

Sygn. akt: KIO 1633/23

**WYROK**  
z dnia 27 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**  
**Justyna Tomkowska**  
**Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 czerwca 2023 r. przez wykonawcę CATERMED Sp. z o.o., ul. Traktorowa 126 lok. 201, 91-204 Łódź w postępowaniu prowadzonym przez: Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Szpital Specjalistyczny Nr 1 w Bytomiu, ul. Żeromskiego 7, 41 902 Bytom

orzeka:

**1. Uwzględnia odwołanie i orzeka o skróceniu okresu obowiązywania umowy nr 79/2023 o świadczenie usługi w zakresie żywienia dla Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Szpital Specjalistyczny Nr 1 w Bytomiu z dnia 02.06.2023 roku zawartej pomiędzy Samodzielnym Publicznym Zakładem Opieki Zdrowotnej Szpital Specjalistyczny Nr 1 w Bytomiu, a DOM INVEST Sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu - do dnia 30 sierpnia 2023 roku.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Szpital Specjalistyczny Nr 1 w Bytomiu, ul. Żeromskiego 7, 41 902 Bytom:**

2.1 zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **CATERMED Sp. z o.o., ul. Traktorowa 126 lok. 201, 91-204 Łódź** tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od **Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Szpital Specjalistyczny Nr 1 w Bytomiu, ul. Żeromskiego 7, 41 902 Bytom** na rzecz **CATERMED Sp. z o.o., ul. Traktorowa 126 lok. 201, 91-204 Łódź** kwotę **11 117 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto siedemnaście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wpisu oraz wydatków pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

Sygn. akt: KIO 1633/23

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie: art. 305 pkt 1 ustawy w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy o wartości zamówienia poniżej progów unijnych pn. „Świadczenie usługi w zakresie żywienia dla SP ZOZ Szpitala Specjalistycznego Nr 1 w Bytomiu” o numerze 2023/BZP 00244053, zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniu opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 01.06.2023 r. pod nr 2023/BZP 00244053 przez: Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Szpital Specjalistyczny Nr 1 w Bytomiu, ul. Żeromskiego 7, 41 902 Bytom dalej: „Zamawiającym”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.), zwana dalej: „NPzp” albo „Pzp” albo „ustawy P.z.p.”.

Dnia 06.06.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie względem treści ogłoszenia z 01.06.2023 r. złożyło CATERMED Sp. z o.o., ul. Traktorowa 126 lok. 201, 91-204 Łódź zwana dalej: „CATERMED Sp. z o.o.” albo „Odwolującym”. Zarzucił:

1.art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 305 pkt 1 Pzp w zw. z art. 359 pkt 2 Pzp w zw. z art. 275 pkt 2 Pzp w z art. 16 Pzp przez wszczęcie przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki z naruszeniem przepisów Pzp, z uwagi na fakt, iż nie wystąpiła przesłanka, którą Zamawiający wskazał jako podstawę do przeprowadzenia postępowania w tym trybie, tj. wyartykułowana w art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp wyjątkowa sytuacja niewynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, z której wynikałaby konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia przy jednoczesnym braku możliwości zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia, podczas gdy Zamawiający mógł (i w okolicznościach niniejszej sprawy) powinien udzielić zamówienia w trybie konkurencyjnym, przewidzianym w art. 275 pkt 2 Pzp;

2. art. 262 Pzp w zw. z art. 266 i art. 359 pkt 2 Pzp przez zaniechanie zawiadomienia Odwołującego, jako wykonawcy, który ubiegał się o udzielenie zamówienia w poprzednim postępowaniu o udzielenie zamówienia, o wszczęciu kolejnego postępowania, które dotyczy tego samego przedmiotu zamówienia lub obejmuje ten sam przedmiot zamówienia.

Wobec powyższego wnosił o uwzględnienie odwołania oraz:

- 1.nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania prowadzonego w trybie z wolnej ręki;
- 2.w przypadku zawarcia przez zamawiającego umowy w trybie z wolnej ręki 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;
- 3.zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym wpisu od wniesionego odwołania,

Wnosił o przeprowadzenie dowodów z poniższych dokumentów:

a)ogłoszenia nr 2023/BZP 00170704/01 z 11.04.2023 r.;

b)powiadomienia o unieważnieniu postępowania z 30.05.2023 r.;

- celem wykazania, że w poprzednio prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia w tożsamym przedmiocie Odwołujący złożył ofertę, a postępowanie to zostało unieważnione na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp.

c)ogłoszenia nr 2023/BZP 00244053 z 01.06.2023 r. - na okoliczność wykazania faktu wszczęcia przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - z wolnej ręki oraz wskazanej przez Zamawiającego w ogłoszeniu przesłanki uzasadniającej tryb z wolnej ręki.

W dniu 11.04.2023 r. Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Świadczenie usługi w zakresie żywienia dla SP ZOZ Szpitala Specjalistycznego Nr 1w Bytomiu”, ogłoszonego w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem: 2 023/BZP 00170704, numer referencyjny: ZP/07/2023. W postępowaniu udział wzięło dwóch wykonawców - firma Meridians sp. z o.o. oraz CATERMED sp. z o.o. W/w postępowaniu CATERMED sp. z o.o. złożyła ofertę najkorzystniejszą, jednak w dniu 30.05.2023 r. Zamawiający unieważnił przedmiotowe postępowanie na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp, z uwagi na fakt, iż kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia przekroczyła kwotę wskazaną w najkorzystniejszej ofercie. W dniu 05.06.2023 r., Odwołujący wniósł odwołanie na unieważnienie w/w postępowania. Na dzień składania niniejszego odwołania, nie została wyznaczona rozprawa w tym przedmiocie. Zamawiający w ramach w/w postępowania przewidział możliwość przeprowadzenie negocjacji oraz złożenia dodatkowych ofert, na podstawie art. 275 pkt. 2 Pzp. W dniu 01.06.2023 r., Zamawiający zamieścił ogłoszenie nr 2023/BZP 00244053, o zamiarze zawarcia umowy w trybie z wolnej ręki z wykonawcą: DOMINVESTsp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu, ul. Wrocławska 62, 41-902 Bytom - na usługi pn. „Świadczenie usługi w zakresie żywienia dla SP ZOZ Szpitala Specjalistycznego Nr 1 Bytomiu”Jako podstawę prawną, Zamawiający wskazał art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp. Jednocześnie Zamawiający nie zaprosił o negocjacji żadnego z wykonawców biorących udział w unieważnionych postępowaniu.

A) Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 305 pkt 1 Pzpw zw. z art. 359 pkt 1 Pzp w zw. z art. 275 pkt 2 Pzp w zw. z art. 16 Pzp.

Zamawiający naruszył przepisy Pzp przez wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki, na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp: 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 kumulatywnie 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.

Zgodnie z uchwałą KIO z 09.05.2019 r., sygn. akt: KIO/KD 39/19 zdarzeniami, których nie można było wcześniej przewidzieć są zjawiska losowe i niezależne od zamawiającego, takie jak klęski żywiołowe (powodzie, lawiny, sezonowe pożary itp.), katastrofy, awarie, niespodziewane wypadki itp. Zgodnie z uchwałą KIO z 06.01.2015 r., sygn. akt: KIO/KD 115/14 - cechę wyjątkowości należy przypisywać wyłącznie zdarzeniom wykraczającym poza normalne warunki życia gospodarczego i społecznego, które wymagają podjęcia natychmiastowych działań zabezpieczających lub podjęcia innych i niestandardowych działań w następstwie zaistniałej sytuacji.

Unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp nie jest sytuacją wyjątkową, której nie można przewidzieć. Wprost przeciwnie - jest to sytuacja, która może wystąpić w każdym postępowaniu, jest odpowiednio uregulowana w Pzp i zamawiający mają obowiązek brać ją pod uwagę. Zgodnie z wyrokiem KIO z 02.07.2020 r., sygn. akt: KIO 989/20: Unieważnienie postępowania w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 p.z.p. ze względu na fakt, że ceny złożonych ofert przekraczały wartość kwoty, jaką Zamawiający przeznaczył na realizację przedmiotu zamówienia nie ma charakteru wyjątkowego i nie można uznać jej za okoliczność potwierdzającą spełnienie jednej z przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 p.z.p."

Izba w uzasadnieniu podała: „Postępowanie zostało unieważnione 30 marca 2020 r. na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp ze względu na fakt, że ceny złożonych ofert przekraczały wartość kwoty, jaką Zamawiający przeznaczył na realizację przedmiotu zamówienia. Sytuacja taka nie ma jednak charakteru wyjątkowego i nie można uznać jej za okoliczność potwierdzającą spełnienie jednej z przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp. Wypowiedzenie dotychczasowej umowy na zagospodarowanie odpadów miało - zgodnie z § 5 ust. 2 umowy - nastąpić z końcem kwietnia 2020 r. W tej sytuacji Zamawiający miał jeden miesiąc na przeprowadzenie kolejnego przetargu nieograniczonego, wybór wykonawcy i udzielenie mu zamówienia. Biorąc pod uwagę, że szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia przekraczała kwoty, o których mowa w art. 11 ust. 8 Pzp Zamawiający nie byłby w stanie przeprowadzić postępowania w sposób zgodny z terminami określonymi w Pzp. Okoliczność ta wynikała jednak z sytuacji leżącej po stronie Zamawiającego.”

Co znamienne, usługa w rozważanej przez Izbę w/w wyroku, dotyczyła odbioru odpadów z terenu gminy przez jednostkę samorządu terytorialnego - a zatem i w tym wypadku nieprzerwana realizacja zamówienia miała charakter istotny. W przedstawionym powyżej stanie faktycznym, sytuacja, gdzie zamawiający miał tylko 1 miesiąc na wszczęcie i przeprowadzenie kolejnego postępowania w trybie konkurencyjnym byłoby niemożliwe - nie stanowiła okoliczności uprawniającej do zawarcia umowy w trybie z wolnej ręki.

Odnosząc przedstawiony stan faktyczny do niniejszej sprawy, Zamawiający w ogłoszeniu z 01.06.2023 r. wskazał, iż przeprowadzenie zamówienia z wolnej ręki jest konieczne z uwagi na potrzebę zapewnienia ciągłości usługi żywienia pacjentów. Podana przez Zamawiającego przyczyna tj. fakt że miał on ograniczone możliwości czasowe co do wszczęcia i przeprowadzenia kolejnego postępowania w trybie konkurencyjnym i z uwagi na potrzebę zapewnienia ciągłości usług żywienia nie mógłby tego dokonać - nie stanowi okoliczności uprawniającej do zawarcia umowy w trybie z wolnej ręki. W stanie faktycznym, którego dotyczy niniejsze odwołanie Zamawiający w dniu 30.05.2023 r. dokonał czynności unieważnienia postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia, prowadzonego w trybie konkurencyjnym. Zdaniem Odwołującego, jeśli nie można było dochować terminów przetargu czy też trybu podstawowego, Zamawiający powinien co najmniej przeprowadzić postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia - w ramach tego trybu jest bowiem możliwość udzielenia zamówienia, gdy zachodzi pilna potrzeba jego udzielenia (art. 209 ust. 1 pkt 4, ewentualnie art. 301 ust. 1 pkt 3 Pzp). Zdaniem Odwołującego nie ma zaś żadnych podstaw do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki.

Podobnie - zgodnie z wyrokiem KIO z 20.01.2022 r., sygn. akt: KIO 3796/21, „Nie można twierdzić, że unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia jest sytuacją wyjątkową, której zamawiający nie jest zobowiązany uwzględnić. Przeciwny wniosek wynika już z samej definicji postępowania o udzielenie zamówienia zawartej w art. 7 pkt 18 Pzp. Przepis ten stanowi in finem, że postępowanie o udzielenie zamówienia kończy się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo jego unieważnieniem, z tym że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie stanowi czynności w tym postępowaniu. Ustawodawca zatem - inaczej niż miało to miejsce w przepisach ustawy obowiązującej poprzednio - unieważnienie postępowania uczynił sposobem zakończenia postępowania równorzędnym prawnie z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Potwierdza to również brzmienie art. 254 Pzp. W konsekwencji sam fakt unieważnienia postępowania nie jest de lege lata sytuacją wyjątkową. Przeciwnie, zamawiający planując postępowanie i dążąc do zapewnienia nieprzerwanego świadczenia usług, powinien się z nią liczyć. Skoro możliwość zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia przez jego unieważnienie wynika wprost z przepisów, to zamawiający, który powinien znać przepisy ustawy i prawidłowo je stosować, nie może twierdzić, że jest to okoliczność niemożliwa do przewidzenia.”

Fakt, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia - i z tego powodu Zamawiający unieważnia postępowanie - nie jest sytuacją nieprzewidywalną, wyjątkową oraz nie leżącą po stronie Zamawiającego (unieważnienia postępowania dokonuje Zamawiający, jest to zatem sytuacja leżąca po jego stronie). Nie zachodzą przy tym obiektywne przyczyny takiego działania Zamawiającego. Zresztą, konstrukcja przepisu wskazuje na fakt, że ciężar wykazania istnienia takich przyczyn spoczywa na Zamawiającym.

Odwołujący podkreśla, że Zamawiający zdecydowanie mógł udzielić zamówienia w trybie konkurencyjnym, przewidzianym w art. 275 pkt 2 Pzp, tj. w którym zamawiający może prowadzić negocjacje w celu ulepszenia treści ofert, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert, o ile przewidział taką możliwość, a po zakończeniu negocjacji zamawiający zaprasza wykonawców do składania ofert dodatkowych. Zamawiający sam przewidział w SWZ (w unieważnionym postępowaniu) na podstawie art. 275 pkt 5 Pzp (rozdział III SWZ). W tym trybie Zamawiający mógł negocjować z wykonawcami, którzy złożyli oferty, treść ich ofert, w tym cenę (art. 275 pkt 2 Pzp). Zamawiający nie podjął z Odwołującym żadnych negocjacji w przedmiocie ceny oferty, choć miał taką możliwość.

Zamawiający nie podjął z Odwołującym - ani też z innym wykonawcą, który też złożył ofertę w tym postępowaniu - żadnych negocjacji w przedmiocie ceny oferty, choć miał taką możliwość. Fakt unieważnienia postępowania nie może więc być traktowany jako obiektywna przesłanka udzielenia zamówienia z wolnej ręki, której wystąpienia nie można było przewidzieć. Zamawiający zatem wcale nie miał obiektywnej potrzeby prowadzenia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, skoro mógł negocjować ceny w postępowaniu, które zostało unieważnione 30.05.2023 r. W ramach postępowania, które zostało unieważnione Zamawiający nawet nie zwrócił się do Odwołującego - ani też do innego wykonawcy z tego postępowania - z inicjatywą podjęcia negocjacji cenowych, tylko unieważnił postępowanie z powodu zbyt wysokiej ceny ofertowej Odwołującego.

#### B) Zarzut naruszenia art. 262 w zw. z art. 266 i art. 359 pkt 2 Pzp

Zamawiający w dniu 30.05.2023 r. unieważnił prowadzone postępowania na podstawie art. 255 ust. 3 Pzp. Odwołujący w/w postępowaniu ubiegał się o udzielenie zamówienia i złożył swoją ofertę. Zamawiający nie zawiadomił Odwołującego o wszczęciu kolejnego postępowania w sprawie tego samego przedmiotu zamówienia - w trybie z wolnej ręki naruszając dyspozycje art. 262 Pzp. Zgodnie z wyrokiem KIO z 20.01.2022 r., sygn. akt: KIO 3796/21: *Zamawiający nie dopełnił również obowiązków informacyjnych nałożonych ustawą w związku z wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki. Zamawiający naruszył art. 262 Pzp. (...) Zamawiający i przystępujący wywodzili, że skoro zamawiający skrócił czas wykonania umowy z 12 do 6 miesięcy, nie był zobowiązany do przekazania informacji o wszczęciu kolejnego postępowania z powodu zmiany jego przedmiotu. Izba nie zgadza się z tym poglądem. Przede wszystkim dostrzec należy, że przedmiot zamówienia i termin jego wykonania na gruncie przepisów ustawy stanowią dwie odrębne kategorie prawne. Wynika to już z art. 134 ust. 1 pkt 4 i 6 Pzp, które odrębnie wskazują jako elementy Specyfikacji Warunków Zamówienia: opis przedmiotu zamówienia i termin wykonania zamówienia. Przepisy dotyczące opisu przedmiotu zamówienia znajdują się w art. 99 i nast. Pzp. Dotyczą one wymagań zamawiającego o charakterze przedmiotowym, nie zaś terminu, co potwierdza ich rozłączność. Dostrzec należy, że usługa odbioru odpadów będąca przedmiotem postępowania ma charakter okresowy, zatem czas jej świadczenia nie wpływa na to, co wykonawca będzie świadczył zamawiającemu, lecz wyłącznie na rozmiar świadczenia. Nie można też pominąć, że art. 262 Pzp in fine zawiera dwie odrębne przesłanki, bowiem kolejne postępowanie może dotyczyć tego samego przedmiotu zamówienia lub obejmować ten sam przedmiot zamówienia. Ziszczenie jednej z tych przesłanek skutkuje obowiązkiem informacyjny zamawiającego. W konsekwencji nawet przyjęcie nieprawidłowego poglądu zamawiającego musi prowadzić do stwierdzenia naruszenia art. 262 Pzp. Nawet jeśli postępowanie w trybie z wolnej ręki, z czym Izba się nie zgadza, nie obejmowało tego samego przedmiotu co unieważnione postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, to z całą pewnością dotyczyło tego samego przedmiotu zamówienia." Izba wskazała dobitnie: „Art. 262 Pzp nie jest przepisem o charakterze wyłącznie formalnym. Jego funkcją jest zwiększenie konkurencyjności postępowań przez przekazanie informacji wykonawcom potencjalnie zainteresowanym zamówieniem. Jego prawidłowe stosowanie jest istotne dla zachowania zasad prowadzenia postępowania - uczciwej konkurencji, równego traktowania i przejrzystości. Poszanowanie tych zasad może zostać zagrożone zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający, który zamierza udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki nie dopełni obowiązków informacyjnych. W tej bowiem sytuacji zastosowanie trybu niekonkurencyjnego nie może być poddane kontroli przez wniesienie środków ochrony prawnej na wczesnym etapie. Nie można też pominąć, że stosowanie art. 262 Pzp nie jest ograniczone wyłącznie do konkurencyjnych trybów udzielania zamówienia. Powołany przepis nie zawiera takiego ograniczenia. Obowiązkiem zamawiającego jest zatem, w razie unieważnienia postępowania, poinformowanie wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia w postępowaniu prowadzonym w trybie konkurencyjnym, o zamiarze wszczęcia kolejnego postępowania niezależnie od planowanego trybu udzielenia zamówienia." 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.*

Z uwagi na tryb postępowania zamówienia z wolnej ręki nie wyzywał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym

W dniu 22.06.2023 r. (e-mailem) Zamawiający odnośnie odwołania wniósł odpowiedź na odwołanie w ramach którego wnosił o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający podnosił, że zdecydowania wystąpiła przesłanka udzielenia kwestionowanego zamówienia w trybie z wolnej ręki. Szpital w kwietniu 2023 r. wszczął zaskarżone postępowanie w trybie z wolnej ręki, ponieważ bezskutecznie prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi społeczne „Świadczenie usługi w zakresie żywienia pacjentów dla SP ZOZ Szpitala Specjalistycznego Nr 1 przy ul.

Żeromskiego 7 w Bytomiu”, numer referencyjny: ZP/07/2023 w trybie podstawowym, o jakim stanowi art. 275 pkt 2 ustawy P.z.p.

Ww. postępowanie było rozstrzygane już dwukrotnie. Drugie z rozstrzygnięć dotyczyło unieważnienia postępowania z powodu faktu że cena najkorzystniejszej (i jedynej ważnej) oferty w postępowaniu przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Każdorazowo rozstrzygnięcie zaskarżył wykonawca Catermed Sp. z.o.o., którego odwołania były skuteczne, a dotyczyły ich postępowania przed KIO: - sygn. akt KIO 1247/21 - postanowieniem z 18.05.2023 r. Izba umorzyła postępowania po uznaniu odwołania przez Zamawiającego, -sygn. akt KIO 1581/23 - postanowieniem z 16.06.2023 r. Izba uwzględniła odwołanie Catermed Sp. z o.o.

Jak wynika z powyższego, Zamawiający zmierza do wyłonienia wykonawcy usługi żywienia w trybie konkurencyjnym, jednakże z uwagi na zakończone unieważnieniem, a obecnie (po uwzględnieniu odwołania) przeciągające się w czasie postępowanie ZP/07/2023 nie wyłonił wykonawcy z przyczyn obiektywnych, tj. niezależnych od siebie, jak również nieprzewidzianych. Brak możliwości skutecznego zakończenia postępowania przetargowego w ocenie Zamawiającego stał się powodem wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 5) ustawy P.z.p. Przesłanką wyboru trybu była zatem wyjątkowa sytuacja niewynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, ze względu na którą wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Wyjątkową sytuacją jest w tym wypadku konieczność ochrony zdrowia i życia pacjentów szpitala w postaci pilnego zapewnienia ciągłości udzielania świadczeń w zakresie żywienia pacjentów do czasu zawarcia umowy z Wykonawcą wyłonionym w trybie postępowania przetargowego. Umowa z wcześniejszym wykonawcą tego zamówienia Meridians sp. z o.o. wygasła 05.06.2023 r. z powodu wyczerpania wartości przedmiotu zamówienia, a kolejna umowa Nr 78/2023 z nowym Wykonawcą wybranym w drodze zamówienia w trybie z wolnej ręki, obowiązuje do dnia 06.10.2023 r. bądź do czasu wyczerpania kwoty umowy, bądź do czasu zawarcia umowy w wyniku rozstrzygnięcia postępowania na zadanie pn. „Świadczenie usługi w zakresie żywienia dla SP ZOZ Szpitala Specjalistycznego Nr 1 Bytomiu”, w zależności, które z tych zdarzeń wystąpi wcześniej.

Z tego względu, wobec trwającego nadal postępowania w trybie podstawowym po uwzględnieniu przez KIO odwołania w sprawie sygn. akt: KIO 1581/23, zawarta umowa w trybie z wolnej ręki nie narusza interesu prawnego Odwołującego, albowiem rozwiąże się w przypadku ewentualnego zawarcia umowy w wyniku rozstrzygnięcia postępowania ZP/07/2023. W przypadku zakwestionowania trybu z wolnej ręki pacjenci Szpitala nie będą mieć zabezpieczonej usługi żywienia wobec braku innej wiążącej Szpitala z wykonawcą umowy na usługę żywienia pacjentów Szpitala. Nie jest rozwiązaniem wszczęcie kolejnego postępowania przetargowego w sytuacji, gdy Szpitala nie wiązałyby żaden stosunek prawny zapewniający usługę żywienia pacjentów.

Ewentualne uwzględnienie odwołania Catermed sp. z o.o. i unieważnienie zawartej umowy prowadzić będzie do kolejnego zawarcia umowy z wolnej ręki z uwagi na obowiązek Szpitala zapewnienia żywienia pacjentów w tak wyjątkowej i nieprzewidzianej sytuacji. Na wypadek uwzględnienia przez Izbę odwołania, Zamawiający wnosi z uwagi na istotny interes publiczny, by nie uwzględniać wniosku o unieważnienie umowy, ale orzec ewentualnie o skróceniu okresu jej obowiązywania na czas niezbędny do wyłonienia nowego wykonawcy w trybie konkurencyjnym i zawarcia z nim umowy (aczkolwiek aktualna umowa zawarta jest na do dnia 06.10.2023 r. bądź do czasu wyczerpania kwoty umowy, bądź do czasu zawarcia umowy w wyniku rozstrzygnięcia postępowania na zadanie pn. „Świadczenie usługi w zakresie żywienia dla SP ZOZ Szpitala Specjalistycznego Nr 1 Bytomiu”, w zależności, które z tych zdarzeń wystąpi wcześniej).

Zamawiający zaprzecz, by w postępowaniu z wolnej ręki miał zastosowanie przepis art. 262 ustawy P.z.p. o obowiązku zawiadomienia wykonawców biorących udział w unieważnionym postępowaniu o wszczęciu kolejnego postępowania, które dotyczy tego samego przedmiotu zamówienia lub obejmuje ten sam przedmiot zamówienia. Zgodnie z wykładnią celowościową, jeśli przepis ma zwiększyć konkurencyjność postępowania, nie znajduje zastosowania w trybie niekonkurencyjnym, tj. z wolnej ręki. Zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Nie wiadomo zatem, czemu miałyby służyć w praktyce obowiązki zawiadomienia, jeśli np. z żadnym z wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia w unieważnionym postępowaniu, zamawiający nie przewiduje negocjacji w celu zawarcia umowy. Brak zawiadomienia nie stanowił przy tym przeszkody dla Odwołującego do złożenia odwołania od czynności wszczęcia postępowania.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.**

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 NPzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 NPzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący prowadzi działalność gospodarczą w zakresie objętym postępowaniem z wolnej ręki wszczętym przez Zamawiającego, a udzielenie zamówienia z naruszeniem Pzp narusza jego prawo do ubiegania się o zamówienia publiczne. Odwołujący także był zainteresowany pozyskaniem przedmiotowego zamówienia i poniósł szkodę z powodu zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym

mógłby potencjalnie złożyć najkorzystniejszą ofertę i uzyskiwać zysk z realizacji zamówienia.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w postaci elektronicznej, w tym w szczególności potwierdzenia wysłania Zaproszenie dla wykonawcy + załączników z 01.06.2023 r., potwierdzenia zamieszczenia ogłoszenia o chęci zawarcia umowy z Wykonawcą w BZP z 01.06.2023 r., oferty z 02.06.2023 r., jak i umowy zawartej dnia 02.06.2023 r. oraz protokołu postępowania w trybie zamówienie z wolnej ręki wraz z oświadczeniami składanymi na podstawie art. 56 ust. 2 ustawy z dnia 11 września Pzp.

Izba zaliczała w poczet materiału dowodowego załączone do odwołania przez Odwołującego na okoliczności wskazane w odwołaniu:

- 1) ogłoszenia nr 2023/BZP 00170704/01 z 11.04.2023 r.,
- 2) powiadomienia o unieważnieniu postępowania z 30.05.2023 r.,
- 3) ogłoszenia nr 2023/BZP 00244053 z 01.06.2023 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożone na rozprawie przez Odwołującego:

- 1) protokół postępowania z zamówienia z wolnej ręki, którego dotyczy postępowanie odwoławcze (DRUK ZP-TP), na okoliczność wykazania, iż negocjacje z zaproszonym wykonawcą były prowadzone przed unieważnieniem postępowania prowadzonego w trybie konkurencyjnym, tj. 01.02.2023 (pkt 11);
- 2) Specyfikację Warunków Zamówienia (zwana dalej: „SWZ”) dotyczącą unieważnionego postępowania prowadzonego w trybie konkurencyjnym na okoliczność wykazania, iż w trybie konkurencyjnym była przewidziana możliwość prowadzenia negocjacji, co wynika z rozdz. III.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę argumentację wynikającą z odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie, jak i stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzut naruszenia przez Zamawiającego:

1. art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 305 pkt 1 Pzp w zw. z art. 359 pkt 2 Pzp w zw. z art. 275 pkt 2 Pzp w z art. 16 Pzp przez wszczęcie przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki z naruszeniem przepisów Pzp, z uwagi na fakt, iż nie wystąpiła przesłanka, którą Zamawiający wskazał jako podstawę do przeprowadzenia postępowania w tym trybie, tj. wyartykułowana w art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp wyjątkowa sytuacja niewynikająca z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, z której wynikałaby konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia przy jednoczesnym braku możliwości zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia, podczas gdy Zamawiający mógł (i w okolicznościach niniejszej sprawy) powinien udzielić zamówienia w trybie konkurencyjnym, przewidzianym w art. 275 pkt 2 Pzp;
2. art. 262 Pzp w zw. z art. 266 i art. 359 pkt 2 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.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania.

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania, oraz odpowiedzi na odwołanie. Jednocześnie, podkreślając, że nie było sporu co do stanu faktycznego, ale oceny tego stanu przez Zamawiającego, a w konsekwencji unieważnienia postępowania prowadzonego w trybie konkurencyjnym i wszczęcia zamówienia z wolnej ręki, jak i zwarcia w jej wyniku umowy.

W pozostałym zakresie Izba odniesie się przy rozpoznawaniu zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 NPzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 NPzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutu pierwszego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający uwzględnieniu.

Zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp: 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.

Izba podzieliła stanowiska Odwołującego, uznając, 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.

Unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp nie jest sytuacją wyjątkową, której nie można przewidzieć. W żadnym wypadku nie można uznać jej za okoliczność potwierdzającą spełnienie jednej z przesłanek określonych w art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp. Taka sytuacja może wystąpić w każdym postępowaniu, jest odpowiednio uregulowana w Pzp i Zamawiający mają obowiązek brać ją pod uwagę.

Jednakże, w tym stanie faktycznym postępowanie prowadzone w trybie konkurencyjnym przewidywało możliwość przeprowadzenia negocjacji, wobec powyższego unieważnienie na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp bez przeprowadzenia negocjacji było przedwczesne. Inaczej mówiąc bez wszechstronnego rozważenia, czy zasadne i celowe wydaje się przeprowadzenie negocjacji przy stosowanym trybie konkurencyjnym.

W konsekwencji w ocenie Izby zaistniała sytuacja była w pełni uzależniona od Zamawiającego i brak było podstaw do zawarcia umowy z wolnej ręki.

Zgodnie z art. 275 Pzp Zamawiający udziela zamówienia w trybie podstawowym, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy, a następnie Zamawiający:

- 1) wybiera najkorzystniejszą ofertę bez przeprowadzenia negocjacji albo
- 2) może prowadzić negocjacje w celu ulepszenia treści ofert, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert, o ile przewidział taką możliwość, a po zakończeniu negocjacji zamawiający zaprasza wykonawców do składania ofert dodatkowych, albo
- 3) prowadzi negocjacje w celu ulepszenia treści ofert, a po zakończeniu negocjacji zamawiający zaprasza wykonawców do składania ofert ostatecznych.

Wybór jednego z powyższych wariantów należy do decyzji Zamawiającego, który powinien zamieścić stosowną informację w ogłoszeniu o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz w dokumentacji danego postępowania (art. 276 ust. 1 PZP).

W przypadku wariantu polegającego na możliwości przeprowadzenia negocjacji (art. 275 pkt 2) PZP, Zamawiający może skorzystać z takiego rozwiązania, jeżeli umożliwiłoby mu to ulepszenie treści otrzymanych ofert.

Ustawodawca nie wskazał w treści przepisów ustawy PZP, na jakiej podstawie Zamawiający powinni podejmować decyzję o skorzystaniu z procedury negocjacji. Zasady podejmowania takiej decyzji można jednak ustalić na podstawie wymogu z art. 275 PZP, to znaczy aby negocjacje przeprowadzane były w sytuacji, gdy możliwe jest ulepszenie treści oferty. Niewątpliwie, jak deklarował także Odwołujący w odwołaniu, istniała i nadal istnieje taka szansa, a Zamawiający nawet nie próbował prowadzić negocjacji celem ustalania, czy możliwe jest uzyskanie ceny ofertowej mieszczącej się w jego budżecie przewidzianym dla postępowania prowadzonego w trybie konkurencyjnym.

Zamawiający powinien zatem decydując o przeprowadzeniu negocjacji, w pierwszej kolejności zweryfikować czy rozwiązanie to pomogłoby otrzymać od wykonawców korzystniejsze cenowo oferty, tak aby za określony przedmiot zamówienia, wydać jak najmniejsze środki finansowe.

Jednocześnie, Izba odnosząc się do sporu, który wyniknął na rozprawie, jakoby negocjacje przy zamówieniu z wolnej ręki odbyły się 01.02.2023 r. (zgodnie z protokołem), uznała że mamy do czynienia z oczywistą omyłką. Z pełnej dokumentacji wynika, że ogłoszenie odnośnie zamówienia z wolnej ręki miało miejsce 01.06.2023 r., jak i zaproszenie do negocjacji, a zakończone podpisaniem umowy 02.06.2023 r. W konsekwencji uznanie, że negocjacje miały miejsce poza procedurą wydaje się błędne. Biorąc pod uwagę pilną potrzebę Zamawiającego uznanie, że Zamawiający czekał na podpisanie umowy od lutego 2023 r. jest nielogiczne.

Względem, zaś kwestii dalszej, że wszczęcie, tj. zamówienia z wolnej ręki miało miejsce w kwietniu zgodnie z treścią odpowiedzi na odwołanie skoro postępowanie w trybie konkurencyjnym zostało unieważnione w maju. Izba uznała, że nastąpiła w tym zakresie pomyłka Zamawiającego, gdyż w kwietniu zostało wszczęte postępowanie prowadzone w trybie konkurencyjnym i to zostało unieważnione w maju.

Biorąc powyższe po uwagę, Izba ustaliła, że Zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy PZP zastosował tryb zamówienia z wolnej ręki.

Jednocześnie Izba uznała, że utrzymanie umowy nr 79/2023 o świadczenie usług w zakresie żywienia dla Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Szpital Specjalistyczny Nr 1 w Bytomiu z dnia 02.06.2023 roku zawartej pomiędzy Samodzielnym Publicznym Zakładem Opieki Zdrowotnej Szpital Specjalistyczny Nr 1 w Bytomiu, a DOM INVEST Sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu - do czasu wyboru wykonawcy w trybie konkurencyjnym - leży w ważnym interesie publicznym.

Niewątpliwie konieczność zapewnienia świadczenia usługi w zakresie żywienia dla Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Szpital Specjalistyczny Nr 1 w Bytomiu stanowi o istnieniu takiego interesu.

Z uwagi na powyższe Izba nie orzekła o unieważnieniu umowy zawartej w trybie zamówienia z wolnej ręki, ale orzekła o skróceniu okresu jej obowiązywania do dnia 30.08.2023 r., uznając, iż w tym czasie Zamawiający, będzie w stanie dokończyć postępowanie w trybie konkurencyjnym, w ramach którego KIO w wyroku KIO z 16.06.2023 r. sygn. akt: KIO 1581/23 nakazała unieważnić unieważnienie postępowania z 30.05.2023 r. uwzględniając odwołanie wniesione na unieważnienie postępowania konkurencyjnego poprzedzającego zamówienie z wolnej ręki. Jak oświadczył Odwołujący - w ramach ustnych motywów skład orzekający Izby wskazał, że Zamawiający winien przeprowadzić negocjacje i dążyć do wyboru wykonawcy w trybie konkurencyjnym.

Izba ustalając datę końcową okresu obowiązywania umowy nr 79/2023 o świadczenie usługi w zakresie żywienia dla Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Szpital Specjalistyczny Nr 1 w Bytomiu z 02.06.2023 r., miała także na uwadze pozostawienie Zamawiającemu pewnego zapasu czasowego na dokończenie postępowania, w ten sposób, by również został zabezpieczony interes publiczny w postaci zapewnienia ciągłości świadczenia usługi w zakresie żywienia dla Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Szpital Specjalistyczny Nr 1 w Bytomiu. Dodatkowo podczas rozprawy tak Zamawiający, jak i Odwołujący w sposób zgodny złożyli oświadczenie że dzień 30.08.2023 r. jest wystarczającym terminem do którego zostanie wybrany Wykonawca w trybie konkurencyjnym i podpisana nowa umowa.

W związku z powyższym Izba orzekła - jak w punkcie 1 sentencji wyroku - uwzględniając odwołanie i orzekając o skróceniu okresu obowiązywania umowy nr 79/2023 o świadczenie usługi w zakresie żywienia dla Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Szpital Specjalistyczny Nr 1 w Bytomiu z 02.06.2023 r. zawartej pomiędzy Samodzielnym Publicznym Zakładem Opieki Zdrowotnej Szpital Specjalistyczny Nr 1 w Bytomiu, a DOM INVEST Sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu - do dnia 30.08.2023 r.

Zgodnie z artykułem 554 ust. 3 pkt 2 lit. c) ustawy PZP, uwzględniając odwołanie, Izba może, jeżeli umowa została zawarta oraz zachodzi jedna z przesłanek, o których mowa w art. 457 ust. 1, 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.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu drugiego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający uwzględnieniu.

Zgodnie z art. 262 PZP, w przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, Zamawiający niezwłocznie zawiadamia wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia w tym postępowaniu, o wszczęciu kolejnego postępowania, które dotyczy tego samego przedmiotu zamówienia lub obejmuje ten sam przedmiot zamówienia. Obowiązkiem Zamawiającego, w sytuacji unieważnienia postępowania, było poinformowanie Odwołującego o wszczęciu kolejnego postępowania, niezależnie od planowanego trybu udzielenia zamówienia. Podkreślić należy, że powyższy przepis ustawy nie uzależnia obowiązku poinformowania wykonawcy o wszczęciu kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia od planowanego trybu zamówienia, zatem poinformowanie wykonawcy powinno nastąpić bez względu na planowany tryb prowadzenia postępowania. W przeciwnym razie zastosowanie trybu niekonkurencyjnego nie może zostać poddane kontroli poprzez wniesienie środków ochrony prawnej na wczesnym etapie, co miało miejsce także w niniejszym postępowaniu. Odwołujący został pozbawiony możliwości wniesienia odwołania od chwili, gdy Zamawiający wszczął procedurę o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki. Izba w tym zakresie podzieliła stanowisko wynikające z orzecznictwa chociażby z wyroku KIO 20.01.2022 o sygn. akt: KIO 3796/21 oraz wyroku KIO z 20.10.2022 o sygn. akt: KIO 2633/22, jak i doktryny.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze, 554 ust. 3 pkt 2 lit. c) Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

Jednocześnie obciążając kosztami Zamawiającego i zasądzając od niego na rzecz Odwołującego kwotę 7 500,00 ; tytułem zwrotu kosztów wpisu oraz kwotę 3 600,00 zł tytułem zwrotu wydatków pełnomocnika, jak i kwotę 17, 00 zł tytułem opłaty skarbowej, czyli łącznie 11 117 zł 00 gr - na podstawie dowodu uiszczenia wpisu i spisu kosztów.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie wskazanych poniżej przepisów oraz § 7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....