

WYROK

Warszawa, dnia 6 lutego 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lutego 2025 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 stycznia 2025 r. przez Naprzód Catering spółka z o.o. z siedzibą w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez Instytut Psychiatrii i Neurologii w Warszawie

przy udziale wykonawców przystępujących po stronie zamawiającego: ADK Serwis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Super Buffet Sp. z o.o. z/s w Warszawie

orzeka:

1. A. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 262 ustawy Prawo zamówień publicznych.

B. w pozostałym zakresie odwołanie oddać.

2. kosztami postępowania obciążyć Naprzód Catering spółka z o.o. z siedzibą w Łodzi oraz Instytut Psychiatrii i Neurologii w Warszawie i :

a/ zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy) uiszczoną przez Naprzód Catering spółka z o.o. z/s w Łodzi tytułem wpisu od odwołania;

b/ zasądza od Instytutu Psychiatrii i Neurologii w Warszawie na rzecz Naprzód Catering spółka z o.o. z/s w Łodzi kwotę 7 500 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset) tytułem zwrotu części kosztów postępowania w wysokości połowy należnego wpisu.

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 120/25

Uzasadnienie

Zamawiający: Instytut Psychiatrii i Neurologii w Warszawie prowadzący postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego – w trybie z wolnej ręki na „Świadczenie kompleksowej usługi żywienia pacjentów w Instytucie Psychiatrii i Neurologii w Warszawie”, ogłoszonego w DzU Europejskiej 8 stycznia 2025 r. (nr: 9346-2025; nr wydania: Dz.U. S: 5/2025), w wyniku którego Zamawiający 31 grudnia 2024 r. zawarł umowę z Super Buffet Sp. z o.o.

Odwołujący: Naprzód Catering spółka z o.o. z/s w Łodzi wniósł 13 stycznia 2025 r. odwołanie wobec:

a) udzielenia zamówienia na rzecz Super Buffet Sp. z o.o. w trybie z wolnej ręki z naruszeniem przesłanek stosowania tego trybu, ewentualnie – w trybie negocjacji bez ogłoszenia z naruszeniem przesłanek stosowania tego trybu,

b) zaniechania zawiadomienia Odwołującego o wszczęciu kolejnego postępowania z naruszeniem przepisu art. 262 Pzp;

Zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp przez udzielenie zamówienia z naruszeniem przesłanek stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, gdyż nie wystąpiła żadna przesłanka do zastosowania tego trybu,

2. art. 262 w zw. z art. 266 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;

Wniósł o:

1. unieważnienia Umowy w zakresie zobowiązań niewykonanych i

2. nałożenia kary finansowej na Zamawiającego w związku z brakiem możliwości zwrotu świadczeń spełnionych na

podstawie Umowy.

31 grudnia 2024 r. Zamawiający zawarł umowę z wykonawcą Super Buffet Sp. z o.o. („Umowa”) w procedurze z wolnej ręki („WR” jak „wolna ręka”).

Tym samym, Zamawiający zawarł kolejną umowę w trybie niekonkurencyjnym z tym samym wykonawcą – Super Buffet Sp. z o.o. w tym samym przedmiocie. Pierwszą tego typu umowę zawarł ze skutkiem od dnia 1 lipca 2024 r, która obowiązywać miała do 31 października 2024 roku. Następnie, umowa ta została przedłużona do 31 grudnia 2024 roku.

Tymczasem, w dniu 2 maja 2024 roku Zamawiający ogłosił przetarg nieograniczony w tym samym przedmiocie, jednak mimo upływu ponad 7 miesięcy, do dnia wysłania niniejszego odwołania go nie rozstrzygnął. Zamawiający podejmuje w tym postępowaniu liczne czynności, które następnie są uchylane bądź przez samego Zamawiającego, bądź przez Krajową Izbę Odwoławczą (por KIO 4268/24). 31 października 2024 r Zamawiający unieważnił postępowanie, co zakończyło się nakazaniem unieważnienia tej czynności przez KIO, wyrok 4268/24. Zamawiający formalnie unieważnił czynność unieważnienia postępowania 2 stycznia 2025 r., to jest już po tym, jak zawarł Umowę z Super Buffet Sp. z o.o. Odwołujący nie został jednak powiadomiony przez Zamawiającego o fakcie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia w tożsamym przedmiocie.

Ad I) zarzut naruszenia art. 214 ust. 1

Zamawiający udzielił wybranemu wykonawcy zamówienia z wolnej ręki, choć nie były spełnione przesłanki zastosowania tego trybu.

Ogłoszenie z 8 stycznia 2025 r.o umowie nie zawiera uzasadnienia prawnego czy faktycznego, ani podstawy prawnej udzielenia zamówienia. Odwołujący nie wie, jakie są powody udzielenia zamówienia z wolnej ręki, więc zarzut niniejszy dotyczy braku spełnienia którejkolwiek z przesłanek, o których mowa w przepisach art. 214 i 305 Pzp.

W szczególności, brak jest podstaw do udzielenia zamówienia z uwagi na natychmiastową potrzebę wykonania zamówienia (biorąc pod uwagę kontekst i 3-miesięczny okres udzielenia zamówienia, zastosowanie tej przesłanki przez Zamawiającego wydaje się najbardziej prawdopodobne). Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp: 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.

Zamawiający winien zatem wykazać kumulatywne istnienie przesłanek określonych w tym przepisie, aby udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki było działaniem prawidłowym:

- zaistniała wyjątkowa sytuacja,
- przyczyny powstania tej sytuacji nie leżały po stronie zamawiającego,
- sytuacji tej zamawiający nie mógł przewidzieć,
- wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia i brak jest możliwości zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Odwołujący podkreśla, że w przedmiotowej sprawie nie istniała podstawa do udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Nie zostały wykazane co najmniej następujące przesłanki: Zaistnienie wyjątkowej sytuacji, niewynikającej z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie można było przewidzieć.

Nie zachodzą przy tym obiektywne przyczyny takiego działania Zamawiającego. Zresztą, konstrukcja przepisu wskazuje na fakt, że ciężar wykazania istnienia takich przyczyn spoczywa na Zamawiającym.

Bardzo ważna jest tu sekwencja zdarzeń poczynszy od 2 maja 2024 r.) ogłoszenia, a następnie otwarcia ofert. W międzyczasie zaś, z mocą od dnia 1 lipca 2024 roku Zamawiający zawarł z wolnej ręki umowę z Super Buffet sp. z o.o., która miała trwać do końca września 2024 roku. Następnie, Zamawiający przedłużył jej okres obowiązywania do 31 grudnia 2024 roku.

Wreszcie, z mocą od 1 stycznia 2024 roku Zamawiający zawarł z Super Buffet Sp. z o.o. Umowę, która ma trwać do 31 marca 2024 roku.

Widać zatem wyraźnie, że już od ponad pół roku wykonawca Super Buffet Sp. z o.o. świadczy przedmiotową usługę żywienia na rzecz Zamawiającego, a Zamawiający właśnie udzielił mu zamówienia na kolejne trzy miesiące. Proces badania i oceny ofert w postępowaniu przetargowym trwa już zaś prawie 7 miesięcy. Zamawiający już trzykrotnie

podejmował zupełnie chybione decyzje, które trzykrotnie wymagały wniesienia odwołania do KIO przez Odwołującego.

Można zatem postawić w tym miejscu pytanie retoryczne, czy Zamawiającemu rzeczywiście zależy na rozstrzygnięciu postępowania przetargowego, wszczętego dnia 2 maja 2024 roku, czy też przyzwyczaił się już do świadczenia usługi z wolnej ręki przez Super Buffet Sp. z o.o. To z kolei rodzi kolejne pytanie, jak długo taki stan może trwać – czy przypadkiem w marcu 2025 roku nie dojdzie do udzielenia kolejnego zamówienia z wolnej ręki temu wykonawcy itd.

Postępowanie Zamawiającego może tłumaczyć także fakt, że wykonawca Super Buffet Sp. z o.o. obecnie znajduje się w restrukturyzacji, a ze względu na zawarcie układu z wierzycielami (co wynika z Krajowego Rejestru Zadłużonych – układ ten został zatwierdzony w dniu 10 października 2024 roku), obecnie podmiot ten podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 4 Pzp. Postępowanie restrukturyzacyjne wobec tego podmiotu zostało zaś wszczęte jeszcze przed ogłoszeniem przetargu z dnia 2 maja 2024 roku, a przesłanka wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 4 Pzp została zastrzeżona przez Zamawiającego w tym przetargu, co może tłumaczyć zaniechanie złożenia oferty przez tego wykonawcę w trwającym przetargu (złożyła w nim za to ofertę, oprócz Odwołującego, spółka ADK Serwis Sp. z o.o., która ma siedzibę pod tym samym adresem, co Super Buffet Sp. z o.o.).

Gdyby nie działanie Zamawiającego, które sprawia wrażenie celowego (intencjonalnego) opóźniania rozstrzygnięcia przetargu z 2 maja 2024 r, takie postępowanie można by rozstrzygnąć już w dniu 4 czerwca 2024 roku, po otrzymaniu przez Zamawiającego wyjaśnień Odwołującego, do których był wezwany na skutek badania jego oferty. W takim wypadku zbędne okazałoby się już udzielenie zamówienia wykonawcy Super Buffet Sp. z o.o. od 1 lipca 2024 roku.

Mając na uwadze powyższe, w kontekście przepisu art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp (jeśli to ten przepis uznał Zamawiający za dający podstawę do zawarcia Umowy) należy stwierdzić, że nie wystąpiła sytuacja niewynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć. Sytuacja, w której w dniu 31 grudnia 2024 roku Zamawiający zawiera Umowę z wolnej ręki, w kontekście powyższej sekwencji wydarzeń była jak najbardziej do przewidzenia, a ponadto wynika ona z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, gdyż to Zamawiający prowadzi postępowanie przetargowe w sposób opieszwały i unikający wyboru oferty najkorzystniejszej.

W stanie faktycznym sprawy nic nie stoi bowiem na przeszkodzie, by dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej – wówczas wystarczy uwzględnić jedynie czas na potencjalne postępowanie odwoławcze i zawarcie umowy.

W sprawie nie wystąpiły też inne przesłanki do udzielenia zamówienia w tym trybie.

Ad II) zarzut naruszenia art. 262 w zw. z art. 266 Pzp

Zamawiający 31 października 2024 r. unieważnił prowadzone postępowanie przetargowe, wszczęte 2 maja 2024 roku. Z zawiadomienia o tym fakcie wynika wprost, że Zamawiający zawiadomi wykonawców o wszczęciu kolejnego postępowania zgodnie z art. 262 Pzp.

Odwołujący w ww. postępowaniu ubiegał się o udzielenie zamówienia i złożył swoją ofertę.

Mimo tego, Zamawiający nie zawiadomił Odwołującego o wszczęciu kolejnego postępowania w sprawie tego samego przedmiotu zamówienia - w trybie z wolnej ręki (ewentualnie negocjacji bez ogłoszenia), naruszając dyspozycję art. 262 Pzp.

Nie ma przy tym znaczenia, że w dniu 2 stycznia 2025 roku Zamawiający uchylił czynność unieważnienia postępowania z dnia 31 października 2024 roku, gdyż, jak wynika z ogłoszenia, Umowa została zawarta przed tą datą. Zamawiający wszczął więc postępowanie w trybie niekonkurencyjnym, o którym Odwołujący nie został zawiadomiony, gdy jeszcze ostatnią czynnością w postępowaniu było jego unieważnienie.

W tym stanie rzeczy, Zamawiający - wobec zaniechania obowiązku poinformowania Odwołującego o wszczęciu kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i tym samym wobec uniemożliwienia Odwołującemu złożenia w tym postępowaniu swojej oferty - naruszył dyspozycję przepisu art. 262 Pzp.

Wykonawca przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

ADK Serwis sp. z o.o. Warszawa wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości, ponieważ wszystkie zarzuty zawarte w odwołaniu są bezpodstawne.

Przystępujący podkreśla, że nie zachodzą ani prawne, ani faktyczne podstawy do uwzględnienia zarzutów zawartych w odwołaniu. Wskazał na kolejne zdarzenia w sprawie poczynszy od wszczęcia postępowania dnia 2 maja 2024 r.

Zarzut, że umowa zamawiającego z Super Buffet Sp. z o.o. na okres 3 miesięcy (styczeń-marzec 2025 roku) - jest zdecydowanie za długi, jest chybiony.

Zamawiający był zmuszony do zawierania równoległe do toczącego się postępowania umów na kilkumiesięczne okresy czasu wyłącznie z tego powodu, aby zapewnić posiłki dla swoich pacjentów. Obowiązek zapewnienia pożywienia dla pacjentów zamawiającego w czasie trwania przetargu nieograniczonego, który został ogłoszony 2 maja 2024 roku do czasu jego rozstrzygnięcia i podpisania umowy - jest oczywisty i nie wymaga szerszej argumentacji.

Trudno zaakceptować zarzuty odwołującego, iż po stronie zamawiającego nie wystąpiła sytuacja nadzwyczajna nie wynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć i która nie wymagała pilnej czy też natychmiastowej potrzeby udzielenia zamówienia publicznego na świadczenie usługi żywienia pacjentów Instytutu. Było wręcz odwrotnie, niż zarzuca to odwołujący w swoim odwołaniu. Zamawiający musiał natychmiast i pilnie zapewnić wyżywienie dla swoich pacjentów, zatem musiał podjąć czynności celem niezwłocznego podpisania umowy w tym zakresie z podmiotem, który będzie dostarczał wyżywienie dla pacjentów - do czasu rozstrzygnięcia postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego od 2 maja 2024 r.

Przepis art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp wskazuje, iż zamówienia z wolnej ręki można udzielić, gdy ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Zamawiający w wyniku wyjątkowego, nieprzewidywalnego przedłużania się niniejszego postępowania, m.in. w wyniku trzykrotnego wnoszenia odwołań przez Naprzód Catering sp. z o.o. - zmuszony był do natychmiastowej reakcji, niezbędnej do usunięcia bezpośredniego zagrożenia dla zdrowia lub życia pacjentów poprzez zapewnienie dla nich posiłków. Natomiast trzykrotne wnoszenie odwołań przez Naprzód Catering nie wynikało z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, które zamawiający mógł przewidzieć, a natychmiastowość wykonania zamówienia wynikała z konieczności ochrony interesu pacjentów. Zamawiający nie planował przecież udzielania zamówień publicznych na rzecz Super Buffet Sp. z o.o. na okres od 1 lipca 2024 r. do końca września 2024 roku, a następnie nie planował przedłużać tej umowy do 31 grudnia 2024 roku, po czym zamawiający nie planował zawierania kolejnej umowy z Super Buffet Sp. z o.o. na okres od 1 stycznia do 31 marca 2025 r.

Przepisy ustawy nie nakazują zamawiającemu udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki wykonawcom, którzy ubiegali się o dane zamówienie w trybie konkurencyjnym. Nie ustanawiają też obowiązku utrzymania wymagań podmiotowych stawianych wykonawcom i wymagań stawianych wykonaniu przedmiotu zamówienia, z zastrzeżeniem ich zgodności z przepisami o charakterze bezwzględnie obowiązującym. Zamawiający jest zatem uprawniony do skierowania zaproszenia do negocjacji do wykonawcy, który nie uczestniczył w unieważnionym postępowaniu.

Poza tym zarzut odwołującego naruszenia artykułu 262 w zw. z art. 266 Pzp jest także chybiony. Art. 262 Pzp stanowi: „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.”

Komentowany przepis nakłada na zamawiającego obowiązek zawiadomienia wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia w postępowaniu unieważnionym, o wszczęciu kolejnego postępowania. Obowiązek ten dotyczy przypadków, w których nowe postępowanie dotyczy tego samego przedmiotu lub obejmuje ten sam przedmiot zamówienia, co postępowanie unieważnione.

Natomiast w okolicznościach niniejszej sprawy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wszczęte w dniu 2 maja 2024 r. nie zostało unieważnione !

Jest wręcz odwrotnie – zamawiający w swoim piśmie z dnia 02.01.2025 r. skierowanym do Naprzód Catering spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi napisał, iż: „wykonując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 grudnia 2024 r., doręczony w dniu 24 grudnia 2024 r. w sprawie o sygn. akt KIO 4268/24, unieważnia czynność unieważnienia postępowania i przystępuje do dokonania czynności badania i oceny ofert w postępowaniu.” – zatem nie może być tutaj mowy o zastosowaniu art. 262 Pzp.

W związku z powyższym przystępujący do postępowania odwoławczego wnosi o oddalenie w całości odwołania.

Super Buffet Sp. z o.o. z/s w Karczewie przedstawił argumentację tożsamą z wskazaną wyżej w piśmie drugiego przystępującego.

Odwołujący w piśmie z dnia 3 lutego 2025 roku wniósł o:

Odwołujący przedstawia najistotniejsze dokumenty przy piśmie procesowym.

Jednocześnie, koryguje żądanie odwołania w ten sposób, że Odwołujący domaga się unieważnienia przez KIO zawartej

Umowy; sformułowanie odwołania, że Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu jej unieważnienia, jest oczywistą omyłką, gdyż treść przepisu art. 554 ust. 3 pkt 2 lit. b) Pzp w tym zakresie jest jednoznaczna.

Odnosnie pism Przystępujących (które w treści są identyczne), Odwołujący podnosi, że przede wszystkim chyby jest argument, jakoby udzieleniu zamówienia z wolnej ręki winny był sam Odwołujący, wnosząc 4 kolejne odwołania w postępowaniu wszczętym 2 maja 2024 r. Przedłużenie się procedury przetargowej skutkiem korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej nie stanowi usprawiedliwienia dla skorzystania przez zamawiającego z trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki (KIO 1415/17). W sytuacji, gdy w dniu 2 grudnia 2024 roku Zamawiający otrzymuje z KIO informację o wyroku nakazującym unieważnienie czynności unieważnienia postępowania (KIO 4268/24), nic nie stoi na przeszkodzie, by w ciągu kilku dni zawrzeć umowę z wykonawcą, którego oferta jest najkorzystniejsza w przetargu. Tymczasem to Zamawiający czekał kolejne tygodnie, by wreszcie zawrzeć umowę z Super Buffet sp. z o.o., a dopiero następnie unieważnić czynność unieważnienia postępowania przetargowego.

Tym bardziej, w świetle powyższego, niezasadny jest argument Przystępujących, że w braku zawartej umowy w trybie przetargowym Zamawiający zmuszony był udzielić tymczasowego zamówienia z wolnej ręki wobec ciągłej potrzeby zapewnienia codziennego wyżywienia hospitalizowanym pacjentom. Zamawiający mógł i powinien po prostu w takiej sytuacji bowiem dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej w trwającym przetargu i zawrzeć umowę z takim wykonawcą – z pewnością trwałoby to krócej niż organizowanie kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, choćby z wolnej ręki (bo np. nie ma potrzeby oczekiwania na złożenie oferty, którą dopiero sporządzi wykonawca zaproszony do negocjacji w trybie z wolnej ręki). Gdyby zaś od tej czynności wniesiono odwołanie, powodujące wygaśnięcie dotychczasowej umowy przed zawarciem nowej, zawsze Zamawiający mógłby wnieść do KIO o zwolnienie z zakazu zawarcia umowy, powołując się na art. 578 ust. 2 pkt 1 Pzp. Rozumowanie Przystępujących mogłoby prowadzić do paradoksalnego wniosku, że w każdej sytuacji dany zamawiający, sabotujący prowadzone przez siebie postępowanie może dowolnie zawierać umowę z wolnej ręki.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Potwierdził fakt zawarcia umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp wskazując na konieczność świadczenia usługi nieprzerwanego żywienia pacjentów szpitala niezależnie od okoliczności, dla których wszczęte 2 maja 2024 r. postępowanie na ten sam przedmiot zamówienia, w trybie przetargu nieograniczonego, nie zostało jeszcze zakończone i nie zawarto w jego wyniku umowy

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i uczestnika przedstawione na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności Zamawiającego.

Ponadto izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna przesłanka skutkująca odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia artykułu 262 Pzp jest zasadny. Art. 262 Pzp stanowi: „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.”

Przepis nakłada na zamawiającego obowiązek zawiadomienia wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia w postępowaniu unieważnionym, o wszczęciu kolejnego postępowania. Obowiązek ten dotyczy przypadków, w których nowe postępowanie dotyczy tego samego przedmiotu lub obejmuje ten sam przedmiot zamówienia, co postępowanie unieważnione.

Jak wynika z ustaleń w postępowaniu zamawiający wykonując wyrok KIO 4268/24 z 2 grudnia 2024 r. dokonał czynności unieważnienia postępowania, a czynność tę wykonał dnia 2 stycznia 2025 r. Oznacza to, że w dacie zawarcia umowy z 31 grudnia 2024 r. postępowanie wszczęte dnia 2 maja 2024 r. na mocy decyzji zamawiającego z dnia 31 października 2024 r. było postępowaniem mającym status postępowania unieważnionego.

W takim stanie rzeczy miał zastosowanie art. 262 ustawy pzp, co oznacza, że wszczęcie kolejnego postępowania, a w sprawie rozpatrywanej, postępowania o udzielenie zamówienia z wolnej ręki, wymagało zawiadomienia wykonawców, w tym odwołującego. Przepis dotyczy, ze względu na brak rozróżnienia, zarówno przypadku, „gdy nowe zamówienie jest

udzielane w trybie konkurencyjnym, jak i z wolnej ręki." (por. komentarz do art. 262 wyd. UZP, red. H. Nowak i M. Winiarz).

W odniesieniu do zarzutu o braku przesłanek do zawarcia umowy z wolnej ręki, skład orzekający uznaje, że niezależnie od tego, jakie są przyczyny, iż postępowanie wszczęte 2 maja 2024 r. nie zostało zakończone wyborem najkorzystniejszej oferty i zawarciem w jego wyniku umowy, niezaprzeczalnie przedmiot zamówienia, jakim jest zapewnienie żywienia pacjentów zamawiającego, musi być na bieżąco realizowany, co jest okolicznością oczywistą. Izba nie ocenia przy tym przyczyn faktycznie długiego okresu trwania postępowania, nie przypisując przy tym winy ani wykonawcy korzystającego z należnych mu środków ochrony prawnej, jak i zamawiającego pozostającego w zmieniających się w czasie okolicznościach dotyczących możliwości lub ich braku w zakresie finansowania zamówienia na warunkach pierwotnie ustalonych i znanych w dacie wszczęcia postępowania w trybie przetargu nieograniczonego.

Obiektywne względy społeczne przemawiają za kontynuacją świadczenia usługi w ramach obowiązujących przepisów prawa.

W takim stanie rzeczy orzeczono, w granicach podniesionych zarzutów, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 i 576 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 7 ust. 2 pkt 3 oraz ust. 3 rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zmianami). Orzeczono stosownie do wyniku uznając, że uwzględniono w połowie zarzuty odwołania, co znalazło tożsamy skutek w kosztach w postaci obciążenia odwołującego i zamawiającego połową wpisu tj. kwotą 7 500 zł. Koszty stron postępowania, o których mowa w § 5 pkt 2 powołanego rozporządzenia, zostały wzajemnie zniesione.

Przewodniczący