Sygn. akt: KIO 2682/23

WYROK

z dnia 25 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Ewa Sikorska

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 września 2023 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna w Kostrzynie nad Odrą**w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Miasto Katowice w Katowicach**

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie i nakłada na zamawiającego – **Miasto Katowice w Katowicach** – karę finansową w wysokości **8 400 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterysta złotych zero groszy),

2. kosztami postępowania obciąża **Miasto Katowice w Katowicach** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna w Kostrzynie nad Odrą** tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od **Miasta Katowice w Katowicach** na rzecz wykonawcy **Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna w Kostrzynie nad Odrą** kwotę **12 649 zł 70 gr** (słownie: dwanaście tysięcy sześćset czterdzieści dziewięć złotych siedemdziesiąt groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na posiedzenie Izby i opłaty skarbowej od pełnomocnictw.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: …….

Sygn. akt: KIO 2682/23

Uzasadnienie

Zamawiający: Miasto Katowice prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki pn. Utrzymanie i eksploatacja szaletów miejskich zlokalizowanych w Katowicach, przy pl. Wolności, pl. Andrzeja, pl. Miarki, pl. Szramka, pl. Powstańców Śląskich, pl. Miast Partnerskich, ul. Panewnickiej, w Parku Boguckim, w Parku Budnioka. Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia z dnia 06.09.2023 r. opublikowano pod nr 2023/BZP 00382775/01.

Dnia 11 września 2023 roku, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zmianami, zwanej dalej lub „ustawą P.z.p.”), odwołanie wniósł wykonawca Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna z siedzibą w Kostrzynie nad Odrą (dalej jako „odwołujący”).

Stanowisko odwołującego:

Odwołanie złożono wobec czynności i zaniechań zamawiającego, zarzucając naruszenie art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a w zw. z art. 305 pkt 1 w zw. z art. 275 w zw. z art. 16 ustawy P.z.p., przez wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki z naruszeniem przepisów ustawy P.z.p., z uwagi na fakt, iż nie wystąpiła jakakolwiek przesłanka, a w szczególności ta, którą zamawiający wskazał jako podstawę do przeprowadzenia postępowania w tym trybie, tj. wyartykułowana w art. 214 ust. 1 pkt 1 lit a ustawy P.z.p. okoliczność, że usługa może być świadczona tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, podczas gdy zamawiający powinien udzielić zamówienia w trybie konkurencyjnym, przewidzianym w art. 275 ustawy P.z.p., czego zaniechał.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz:

1.unieważnienie umowy w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożenie kary finansowej na zamawiającego (w związku z brakiem możliwości zwrotu świadczeń spełnionych na podstawie umowy), ewentualnie o orzeczenie o skróceniu okresu obowiązywania umowy zawartej w trybie z wolnej ręki,

2.przeprowadzenie dowodu z dokumentów:
a)protokołu trwającego postępowania, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. Utrzymanie i eksploatacja szaletów miejskich zlokalizowanych w Katowicach, zamówienie w 2 częściach – część II, o numerze referencyjnym BZP.271.1.14.2023 (plik 01),
b)wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygnaturze KIO 2206/23,
c)wniosku zamawiającego o wyrażenie zgody odwołującego na wybór jego oferty (plik 03),
- celem wykazania tymi dowodami, w szczególności, że odwołujący jest wykonawcą ubiegającym się o udzielenie zamówienia, a oferta odwołującego była jedyną złożoną, na tożsamą usługę, objętą zamówieniem z wolnej ręki, przy czym jego oferta jest najkorzystniejsza w prowadzonym postępowaniu, co oznacza, iż przywołanie przez zamawiającego istnienia jedynego wykonawcy mogącego zrealizować zamówienie (tego, z którym zawarto umowę) jest nieuprawnione, a dodatkowo na okoliczność treści protokołu, który zawiera informacje o spełnianiu warunku udziału przez odwołującego i wybraniu jego oferty już w dniu 01.09.2023 r.,
d)ogłoszenia nr 2023/BZP 00382775/01 oraz dokumentów postępowania prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki o numerze referencyjnym BZP.271.1.62.2023, a także umowy zawartej w dniu 31.08.2023 r.
- na okoliczność wykazania faktu wszczęcia przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, zawarcia umowy oraz wskazanej przez zamawiającego w ogłoszeniu przesłanki uzasadniającej tryb z wolnej ręki,
e)pisma zamawiającego z dnia 30.08.2023 r.,
-na okoliczność wykazania zamiaru wybrania oferty Odwołującego w trwającym postępowaniu przetargu nieograniczonego nr BZP.271.1.14.2023, braku uzasadnienia zastosowanego trybu, świadomości zamawiającego w dniu 30.08.2023 r. (przed zawarciem umowy w trybie z wolnej ręki) o konieczności zawarcia umowy z odwołującym, ustalenia odległego terminu zawarcia umowy na dzień 16.10.2023 r., w postępowaniu, co wskazuje na brak przesłanki zastosowania trybu z wolnej ręki, brak pilnej potrzeby udzielania zamówienia, brak przesłanki zawarcia umowy na okres 1,5 miesiąca oraz na okoliczność nieprawdziwego twierdzenia o istnieniu jedynego wykonawcy mogącego zrealizować zamówienie tj. spółki VICA SECURITY.

Odwołujący wskazał, że jest wykonawcą, który prowadzi działalność gospodarczą w zakresie objętym postępowaniem z wolnej ręki, wszczętym przez zamawiającego. Udzielenie zamówienia z naruszeniem ustawy P.z.p. narusza jego prawo do ubiegania się o zamówienia publiczne. Odwołujący do dnia 31.08.2023 r. przez okres roku wykonywał, jako podwykonawca, usługę będącą przedmiotem zamówienia. Odwołujący ponosi szkodę, z powodu zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie konkurencyjnym, w miejsce którego, na okres 1,5 miesiąca udzielono zamówienia w trybie z wolnej ręki. Gdyby postępowanie przeprowadzono w trybie prawidłowym, odwołujący mógłby potencjalnie złożyć najkorzystniejszą ofertę i uzyskiwać zysk z realizacji zamówienia. Ponadto odwołujący również jako jedyny złożył ofertę w niezakończonym dotąd postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego. Oferta jest zgodna z warunkami zamówienia, przedstawia cenę zawierającą się w środkach przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia (po poprawieniu omyłki rachunkowej) i w świetle przepisów powinna zostać uznana za najkorzystniejszą, z czym jednak zamawiający zwleka przy jednoznacznym braku obiektywnych powodów.

Odwołujący powziął wiadomość o czynnościach zamawiającego z treści ogłoszenia zamieszczonego w BZP dniu 06.09.2023 r. Ponadto, w dniu 05.09.2023 r. zamawiający udostępnił odwołującemu umowę zawartą w trybie z wolnej ręki. Zatem termin na wniesienie odwołania został zachowany. Odwołujący przekazał zamawiającemu kopię odwołania i uiścił wpis od odwołania na rachunek UZP.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania podniesiono, że zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na usługę pn. Utrzymanie i eksploatacja szaletów miejskich zlokalizowanych w Katowicach, zamówienie w 2 częściach – część II. Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 08.05.2023 r.

W postępowaniu odwołujący złożył jedyną ofertę. Postępowanie dwukrotnie unieważniano. Oferta odwołującego została w dniu 18.07.2023 r. odrzucona. Wyrokiem KIO 2206/23 Izba uznała czynność zamawiającego za nieprawidłową i nakazała unieważnić czynność odrzucenia oferty, powtórzyć badanie i ocenę ofert. Istotą sporu była kwestia oceny podmiotowej odwołującego. Z wyroku wynika, iż Izba nie znalazła podstaw do dalszego wyjaśniania czy uzupełniania kwestii związanych z kwalifikacją podmiotową wykonawcy, co oznacza, że zamawiający powinien kontynuować procedurę i dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty oraz udzielić zamówienia odwołującemu.

Uzasadnienie wyroku wpłynęło do zamawiającego w dniu 28.08.2023 r. Z uwagi na okoliczność, iż oferta wykonawcy jest jedyna w postępowaniu, zamawiający mógł niezwłocznie dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej i niezwłocznie po wyborze oferty zawrzeć umowę. Zamawiający miał świadomość, że odwołujący jest już w bezpośrednim dysponowaniu obiektami zamawiającego i osób skierowanych do wykonania tożsamej usługi, gdyż od sierpnia 2022 r. był podwykonawcą dla Fundacji Jupiter. Zachodziła więc możliwość zachowania ciągłości usługi,

szczególnie przy zastosowaniu trybu konkurencyjnego.

Tymczasem, jak wynika z dokumentów postępowania w trybie z wolnej ręki, zamawiający w dniu 28.08.2023 r. zaprosił do negocjacji w tym trybie, na podstawie art. 305 ust. 1 w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p., wykonawcę PHU VICA SECURITY Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach i po przeprowadzeniu w dniu 29.08.2023 r. negocjacji zawarł z nim w dniu 31.08.2023 r. umowę. Decyzja w tym zakresie pozbawiona była w ocenie odwołującego podstaw faktycznych, jak i prawnych.

Zamawiający, w uzasadnieniu wyboru trybu przywołał przesłankę z art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p., tj. okoliczność, że usługa może być świadczona tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Uzasadnienie ogłoszenia opublikowanego w BZP o zawarciu umowy jest bardzo lakonicznie i nie było poprzedzone ogłoszeniem o zamiarze zawarcia umowy. Zamawiający argumentuje zawarcie umowy i wybór trybu charakterem zadania polegającym na eksploatacji szaletów miejskich i udostępnianiu ich dla ludności, ciągłym charakterem umowy i brakiem możliwości przerwy w wykonywaniu zadania. Zamawiający powołuje się również na to, że zamówienie nie było planowane, co jego zdaniem uzasadnia przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze jako podstawę do udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki. Żadna w tych okoliczności nie jest jednak według odwołującego prawdziwa. Uznanie przez zamawiającego spełnienia przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 1 lit a jest nieprawidłowe jest nieprawidłowe, gdyż przesłanka wskazana w tym przepisie odnosi się do występowania na rynku jedynego Wykonawcy mogącego świadczyć usługę, co nie miało miejsca. Usługa dotyczy kompleksowego utrzymania czystości i bieżącego utrzymania szaletów publicznych. Zamawiający nie poczynił nawet próby uzasadniania, dlaczego usługa miałaby być możliwa do zrealizowania przez jedynego Wykonawcę, z którym zawarto umowę.

Jak wskazuje UZP, w Komentarzu pod redakcją H. Nowaka i M. Winiarza, wybór wykonawcy w trybie z wolnej ręki, w oparciu o tę przesłankę uzależniony jest od szczególnego charakteru danego zamówienia – jego specyficznych cech technicznych powodujących, że na rynku nie występuje więcej niż jeden podmiot, który mógłby wykonać zamówienie. Sytuacja, w której na rynku działa co najmniej dwóch lub większa liczba wykonawców mogących zrealizować dane zamówienie, wyklucza możliwość zastosowania przedmiotowego trybu. Istnienie tylko jednego wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia powinno wynikać z obiektywnych okoliczności, a nie własnego przekonania zamawiającego. W szczególności, niezasadne jest powoływanie się przez zamawiającego na szczególne zaufanie do konkretnego wykonawcy, jego doświadczenie i możliwości organizacyjne.

Z przepisu jednoznacznie wynika, iż uzasadnieniem dla zawarcia umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki, mogą być przesłanki techniczne, które z uwagi na ich obiektywny charakter i niemożliwość zastąpienia wymagań innymi rozwiązaniami alternatywnymi lub zastępczymi może spełnić i realizować wyłącznie jeden wykonawcy.

Z uzasadnienia zamawiającego wywieść natomiast można, że obiektywny charakter wynika z konieczności zapewnienia ciągłości realizowanej usługi.

W wyroku SN z dnia 2 maja 2016 r. sygn. akt I CSK 335/15 stwierdzono, iż czas może być obiektywną przesłanką, jednakże należy mieć na uwadze w jakim kontekście i stanie faktycznym zostało zawarte dane zamówienie.

Taka wyjątkowa sytuacja nie zachodzi w przypadku zamawiającego. To zamawiający, swoją opieszałością, doprowadził do sytuacji, w której nie wyłoniono wykonawcy w zamówieniu konkurencyjnym od dnia otwarcia ofert (08.05.2023 r.), poprzez szereg zaniechań i naruszeń przepisów ustawy P.z.p. w toku postępowania.

Dodatkowo, w przeciwieństwie do sytuacji, która miała miejsce w przypadku ARiMR, zamawiający zaprosił do negocjacji podmiot, który nawet nie złożył oferty w postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego, nie ubiegał się nawet o zamówienie. Zamawiający zadał sobie trud, żeby negocjować postanowienia umowy z firmą niezainteresowaną świadczeniem usług w prowadzonym konkurencyjnym postępowaniu, podczas gdy odwołujący był faktycznie wykonującym usługę (do 31.08.2023 r.) jako podwykonawca (co jest zamawiającemu wiadome), zatrudnia na umowę o pracę pracowników do obsługi toalet i zapewnia niezbędne wyposażenie do wykonania usług (aktualny wykonawca otrzymał zgodę w toku negocjacji na zawarcie umów cywilnoprawnych, mimo braku przesłanek). Jeżeli więc przyjąć, że czas był obiektywnym czynnikiem i jeden wykonawca mógł zapewnić ciągłość usługi, to z pewnością nie był to podmiot zaproszony przez zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze, nie można uznać za zasadne powoływanie się na okoliczność, że usługa mogła być świadczona przez jednego wykonawcę z przyczyn obiektywnych. Przyczyny takie nie istnieją w okolicznościach przedmiotowej sprawy.

Odwołujący prowadził z zamawiającym korespondencję dotyczącą możliwości wykonywania usługi do czasu zawarcia umowy wskutek przeprowadzonego postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, więc zamawiający miał pełną świadomość, że dotychczasowy podwykonawca był zainteresowany świadczeniem usługi. Zamawiający nie udzielił jednoznacznej odpowiedzi odwołującemu. Jedynie ubocznie należy wskazać, że w dniu 30.08.2023 r. Odwołujący zaoferował wykonanie usługi, do czasu rozstrzygnięcia wciąż trwającego postępowania, za cenę 99.000 zł miesięcznie, w przypadku gdy z zawartej umowy na warunkach mniej korzystnych od projektowanych postanowień umowy w

postępowaniu, usługa jest aktualnie wykonywana za cenę 112.000 zł miesięcznie.

Od dnia ogłoszenia wyroku przez Krajową Izbę Odwoławczą upłynął miesiąc czasu, w ciągu którego zamawiający nie zawarł umowy z odwołującym, umowa wolnej ręki została zawarta do dnia 15.10.2023 r., pomimo że w dniu wniesienia odwołania wybór oferty odwołującego został zatwierdzony. Mimo że upłynął miesiąc od ogłoszenia wyroku Izby, umowa zamówienia z wolnej ręki ma być realizowana jeszcze przez ponad kolejny miesiąc to zamawiający zdążył jednak w tym czasie odebrać wszystkie obiekty świadczenia usługi i przekazać je innemu wykonawcy. Przebieg tych czynności wskazuje się informacyjnie, dla zobrazowania, że zawarcie umowy w trybie przetargu nieograniczonego według zamawiającego powinno trwać co najmniej dwa miesiące od ogłoszenia wyroku, a nadto uzasadniało udzielenie zamówienia z wolnej ręki i wprowadzenie do obiektów innego wykonawcy, w sytuacji, gdy w istocie z tym "przekazaniem" zamawiający uporał się w ciągu dwóch dni, wliczając w to procedurę udzielenia zamówienia, w którym to czasie mógł również zawrzeć umowę w trybie przetargu nieograniczonego lub rozstrzygnąć inne postępowanie, w trybie konkurencyjnym. Zainicjowanie czynności związanych z dodatkowym postępowaniem w trybie konkurencyjnym mogło nastąpić już w chwili wniesienia odwołania przez odwołującego w sprawie o sygn. KIO 2206/23, czyli po dniu 27.07.2023 r.

W dniu 06.09.2023 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego o wyrażenie zgody na wybranie jego oferty, w związku z upływem terminu związania ofertą. Odwołujący, w tym samym dniu udzielił odpowiedzi wskazującej na wyrażenie zgody w tym zakresie. Procedowanie przez zamawiającego w ramach przetargu nieograniczonego odbywa się zatem w takich sekwencjach czasowych pomiędzy poszczególnymi zdarzeniami, aby uzasadnić potrzebny czas na zawarcie umowy z odwołującym, przez który to okres usługa ma być realizowana w trybie z wolnej ręki. Szereg czynności, które to zdaniem Zamawiającego mają uzasadniać ponad dwumiesięczne procedowanie (od dnia ogłoszenia wyroku) wymienił w piśmie z dnia 30.08.2023 r. jak i dokumentach zamówienia w trybie z wolnej ręki. Dokonanie czynności przeprowadzenia procedury w trybie z wolnej ręki oraz odebranie od odwołującego obiektów, jak i ich przekazanie innemu wykonawcy w ciągu dwóch dni, przeczy jednak poczynionym wyliczeniem czynności i ich czasochłonności.

Zgodnie z punktem 22a ust. 1 protokołu postępowania w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, prace komisji przetargowej, związane z wyborem oferty, zakończyły się już w dniu 01.09.2023 r., czyli w dniu kiedy odwołujący przekazywał obiekty zamawiającemu i był to pierwszy dzień, w którym miała rozpocząć się realizacja zamówienia udzielonego VICA SECURITY. W tym również dniu zamawiający mógł zawrzeć umowę docelową, z odwołującym. Pomimo zaprotokołowania wybrania oferty odwołującego w postępowaniu w dniu 01.09.2023 r. zamawiający nie dokonał publikacji informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, do chwili podpisania odwołania.

Stanowisko zamawiającego:

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 20 września 2023 roku zamawiający stwierdził, że odwołanie winno zostać oddalone.

Zamawiający oświadczył, że podjął stosowne czynności celem wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 sierpnia 2023 roku (sygn. akt: KIO 2206/23), to jest anulował czynność unieważnienia postępowania (BZP.271.1.14.2023) i dokonał wyboru oferty wykonawcy. Obecnie zamawiający czeka na przedłożenie przez Wykonawcę dokumentów niezbędnych do podpisania umowy.

Jednakże należy podkreślić, że zamawiający otrzymał uzasadnienie wyroku KIO 2206/23 dopiero w dniu 28 sierpnia 2023 r., do tego czasu nie mógł podjąć czynności, nie wiedząc, do jakich czynności zostanie zobowiązany. Z samej sentencji wyroku wynikało jedynie, że zamawiający jest zobowiązany do powtórzenia czynności badania i oceny ofert. Przed przekazaniem uzasadnienia do wyroku KIO, zamawiający nie miał wiedzy, czy będzie konieczność powtórzenia czynności np. wezwania do uzupełnienia wykazu usług i referencji.

Po otrzymaniu uzasadnienia zamawiający wykonał następujące czynności w postępowaniu:

-30 sierpnia 2023 r. prośba o dodatkową opinię radcy prawnego w Urzędzie Miasta Katowice celem wyjaśnienia, jakie czynności, zgodnie z wyrokiem, należy wykonać,

-31 sierpnia 2023 r. — odpowiedź z wydziału prawnego od 1-11 września 2023 r. - zakończenie postępowania, w tym przygotowanie i podpisanie protokołów,

-11 września 2023 r. wysłanie zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty,

-13 września 2023 r. skierowanie do wykonawcy PRS Spółdzielnia Socjalna pisma z prośbą o przedłożenie niezbędnych

dokumentów.

Ponadto konieczna będzie analiza dokumentów przedłożonych przez wykonawcę oraz czynności związane z obiegiem umowy, w tym kontrasygnata Skarbnika Miasta (z uwagi na wartość zamówienia), co trwa około 14 dni.

Zamawiający, z uwagi na konieczność zapewnienia ciągłości realizacji zadania w czasie od wygaśnięcia dotychczasowej umowy (31 sierpnia 2023 r.), do podpisania umowy z PRS Spółdzielnia Socjalna wszczął postępowanie w trybie z wolnej ręki z podmiotem, który wówczas realizował usługę tj. z Fundacją Jupiter, (postępowanie nr BZP.271.1.58.2023). Wykonawca Fundacja Jupiter realizował wówczas przedmiotową usługę, co oznacza, że w dniu 1 września br. nie byłoby konieczności przekazywania wszystkich obiektów na podstawie protokołu zdawczo-odbiorczego oraz przepisywania mediów na nowego wykonawcę, a także zatrudniania nowych pracowników.

Jednakże negocjacje prowadzone z Fundacją Jupiter okazały się bezskuteczne, gdyż wykonawca z opóźnieniem odpowiadał na propozycje zamawiającego oraz nie wyraził zgody na proponowane postanowienia umowy i cenę zaproponowane przez zamawiającego, przede wszystkim jednak postawił warunki, które były nie do przyjęcia przez zamawiającego — wykonawca m.in. warunkował zawarcie umowy z wolnej ręki anulowaniem części naliczonych kar umownych wynikających z obowiązującej umowy i wystawieniem referencji. Zamawiający nie był uprawniony do zmiany umowy w zakresie wartości kar umownych, ponieważ byłaby to istotna zmiana umowy. W związku z powyższym, po unieważnieniu pierwszego zamówienia z wolnej ręki (28 sierpnia 2023 r.), z uwagi na bardzo krótki czas pozostały do zakończenia aktualnie obowiązującej umowy zamawiający postanowił przeprowadzić negocjacje z innym wykonawcą tj. PHIJ Vica-Security Sp. z o.o., to jest jedynym Wykonawcą zdolnym do wykonania zamówienia od 1 września 2023 r. (postępowanie BZP.272.1.62.2023). Wykonawca ten realizował przedmiotową usługę w poprzednich latach w sposób należyty i wyraził gotowość realizacji umowy we wnioskowanym okresie tj. 1,5 miesiąca oraz od dnia 1 września 2023 r. Wykonawca jako jedyny posiadał odpowiedni potencjał techniczny do realizacji przedmiotowego zamówienia od 1 września 2023 r.

Zdaniem zamawiającego bezpodstawne jest żądanie unieważnienia zawartej już umowy i nałożenie kary finansowej na zamawiającego (w związku z brakiem możliwości zwrotu świadczeń spełnionych na podstawie umowy). Zamawiający, ze względu na brak czasu (zamawiający nie może przerwać wykonywania usługi prowadzenia toalet publicznych), nie mógł zastosować innego trybu wyboru wykonawcy, a nawet gdyby go zastosował, to nie jest pewne, że to oferta odwołującego okazałaby się ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący nie poniesie szkody w związku z zawarciem umowy z wolnej ręki przez zamawiającego. Odwołujący został poinformowany pismem z dnia 30 sierpnia 2023 r., że umowa, która zostanie zawarta w wyniku przetargu (po postępowaniu nr BZP.271.1.14.2023) będzie obowiązywała zgodnie z zapisami SWZ w okresie 10 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Termin realizacji umowy nie ulega więc skróceniu. Również termin rozpoczęcia wykonania umowy jest zgodny z postanowieniami specyfikacji w postępowaniu BZP.271.1.14.2023 (rozdział II pkt 8 SWZ umowa zacznie obowiązywać nie wcześniej niż od 01.09.2023 r.). Odwołanie podlega więc oddaleniu.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na usługę pn. Utrzymanie i eksploatacja szaletów miejskich zlokalizowanych w Katowicach, zamówienie w 2 częściach – część II. Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 08.05.2023 r. W postępowaniu jedyną ofertę złożył odwołujący *(dowód: protokół postępowania BZP.271.1.14.2023)*

Oferta odwołującego została w dniu 18.07.2023 r. odrzucona. Wyrokiem KIO 2206/23 Izba uznała czynność zamawiającego za nieprawidłową i nakazała unieważnić czynność odrzucenia oferty, powtórzyć badanie i ocenę ofert *(dowód: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11.08.2023 r., sygn. akt: KIO 2206/23).*

W dniu 31 sierpnia 2023 roku zamawiający, w trybie zamówienia z wolnej ręki, zawarł umowę na utrzymanie i eksploatację szaletów miejskich z wykonawcą PHIJ Vica-Security Sp. z o.o.. Okres obowiązywania umowy: 01.09 – 15.10.2023 roku. Wynagrodzenie: 168 000 zł brutto *(dowód: umowa z dnia 31.08.2023 r.).*

Ogłoszenie o wyniku postępowania zamieszczono w BZP dniu 06.09.2023 r. Zamawiający wskazał następujące uzasadnienie zastosowania trybu z wolnej ręki:

W dniu 27 lipca wpłynęło odwołanie do KIO w Warszawie, natomiast w dniu 11 sierpnia 2023 r. KIO przesłało wyrok

uwzględniający odwołanie Wykonawcy. Z uwagi na fakt, iż wartość zamówienia przekracza progi unijne, nie ma możliwości zakończenia kolejnego postępowania przetargowego przy zachowaniu ustawowych terminów przed zakończeniem okresu obowiązywania aktualnej umowy tj. w terminie do 31 sierpnia 2023 roku.

Ze względu na charakter zadania polegający na eksploatacji szaletów miejskich i udostępnianiu ich dla ludności, jego realizacja ma charakter ciągły i nie jest możliwa przerwa w wykonywaniu zadania.

Z uwagi na fakt, że zamówienie to nie było planowane, zachodzi przesłanka określona w art. 305 ust. 1 w zw. z art. 214 ust. 1a ustawy Pzp tj. Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze (dowód: ogłoszenie z dnia 06.09.2023 r.).

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p.

Zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p., środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Jak wskazał Sąd Okręgowy w Gdańsku, w orzeczeniu z 25 maja 2012 r. o sygn. akt XII Ga 92/12, wydanemu na kanwie ustawy – Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 roku, ale zachowującemu swą aktualność również w obowiązującym stanie prawnym: *W rozumieniu tego przepisu „innymi osobami" będą potencjalni wykonawcy, którzy kwestionują prawidłowość zastosowania trybów niekonkurencyjnych przez zamawiającego (zamówienie z wolnej ręki, negocjacje bez ogłoszenia czy też zapytania o cenę). Podmioty te zostają, bowiem pozbawione szansy wzięcia udziału w postępowaniu, którą miałyby, gdyby zamawiający prowadził postępowanie w trybie rozpoczynającym się publicznym ogłoszeniem. Podmiot przynależny do tej kategorii legitymowanych do wnoszenia środków ochrony prawnej, analogicznie do innych uprawnionych musi wykazać, że ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. W związku z powyższym pozostałe przesłanki materialnoprawne odwołania powodują, iż podmioty zaliczane do omawianej kategorii legitymowanych muszą wykazać swój bezpośredni związek z prowadzonym postępowaniem, w którym składają odwołanie względnie muszą wykazać, że działania lub zaniechania zamawiającego pozbawiają ich możliwości wzięcia udziału w danym postępowaniu. W niniejszym postępowaniu w zakresie zaskarżania wyboru trybu przez podmiot nieuczestniczący w postępowaniu, interes w uzyskaniu danego zamówienia powinien być rozumiany w sposób abstrakcyjny, jako potencjalna możliwość uzyskania zamówienia, którego przedmiot jest objęty postępowaniem udzielanym w zaskarżanym trybie.*

W myśl art. 305 pkt 1 ustawy P.z.p. 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. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a, na którym to przepis powołał się zamawiający, uzasadniając zastosowanie trybu z wolnej ręki, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze, jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia.

Wybór wykonawcy w trybie z wolnej ręki, w oparciu o tę przesłankę uzależniony jest od szczególnego charakteru danego zamówienia – jego specyficznych cech technicznych powodujących, że na rynku nie występuje więcej niż jeden podmiot, który mógłby wykonać zamówienie. Sytuacja, w której na rynku działa co najmniej dwóch lub większa liczba wykonawców mogących zrealizować dane zamówienie, wyklucza możliwość zastosowania przedmiotowego trybu. Istnienie tylko jednego wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia powinno wynikać z obiektywnych okoliczności, a nie własnego przekonania zamawiającego. W szczególności niezasadne jest powoływanie się przez zamawiającego na szczególne zaufanie do konkretnego wykonawcy, jego doświadczenie i możliwości organizacyjne (tak w: „Prawo zamówień publicznych. Komentarz" pod red. Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, Warszawa 2021, str. 648).

Dla prawidłowego zastosowania przepisu art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p. nie jest wystarczające, że

konkretny wykonawca jest zdolny do najbardziej efektywnej realizacji danego zamówienia. Zamawiający musi wykazać, iż tylko i wyłącznie dany wykonawca jest w stanie w ogóle zamówienie wykonać.

Konieczne jest zatem obiektywne ustalenie przez zamawiającego, czy w danej sytuacji, w odniesieniu do danego konkretnego zamówienia istnieją inni alternatywni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie zrealizować zamówienie. Wystarczy, że na rynku działają co najmniej dwa podmioty mogące wykonać zamówienie, aby możliwość zastosowania przedmiotowego trybu z przyczyn technicznych była wyłączona. Ciężar udowodnienia, że zaistniały podstawy do odstąpienia od procedury konkurencyjnej i udzielenia zamówienia z wolnej ręki, ciąży na tym, kto wywodzi z tego skutki prawne, a więc na zamawiającym, który wszczyna takie postępowanie (zob. wyrok TS z 18.11.2004 r., C-126/03, Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Federalna Niemiec, EU:C:2004:728).

W orzecznictwie istnienie tylko jednego dostawcy lub wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia musi być oczywiste i wynikać z obiektywnych, niebudzących wątpliwości faktów, nie zaś tylko z subiektywnego przekonania zamawiającego. Przesłanka jednego wykonawcy, warunkująca dopuszczalność udzielania zamówienia z wolnej ręki na podstawie tego przepisu dotyczy sytuacji, w której w danym miejscu i czasie na rynku występuje tylko jeden wykonawca - monopolista, świadczący tego rodzaju szczególne usługi, a obiektywne względy techniczne muszą być poparte rzeczywistym monopolem danego wykonawcy, warunkującym realizację danej usługi tylko przez tego wykonawcę.

Przekonanie zamawiającego, że wykonawca daje gwarancją najlepszego wykonania przedmiotu zamówienia, nie stanowi podstawy do udzielenia zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p. Zamawiający musi wykazać, że tylko ten wykonawca jest jedynym wykonawcą, który będzie w stanie w ogóle zamówienie wykonać, ponieważ nie istnieją inni alternatywni wykonawcy. Przesłanka jednego wykonawcy wynikająca z art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p. nie oznacza zatem wykonawcy, który jako jedyny w danym miejscu i czasie jest zainteresowany ubieganiem się o udzielenie zamówienia, tylko wykonawcę, który jako jedyny może wykonać zamówienie.

Odnosząc powyższe do rozpoznawanej sprawy stwierdzić należy, że zamawiający nie wykazał, by przedmiotowe zamówienie mógł zrealizować wyłącznie jeden wykonawca z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze. Już tylko w przedmiotowe postępowanie było zaangażowanych trzech wykonawców – odwołujący, Fundacja Jupiter oraz PHIJ Vica-Security Sp. z o.o Ponadto należy założyć, że na rynku istnieje znacznie więcej wykonawców działających w branży tożsamej z przedmiotem zamówienia. Przedmiot zamówienia należy do usług o charakterze powszechnym, nie są to usługi reglamentowane czy wymagające jakichkolwiek zezwoleń. Sam zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stwierdził jedynie, że wykonawca, któremu udzielił zamówienia z wolnej ręki, realizował przedmiotową usługę w poprzednich latach w sposób należyty i wyraził gotowość realizacji umowy we wnioskowanym okresie tj. 1,5 miesiąca oraz od dnia 1 września 2023 r. oraz jako jedyny posiadał odpowiedni potencjał techniczny do realizacji przedmiotowego zamówienia od 1 września 2023 r. Nie są to okoliczności, uzasadniające udzielenie zamówienia na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy P.z.p. w zakresie możliwości wykonania zamówienia wyłącznie przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze.

Reasumując powyższe Izba uznała, że zamawiający, zawierając umowę z wykonawcą PHIJ Vica-Security Sp. z o.o. w trybie z wolnej ręki, naruszył przepis 305 pkt 1 ustawy P.z.p. w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp. Niemniej jednak, w ocenie Izby, utrzymanie zawartej umowy leży w ważnym interesie publicznym, uzasadnionym specyfiką przedmiotu zamówienia, w szczególności koniecznością zapewnienia bezpieczeństwa sanitarnego. Z tego też powodu Izba skorzystała z dyspozycji przepisu art. 554 ust. 3 pkt 2 lit. c ustawy P.z.p., zgodnie z którym uwzględniając odwołanie, Izba może – jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta oraz zachodzi jedna z przesłanek, o których mowa w art. 457 ust. 1 – nałożyć karę finansową albo orzec o skróceniu obowiązywania umowy w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy leży w ważnym interesie publicznym, w szczególności w dziedzinach obronności lub bezpieczeństwa.

W rozpoznawanym przypadku zachodzi przesłanka wskazana w art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p., polegająca na tym, iż zamawiający z naruszeniem przepisów zastosował tryb z wolnej ręki.

Izba korzystając z jednej z możliwości zawartej w dyspozycji zawartej w art. 554 ust. 3 pkt 2 lit. c, uznała, iż zasadne jest utrzymanie umowy do dnia, do którego została zawarta, tj. do 15 października 2023 roku. Izba wskazuje, że w dniu, w którym miała miejsce rozprawa przed Krajową Izbą Odwoławczą, tj. 22 września 2023 roku, odwołujący nie złożył jeszcze dokumentów, o złożenie których został wezwany. Termin pozostały do końca obowiązywania umowy pozwoli zamawiającemu na dokończenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego i zawarcie umowy.

Stosownie do art. 563 ustawy P.z.p. 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 stanowi 168 000 zł brutto, Izba nałożyła na zamawiającego karę w wysokości 8 400 zł 00 gr, co stanowi 5% jej wartości.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:……