopada 2025 r. W dniu 25 kwietnia 2024 r. odwołujący złożył zamawiającemu

oświadczenie o wypowiedzeniu umowy nr 152/2023 na podstawie § 15 ust. 6 ww. umowy z 4 miesięcznym okresem wypowiedzenia. Umowa uległa rozwiązaniu z dniem 31 sierpnia 2024 r. Zamawiający w dniu 26 czerwca 2024 r. wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na usługę całodobowego żywienia pacjentów w oparciu o wynajęte pomieszczenia kuchni wraz z ich wyposażeniem na okres 24 miesięcy. W postępowaniu tym jedyną ofertę złożył odwołujący. W dniu 25 lipca 2024 r. zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia z tego powodu, że cena zaoferowana przez odwołującego przekraczała kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia. Odwołujący zarzucał przy tym, że pomimo tego zamawiający nie zawiadomił go o wszczęciu kolejnego postępowania w sprawie tego samego przedmiotu zamówienia - w trybie z wolnej ręki, czym naruszył dyspozycję art. 262 Pzp. Gdyby zamawiający takie zaproszenie wystosował to odwołujący mógłby wziąć w nim udział, zrealizować zamówienie i osiągnąć

spodziewany zysk z tego tytułu. Powyższe jest wystarczające, aby uznać, że wypełniono przesłankę opisaną w art. 505 ustawy Pzp, dotyczącą posiadania przez odwołującego legitymacji do wniesienia odwołania.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, przekazaną przez zamawiającego w formie elektronicznej.

Izba dopuściła dowody wnioskowane przez odwołującego, załączone do odwołania, na okoliczności przez niego wskazane.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Na wstępie Izba ustaliła, że przedmiotem postępowania, zgodnie z opisem zawartym w Ogłoszeniu o zamówieniu jest świadczenie usług całodobowego żywienia pacjentów w oparciu o wynajęte pomieszczenia kuchni wraz z ich wyposażeniem.

Zgodnie z Protokołem postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki (druk ZP-WR) zamawiający wskazał jako podstawę prawną udzielenia zamówienia art. 214. ust. 1. pkt 5 ustawy Pzp tj. zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Jako uzasadnienie faktyczne wskazał następującą argumentację. Obecny wykonawca, świadczący dla zamawiającego - Wojewódzkiego Szpitala Dziecięcego im. J. Brudzińskiego w Bydgoszczy (dalej „Szpital”) usługę całodobowego żywienia pacjentów w oparciu o wynajęte pomieszczenia kuchni wraz z ich wyposażeniem w dniu 25.04.2024 r. wypowiedział umowę nr 152/2023 zawartą w dniu 02.10.2023 r., z zachowaniem 4-miesięcznego okresu wypowiedzenia, ze skutkiem na dzień 31.08.2024 r. Docelowo umowa była zawarta na okres 24 miesięcy (od 01.12.2023 r. do 30.11.2025 r.). Zamawiający znalazł się w sytuacji wyjątkowej, której nie mógł przewidzieć (umowa trwała dopiero kilka miesięcy), wymagającej

od niego podjęcia decyzji w celu zapobieżenia skutkom nieprzewidzianego zdarzenia, zmuszony był w trybie pilnym przygotować i przeprowadzić nowe postępowanie przetargowe powyżej progów unijnych. W celu skrócenia procedury opublikowane zostało wstępne ogłoszenie informacyjne pozwalające na skrócenie terminu składania ofert.

W dniu 19.06.2024 r. zamawiający ogłosił postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na usługę całodobowego żywienia pacjentów w oparciu o wynajęte pomieszczenia kuchni wraz z ich wyposażeniem na okres 24 miesięcy, w wyniku którego ofertę złożył tylko jeden wykonawca (aktualnie świadczący usługę), której cena przekraczała o 35% kwotę jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Ponadto cena jaką zaoferował wykonawca jest dwukrotnie wyższa w stosunku do ceny, którą zaoferował w poprzednim postępowaniu. W związku z powyższym dnia 25.07.2024 r. na podstawie art. 255 pkt. 3) ustawy Pzp zamawiający unieważnił postępowanie z powodu braku środków finansowych na pokrycie tej oferty.

Zamawiający ponownie stanął wobec konieczności natychmiastowego podjęcia działań niezbędnych do ograniczenia bezpośrednich skutków wystąpienia zdarzenia nieprzewidzianego jakim jest bezpośrednio zagrożenie dla życia i zdrowia ludzkiego - dzieci, które będąc pacjentami Szpitala są pod opieką zamawiającego. Wobec braku możliwości zachowania terminów przewidzianych ustawą Pzp dla jakiegokolwiek innego trybu udzielenia przedmiotowego zamówienia oraz braku potencjalnych wykonawców, którzy w tak krótkim czasie podjęliby się realizacji przedmiotowego zamówienia, które wiąże się również z inwestycją w wyposażenie pomieszczeń wynajmowanych w sprzęt niezbędny do realizacji zamówienia, zamawiający zdecydował, że udzieli zamówienia w trybie z wolnej ręki w drodze negocjacji z wybranym wykonawcą i opublikował ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy. Niestety niniejsze postępowanie w trybie z wolnej ręki zakończyło się unieważnieniem z powodu rezygnacji wykonawcy z negocjacji z zamawiającym.

Z uwagi na unieważnienie postępowania z wolnej ręki oraz na pilność zawarcia umowy od 01.09.2024 r., zamawiający zmuszony był podjąć kolejną próbę wyłonienia wykonawcy. Ze względu na duże ryzyko związane z brakiem czasu na procedowanie w trybie pilnym przeprowadzono kolejne postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający jest bezwzględnie zobowiązany do zapewnienia całodobowego żywienia pacjentów hospitalizowanych w Wojewódzkim Szpitalu Dziecięcym im. J. Brudzińskiego w Bydgoszczy. Zachowanie ciągłości tej usługi stanowi dla zamawiającego priorytet, którego naruszenie zagrożone jest zawieszeniem działalności szpitala. Priorytet ten może doznać uszczerbku w przypadku zbyt długiego oczekiwania na udzielenie zamówienia publicznego. W interesie zamawiającego jest więc ochrona zdrowia i ratowanie życia oraz zapewnienie bezpieczeństwa swoim pacjentom, musi on podjąć działania mające na celu uniknięcie negatywnych skutków braku możliwości zapewnienia wyżywienia przebywającym w szpitalu pacjentom. Wyłączenie

z działalności jedyne go wielospecjalistycznego szpitala dziecięcego w województwie kujawsko-pomorskim spowoduje bezpośrednie zagrożenie zdrowia i życia dla populacji dzieci i młodzieży w całym regionie. Udzielenie zamówienia na okres 12 miesięcy pozwoli zamawiającemu zabezpieczyć najpilniejsze, bieżące potrzeby związane z przedmiotem zamówienia oraz zapewni czas niezbędny do przygotowania i przeprowadzenia procedury udzielania zamówienia publicznego dotyczącego przedmiotowej usługi w warunkach uczciwej konkurencji.

Izba ustaliła ponadto, że w dniu 27 sierpnia 2024 r. zaproszenie do negocjacji, wraz z informacjami niezbędnymi do przeprowadzenia postępowania zostało przekazane wykonawcy Fudeko. Negocjacje z zaproszonym wykonawcą przeprowadzono telefonicznie w dniu 28 sierpnia 2024 r. Cenę wykonania zamówienia wynegocjowano na kwotę 4 502 864,28 zł. brutto. Inne warunki realizacji zamówienia będące przedmiotem negocjacji: warunki realizacji zamówienia zostały ustalone w projekcie umowy, zaakceptowanym przez strony postępowania.

Izba ustaliła także, że w wyniku przeprowadzonej procedury zawarta została 30 sierpnia 2024 r. umowa z wykonawcą Fudeko nr 171/2024 (dalej „Umowa”). Jako termin jej obowiązywania w § 2 podano 12 miesięcy tj. od dnia 01.09.2024 r. do 31.08.2025 r.

Zakres przedmiotu umowy opisano w § 1 ust. 6: 1) Świadczenie usług całodobowego żywienia pacjentów hospitalizowanych przez zamawiającego realizowanego w systemie dystrybucji posiłków w oddziałach z dostawą posiłków bezpośrednio do łóżka pacjenta wraz z odbiorem naczyń i odpadów pokonsumpcyjnych, w wynajętej od zamawiającego infrastrukturze; 2) Świadczenie usług całodobowego żywienia w oparciu o gotowe do spożycia przetwory spożywcze dla niemowląt i małych dzieci, w opakowaniach jednorazowych, w ilościach stanowiących jedną porcję, przygotowanych przemysłowo oraz przygotowywanie mieszanek mlecznych, kaszek, herbatk itp.; 3) Prowadzenie działalności gastronomicznej w wynajętej od zamawiającego restauracji szpitalnej, polegającej na zapewnieniu wyżywienia opiekunom pacjentów, studentom oraz personelowi szpitala we wszystkie dni tygodnia w godzinach od 8.00. do 15.00. Wyposażenie restauracji szpitalnej leży po stronie wykonawcy; 4) Łączna powierzchnia użytkowa pomieszczeń przewidziana do wynajęcia wynosi 568,06 m². pomieszczenia nadają się do prowadzenia działalności z chwilą ich przejęcia. Warunki najmu pomieszczeń zawarte są w odrębnej umowie. Zgodnie z ust. 7 tego paragrafu czynności objęte niniejszą umową wykonywane będą przez wykonawcę w pomieszczeniach wynajętych od zamawiającego przy użyciu maszyn, urządzeń oraz innego sprzętu wykonawcy niezbędnego do realizacji usługi.

Dalej, w § 4 Umowy zamawiający przewidział obowiązek zatrudnienia osób, które przystępujący skieruje do realizacji zadań objętych umową. Zgodnie z ust. 1 wykonawca oświadcza, że posiada zasoby, kwalifikacje, uprawnienia, niezbędną wiedzę i doświadczenie

umożliwiające prawidłową realizację przedmiotu umowy, a pracownicy zatrudnieni przy realizacji usługi - epidemiologicznych o braku przeciwwskazań do wykonywania prac, przy których istnieje możliwość przeniesienia zakażenia na inne osoby. W ust. 2 wskazano, że zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności związane bezpośrednio z realizacją przedmiotu zamówienia tj. czynności kucharzy, które polegają na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (Dz.U. 2023 poz. 1465).

Ponadto w § 6 Umowy opisano obowiązki wykonawcy. I tak w ust. 1: Zakres obowiązków wykonawcy obejmuje: 1) przygotowywanie posiłków dla pacjentów z własnych surowców zgodnie z załącznikiem nr 3 do umowy, dowóz oraz ich wydawanie pacjentom oddziałów szpitalnych w ustalonych porach dnia, ilościach i rodzajach z uwzględnieniem podziału na diety, według składanych na bieżąco zapotrzebowani żywnościowych, 2) przygotowywanie posiłków dla niemowląt i dzieci do 3 roku życia zgodnie z zał. nr 3 do umowy, dowóz oraz ich wydawanie pacjentom oddziałów szpitalnych w ustalonych porach dnia, ilościach i rodzajach, według składanych na bieżąco zapotrzebowani, 3) sukcesywne zmywanie i dezynfekowanie naczyń stołowych, sztućców, oraz butelek, a także innego sprzętu i urządzeń, służących do przechowywania, przewozu i podawania żywności, zgodnie z obowiązującymi przepisami sanitarno-epidemiologicznymi, 4) mycie i dezynfekcja pojemników przeznaczonych na odpady pokonsumpcyjne i bytowo- gospodarcze, 5) zaopatrywanie w niezbędne towary zgodnie ze specyfikacją kuchni mlecznej, 6) zaopatrywanie się przez cały okres świadczenia usług w sprzęt i naczynia stołowe, niezbędne do prawidłowej realizacji zamówienia, w tym butelki do karmienia niemowląt, jednorazowe smoczki itp., które wykonawca będzie na bieżąco wymieniał w przypadku ich zużycia. Zgodnie z ust. 2 wykonawca będzie profesjonalnie wykonywał usługę żywieniową na rzecz Zamawiającego i zobowiązuje się do: 1) prowadzenia na własne ryzyko zarejestrowanej działalności gospodarczej w zakresie zbiorowego żywienia oraz ubezpieczenia się na własny koszt od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, 2) przestrzegania normatywnych wartości odżywczych, gramatury posiłków, walorów smakowych, estetyki dostarczanych potraw oraz do przygotowywania ich zgodnie z prawnymi regulacjami o warunkach zdrowotnych żywności i żywienia, przy równoczesnym zapewnieniu modyfikacji opracowanych jadłospisów przez ich urozmaicenie, w szczególności z uwzględnieniem sezonowości i dni świątecznych, 3) spełniania wymagań zdrowotnych oraz higienicznych niezbędnych do pracy z żywnością przez wszystkich zatrudnionych do realizacji usługi pracowników, 4) ponoszenia odpowiedzialności za należyte wykonanie usługi przed uprawnionymi organami kontroli zewnętrznej oraz przed zamawiającym, 5) prowadzenia codziennej ewidencji ilościowej i rodzajowej posiłków wydawanych dla komórek organizacyjnych zamawiającego (oddziały), 6) podjęcia działań w celu usunięcia

nieprawidłowości zgłaszanych przez Zamawiającego w formie reklamacji w czasie do 45 minut od chwili ich wystąpienia, 7) pobierania i przechowywania próbek żywnościowych zgodnie z obowiązującymi aktami prawnymi, 8) wykonawca w razie braku możliwości wywiązania się z obowiązku przygotowywania posiłków dla pacjentów w wynajętych od zamawiającego pomieszczeniach kuchennych np. w okresie przejściowym awarii itp. będzie produkował i dostarczał posiłki z wykorzystaniem zewnętrznej bazy produkcyjnej. Zgodnie z ust. 3 wykonawca zobowiązany jest do sprzątania, mycia, dezynfekcji i konserwacji oraz utrzymywania w odpowiednim stanie sanitarno-technicznym w czasie trwania umowy wszystkich pomieszczeń, urządzeń, oraz innych sprzętów potrzebnych do realizacji usługi. Zamawiający zastrzega sobie prawo do kontrolowania stanu technicznego tychże pomieszczeń i urządzeń. Ust. 4: w celu realizacji usług wykonawca zobowiązany jest wyposażyć na swój koszt wynajęte pomieszczenia w zakresie niezbędnym, zgodnym z przepisami sanitarnymi do magazynowania surowców, przygotowania poszczególnych składników posiłków, ich serwowania pacjentom, dystrybucji posiłków i naczyń, przewozu i przechowywania odpadów pokonsumpcyjnych, mycia naczyń i sprzętu używanego do przygotowania i dystrybucji posiłków. Ponadto Wykonawca wyposaży pomieszczenia socjalne dla personelu, utrzyma czystość oraz obsługę biurową prowadzonej działalności. Wyposażeniem należy objąć wszystkie wynajęte pomieszczenia. Ust. 5: Zamawiający wymaga, aby wykonawca ponosił koszty eksploatacyjne związane z funkcjonowaniem wynajętych i wyposażonych pomieszczeń. Ust. 6: Wykonawca zobowiązany jest skierować, do realizacji usługi osoby posługujące się językiem polskim w stopniu komunikatywnym. Pracownicy wykonawcy są zobowiązani do komunikacji z zamawiającym w języku polskim. W przypadku, gdy ww. osoby nie będą posiadały znajomości języka polskiego w stopniu biegłym bądź komunikatywnym na okres i dla potrzeb

realizacji przedmiotu zamówienia, Wykonawca zobowiązany jest zapewnić tłumacza na własny koszt i własnym staraniem. Ust. 7: Wykonawca zobowiązany jest do przestrzegania obowiązujących przepisów w zakresie utylizacji odpadów pokonsumpcyjnych zgodnie z obowiązującymi normami prawnymi i odpowiedzialny jest za gromadzenie, przechowywanie i przewóz odpadów pokonsumpcyjnych w pojemnikach przeznaczonych do tego celu. Umowa na odbiór odpadów wytwarzanych przez wykonawcę musi być dostarczona do wyznaczonej osoby ze strony zamawiającego, wskazanej w § 13 ust. 4, najpóźniej na 2 dni przed rozpoczęciem świadczenia usługi żywieniowej przez wykonawcę bądź 7 dni przed kończącą się aktualną umową. Odpady pokonsumpcyjne odbierane będą zgodnie z umową między stronami. Po każdorazowym odbiorze odpadów pokonsumpcyjnych Wykonawca dostarczy wyznaczonej osobie ze strony Zamawiającego kopię potwierdzoną za zgodnością z oryginałem Karty Przekazania Odpadu. Taką samą dokumentację przekaże każdorazowo dietetykowi nadzorującemu umowę ze strony zamawiającego. Ust. 8: Z uwagi na konieczność dostosowania i wyposażenia

wynajętych od zamawiającego pomieszczeń, zamawiający dopuszcza możliwość wykonywania usługi żywienia z wykorzystaniem zewnętrznej bazy produkcyjnej w okresie nie przekraczającym 4 tygodni od daty obowiązywania umowy. Ust. 9: Demontaż urządzeń, sprzętu oraz innego wyposażenia wynajmowanej kuchni oraz pomieszczeń Wykonawca zrealizuje w okresie nie dłuższym niż 3 dni od terminu zakończenia umowy. Prace naprawcze, remontowe lub inne ujęte w protokole zdawczo - odbiorczym wykonawca zrealizuje w ciągu 1 miesiąca od dnia zakończenia umowy we wcześniejszym porozumieniu z zamawiającym oraz wynajmującym od zamawiającego w tym okresie kuchnię oraz pomieszczenia. Ust. 10: Wykonawca powinien dysponować co najmniej 1 środkiem transportu przystosowanym do przewozu żywności, posiadającym pozytywną opinię Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego. Najpóźniej na 2 dni przed rozpoczęciem realizacji usługi Wykonawca dostarczy do osoby nadzorującej ze strony zamawiającego w/w dokument. Ust. 11: Zamawiający zastrzega sobie prawo kontroli posiłków o każdej porze dnia pracy kuchni, na każdym ich etapie tzn. od momentu obróbki surowców, aż po dystrybucję gotowych posiłków na oddziałach szpitalnych. Ust. 12: Zamawiający zastrzega sobie prawo kontroli przez osobę nadzorującą ze strony zamawiającego, stanu sanitarno-epidemiologicznego kuchni i zaplecza kuchennego wykonawcy, kontrolę jakości i ilości wydawanych surowców z magazynu oraz obecności przy przygotowywaniu posiłków i przy ich dystrybucji na oddziały przy udziale pracownika wykonawcy. Ust. 13: Zamawiający zastrzega sobie prawo do przeprowadzania audytów wewnętrznych u wykonawcy w wynajmowanych pomieszczeniach w zakresie przestrzegania przez wykonawcę procedur HACCP oraz prawo wglądu w dokumentację związaną z przestrzeganiem tych procedur. Ust. 14: Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za wystąpienie zatrucia pokarmowego z winy wykonawcy, jeśli wina zostanie mu udowodniona. Ust. 15: Zamawiający ma prawo skontrolować kwalifikacje pracowników zatrudnionych do realizacji umowy. Pracownicy zatrudnieni w procesie realizacji umowy muszą legitymować się wykształceniem i doświadczeniem zgodnym z Opisem Przedmiotu Zamówienia. Ust. 16: W razie braku możliwości wywiązania się przez wykonawcę z obowiązku przygotowania posiłków dla pacjentów we własnym zakresie, wykonawca zobowiązany będzie do zapewnienia we właściwym czasie wyżywienia pacjentów, zgodnie z warunkami Umowy, bez ponoszenia dodatkowych kosztów przez zamawiającego. Ust. 17: Zamawiający zastrzega sobie prawo do systematycznego sprawdzania stanu wykonania Umowy i przedstawiania wykonawcy uwag na piśmie. Ust. 18: Zamawiający zastrzega sobie możliwość złożenia reklamacji w przypadku stwierdzenia złej jakości posiłku lub artykułów spożywczych, nieprawidłowego składu jakościowego i ilościowego podanego posiłku, a także innych braków powodujących, że dostarczone posiłki lub artykuły spożywcze nie nadają się do spożycia lub nie spełniają wymagań określonych w OPZ. Reklamacje będą zgłaszane wykonawcy telefonicznie lub osobiście w momencie wystąpienia uchybienia. Każda

nieprawidłowość zakwestionowanych posiłków musi być usunięta, na koszt wykonawcy w czasie do 45 minut od momentu zgłoszenia.

Jednocześnie, co wynika z treści § 9 - Zakres odpowiedzialności i ubezpieczenie OC, ust. 5 wykonawca z chwilą rozpoczęcia świadczenia Usług zobowiązany jest do posiadania, zawartej na własny koszt, umowy ubezpieczenia w zakresie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej deliktowej i kontraktowej Wykonawcy, osób wykonujących Umowę w jego imieniu i w przypadku realizacji Umowy przez Podwykonawców - także podwykonawców, za szkody wyrządzone w związku z wykonywaniem Umowy, na sumę ubezpieczenia nie mniejszą niż 1 000 000,00 zł. Jeżeli suma ubezpieczenia wyrażona jest w innej walucie niż złoty, zostanie przeliczona według średniego kursu NBP na dzień zawarcia Umowy. Zgodnie z ust. 6: Wykonawca zobowiązany jest przedłożyć zamawiającemu, przed zawarciem Umowy polisę ubezpieczeniową potwierdzającą zawarcie umowy ubezpieczenia w wymaganym zakresie oraz ogólne warunki ubezpieczenia, na podstawie których zawarto tę Umowę. Brak przedstawienia opłaconej polisy ubezpieczeniowej uprawnia zamawiającego do odmowy zawarcia Umowy z wykonawcą z winy wykonawcy.

W § 10 - Zabezpieczenie należytego wykonania Umowy, ust. 1 nałożono na Fudeko obowiązek, aby przed dniem zawarcia Umowy wniósł zabezpieczenie należytego wykonania Umowy w formach określonych w art. 450 ust. 1 pkt 1, 3 i 4 ustawy Pzp, zwane dalej „zabezpieczeniem”, w wysokości 1% wartości umowy określonej w §3 ust. 1, tj. 44 257,16 zł. brutto - w formie Ubezpieczenia Gwarancji należytego wykonania, które służyć będzie pokryciu roszczeń zamawiającego z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania Umowy.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba przytoczy przepisy ustawy Pzp, których naruszenie zarzucał odwołujący, a które były podstawą orzekania w niniejszej sprawie.

I tak, zgodnie z art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w

sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz przejrzysty i proporcjonalny.

Stosownie do art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: (pkt 5) ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Przepis art. 262 ustawy Pzp stanowi, że w przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający niezwłocznie zawiadamia wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia w tym postępowaniu, o wszczęciu kolejnego postępowania, które dotyczy tego samego przedmiotu zamówienia lub obejmuje ten sam przedmiot zamówienia.

Zgodnie z przepisem art. 304 ustawy Pzp do udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki stosuje się przepisy działu II rozdziału 3 oddziału 8, ze zmianami wynikającymi z niniejszego oddziału.

W art. 305 pkt 1 ustawy Pzp przewidziano, że 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.

Zgodnie z art. 359 pkt 1 przy udzielaniu zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi stosuje się przepisy ustawy właściwe dla (pkt 1) zamówień klasycznych, o wartości równej lub przekraczającej progi unijne - jeżeli wartość zamówienia wyrażona w złotych jest równa lub przekracza równowartość kwoty 750 000 euro, z uwzględnieniem zmian wynikających z niniejszego rozdziału.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługiwało na oddalenie.

Zarzuty odwołania dotyczą w istocie dwóch zagadnień. Pierwsze z nich zostało objęte zarzutami opisanymi w pkt 2 a) petitum i dotyczy bezpodstawnego wyboru trybu z wolnej ręki, bez wypełnienia się przesłanek przewidzianych w art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz zawarcia umowy w tym trybie na okres 12 miesięcy, który jak twierdził odwołujący znacznie przekracza czas potrzebny na przeprowadzenie postępowania w trybie konkurencyjnym. Drugie z nich odnosi się natomiast do obowiązków informacyjnych zamawiającego dotyczących zawiadomienia wykonawcy, który ubiegał się o udzielenie zamówienia, o wszczęciu kolejnego postępowania, które dotyczy tego samego przedmiotu zamówienia lub obejmuje ten sam przedmiot zamówienia.

Odnosząc się do pierwszej kwestii wskazać należy na wstępie zauważyć, że przepis art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, gdy wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Przy tym, co istotne, aby móc skorzystać z tego trybu koniecznym jest wypełnienie się wszystkich przesłanek wymienionych w tym przepisie co oznacza, że brak

ziszczenia choćby jednej z nich - wyłącza możliwość udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki.

Katalog przesłanek wskazanych w tym artykule tworzą zatem łącznie: wyjątkowość sytuacji, brak wpływu zamawiającego na jej zaistnienie (sytuacja nie wynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego), niemożność przewidzenia tej sytuacji przez zamawiającego, konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia oraz brak możliwości zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Odnosząc się kolejno do wymienionych przesłanek stwierdzić należy, że w okolicznościach niniejszej sprawy nie budzi wątpliwości, iż mamy do czynienia z sytuacją o wyjątkowym charakterze. Izba zważyła, że zamawiający znalazł się w sytuacji wyjątkowej, jak bowiem ustalono w toku postępowania odwoławczego odwołujący wypowiedział poprzednią umowę (oświadczenie o wypowiedzeniu umowy zostało przez odwołującego złożone w dniu 25 kwietnia 2024 r.) ze skutkiem na dzień 31 sierpnia 2024 r. Z tym też dniem zamawiający znalazł się w sytuacji, w której niemożliwe było zapewnienie usługi żywienia pacjentów szpitala. Istotne znaczenie w niniejszej sprawie ma właśnie przedmiot udzielanego zamówienia. Jak podkreślał zamawiający jest on jedynym wielospecjalistycznym szpitalem dziecięcym w województwie kujawsko-pomorskim. Usługa żywienia z kolei jest usługą niewrażliwą, szczególnego rodzaju, gdyż niemożliwa jest jakakolwiek przerwa w jej świadczeniu. Bez zapewnienia odpowiedniego wyżywienia, w tym również żywienia w oparciu o różnorodne diety (przedmiot zamówienia, co wynika z treści OPZ, dotyczy wyżywienia nie tylko w oparciu o dietę ogólną, ale też dietę łatwostrawną, przetartą - małego dziecka dla dzieci od 1 do 3 roku życia/ kuchnia mleczna, bogatobiałkowa, cukrzycowa, ubogenergetyczna, ketogenną czy bezglutenową). Jak wskazywał pełnomocnik zamawiającego (dietetyk) na rozprawie odpowiednie żywienie oraz sposób jego przygotowania jest niezwykle istotnym elementem procesu terapeutycznego pacjentów, bez tego nie jest możliwe kontynuowanie działalności. Jak wskazywał zamawiający w protokole postępowania, uzasadniając wybrany przez niego tryb udzielenia zamówienia, w skrajnym przypadku może nawet z tego powodu dojść do zawieszenia działalności szpitala. Izba uznała powyższe argumenty za przekonujące. Zamawiający, w poczuciu odpowiedzialności za zdrowie oraz chcąc zapewnić bezpieczeństwo przebywających w szpitalu pacjentów, w tym szczególnie małych dzieci, znalazł się w wyjątkowej sytuacji.

Ponadto, skład orzekający uznał za wiarygodne wyjaśnienia pełnomocnika zamawiającego składane na rozprawie, że fakt wypowiedzenia umowy przez podmiot, który świadczył taką usługę, jest zdarzeniem bez precedensu i, że z jego

wiedzy wynika, że w okresie ostatnich piętnastu lat nie zdarzyła się wcześniej podobna sytuacja. Tym samym trudną do przewidzenia była sytuacja, w której świadczący tą usługę na rzecz zamawiającego odwołujący, zdecydował się na skorzystanie z przewidzianej w zawartej z nim umowie

możliwości rozwiązania umowy za 4-miesięcznym wypowiedzeniem. Oceny tej w żaden sposób nie zmienia treść pisma odwołującego z 8 października 2024 r., które wpłynęło do Izby już po zamknięciu rozprawy. Pismo to nie może zostać zaliczone w poczet materiału dowodowego z tego powodu, że twierdzenia i dowody składane są przez strony i uczestników do zamknięcia rozprawy. Jedynie na marginesie należy dostrzec, że odwołujący, który w piśmie tym kwestionuje twierdzenia zamawiającego, że nigdy nie spotkał się on z przypadkiem rozwiązania umowy przez dostawcę, sam przedstawia jedno wystąpienie pokontrolne Najwyższej Izby Kontroli Delegatura w Bydgoszczy (znak sprawy: LB.Y.410.018.04.2017) z marca 2018 r., które potwierdza fakt, że umowy z firmą Drager Polska Sp. z o.o. na użyczenie sprzętu medycznego zostały przez nią wypowiedziane z dniem 15 kwietnia 2016 r. Powyższe dowodzi, że sam odwołujący nie był w stanie zidentyfikować więcej niż jednego przypadku, kiedy takie wypowiedzenie miało miejsce. Z kolei sprzęt będący przedmiotem umowy z firmą Drager Polska Sp. z o.o. został przez tę firmę użyczony, nie zaś zakupiony przez zamawiającego, co w istocie potwierdza tezę zamawiającego o wyjątkowym charakterze takiego zdarzenia.

Nie sposób też podzielić twierdzenia, że z sytuacją wyjątkową, niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, których nie można było przewidzieć mamy do czynienia tylko w przypadku zjawisk losowych i niezależnych od zamawiającego, takich jak klęski żywiołowe (powodzie, lawiny, sezonowe pożary itp.), katastrofy, awarie, niespodziewane wypadki itp. Izba podziela w całości pogląd, prezentowany w wyroku KIO z dnia 16 listopada 2023 r., sygn. akt KIO 3202/23, że: Za „wyjątkową sytuację” nie uznaje się wyłącznie zdarzeń związanych ze zjawiskami pogodowymi, awariami lub wypadkami, ale także konieczność rozwiązania umowy może być okolicznością uznaną za „wyjątkową sytuację” w rozumieniu art. 214 ust. 1 pkt 5) Prawa zamówień publicznych, wszak żaden Zamawiający nie zawiera umowy z założeń, że będzie ją rozwiązywał przed terminem umownym. Zamawiający, który przeprowadził wcześniej postępowanie konkurencyjne i udzielił zamówienia publicznego nie mógł wcześniej przewidywać, że zaistnieją przyczyny, które będą podstawą do odstąpienia od umowy. Żaden bowiem zamawiający nie prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nie zawiera umowy po to, aby od umowy odstąpić. Samo odstąpienie od umowy już jest wyjątkowe, odstąpienie od umowy następuje w określonych warunkach, jak również związane są z tym odstąpieniem konkretne działania, skutki, które mogą być dotkliwe w przypadkach, gdy odstąpienie od umowy nie jest zasadne.

Po drugie, w ocenie składu orzekającego, przyczyny tego stanu rzeczy nie leżały po stronie zamawiającego. Wskazać należy, że zamawiający w żaden sposób nie przyczynił się do sytuacji, w której nastąpiło wypowiedzenie umowy przez odwołującego. Sam odwołujący, w treści odwołania, nie wskazuje i nie wyjaśnia z jakich przyczyn umowę wypowiedział. Próżno też poszukiwać w treści odwołania argumentacji, dla której Izba miałaby stwierdzić,

że przyczyny, że odwołujący zdecydował się na taki krok leżały po stronie zamawiającego. W konsekwencji Izba doszła do przekonania, że to nie zamawiający jest podmiotem odpowiedzialnym za zaistniałą sytuację.

Co do oceny, czy było możliwe dochowanie terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia w szczególności trybów konkurencyjnych, zasadne jest w okolicznościach tej sprawy przeanalizowanie wszystkich czynności zamawiającego, jakie poprzedzały podjęcie przez niego decyzji o wyborze trybu udzielenia zamówienia „z wolnej ręki”. Odwołujący prezentując swoje stanowisko na rozprawie przedstawiał pełen harmonogram czynności, które podejmował zamawiający, zarzucając w szczególności opieszałość przy podejmowaniu decyzji o wszczęciu postępowania w trybie konkurencyjnym, jak też wskazując, że od unieważnienia postępowania minęło ponad półtora miesiąca, a zamawiający zamiast wszcząć kolejne postępowanie zdecydował się na tryb niekonkurencyjny.

Izba stwierdziła, że zarzuty te nie znajdują oparcia w materiale dowodowym. Wbrew wywodom odwołującego, po wypowiedzeniu przez niego umowy tj. 25 kwietnia 2024 r. zamawiający niezwłocznie przystąpił do czynności zmierzających do przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wstępne ogłoszenie o planowanym zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 15 maja 2024 r. i zostało opublikowane w dniu 16 maja 2024 r. pod nr Dz.Urz.UE: 2024/S 95 -289206. Okres, który upłynął od daty złożenia wypowiedzenia, do czasu publikacji wstępnego ogłoszenia, nie był zatem nadmiernie długim, mając na uwadze z jak złożonym zamówieniem mamy do czynienia. Izba wzięła pod uwagę argumentację zamawiającego, który na rozprawie wskazywał, że po wypowiedzeniu umowy przez dotychczasowego wykonawcę zmuszony był ponownie przeanalizować zakres świadczenia, warunki dotychczasowej umowy tak, aby uniknąć podobnych sytuacji w przyszłości.

Zamawiający podjął również próbę udzielenia zamówienia w jednym z trybów konkurencyjnych, wszczynając w dniu 26 czerwca 2024 r. postępowanie o nr 20/2024/PN w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz.Urz. UE: 2024/S 124 - 380800. Termin składania ofert upływał w dniu 17 lipca 2024 r., w wyznaczonym terminie ofertę złożył jeden wykonawca - odwołujący. Z uwagi na to, że oferta odwołującego opiewała na kwotę 11 067 617,28 zł., a zatem przewyższała kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. 8 155 556,73 zł. zamawiający 25 lipca 2024 r. unieważnił postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp.

Kolejne postępowanie również nie doprowadziło do wyłonienia wykonawcy w postępowaniu. W dniu 20 sierpnia 2024 r. zamawiający przekazał Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie o dobrowolnej przejrzystości ex ante (ogłoszenie to zostało

opublikowane w dniu 21 sierpnia 2024r. pod nr Dz.Urz. UE: 2024/S 162 - 502046). W tym samym dniu zamawiający przekazał zaproszenie do negocjacji wykonawcy: Irena Dzwonnik -Krystman prowadzącej działalność gospodarczą pod

firmą Gastro. Negocjacje z tym wykonawcą nie doprowadziły do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, w związku z czym zamawiający w dniu 26 sierpnia 024 r. unieważnił postępowanie w sprawie, powołując się na przesłankę wynikającą z treści art. 255 pkt 8 ustawy Pzp.

Powyższe dowodzi, że po wypowiedzeniu umowy przez odwołującego zamawiający niezwłocznie podejmował wszelkie niezbędne czynności, zmierzające do wyłonienia kolejnego wykonawcy w trybie konkurencyjnym, tj. w trybie przetargu nieograniczonego. To, że zamawiający nie był w stanie sprostać oczekiwaniom finansowym odwołującego i zmuszony był unieważnić postępowanie, nie jest okolicznością od niego zależną. Nie sposób też oczekiwać, nawet w sytuacji gdy wymaga tego dbałość i troska o dobro pacjentów, aby zamawiający udzielał zlecenia wykonawcy, którego oczekiwania finansowe są nadmierne i niewspółmierne do zakresu i skali świadczonej usługi.

Nie można też czynić zarzutów zamawiającemu, że w sytuacji, w której po unieważnieniu postępowania tj. w dniu 25 lipca 2024 r., kiedy pozostał nieco ponad miesiąc do rozwiązania umowy z odwołującym, zawartej 2 października 2023 r., nie zdecydował się na wszczęcie kolejnego postępowania w trybie przetargu nieograniczonego. Ryzyko związane z tym, że kolejna procedura konkurencyjna nie doprowadzi do wyłonienia wykonawcy było w tym przypadku zbyt duże, aby zamawiający takie podjął. Jak już wcześniej wskazano, co podkreślał zamawiający uzasadniając wybór trybu udzielenia zamówienia „z wolnej ręki”, usługa żywienia pacjentów szpitala jest usługą szczególnego rodzaju, gdzie niemożliwa jest jakkolwiek przerwa w jej świadczeniu. Zamawiający, mając na uwadze ochronę zdrowia i życia przebywających w szpitalu małoletnich pacjentów, oraz w związku z potrzebą zaspokojenia ich podstawowych potrzeb, do których należy ich żywienie w trakcie hospitalizacji znalazł się w wyjątkowej i niezwykle trudnej sytuacji. Decyzja przez niego podjęta była zatem w pełni uzasadniona. Tym samym, zdaniem Izby wypełniona została także w niniejszej sprawie przesłanka wskazująca na konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia, przy jednoczesnym braku możliwości zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Izba nie podzieliła również argumentacji odwołującego w zakresie terminu obowiązywania umowy. Zamawiający wyjaśnił, że wskazując termin realizacji zamówienia tj. 12 miesięcy uznał, że krótszy termin jego wykonania mógłby zostać uznany za nieopłacalny z punktu widzenia przyszłego, potencjalnego wykonawcy. Zachodziła zatem obawa, że zaproponowanie potencjalnemu wykonawcy krótszego czasu realizacji zamówienia spowoduje, że ten nie podejmie negocjacji jak też, że wraz ze skróceniem okresu obowiązywania umowy - cena zaoferowana przez wykonawcę będzie wyższa. Odwołujący

sam przyznał na rozprawie, że okres, na jaki zlecona jest usługa, ma duże znaczenie przy kalkulowaniu ceny ofertowej. Jest tak z tego powodu, że do obowiązków wykonawcy, wyłonionego w postępowaniu, należy wyposażenie kuchni szpitalnej w niezbędny sprzęt i inne urządzenia służące jego realizacji. O tym jak duża jest skala i nakłady potrzebne do jego wykonywania świadczy chociażby to, że na rozpoczęcie pracy w kuchni (jej wyposażenie) w pomieszczeniach dzierżawionych od zamawiającego przewidziano aż 4 tygodnie, liczone od dnia rozpoczęcia realizacji usługi. W tak zwanym okresie przejściowym posiłki dla pacjentów dostarczane mają być z kolei z zewnętrznej bazy produkcyjnej wykonawcy. Nie bez znaczenia są także w tym przypadku inne obowiązki nałożone na wykonawcę, jak chociażby konieczność zatrudnienia niezbędnego personelu o odpowiednich kwalifikacjach (np. dietetyk, personel spełniający wymagania zdrowotne oraz higieniczne niezbędne do pracy z żywnością, itp.). Dodatkowo do obowiązków wykonawcy należało będzie zabezpieczenie wszystkich swoich pracowników, biorących udział w realizacji usługi żywieniowej w odzież ochronną, roboczą oraz środki ochrony indywidualnej zgodnie z zapisami umowy. Inne, niezbędne nakłady jakie wykonawca będzie musiał ponieść, co również wynika z treści zawartej umowy, związane są z wykupieniem polisy ubezpieczeniowej na sumę nie mniejszą niż 1 mln zł. czy też zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 1% wartości umowy. Wszystkie powyższe wymogi przekładają się na cenę ofertową, która z oczywistych względów będzie tym wyższa, im większe nakłady ponieść będzie musiał wykonawca na początkowym etapie świadczenia usług dla zamawiającego. Im zatem okres ten będzie dłuższy, tym ponoszone nakłady rozłożą się na przestrzeni czasu.

Rację należało zatem przyznać zamawiającemu, że w tym konkretnym przypadku, biorąc pod uwagę okoliczności sprawy, konieczność poniesienia znacznych nakładów przez wykonawcę, związanych z wymaganiami zamawiającego dotyczącymi realizacji usług objętych przedmiotem zamówienia - zawarcie umowy na okres 12 miesięcy nie wykraczało poza niezbędny czas, który pozwolił z jednej strony pozyskać wykonawcę do realizacji zamówienia na warunkach opisanych w umowie, z drugiej zaś ze względu na wysokie koszty stałe, związane z koniecznością poniesienia kosztów początkowych, pozwolił na uzyskanie optymalnej ceny ofertowej, która nie przekracza kwot przeznaczonych przez zamawiającego na realizację tych zadań.

Izba podkreśla w tym miejscu, że oceny kwalifikacji prawnej zawsze należy dokonywać z uwzględnieniem konkretnego stanu faktycznego, z wszechstronnym rozważeniem okoliczności danej sprawy. Wszelkie powyższe czynniki, na które wskazała Izba powyżej miały znaczenie dla stwierdzenia, że w niniejszej sprawie zamawiający nie naruszył przepisu art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp udzielając zamówienia w trybie „z wolnej ręki”, w zakresie opisanym w umowie.

Izba wskazuje także, że w podobnych okolicznościach faktycznych wydane zostało orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 lipca 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1693/22. Pomimo zaskarżenia powyższego orzeczenia przez odwołującego, Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w Wyroku z dnia 7 listopada 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 125/22 podzielił ocenę Izby w zakresie, w jakim ta uznała zasadność dokonano przez zamawiającego - B. Centrum Onkologii im. M. S.-C. w B. wyboru trybu udzielenia zamówienia w oparciu o art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w przedmiocie żywienia pacjentów. Na szczególną uwagę zasługuje wywód zawarty w uzasadnieniu orzeczenia SO, który odnosząc się do kwestii natychmiastowości wykonania zamówienia stwierdził: 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. KIO/KD 115/14). Trudno wyobrazić sobie sytuację, w której centrum onkologii nie wydawałoby posiłków swoim pacjentom z uwagi na nieudzielenie zamówienia publicznego. Ponadto „wyjątkowa sytuacja niewynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, których wcześniej nie można było przewidzieć” jest przesłanką o charakterze obiektywnym i bezwzględny, przy tym oznacza, że powinny one wynikać z przyczyn niezależnych od zamawiającego, nie zaś z uchybień lub niedołożenia należytej staranności na etapie przygotowania lub przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. (...) Sąd Okręgowy podziela przy tym także stanowisko zarówno przeciwnika skargi oraz Izby, że w tych konkretnych okolicznościach niniejszej sprawy uwzględniających charakter zamówienia a także zważając na odpowiedzialność przeciwnika skargi za zdrowie przebywających w szpitalu pacjentów nie mógł on dopuścić do sytuacji, w której nie byłby w stanie zapewnić posiłków przebywającym w szpitalu pacjentom. Bezsprzecznie świadczenie usług żywieniowych dla pacjentów onkologicznych powinno być nieprzerwane ze względu na zagrożenie zdrowia i życia a do tego mogłaby doprowadzić sytuacja braku wykonawcy na świadczenie tychże usług.

Nie potwierdził się także, w ocenie Izby, zarzut opisany w pkt 2 b) petitum tj. naruszenia art. 262 ustawy Pzp w zw. z art. 359 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez brak zawiadomienia odwołującego o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia „z wolnej ręki”.

W tym zakresie Izba, w pierwszej kolejności, zwraca uwagę na brak konsekwencji odwołującego w formułowaniu zarzutów odwołania, który to z jednej strony zarzuca zamawiającemu wybór trybu udzielenia zamówienia publicznego w trybie postępowania z wolnej ręki, w sytuacji gdy nie zaistniały ku temu ustawowe przesłanki, z drugiej natomiast domaga się w istocie, aby zamawiający zaprosił go do negocjacji w tym trybie i to z nim zawarł

umowę. Sprzeczność powyższych zarzutów w sposób jaskrawy pokazuje, że odwołujący nie tyle nie zgadza się z dokonaniem przez zamawiającego wyborem trybu, w którym udzielane jest zamówienie, co z decyzją zamawiającego, który zaprosił do negocjacji innego wykonawcę.

Niezależnie od powyższego, należy w pełni podzielić w tym zakresie stanowisko prezentowane przez zamawiającego i przystępującego po jego stronie wykonawcy, że jak wskazuje literalne brzmienie art. 262 ustawy Pzp w przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający niezwłocznie zawiadamia wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia w tym postępowaniu, o wszczęciu kolejnego postępowania, które dotyczy tego samego przedmiotu zamówienia lub obejmuje ten sam przedmiot zamówienia. Z kolei postępowaniem poprzedzającym obecne postępowanie było postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki wszczęte w dniu 20 sierpnia 2024 r. (opublikowanie w dniu 21 sierpnia 2024 r.), które zostało przez zamawiającego unieważnione w dniu 26 sierpnia 2024 r.

Odwołujący nie ubiegał się o to zamówienie, nie został zaproszony do negocjacji, nie wniósł też skutecznie środka zaskarżenia na prowadzenie przez zamawiającego tego postępowania w trybie z wolnej ręki. Powyższe potwierdzone zostało postanowieniem Prezesa KIO o zwrocie odwołania wniesionego przez odwołującego (sprawie nadano sygn. akt KIO 3181/24), w którym ten zarzucał zamawiającemu niezgodny z przepisami ustawy wybór trybu zamówienia z wolnej ręki.

Tym samym nietrafiona jest argumentacja odwołującego, który przywołuje tezy zawarte w orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3796/21, w którym to Izba zwracała uwagę na obowiązki informacyjne zamawiającego w sytuacji, gdy ten zaprasza do negocjacji wykonawców w trybie niekonkurencyjnym, po uprzednim unieważnieniu poprzednio prowadzonego postępowania w trybie przetargu nieograniczonego. Odwołujący, w sposób sprzeczny z literalnym brzmieniem tej regulacji, wskazuje na obowiązki nałożone na zamawiającego w sytuacji unieważnienia przez niego wcześniejszego postępowania prowadzonego na podstawie art. 255 ust. 3 ustawy Pzp, które to następnie zostało unieważnione. Odwołujący pomija całkowicie okoliczność, że poprzedzającym niniejsze postępowanie było zamówienie udzielane w trybie zamówienia z wolnej ręki, także przez zamawiającego unieważnione.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, jak też mając na uwadze literalne brzmienie przepisu art. 262 ustawy Pzp, należy stwierdzić, że wobec braku skutecznego zaskarżenia czynności zamawiającego polegającej na prowadzeniu przez niego postępowania poprzedzającego przedmiotowe postępowanie w trybie z wolnej ręki czynności ta pozostaje w mocy. Jednocześnie, z uwagi na brak ubiegania się przez odwołującego o udzielenie zamówienia w poprzednim postępowaniu, zamawiający nie miał obowiązku zawiadomienia odwołującego o wszczęciu przedmiotowego postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 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).

Przewodnicząca: