

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierżędzki**

**Protokolant: Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 maja 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Holding Hunters Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim, Hunters24 Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim, Hunters Ochrona Plus Sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim, Human Hunters Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Warszawie, Green Hunters Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Warszawie, Blue Hunters Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Warszawie, Biuro Ochrony Sezam-System sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu**

w postępowaniu prowadzonym przez **Wielkopolskie Centrum Onkologii w Poznaniu**

**orzeka:**

1. uwzględnić odwołanie i nakłada na zamawiającego - **Wielkopolskie Centrum Onkologii w Poznaniu** – karę finansową w wysokości **5.100 zł 00 gr** (słownie: pięciu tysięcy stu złotych zero groszy),
2. kosztami postępowania obciąża **Wielkopolskie Centrum Onkologii w Poznaniu** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Holding Hunters Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim, Hunters24 Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim, Hunters Ochrona Plus Sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim, Human Hunters Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Warszawie, Green Hunters Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Warszawie, Blue Hunters Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Warszawie, Biuro Ochrony Sezam-System sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
  - 2.2. zasądza od **Wielkopolskiego Centrum Onkologii w Poznaniu** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Holding Hunters Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim, Hunters24 Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim, Hunters Ochrona Plus Sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim, Human Hunters Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Warszawie, Green Hunters Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Warszawie, Blue Hunters Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Warszawie, Biuro Ochrony Sezam-System sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** kwotę **11.100 zł 00 gr** (słownie: jedenastu tysięcy stu złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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.

**Przewodniczący:.....**

Sygn. akt: KIO 1709/24

### **Uzasadnienie**

Wielkopolskie Centrum Onkologii w Poznaniu, zwane dalej „zamawiającym”, wszczęło i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest świadczenie całodobowego dozoru, ochrony osób i mienia oraz obiektów Wielkopolskiego Centrum Onkologii w Poznaniu.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 15 maja 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnieśli odwołanie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia **Holding Hunters Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim, Hunters24 Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Grodzisku Wielkopolskim, Hunters Ochrona Plus Sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim, Human Hunters Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Warszawie, Green Hunters Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Warszawie, Blue Hunters Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Warszawie, Biuro Ochrony Sezam-System sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu**, zwani dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp polegające na udzieleniu zamówienia z wolnej ręki mimo, że nie zostały spełnione żadne przesłanki, o których mowa w powyższym przepisie, tj. nie miała miejsce sytuacja wyjątkowa, niewynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on

przewidzieć, ja również, że nie można było zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie umowy, której przedmiotem jest całodobowy dozór, ochrona osób i mienia oraz obiektów Wielkopolskiego Centrum Onkologii w Poznaniu, ul. Garbary 15, ul. Łąkowa 3, ul. Strzelecka 35,37 oraz ul. Kazimierza Wielkiego 6 w okresie od dnia 1.05.2024 r. do 30.06.2024 r. w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie: art. 305 pkt 1 ustawy w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy, nr umowy WR-8/2023 z dnia 29.04.2024 r. zawartej przez zamawiającego z Agencją Detektywistyczną i Ochrony Joker sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu. ewentualnie
- 2) unieważnienie umowy, której przedmiotem jest całodobowy dozór, ochrona osób i mienia oraz obiektów Wielkopolskiego Centrum Onkologii w Poznaniu, ul. Garbary 15, ul. Łąkowa 3, ul. Strzelecka 35,37 oraz ul. Kazimierza Wielkiego 6 w okresie od dnia 1.05.2024 r. do 30.06.2024 r. w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie: art. 305 pkt 1 ustawy w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy, nr umowy WR-8/2023 z dnia 29.04.2024 r. zawartej przez zamawiającego z Agencją Detektywistyczną i Ochrony Joker sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożenie kary finansowej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, co następuje.

*1. Okoliczności zawarcia umowy przez zamawiającego na usługę ochrony WR - 8/2023 z dnia 29.04.2024 r. z w trybie z wolnej ręki z Agencją Detektywistyczną i Ochrony Joker sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu.*

Odwołujący wskazał, że Zamawiającego łączyła z nim umowa nr 95/2023 z dnia 8.01.2024 r. po wygraniu przez niego przetargu Numer postępowania: 95/2023. Przy czym do zawarcia umowy doszło w ten sposób, że w dniu 30.11.2023 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty oraz wezwał odwołującego do zawarcia umowy w dniu 12.12.2023 r. Zgodnie z warunkami przetargu umowa miała być zawarta na okres 24 miesięcy od dnia podpisania umowy. W czasie składania ofert obie strony jeszcze zakładały, że od stycznia 2024 r. dojdzie do waloryzacji umowy na skutek wzrostu minimalnego wynagrodzenia o 20% w stosunku do roku 2023 r. Umowa miała być bowiem pierwotnie świadczona zgodnie z załączoną do SWZ umową w okresie od dnia 1 listopada 2023 r. do dnia 31 października 2025 r. (paragraf 2 wzoru umowy załączonego do SWZ). Na skutek przedłużenia procedury przetargowej, w tym odwołania z dnia 10 grudnia 2023 r. ostatecznie doszło do zawarcia umowy w dniu 8.01.2024 r. Ww. odwołanie zostało złożone przez jednego z wykonawców Agencję Detektywistyczną i Ochrony Joker sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu. Zostało ono rozpatrzone po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 27.12.2024 r. w dniu 3.01.2024 r. na korzyść konsorcjum Hunters. Odwołujący podkreślał, że w KIO była kwestionowana oferta Konsorcjum Hunters w zakresie wyliczenia wynagrodzenia za miesiące listopad 2023 r. i grudzień 2023 r.

Kolejno odwołujący wskazał, że Zamawiający był wzywany dwukrotnie do waloryzacji umowy pierwszy raz w dniu 18.01.2024 r. na co zamawiający nie wyraził zgody powołując się na zapis umowy który dotyczył inflacji nie zaś wzrostu minimalnego wynagrodzenia.

Następnie odwołujący wskazał, że próbował ponownie wyjaśnić kwestię waloryzacji w kolejnym piśmie, omyłkowo również datowanym na 18.01.2024 r. oraz zaproponował rozwiązanie powyższej spornej kwestii w Prokuraturii Generalnej. W piśmie z dnia 1.02.2024 r. Zamawiający ponownie odmówił waloryzacji. W piśmie z dnia 7 lutego 2024 r. odwołujący wezwał Zamawiającego do podjęcia rozmów celem polubownego rozwiązania kwestii waloryzacji do dnia 9 lutego 2024 r., wskazując, że przy braku podjęcia rozmów zmuszony będzie wypowiedzieć łączącą strony umowę w trybie natychmiastowym. Wobec braku odpowiedzi ze strony Zamawiającego, Odwołujący pismem z dnia 27.02.2024 r. doręczonym w dniu 28.02.2024 r. złożył Zamawiającemu wypowiedzenie umowy pod warunkiem rozwiązującym ze skutkiem na dzień 30.04.2024 r. w razie podjęcia próby polubownego załatwienia sporu. Odwołujący podkreślił przy tym, że zgodnie z § 12 pkt 3 łączącej strony umowy nr 95/2023 z dnia 8.01.2024 r. obie strony zobowiązane były do ugodowego załatwienia sporu wynikającego na tle umowy.

Kolejno odwołujący wskazał, że w wiadomości email z dnia 2.04.2024 r. ponownie wyjaśnił, że chciałby dalej świadczyć usługi na rzecz Zamawiającego po rozstrzygnięciu spornej kwestii przez Prokuraturę Generalną. Jednocześnie już wtedy przestrzegł, że zamówienie z wolnej ręki w przedmiotowej sprawie będzie bezpodstawne. Na skutek powyższego zamawiający wycofał chęć zawarcia zamówienia z wolnej ręki ponownie umieścił w tym zakresie informację w dniu 30.04.2024 r. tj. w dniu rozwiązania łączącej strony umowy i już po zawarciu umowy w dniu 29.04.2024 r. WR - 8/2023 z dnia 29.04.2024 r. z w trybie z wolnej ręki z Agencją Detektywistyczną i Ochrony Joker sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu.

Kolejno odwołujący podniósł, że podjął jeszcze jedną próbę polubownego rozwiązania sporu i skierował wniosek do Prokuraturii Generalnej o zawiązanie zamawiającego do mediacji, o czym poinformowała Zamawiającego w dniu 18.04.2024 r., a ze względu na zbliżający się termin rozwiązania umowy, aby umożliwić zawarcie ugody cofnął oświadczenie woli o warunkowym wypowiedzeniu umowy, zamawiający jednak złożył oświadczenie w którym nie wyraził zgody na cofnięcie wypowiedzenia, co spowodowało rozwiązanie umowy między wykonawcą, a zamawiającym w dniu

30.04.2024 r.

Kolejno odwołujący wskazał, że w dniu 10.05.2024 r. została przesłana do niego umowa nr WR - 8/2023 z dnia 29.04.2024 r. zawarta przez Zamawiającego Agencją Detektywistyczną i Ochrony Joker sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu.

## 2. Bezprawne odmówienie waloryzacji odwołującemu

Kolejno odwołujący wskazał, że W polskim kodeksie cywilnym przyjmuje się tzw. Kombinowaną metodę wykładni, co wynika z art. 65 § 1 i 2 KC.

Zdaniem odwołującego, aby odtworzyć zgodną wolę stron tj. czy strony umówiły się, że od stycznia 2024 r. wynagrodzenie wykonawcy będzie uwzględniać stawki minimalne za pracę, sięgnąć należy w pierwszej kolejności do okoliczności składania ofert przez strony. Okoliczności te kształtują się w sposób następujący:

1. W toku procedury przetargowej 95/2023 padło pytanie do zamawiającego przez jednego z wykonawców, treść pytania i odpowiedzi zacytowana poniżej.

Pytanie:

*„W związku zapisami paragrafu 8 ust. 1 i 2 draftu umowy proszę o informację, czy zamawiający przewiduje waloryzację wynagrodzenia wykonawcy w styczniu 2024 tj. od wejścia w życie zmian minimalne wynagrodzenia*

*Odpowiedź:*

*§ 8 ust. 1, 2, 4 i 5 określają zasady zmiany umowy”.*

Odwołujący argumentował, że Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nie powoływał się zatem na postanowienia umowy przewidujące waloryzację dopiero po upływie 6 miesięcy od jej obowiązywania, który jest określony w § 8 ust. 6 umowy, co Zamawiający czynił dopiero w odpowiedzi na prośbę o waloryzację. Na marginesie odwołujący zaznaczał, że § 8 ust. 6 dotyczy innych okoliczności niż wskazano w §8 ust. 1, 2, 4 i 5, gdyż dotyczy możliwości zmiany ceny na skutek inflacji, co wynika z art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Zdaniem odwołującego § 8 ust. 1,2,4 i 5 umowy 95/2023 z dnia 8.01.2024 r., który miał zastosowanie w niniejszej sprawie wynikał z art. 436 ust. 4 ustawy Pzp i dotyczył zmiany umowy na skutek zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Według odwołującego nie jest zatem prawdą jak próbował wywieść zamawiający, że dopiero po 6 miesiącach można było zmienić umowę. Okres ten bowiem dotyczył jedynie zmian inflacyjnych, a nie wynikającym ze zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę. Na co sam wskazywał Zamawiający w odpowiedzi na pytanie z dnia 13.09.2024 r. zacytowanego powyżej.

2. W dniu 30.11.2023 r. WCO dokonało wyboru najkorzystniejszej oferty oraz wezwało do zawarcia umowy w dniu 12.12.2023 r. Obie Strony w tamtym czasie były zatem zgodne, że stawki wskazane w ofercie dotyczą roku 2023 r., a od stycznia 2024 r. będą ulegać zmianie.

3. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w zakresie rażąco niskiej ceny wykonawca dokonał wyliczeń w oparciu o stawki z 2023 r., co jasno wynikało z obliczeń. Wyliczenia te zostały podtrzymane w przystąpieniu przed KIO z dnia 14 grudnia 2023 r. Co więcej na stronie 3 tego przystąpienia wykonawca wyjaśnił jak rozumie zapisy w paragrafie 8 ust. 1,2,4,5. Zamawiający nie dementował tego rozumienia zapisów umowy.

4. Również inni wykonawcy rozumieli, że złożona oferta jest wyliczona w oparciu o wynagrodzenie minimalnego w 2023 r. Odwołujący Joker dokonując obliczeń minimalnej kwoty wynagrodzenia również przyjmował do obliczeń jako wynagrodzenie minimalne kwotę 3600 zł (strona 2 odwołania z dnia 10 grudnia 2023 r.) Zamawiający ponownie tego nie dementował.

Zdaniem odwołującego uwzględniając wolę stron na etapie składania ofert, biorąc pod uwagę wszystkie przywołane okoliczności było zawarcie umowy, a następnie jej aneksowanie w ten sposób, że stawki z oferty złożonej na 2023 r. będą zwaloryzowane o zmianę minimalnego wynagrodzenia.

Zgodnie z brzmieniem § 8 umowy 95/2023:

ust. 2 „Zmiana wysokości wynagrodzenia obowiązywać będzie od dnia wejścia w życie zmian o których mowa w ust. 1 zgodnie z załączoną uprzednio przez Wykonawcę kalkulacją kosztów oraz określoną niżej dokumentacją”.

ust. 4 „W przypadku zmian, o których mowa w ust 1. lit. b,c,d cena Umowy ulegnie zmianie o wartość wzrostu całkowitego kosztu wykonania przez Wykonawcę zamówienia wynikającą ze zwiększenia wynagrodzeń oraz pochodnych osób bezpośrednio wykonujących zamówienie do wysokości zmian ustawowych, z uwzględnieniem wszystkich obciążeń publicznoprawnych od kwoty wzrostu minimalnego wynagrodzenia oraz pochodnych (przy uwzględnieniu proporcji wynikającej z udziału tych osób w wykonaniu wszystkich zamówień realizowanych przez Wykonawcę)”.

Według odwołującego powyższe zapisy umowy oznaczają, że zmiana umowy, w przypadku zmiany minimalnego wynagrodzenia, nie stanowiły dobrowolnej decyzji zamawiającego, lecz jest jego zobowiązaniem. Zdaniem odwołującego, możliwość zmiany umowy zawartej w trybie zamówień publicznych w przedmiotowej sprawie

sankcjonował również art. 455 ust. 1 Pzp.

Zdaniem odwołującego, uwzględniając dodatkowo, że strony, kiedy konsorcjum Hunters składało ofertę chciały zawrzeć umowę od dnia 1.11.2023 do 31.10.2025 r., jak również to, że w odwołaniu kwestionowana były wyliczenia wynagrodzeń za listopad 2023 r i grudzień 2023 r. nie może ulegać wątpliwości, że strony zakładały, że umowa będzie zawarta jeszcze w 2023 r. i wg przepisów z tego okresu będzie ustalana wysokość wynagrodzenia, zakładając, że od następnego roku, tj. od 2024 r. nastąpi waloryzacja. Według odwołującego za prawidłowością wyliczania wynagrodzenia wg stawek minimalnych z danego roku w przypadku przewidywanej waloryzacji umowy w roku następnym wypowiedział się również UZP na jego prośbę.

Zdaniem odwołującego uwzględniając zatem powyższe nie może ulegać wątpliwości, że Zamawiający zobowiązany był do dokonania waloryzacji i to nienależyte wykonanie umowy przez zamawiającego spowodowało konieczność wypowiedzenia umowy przez odwołującego, która zawarta była w trybie konkurencyjnym w dniu 8.01.2024 r.

Odwołujący nadmieniał, że działanie zamawiającego doprowadziło do niegospodarności. Wynagrodzenie za godzinę, na które się umówił Zamawiający z Agencją Detektywistyczną i Ochrony Joker sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu w trybie z wolnej ręki znacznie przekracza wynagrodzenie godzinowe, które wynikało z łączącej Zamawiającego z nim umowy nr 95/2023 z dnia 8.01.2024 r. po uwzględnieniu waloryzacji.

3. Brak podstaw do zawarcia umowy w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp

Zdaniem odwołującego w przedmiotowej sprawie nie zachodziły okoliczności, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Argumentował, że warunkiem zastosowania trybu z wolnej ręki w warunkach określonych w art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych jest łączne wystąpienie następujących przesłanek: wyjątkowość sytuacji, sytuacja ta nie wynika z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, sytuacji tej zamawiający nie mógł przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, brak jest możliwości zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Odwołujący argumentował, że za zasadniczo nieprzewidywalne należy uznać przypadki obejmujące zdarzenia losowe, np. klęski żywiołowe, katastrofy, powodzie, pożary, trzęsienia ziemi. Nie może uzasadniać zastosowania trybu z wolnej ręki sama okoliczność upływu terminu na sfinansowanie inwestycji czy ryzyko utraty finansowania. Co prawda, ocena czy mamy do czynienia z nieprzewidywalnością sytuacji, powinna być dokonywana każdorazowo z uwzględnieniem okoliczności konkretnej sprawy, niemniej jednak rozwiązanie umowy (niezależnie od okoliczności, w jakich do niego doszło) do takich okoliczności nie należy. Gdy istnieje spór pomiędzy stronami umowy sytuacja, w której dochodzi ostatecznie do rozwiązania umowy, jest jak najbardziej przewidywalna, a na pewno nie powinna być zaskoczeniem. W takich okolicznościach równoległe prowadzenie przez niego trybów konkurencyjnych nie oznaczałoby prowadzenia negocjacji w złej wierze, czy też niejako „na wszelki wypadek”.

Kolejno odwołujący wskazał, że do zastosowania zamówienia z wolnej ręki musi nastąpić wyjątkowa, nieprzewidywalna sytuacja niewynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Odwołujący podkreślał, że to z winy zamawiającego, który nienależycie wykonując umowę odmówił waloryzacji oraz nie podjął rozmów ugodowych choć zobowiązywała go do tego łącząca strony umowa.

Zdaniem odwołującego Zamawiający nie musiał stosować trybu z wolnej ręki. Wystarczyłoby podjąć rozmowy ugodowe, aby warunek braku wypowiedzenia umowy się ziścił. Ponadto zamawiający mógł wyrazić zgodę na cofnięcie oświadczenia woli o wypowiedzeniu umowy. Odmówił jednak. Według odwołującego umowa zawarta w trybie konkurencyjnym została zatem wypowiedziana wyłącznie w winy Zamawiającego.

Ponadto odwołujący wskazał, że umowa została wypowiedziana z końcem lutego 2024 r., przy negocjacjach trwających od początku roku. Już w dniu 7 lutego 2024 r. konsorcjum Hunters informowała Zamawiającego o chęci wypowiedzenia umowy w związku z odmową waloryzacji. Odwołujący wskazał także, że w wiadomości email z dnia 2.04.2024 r. przestrzegał, że w przedmiotowej sprawie brak jest podstaw do zastosowania powyższego trybu. Zdaniem odwołującego nie może zatem ulegać wątpliwości, że w przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia z sytuacją nieprzewidywaną. Odwołujący wskazał, że wykazał się wyjątkową lojalnością, zapowiadając odpowiednio wcześniej swoje plany co do wypowiedzenia umowy – niemal na 3 miesiące przed zakończeniem umowy – pismo z dnia 7.02.2024 r.).

Dodatkowo odwołujący podkreślał, że warunkowe wypowiedzenie umowy dotarło do zamawiającego w dniu 28.02.2024 r. miał zatem dwa miesiące na przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie konkurencyjnym. Nie można mówić zatem w przedmiotowym postępowaniu o sytuacji nagłej.

Odwołujący podniósł także, że w przedmiotowej sprawie tylko mogą być zastosowane sankcje przewidziane w art. 554 ust. 1 pkt 2 lit a i b Pzp i nie może być zastosowana sankcja o której mowa lit. c, gdyż , że utrzymanie umowy w mocy nie leży w ważnym interesie publicznym, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Zdaniem odwołującego wystarczy bowiem, że zamawiający cofnie oświadczenie o braku zgody na cofnięcie wypowiedzenia umowy, a wykonawca wyrazi na to zgodę, dotychczasowa umowa zawarta z odwołującym z dnia 8.01.2024 r. będzie

kontynuowana, co może pozwolić stronom na wypracowanie porozumienia w zakresie waloryzacji.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: umowę stron nr 95/2023 z dnia 8 stycznia 2024 r., oświadczenie odwołującego o wypowiedzeniu umowy nr 95/2023 r., pismo zamawiającego stanowiące reakcję na [www.wypowiedzenie](#), umowę nr WR-8/2023 z dnia 29 kwietnia 2024 r., zawartą między zamawiającym a wykonawcą Agencja Detektywistyczna i Ochrony Joker sp. z o.o., załączniki do pism procesowych stron, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

- 1) *zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*
- 2) *przejrzysty;*
- 3) *proporcjonalny.*

Art. 214 ust. 1 Pzp stanowi, że *Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: (...)*

- 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.*

Art. 305 Pzp stanowi, że *Zamawiający może udzielić zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli:*

- 1) *zachodzi jedna z okoliczności, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 1–5 i 7–14.*

Ustalono, że zamawiającego łączyła z odwołującym umowa nr 95/2023 z dnia 8.01.2024 r. po wygraniu przez odwołującego przetargu Numer postępowania: 95/2023. W umowie jej strony przewidywały m.in., co następuje.

## § 2

1. *Przedmiotem umowy jest świadczenie całodobowego dozoru, ochrony osób i mienia oraz obiektów Wielkopolskiego Centrum Onkologii w Poznaniu, ul. Garbary 15, ul. Łąkowa 3, ul. Strzelecka 35,37 oraz ul. Kazimierza Wielkiego 6 w okresie od 15 stycznia 2024 r. g. 19.00 do 14 stycznia 2026 r. do g. 19.00.*

## § 8

1. *W trakcie obowiązywania niniejszej umowy strony dopuszczają możliwość zmiany Ceny Umowy w przypadku wystąpienia którejkolwiek ze zmian przepisów wskazanych w art. 436 ust. 4 ustawy Pzp, tj. zmiany:*

- a) *stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego,*
- b) *wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,*
- c) *zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne,*
- d) *zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1342 ze zm.)*  
*pod warunkiem wykazania Zamawiającemu, że zmiana ma wpływ na koszty realizacji zamówienia oraz wykazania wysokości tych dodatkowych kosztów.*

2. *Zmiana wysokości wynagrodzenia obowiązywać będzie od dnia wejścia w życie zmian, o których mowa w ust. 1. zgodnie z załączoną uprzednio przez Wykonawcę kalkulacją kosztów oraz określoną niżej dokumentacją.*

3. *W wypadku zmiany, o której mowa w ust. 1 lit. a) wartość netto Ceny Umowy nie zmieni się, a określona w aneksie wartość brutto wynagrodzenia zostanie wyliczona na podstawie nowych przepisów.*

4. *W przypadku zmian, o których mowa w ust. 1. lit. b),c),d) Cena Umowy ulegnie zmianie o wartość wzrostu całkowitego kosztu wykonania przez Wykonawcę zamówienia wynikającą ze zwiększenia wynagrodzeń oraz pochodnych osób bezpośrednio wykonujących zamówienie do wysokości zmian ustawowych, z uwzględnieniem wszystkich obciążeń publicznoprawnych od kwoty wzrostu minimalnego wynagrodzenia oraz pochodnych (przy uwzględnieniu proporcji wynikającej z udziału tych osób w wykonaniu wszystkich zamówień realizowanych przez Wykonawcę).*

5. *Wprowadzenie zmian wysokości wynagrodzenia wymaga uprzedniego złożenia przez Wykonawcę oświadczenia o wysokości dodatkowych kosztów wynikających z wprowadzenia zmian, o których mowa w ust. 1. lit. b),c),d) oraz przedstawienia szczegółowej kalkulacji.*

6. *Na podstawie art. 439 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, Strony mogą dokonać zmiany Ceny Umowy należnej Wykonawcy, o którym mowa w § 5 umowy, w formie pisemnego aneksu, w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, na następujących zasadach:*

- a. *każda ze Stron może wystąpić do drugiej Strony z żądaniem dokonania zmiany wysokości Ceny Umowy należnej*

Wykonawcy, wraz z uzasadnieniem zawierającym w szczególności szczegółowe wyliczenie całkowitej kwoty, o jaką Cena Umowy powinna ulec zmianie, oraz wskazaniem daty, od której nastąpiła bądź nastąpi zmiana wysokości kosztów wykonania Umowy uzasadniająca zmianę wysokości Ceny Umowy należnej Wykonawcy jeżeli ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia ulegną zmianie o co najmniej 10 % w stosunku do cen z momentu zawarcia umowy;

b. jako miernik zmiany cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia Strony ustalają zmianę średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem ogłaszanego w komunikacie przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego;

c. zmiana Ceny Umowy może nastąpić po 6 miesiącach obowiązywania umowy, po ogłoszeniu przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem, ze skutkiem od 1 dnia po zakończeniu pierwszego okresu 6 miesięcy i kolejnych 6 miesięcy trwania umowy;

d. zmiana Ceny Umowy Wykonawcy dokonana na podstawie art. 439 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w całym okresie obowiązywania umowy nie przekroczy +/- 20 % wysokości Ceny Umowy określonej w § 5 ust. 1;

§9

Każda ze stron może rozwiązać umowę w formie pisemnej, za dwumiesięcznym okresem wypowiedzenia, ze skutkiem na koniec miesiąca kalendarzowego, w którym nastąpiło rozwiązanie umowy.

(por. ww. umowa, załącznik do odwołania).

Kolejno ustalono, że pismem z dnia 18 stycznia 2024 r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o waloryzację wynagrodzenia od dnia rozpoczęcia świadczenia usługi – zgodnie z załączonym zmodyfikowanym formularzem cenowym.

(por. ww. wniosek, załącznik do odwołania).

Kolejno ustalono, że pismem z dnia 25 stycznia 2024 r. zamawiający, w reakcji na ww. wniosek odmówił odwołującemu zmiany wynagrodzenia od dnia 1 stycznia 2024 r.

(por. pismo zamawiającego z dnia 25 stycznia 2024 r., załącznik do odwołania).

Kolejno ustalono, że pismem z dnia 27 lutego 2024 r., doręczonym zamawiającemu w dniu 28 lutego 2024 r., odwołujący wypowiedział umowę nr 95/2023 r. na podstawie art. 746 § 2 kodeksu cywilnego z ważnych powodów ze skutkiem na dzień 30.04.2024 r., tj. z powodu nienależytego wykonania umowy przez zamawiającego w postaci odmowy waloryzacji stawek za 2023 r. wbrew treści łączącej strony umowy. Oświadczył, że wypowiedzenie będzie skuteczne na dzień 30.04.2024 r. pod warunkiem rozwiązującym, który będzie polegał na udzieleniu przez zamawiającego zgody na waloryzację zgodnie z wnioskiem odwołującego lub podjęcia mediacji celem zawarcia ugody.

(por. wypowiedzenie umowy, załącznik do odwołania)

Kolejno ustalono, że w reakcji na ww. wypowiedzenie, zamawiający w piśmie z dnia 5 marca 2024 r. oświadczył, że przyjmuje do wiadomości oświadczenie o wypowiedzeniu umowy nr 95/2023 ze skutkiem na dzień 30 kwietnia 2024 r. Skoro bowiem na podstawie § 9 umowy numer 95/2023 każda ze stron może rozwiązać umowę z zachowaniem dwumiesięcznego okresu wypowiedzenia, to wypowiedzenie złożone przez Holding Hunters sp. z o.o. sp. k. w dacie 28 lutego bieżącego roku powoduje, że ostatnim dniem obowiązywania przedmiotowej umowy jest dzień 30 kwietnia 2024 r.

(por. pismo zamawiającego z dnia 5 marca 2024 r., załącznik do odwołania).

Kolejno ustalono, że 24 kwietnia 2024 r. zamawiający wysłał do wykonawcy Agencja Detektywistyczna i Ochrony Joker sp. z o.o. zaproszenie do negocjacji w trybie z wolnej ręki.

(por. ww. zaproszenie, pkt 8 protokołu postępowania, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego.).

Ustalono także, że w dniu 25 kwietnia 2024 r. zamawiający odbył z wykonawcą Agencja Detektywistyczna i Ochrony Joker sp. z o.o. negocjacje.

(por. pkt 11 protokołu postępowania).

Kolejno ustalono, że pismem z dnia 25 kwietnia 2024 r., odwołujący, w związku z podjęciem mediacji przed Sądem Polubownym przy Prokuraturii Generalnej Rzeczypospolitej sygn. KR-801-218/24/ PNW oświadczył, że odwołuje warunkowe wypowiedzenie umów nr 95/2023 pakiet 1 i 2 z dnia 8.01.2024 r. dnia 21.02.2024 r.

(por. pismo odwołującego z dnia 25 kwietnia 2024 r., załącznik do odwołania).

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na ww. pismo odwołującego, zamawiający przesłał odwołującemu pismo z dnia 26 kwietnia 2024 r. W piśmie tym wskazał, co następuje:

*W odpowiedzi na pismo z dnia 25.04.2024 r., w którym w imieniu Holding Hunters Sp. z o.o. sp. k. wyraził Pan wolę „odwołania warunkowego wypowiedzenia umów nr 95/2023 pakiet 1 i 2 z dnia 08.01.2024 r. z dnia 21.02.2024 r.” uprzejmie informuje co następuje:*

*Wielkopolskie Centrum Onkologii przyjęło oświadczenie woli wyżej wymienionego wypowiedzenia, co skutkuje stwierdzeniem, iż umowy te są w toku wypowiedzenia, którego skutek nastąpi dnia 30.04.2024 r.*

*Pismo odwołujące wypowiedzenie umów musi być uznane za bezskuteczne, co wprost wynika z dyspozycji*

przepisu art. 61 § 1 kc.

Zgodnie z wyżej wymienionym przepisem odwołanie oświadczenia woli — w tym wypadku wypowiedzenia umów — jest skuteczne jeżeli doszło do adresata jednocześnie z tym oświadczeniem lub wcześniej. W przypadku gdy odwołanie oświadczenia woli jest późniejsze, konieczna jest zgoda drugiej strony tj. Wielkopolskiego Centrum Onkologii.

Stanowisko to jest zbieżne z orzecznictwem (wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 22.02.2007 r. sygn. akt: I A Ca 916/06).

Na marginesie należy zauważyć, iż Wykonawca jeszcze pismem z dnia 02.04.2024 r. podtrzymywał swoje stanowisko odnośnie wypowiedzenia umów ze skutkiem na dzień 30.04.2024 r.

W oparciu o powyższy stan faktyczny Zamawiający tj. Wielkopolskie Centrum Onkologii podjął procedurę zamówienia w trybie z wolnej ręki na okres od 01.05.2024 r. do 30.06.2024 r. tj. do czasu rozstrzygnięcia postępowania — przetargu nieograniczonego na zakres umowy tożsamy z zakresem umów rozwiązanych przez Holding Hunters Sp. z o.o. sp. k.

Mając na uwadze powyższe, wobec braku zgody Wielkopolskiego Centrum Onkologii na odwołanie wypowiedzenia, przedmiotowe umowy ulegną rozwiązaniu dnia 30.04.2024 r. a Wielkopolskie Centrum Onkologii uznaje ustalony na dzień 30.04.2024 r. termin zdania obiektu za termin wiążący.

(por. pismo zamawiającego z dnia 26 kwietnia 2024 r., załącznik do odwołania).

Kolejno ustalono, że w dniu 29 kwietnia 2024 r. zamawiający zawarł z wykonawcą Joker Agencja Detektywistyczna i Ochrony JOKER sp. z o.o. umowę na usługę ochrony nr WR - 8/2023, której przedmiotem jest całodobowy dozór, ochrona osób i mienia oraz obiektów Wielkopolskiego Centrum Onkologii w Poznaniu, ul. Garbary 15, ul. Łakowa 3, ul. Strzelecka 35,37 oraz ul. Kazimierza Wielkiego 6 w okresie od dnia 1.05.2024 r. do 30.06.2024 r. w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie: art. 305 pkt 1 ustawy w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

(por. ww. umowa, załącznik do odwołania).

Kolejno ustalono, że 10 maja 2024 r. w odpowiedzi na wniosek odwołującego zamawiający przesłał mu umowy podpisane z firmą Joker, w tym m.in. ww. umowę nr WR-8/2023 r.

(por. korespondencja mailowa, załącznik do odwołania).

#### **Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.**

W ocenie Izby zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki wynikających z przepisu art. 305 pkt 1 w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Stosownie do ww. przepisu, *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.*

Na wstępie podkreślenia wymagało, że tryb zamówienia z wolnej ręki jest wyjątkiem od zasad konkurencyjności obowiązujących w zakresie zamówień publicznych. Przepisy zezwalające na odstępianie od stosowania konkurencyjnych trybów udzielania zamówień publicznych muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów ma charakter zamknięty. Ciężar udowodnienia zaistnienia okoliczności uzasadniających zastosowanie wyjątku spoczywa na tym, kto z tego faktu wywodzi skutki prawne.

Przepis art. 305 pkt 1 w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp umożliwia udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, gdy zaistnieją łącznie następujące okoliczności:

- a) wyjątkowa sytuacja,
- b) przyczyny powstania tej sytuacji nie leżą po stronie zamawiającego,
- c) sytuacji tej zamawiający nie mógł przewidzieć,
- d) wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia,
- e) nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielania zamówienia.

Podkreślenia wymaga także, że pomiędzy wszystkimi wymienionymi powyżej przesłankami powinien zachodzić związek przyczynowo – skutkowy oraz związek czasowy.

Powodem dla którego zamawiający zdecydował się udzielić zamówienia z trybie z wolnej ręki podpisując w dniu 29 kwietnia 2024 r. umowę nr WR-8/2023 z wykonawcą Agencja Detektywistyczna i Ochrony Joker sp. z o.o. była chęć zabezpieczenia sobie ciągłości usług na ochronę osób i mienia na okres od dnia 1 maja 2024 r. do dnia 30.06.2024 r., to jest do czasu spodziewanego rozstrzygnięcia postępowania przetargowego (por. pkt 5 protokołu postępowania, na

nośniku elektronicznym, w aktach sprawy).

Jednakże sytuacja, w której zamawiający zmuszony został do zabezpieczenia sobie ciągłości usług ochrony osób i mienia nie pojawiła się w dniu 29 kwietnia 2024 r., kiedy zawarto z ww. wykonawcą sporną umowę. Sytuacja taka nie pojawiła się także w dniu wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki, to jest 24 kwietnia 2024 r. kiedy to zamawiający wystosował do wykonawcy Agencja Detektywistyczna i Ochrony Joker sp. z o.o. zaproszenie do negocjacji w trybie z wolnej ręki.

Faktem jest, że umowa nr 95/2023 r. z dnia 8 stycznia 2024 r. na świadczenie dozoru, ochrony osób i mienia oraz obiektów zamawiającego w Poznaniu, ul. Garbary 15, ul. Łąkowa 3, ul. Strzelecka 35, 37, oraz ul. Kazimierza Wielkiego 6 zawarta przez zamawiającego z odwołującym w wyniku rozstrzygnięcia przetargu nieograniczonego nr 95/2023 r., choć miała być realizowana do dnia 14 stycznia 2026 r., to jednak uległa rozwiązaniu z dniem 30 kwietnia 2024 r.

Podkreślenia wymagało jednak to, że o tym, iż do rozwiązania umowy nr 95/2023 r. z 8 stycznia 2024 r. dojdzie z dniem 30 kwietnia 2024 r. zamawiający dowiedział się już w dniu 28 lutego 2024 r. W tej bowiem dacie odwołujący złożył zamawiającemu oświadczenie o wypowiedzeniu ww. umowy. Co istotne, omawiane oświadczenie o wypowiedzeniu zostało złożone z zachowaniem dwumiesięcznego okresu wypowiedzenia, a zatem wywierało skutek dopiero na dzień 30.04.2024 r. Powyższe oznaczało, że usługa ochrony osób i mienia, pomimo złożonego oświadczenia o wypowiedzeniu, miała być realizowana przez odwołującego na podstawie umowy nr 95/2023 jeszcze przez 2 miesiące.

Wbrew zatem stanowisku zamawiającego, w zaistniałej sytuacji w sposób oczywisty nie została wykazana przesłanka konieczności „natychmiastowego wykonania zamówienia”. Konieczność „natychmiastowego wykonania zamówienia”, o której mowa w ww. przepisie oznacza bowiem sytuację, w której niezbędne jest niezwłoczne otrzymanie świadczenia umownego co powinno nastąpić „szybciej niż pilnie” czyli niemalże „z dnia na dzień”. O konieczności natychmiastowego zapewnienia sobie usługi nie może być mowy w sytuacji, w której zamawiający w momencie otrzymania oświadczenia o wypowiedzeniu umowy nr 95/2023 r. w dniu 28 lutego 2024 r. dysponował jeszcze pełnymi dwoma miesiącami, w których miał zapewnioną ciągłość realizacji usługi przez odwołującego.

W ocenie Izby zamawiający w okolicznościach danej sprawy nie wykazał także zaistnienia przesłanki „*wyjątkowej sytuacji niewynikającej z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć*”. Można było zgodzić się z zamawiającym jedynie w tym, że oświadczenie o rozwiązaniu umowy pochodziło od odwołującego, a nie od samego zamawiającego. Z tego punktu widzenia można było argumentować, że przyczyna zaistniałej sytuacji miała charakter zewnętrzny wobec zamawiającego, a nie była wyrazem jego woli.

Jednakże w żaden sposób nie można było się zgodzić z zamawiającym, że zaistniała sytuacja miała charakter „wyjątkowy”, ani że była niemożliwa do przewidzenia. Na uwagę zasługiwał bowiem fakt, że to sam zamawiający w §9 umowy nr 95/2023 r. z dnia 8 stycznia 2024 r. zastrzegł na rzecz każdej ze stron prawo do rozwiązania umowy, za dwumiesięcznym okresem wypowiedzenia, ze skutkiem na koniec miesiąca kalendarzowego, w którym nastąpiło rozwiązanie umowy. Zamawiający przewidział zatem i uregulował sytuację, w której nie tylko on, ale także i wykonawca, poprzez swe samodzielne oświadczenie woli jakim jest wypowiedzenie, może doprowadzić do rozwiązania umowy po upływie 2 miesięcy od złożenia takiego oświadczenia.

Zamawiający nie może uważać, że sytuacja, w której znalazł się w dniu 28 lutego 2024 r., a zatem kiedy złożono mu oświadczenie o rozwiązaniu umowy nr 95/2023 za dwumiesięcznym wypowiedzeniem, jest „niemożliwa do przewidzenia”, w sytuacji gdy to on sam w umowie dokładnie taką sytuację przewidział i nawet uregulował. Z tych samych powodów rozpatrywana sytuacja nie może być uznana za wyjątkową.

W ocenie Izby zamawiający w okolicznościach danej sprawy nie wykazał także zaistnienia przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, zgodnie z którą „*nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia*”. Skoro zamawiający już w dniu 28 lutego 2024 r. otrzymał oświadczenie o rozwiązaniu umowy nr 95/2023 r. ze skutkiem na dzień 30.04.2024 r. to powinien niezwłocznie wszcząć postępowanie w trybie konkurencyjnym (np. w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego) celem zapewnienia sobie ciągłości usług od dnia 1 maja 2024 r. Tymczasem w analizowanej sprawie zamawiający wszczął postępowanie na usługi ochrony osób i mienia w trybie przetargu nieograniczonego nr 40/2024 dopiero w dniu 17 kwietnia 2024 r., a więc ponad 1,5 miesiąca po tym, jak złożono mu skuteczne oświadczenie o wypowiedzeniu umowy i zaledwie 13 dni przed dniem rozwiązania umowy nr 95/2023 r. (por. SWZ w ww. postępowaniu, dowód złożony na rozprawie przez odwołującego).

Gdyby zamawiający niezwłocznie po otrzymaniu oświadczenia o wypowiedzeniu umowy wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego to nie można byłoby wykluczyć, że postępowanie to zakończyłoby się podpisaniem umowy przed dniem 30 kwietnia 2024 r. Przypomnienia wymaga w tym miejscu, że

ustawodawca w przypadku trybu przetargu nieograniczonego (art. 138 ust. 2 Pzp) jak i ograniczonego (art. 151 ust. 2 Pzp) dopuścił możliwość skrócenia terminu składania ofert z uwagi na pilność udzielenia zamówienia. W tej sytuacji, uwzględniając rozsądny czas potrzebny na publikację dokumentów zamówienia, czas niezbędny na składanie i ocenę ofert, a także okres stand-still wynikający z art. 264 ust. 1 Pzp, można było pokusić się o zawarcie umowy po przeprowadzaniu postępowania w trybie konkurencyjnym przed dniem 30 kwietnia 2024 r.

Biorąc pod uwagę wskazane powyżej okoliczności Izba stwierdziła, że Zamawiający naruszył art. 214 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 305 pkt 1 ustawy Pzp przez udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki w sytuacji, w której brak było podstaw prawnych do zastosowania takiego trybu.

W tej sytuacji w sprawie znalazł zastosowanie przepis art. 554 ust. 3 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, zgodnie z którym *uwzględniając odwołanie, Izba może, jeżeli umowa została zawarta oraz zachodzi jedna z przesłanek, o których mowa w art. 457 ust. 1, nałożyć karę finansową albo orzec o skróceniu okresu obowiązywania umowy w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.*

Izba stwierdziła, że w sprawie zachodziła przesłanka uregulowana w art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp, gdyż zamawiający z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, przypadek z art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp, *dotyczy nie tylko udzielenia zamówienia przy zastosowaniu trybów, w których należało opublikować ogłoszenie o zamówieniu, a zostało ono pominięte, ale także udzielenia zamówienia bez publikacji ogłoszenia w konsekwencji nieprawidłowego zastosowania przepisów PZP, np. udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki lub negocjacji bez ogłoszenia w wyniku błędnego przekonania o wystąpieniu przesłanek udzielenia zamówienia w tych trybach, udzielenia zamówienia bez stosowania przepisów PZP w przypadku bezpodstawnego przekonania, że zamówienie może być udzielone z wyłączeniem PZP (...)*(Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz, Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Wydawnictwo C.H.Beck Warszawa 2023, Wydanie 5, za Legalis).

Jednocześnie Izba stwierdziła, że - w okolicznościach danej sprawy - utrzymanie tej konkretnej umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym. Izba wzięła pod uwagę, że za interes publiczny można uznać bezpieczeństwo pracowników i użytkowników ochraniających obiektów zamawiającego. Ponadto Izba wzięła pod uwagę, że na moment wyrokowania w sprawie (13 czerwca 2024 r.) bliski był już upływ okresu obowiązywania umowy nr WR-8/2023 (tj. 30 czerwca 2024 r.), co czyniło niezasadnym unieważnianie tej umowy czy nawet jej niewykonanej części. Ponadto dostrzeżenia wymagało, że zamawiający w dniu 10 czerwca 2024 r. wybrał już, choć jeszcze nieprawomocnie, ofertę najkorzystniejszą w prowadzonym równolegle postępowaniu konkurencyjnym nr 40/2024 na usługi ochroniarskie. Powyższe spowoduje, że istnieje szansa iż od 1 lipca 2024 r. wykonawca wyłoniony w ww. postępowaniu konkurencyjnym będzie mógł płynnie przejąć świadczenie usług ochroniarskich i zapewnić ciągłość realizacji usługi. Termin pozostały do końca obowiązywania umowy WR-8/2023 pozwoli zamawiającemu na dokończenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego nr 40/2024 i zawarcie umowy.

Stosownie do art. 563 ustawy Pzp, *kary finansowe, o których mowa w art. 554 ust. 3 pkt 2 lit. b oraz c, nakłada się na zamawiającego w wysokości do 10% wartości wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w zawartej umowie, biorąc pod uwagę rodzaj i zakres naruszenia, za które kara jest orzekana, oraz wartość wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w zawartej umowie.* Ponieważ wartość zawartej umowy nr WR 8/2023 wynosiła 508.630,34 zł brutto, Izba nałożyła na zamawiającego karę w wysokości 5.100 zł, co stanowi nieco ponad 1% jej wartości.

Przy wyrokowaniu Izba pominęła szeroko argumentowane przez odwołującego w odwołaniu powody, dla których zdecydował się złożyć zamawiającemu w dniu 28 lutego 2024 r. oświadczenie o wypowiedzeniu umowy nr 95/2023 z dnia 8 stycznia 2024 r. Rozstrzyganie w przedmiocie sporów na tle niewykonania lub nienależytego umowy należy do właściwości sądu powszechnego. Rolą Izby w analizowanej sprawie było jedynie rozstrzygnięcie w przedmiocie legalności zastosowania przez zamawiającego trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki.

W analizowanej sprawie nie było sporne między stronami, że na skutek złożenia przez odwołującego w dniu 28 lutego 2024 r. oświadczenia o wypowiedzeniu umowy nr 95/2023 r., umowa ta uległa rozwiązaniu w dniu 30 kwietnia 2024 r. Zamawiający, jakkolwiek nie zgadzał się z powodami faktycznymi, leżącymi u podstaw wypowiedzenia umowy przez odwołującego, to jednak z uwagi na zastrzeżone w umowie nr 95/2023 prawo do jej rozwiązania za dwumiesięcznym okresem wypowiedzenia, w kolejnych pismach uznawał to wypowiedzenie za skuteczne (por. pismo zamawiającego z dnia 5 marca 2024 r.). Zamawiający nie wyraził także zgody na cofnięcie przez odwołującego oświadczenia o wypowiedzeniu umowy, a niewątpliwie zgoda taka była wymagana aby cofnięcie można było uznać za

skuteczne (por. pismo zamawiającego z dnia 26 kwietnia 2024 r.). W efekcie, wobec skutecznego wypowiedzenia przez odwołującego, umowa nr 95/2023 uległa rozwiązaniu z dniem 30 kwietnia 2024 r. i od tej daty nie była faktycznie realizowana, a usługi ochroniarskie świadczył wykonawca Joker na podstawie umowy nr WR-8/2023. W tej sytuacji, z punktu widzenia badania legalności przesłanek zastosowania trybu z wolnej ręki istotny był jedynie fakt, że bezspornie umowa nr 95/2023 r. uległa rozwiązaniu w wyniku ww. wypowiedzenia. Natomiast powody złożenia takiego oświadczenia przez wykonawcę, w okolicznościach danej sprawy, okazały się bez znaczenia dla oceny legalności zastosowania przez zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki. W tej sytuacji Izba przy wyrokowaniu pominęła argumentację obu stron odnośnie powodów wypowiedzenia umowy przez odwołującego i zgłaszane na jej poparcie dowody jako nieistotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców*. W analizowanej sprawie stwierdzone naruszenia mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż zamawiający z naruszeniem art. 305 pkt 1 w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp udzielił zamówienia w niekonkurencyjnym trybie zamówienia z wolnej ręki.

Stosownie do art. 554 ust. 3 pkt 2 lit. c Pzp, *Uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa została zawarta oraz zachodzi jedna z przesłanek, o których mowa w art. 457 ust. 1 nałożyć karę finansową albo orzec o skróceniu okresu obowiązywania umowy w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym, w szczególności w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa*.

Wobec powyższego na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 2 lit. c Pzp oraz art. 553 Pzp orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, *strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku*.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, 2014, wydanie VI.

W analizowanej sprawie Izba uwzględniła odwołanie. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem zamawiający. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 7.500 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b 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).

**Przewodniczący:.....**