

**Sygn. akt KIO 754/10**

**WYROK**  
**z dnia 20 maja 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

**Członkowie: Aneta Młacka**

**Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **20 maja 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 28 kwietnia 2010 r. przez **VECTOR S.A., 62-031 Luboń, ul. Długa 3** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „**Usługi prania i konserwacji bielizny oraz na usługi szwalnicze**” prowadzonym przez zamawiającego **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Najświętszej Marii Panny, 42-200 Częstochowa, ul. Bialska 104/118.**

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie;**
- 2. nakłada na Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Najświętszej Marii Panny, 42-200 Częstochowa, ul. Bialska 104/118 karę finansową w kwocie 1.903 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc dziewięćset trzy zł zero groszy);**
- 3. kosztami postępowania obciąża Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Najświętszej Marii Panny, 42-200 Częstochowa, ul. Bialska 104/118 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **VECTOR S.A., 62-031 Luboń, ul. Długa 3;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **18.816 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy osiemset szesnaście złotych zero groszy) przez **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Najświętszej Marii Panny, 42-200 Częstochowa, ul. Bialska 104/118,** na rzecz **VECTOR S.A., 62-031 Luboń, ul. Długa 3** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenie pełnomocnika i koszty dojazdu na rozprawę.

**Pouczenie:**

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Częstochowie.**

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

**Uzasadnienie**  
**wyroku z dnia 20 maja 2010r.**

W odwołaniu wniesionym w piśmie z dnia 28 kwietnia 2010 r. Odwołujący - VECTOR SA. z siedzibą w Luboniu podniósł zarzut naruszenia przez Zamawiającego - Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. NMP w Częstochowie, przepisu art. 7 ust. 1 w zw. z art. 10 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, ze zm. [ustawa-PZP], oraz naruszenie podstawowych zasad przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. odstąpienie od przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, tj.:

- 1) naruszenie art. 66 i art. 67 ust. 1 pkt 3 poprzez skierowanie do 2 wykonawców wezwania do złożenia ofert cenowych, mimo że zamawiający podał w uzasadnieniu, że „wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia;
- 2) naruszenie art. 10 ust. 2 i 67 ust. 1 pkt 3 ustawy - PZP, poprzez wszczęcie niniejszego postępowania w trybie z wolnej ręki, odstąpienie od trybu konkurencyjnego, niezgodnie z przesłankami ustawy, warunkującymi możliwość jego zastosowania (art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp);
- 3) naruszenie art. 32 ust. 4 w zw. z art. 32 ust. 1 i 2 oraz art. 34 ustawy - PZP poprzez nieuprawniony podział zamówienia na części, wadliwe ustalenie wartości szacunkowej zamówienia oraz prowadzenie postępowania poniżej wartości z art. 11 ust. 8 ustawy -PZP (procedura uproszczona) w celu obejścia przepisów ustawy;
- 4) naruszenie art. 8, art. 9 ust. 1, art.11 ust. 6, oraz art. 96 ust. 1 pkt 3 ustawy - PZP poprzez podanie w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy „iluzorycznego” uzasadnienia wyboru trybu, wyłącznie w celu skrócenia Wykonawcom terminu na skorzystanie ze środków ochrony prawnej; Zamawiający poprzestał na przepisaniu literalnego brzmienia art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy - PZP, nie podając żadnych faktycznych okoliczności, które mogłyby stanowić podstawę do zastosowania trybu z wolnej ręki;
- 5) naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 poprzez prowadzenie postępowania w trybie z wolnej ręki, sprzecznie z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy - Pzp, gdyż zgodnie z treścią art. 146 ust. 1 pkt 1 oraz art. 146 ust. 6 ustawy - Pzp, umowa w sprawie

zamówienia publicznego zawarta w tym postępowaniu podlegałyby unieważnieniu.

Odwołujący podał także, że przedmiotem zamówienia jest „Usługa prania i konserwacji bielizny szpitalnej oraz usługi szwalnicze”, a Ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 95901, w dniu 23.04.2010 r. i wykonawca jest podmiotem bezpośrednio zainteresowanym uzyskaniem przedmiotowego zamówienia, stąd interes prawny wykonawcy został zachowany. Podał także, że Zamawiający zamierza zlecić część zamówienia „wyciętego” z przetargu nieograniczonego, w trybie z wolnej ręki jego konkurentowi, co pozbawia wykonawcę możliwości uzyskania zamówienia z poszanowaniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania:

- I. i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie postępowania oraz nakazanie Zamawiającemu wszczęcie postępowania w trybie konkurencyjnym, np. negocjacje z ogłoszeniem;
- II. w przypadku zawarcia przez Zamawiającego umowy Odwołujący wniósł:
  - 1) o unieważnienie zawartej umowy, albo
  - 2) unieważnienie umowy w zakresie zobowiązań niewykonanych i nałożenie kary finansowej w maksymalnej możliwej wysokości w uzasadnionych przypadkach, w szczególności gdy nie jest możliwy zwrot świadczeń spełnionych na podstawie umowy podlegającej unieważnieniu; albo
  - 3) nałożenie kary finansowej w maksymalnej możliwej wysokości albo orzeczenie o skróceniu okresu obowiązywania umowy w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy w mocy leży w ważnym interesie publicznym; albo
  - 4) jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie - stwierdzić naruszenie przepisów ustawy.

W uzasadnieniu Wykonawca podał, że Zamawiający po wygaśnięciu umowy łączącej go z poprzednim Wykonawcą, w dniu 02.03.2010 r. zawarł umowę na świadczenie usług pralniczych z firmą WOD-CHEM s. c. w trybie z wolnej ręki (art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp). Umowa została zawarta na okres od 02.03.2010 do 30.04.2010 r. Zaznaczył jednocześnie, że przetarg nieograniczony został ogłoszony zbyt późno z winy Zamawiającego podając, iż Zamawiający w dniu 4.02.2010 r. ogłosił w Dz. U. UE 2010/S 24-034509, przetarg nieograniczony na przedmiotowe usługi, który do dnia wniesienia niniejszego odwołania nie został zakończony. Wartość szacunkowa tego przetargu została określona na kwotę 1.098.135,00 zł. Wykonawca podkreślił, że w

przedmiotowym przetargu Zamawiający kilkakrotnie zmieniał SIWZ udzielając wyjaśnień na pytania do SIWZ. Przedłużył także termin składania ofert, gdyż nieprecyzyjne zapisy SIWZ musiał „uściślić” (dowód: odpowiedzi na pytania do SIWZ - zał.). Zamawiający w wyniku zmiany zapisów SIWZ, przesunął termin składania ofert, tj. z 25.02.2010 r. na 11.03.2010 r. (dowód: ogłoszenie o przetargu oraz wyjaśnienia SIWZ - zał.). Przesunięcie terminu składania ofert było wynikiem nieprecyzyjnych zapisów SIWZ (np. brak wymaganej wysokości wartości polisy OC, mimo jej wymagania, brak szczegółowego zakresu opisu przedmiotu zamówienia, sposobu wykonywania usług, itd.), co zdaniem Odwołującego nastąpiło z winy Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego, już w dacie ogłoszenia przetargu Zamawiający zamierzał udzielić zamówienia z wolnej ręki firmie WOD-CHEM s.c, gdyż termin składania ofert, przesunął z 25.02 na 11.03.2010 r., a umowa na usługi pralnicze wygasła 1.03.2010 r. Dowodzi to, zdaniem Wykonawcy, niezbieżność celowości działań Zamawiającego. Podał dalej, że Zamawiający w ww. przetargu nieograniczonym, dnia 18.03.2010 r. dokonał wyboru oferty firmy WOD-CHEM s.c. (dowód: zawiadomienie o wyborze oferty, na którą to czynność w dniu 2 kwietnia 2010 r. zostało wniesione w dniu 2.04.2010 r. odwołanie do Prezesa KIO (sygn. akt: KIO/572/10) na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, zarzucając Zamawiającemu szereg uchybień, w tym odstępianie od rzetelnej weryfikacji oferty wybranej (braki formalne, błędy merytoryczne, nieprawdziwe informacje, brak wyjaśnień i wezwania do uzupełnienia dokumentów, itd.) z żądaniem dokonania unieważnienia czynności wyboru firmy WOD-CHEM i dokonanie ponownej oceny ofert. Zamawiający pismem z dnia 9.04.2010 r. wniósł do Prezesa KIO odpowiedź na odwołanie, podając, iż „Stosownie do art. 186 ust. 2 uPzp, Zamawiający uwzględnił zarzuty w całości. W związku z powyższym oświadczył, że wykona i powtórzy czynności zakwestionowane w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.” Wykonawca dodał, iż przystąpienie do odwołania (2 zdania) zajęło Zamawiającemu 7 dni, podając także, że firma WOD-CHEM nie przystąpiła do odwołania w ogóle, co jego zdaniem dowodzi jednoznacznie, że zarzuty Odwołującego były słuszne. Krajowa Izba Odwoławcza ogłosiła w dniu 20.04.2010 r. Postanowienie o umorzeniu postępowania, z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego wszystkich zarzutów podniesionych w odwołaniu, zatem postępowanie odwoławcze zakończyło się z chwilą ogłoszenia postanowienia, tj. w przedmiotowym postępowaniu w dniu 20.04.2010 r., gdyż w tym dniu także na stronie UZP zostało ono opublikowane.

Zamawiający w dniu 22.04.2010 r. skierował do 2 Wykonawców, tj. firmy WOD-CHEM i Odwołującego zapytanie cenowe, tj. złożenie oferty cenowej na świadczenie usług pralniczych objętych przetargiem, wskazując na czasookres ich wykonywania w terminie od dnia 1.05.2010 r. do dnia 31.07.2010 r. Odwołujący zaznaczył, że nie wie w jakim trybie, wystosował Zamawiający to zapytanie, gdyż informacja taka nie została w zapytaniu zawarta.

Działając w dobrej wierze wykonawca złożył Zamawiającemu ofertę, co stanowi o zamiarze i możliwości pozyskania i wykonania przez Odwołującego tego zamówienia. O wyniku przedmiotowego „postępowania” do dnia dzisiejszego nie został powiadomiony. Dalej Odwołujący podał, że w dniu 23.04.2010 r. zauważył, że w Biuletynie Zamówień Publicznych Zamawiający, opublikował Ogłoszenie o zamiarze zawarcia z firmą WOD-CHEM s.c. umowy na świadczenia przedmiotowych usług w trybie zamówienia z wolnej ręki, na podstawie, jak wskazał Zamawiający art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy - PZP. W ogłoszeniu tym Zamawiający wskazał jako uzasadnienie do zamówienia z wolnej ręki, - „Sekcja III: pkt 1. Podstawa prawna: „art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy - Pzp” oraz w pkt. 2 Uzasadnienie wyboru trybu: „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”. Wykonawca skontaktował się niezwłocznie telefonicznie z pracownikami Działu Zamówień Publicznych Zamawiającego, gdzie uzyskał informację, że zaproszenie do złożenia oferty cenowej skierowane zostało także do firmy WOD-CHEM i stanowi, cyt. „taki jakby wstęp do zamówienia z wolnej ręki, taką jakby weryfikację Wykonawców”. Odwołujący podniósł także, że zamówienie z wolnej ręki będące przedmiotem odwołania wszczął Zamawiający po ogłoszeniu Postanowienia przez KIO, zamiast dokonać niezwłocznie ponownej oceny ofert w przetargu oraz ewentualnie wszcząć postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Dowodzi to – zdaniem Odwołującego - wadliwości działań zamawiającego, przejawiających się derogacją art. 10 ust. 2 ustawy - Pzp i dostosowywaniu zapisów ustawy - Pzp do własnych potrzeb. Odwołujący nadmienił, że umowa z firmą WOD-CHEM s.c. z dnia 2.03.2010 nie stanowi przedmiotu niniejszego odwołania. Wskazywana jest tylko w celu zobrazowania, iż czynności Zamawiającego prowadzą do całkowitej eliminacji i negacji ustawy - PZP. Zamawiający zawierając kolejną umowę w trybie art. 67 ust. 1 pkt 3 zamierza zlecać usługi pralnicze od 2.03.2010 r. do 31.07.2010 r. w ogóle bez stosowania uczciwej konkurencji (trybów konkurencyjnych określonych w ustawie - Pzp), tzn. wyłącznie

w trybie z wolnej ręki - jedynemu właściwemu Wykonawcy, jakim jest firma WOD-CHEM s.c. Zarzucając Zamawiającemu naruszenie postanowień art. 7 ust. 1 w zw. z art. 10 ust. 1 i 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. Z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, ze zm.), wskutek wszczęcia zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki niezgodnie z przesłankami ustawy, w szczególności niezgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy - Pzp, Odwołujący powołał się na stanowisko doktryny oraz na orzecznictwo w szczególności Naczelnego Sądu Administracyjnego, Głównej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Ministrze Finansów, Krajowej Izby Odwoławczej a także sądów powszechnych, podając że kierując do 2 Wykonawców zaproszenie do złożenia oferty cenowej na świadczenie usług będących przedmiotem prowadzonego równoległe przetargu, do zamówienia w trybie z wolnej ręki (na 3 m-ce) Zamawiający naruszył art. 66 Pzp. Odnosząc się do wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki na część usług z przetargu, Odwołujący podniósł, że Zamawiający wszczął to postępowanie w czasie, gdy mógł z całą pewnością zastosować tryb konkurencyjny, np. negocjacje bez ogłoszenia, czym dokonał de facto nieuprawnionej derogacji normy określonej w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy - Pzp, myląc pilność udzielenia zamówienia z koniecznością natychmiastowego wykonania zamówienia. Zdaniem Odwołującego w przedmiotowym przypadku nie można nawet mówić o możliwości predykcji sytuacji powodującej konieczność wykonania zamówienia w sposób natychmiastowy i nie wynikający z przyczyn leżących po stronie właśnie samego Zamawiającego. Twierdzenie Zamawiającego, że przyczyna opóźnienia przetargu i tym samym konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia, nie leży po jego stronie, sprzeczne jest ze stanem faktycznym. W niniejszej sprawie bowiem Zamawiający nie dochował należytej staranności, gdyż:

- 1) wszczął postępowanie przetargowe zbyt późno, a będąc profesjonalistą w udzielaniu zamówień publicznych obowiązany jest wiedzieć, jak długo trwa przetarg;
- 2) dokonywał wyjaśnień nieprecyzyjnych i niezrozumiałych zapisów SIWZ (złożono 20 zapytań do SIWZ, (na część z nich Zamawiający nie udzielił odpowiedzi, wykorzystując upływ połowy okresu wyznaczonego do składania ofert, co jak podejrzewamy dodatkowo przedłużyłoby przetarg);
- 3) wprowadzał do SIWZ nowe zapisy, gdyż w części istotnych aspektów realizacji zamówienia, niektórych zapisów np. dot. opisu przedmiotu zamówienia, w SIWZ nie zamieścił w ogóle;

- 4) dokonał przesunięcia terminu składania ofert w związku z koniecznością dokonania zmiany nieprecyzyjnych, a niekiedy wadliwych zapisów SIWZ (w tym dotyczących sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu) oraz wprowadzenia nowych zapisów do SIWZ;
- 5) dokonał wadliwie oceny ofert, co wpłynęło na wniesienie odwołania na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej; (Zamawiający uznał zarzuty podniesione w odwołaniu w całości, co dowodzi braku dochowania należytej staranności w zakresie oceny ofert);

Wszystkie powyżej wymienione okoliczności były, zdaniem Odwołującego, przyczyną i powodem opóźnienia przetargu. Ponadto wszystkie te okoliczności spowodował sam Zamawiający w wyniku błędnie lub wręcz wadliwie podjętych czynności, tak w trakcie przygotowania postępowania, jak i w trakcie jego prowadzenia. Zamawiający obowiązany był bowiem wszcząć przetarg odpowiednio wcześniej, aby jego rozstrzygnięcie było możliwe przed upływem obowiązywania umowy z poprzednim Wykonawcą. Zasada należytej staranności w gospodarowaniu środkami publicznymi nakazuje nawet, aby wszczęcie przetargu nastąpiło w taki sposób, aby mogło zapewnić ewentualną możliwość jego powtórzenia, gdyby konieczność jego powtórzenia stała się realnym wymogiem. Powołując się na orzecznictwo wskazał, że organizacja przedsięwzięcia związana z wyłonieniem wykonawcy przy zastosowaniu procedur przewidzianych ustawą o z.p. winna uwzględniać czasochłonność tych procedur, w tym ewentualność korzystania przez oferentów ze środków odwoławczych oraz z prawa do zaskarżenia wyroku do sądu powszechnego. W żadnym wypadku nie są to jednak okoliczności, które można by od strony zamawiającego traktować jako szczególne i nieprzewidywalne w rozumieniu art. 71 ust. 1 pkt 6 ustawy (aktualnie art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp), Zaskarżenie wyroku do sądu powszechnego nie jest powodem do odstąpienia od udzielenia zamówienia w trybie zapewniającym warunki konkurencyjne. Podał także – odwołując się do orzecznictwa – że tryb zamówienia z wolnej ręki uregulowany w art. 67 ust. 1 ustawy jest szczególnym trybem zamówienia publicznego, w którym zamawiający udziela zamówienia w wyniku rokowań z jednym tylko wykonawcą, podczas gdy w pozostałych trybach wymienionych w ustawie, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego uczestniczy wielu wykonawców. Z uwagi na poza przetargowy charakter, tryb zamówienia z wolnej ręki powinien być interpretowany w sposób ścisły, jako wyjątek od zasady -udzielania zamówień publicznych w trybie przetargu. Udzielenie zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy jest dopuszczalne, 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 (wyrok SN z dnia 06.07.2001r. sygn. akt. III RN 16/01 OSNP 2001/22/657). Zastosowanie wykładni gramatycznej tego przepisu (a tylko taką zdaniem Odwołującego można zastosować) prowadzi do wniosku, że chodzi w tym wypadku o sytuację nieprzewidywalną, której zamawiający nie mógł przewidzieć przy dołożeniu należytej staranności, a która jednocześnie stwarza konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia. Przy czym wyrażenie „natychmiastowe wykonanie zamówienia” oznacza szybciej niż „pilnie”, a więc „z dnia na dzień”. W przypadku wykonywania usług, którymi Zamawiający zajmuje się w sposób profesjonalny i ciągły, nie sposób mówić o braku możliwości przewidzenia okoliczności stanowiących podstawę udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki. Zamawiający do usprawiedliwienia odstąpienia od trybu konkurencyjnego udzielenia zamówienia publicznego powołuje się na okoliczności stanowiące de facto pewien z góry planowany tryb postępowania bezpośrednio związany z działalnością przezeń prowadzoną w sposób ciągły. Wskazał także, że (...) Jeśli po spełnieniu identycznych de facto kryteriów - do wyboru pozostaną oba [...] tryby [udzielania zamówień publicznych (negocjacji bez ogłoszenia i zamówienia z wolnej ręki)], bezwzględne pierwszeństwo powinien mieć tryb negocjacji bez ogłoszenia. Wynika to z wykładni celowościowej ustawy pzp oraz logiczno-językowej, która pozostaje w zgodzie z prawem wspólnotowym. Przede wszystkim celem regulacji prawnej zamówień publicznych zarówno polskiej, jak i unijnej, jest w pierwszym rzędzie udzielenie zamówień z zachowaniem jak największego elementu konkurencji. Ustawowa przesłanka konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia określa zakres przedmiotowy zamówienia z wolnej ręki, udzielanego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3. Zamówienie może być udzielone tylko w takim zakresie, w jakim wymagana jest natychmiastowa jego realizacja. Zamawiający powołując się na tę przesłankę nie może udzielić zamówienia w zakresie przekraczającym konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia, choćby nawet świadczenie wykraczające poza konieczność natychmiastowej realizacji było funkcjonalnie powiązane z tymi ostatnimi. Sytuacja, w której wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, powinna być dla zamawiającego nieprzewidywalna. Należy przez to rozumieć takie zdarzenie, którego zaistnienie w normalnym toku rzeczy byłoby mało prawdopodobne, przy czym przewidywalność określonych zdarzeń przez zamawiającego powinna być postrzegana w kategoriach obiektywnych, podobnych do należytej staranności, którą winien zachować dłużnik.

Okolicznościami niemożliwymi do przewidzenia będą w szczególności zjawiska losowe i niezależne od zamawiającego (np. katastrofy, awarie). Charakter niemożliwy do przewidzenia będzie miała również konieczność pilnego udzielenia zamówienia, będąca rezultatem przeciągającego się bez winy zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W takim jednak przypadku Zamawiający winien wszcząć postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia (art. 63 ust. 1 pkt 4 ustawy - Pzp). Zaistniała sytuacja, w której wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia (art. 67 ust. 1 pkt 3), nie może wynikać z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Nie może być zatem spowodowana opieszałością w udzieleniu zamówienia. Wywody doktryny jak również stanowiska, wynikające z orzecznictwa wyrażone w podobnych sprawach, wyraźnie - zdaniem Odwoływającego - wskazują, w jakich okolicznościach przywołany przepis [art.67 ust.1 pkt 3 ustawy PZP] może mieć zastosowanie. Zamówienie „z wolnej ręki” jako tryb najmniej konkurencyjny ze wszystkich przewidzianych prawem zamówień publicznych trybów, powinien być stosowany wyjątkowo, po uprzednim zbadaniu możliwości zastosowania innych trybów konkurencyjnych, takich jak np. tryby negocjacyjne. Zgodnie z dyspozycją art. 67 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, tryb ten można stosować wyłącznie w przypadku kiedy zaistniała sytuacja wymaga natychmiastowego wykonania zamówienia, w okolicznościach, kiedy z przyczyn nieleżących po stronie zamawiającego - zamówienia nie można zrealizować ze względu na niemożność zachowania terminów przewidzianych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Innymi słowy, tryb ten przewidziany jest dla jak najszybszego, natychmiastowego wykonania czynności objętych zamówieniem. Usługa stanowiąca przedmiot orzeczenia, jej pełnienie, polega na wykonywaniu szeregu czynności w dłuższym okresie czasu. Z całą pewnością nie można więc przyjąć, że zachodziła potrzeba natychmiastowego wykonania zamówienia, uzasadniająca udzielenie tego zamówienia z wolnej ręki, powołując się na przesłanki wyczerpujące znamiona art. 67 ust. 1 pkt 3 prawa zamówień publicznych. Odwoływający podkreślił także, że (...) Zamawiający dokonał w meritum sprawy de facto nieuprawnionej derogacji normy określonej w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy - Pzp, myląc znaczenie pojęć „pilność udzielenia zamówienia” z „koniecznością natychmiastowego wykonania zamówienia”. W przedmiotowym przypadku nie można mówić nawet o możliwości predykcji sytuacji powodującej konieczność udzielenia zamówienia w sposób natychmiastowy. Zamawiający obowiązany był bowiem wszcząć przetarg odpowiednio wcześniej, aby z całą pewnością, rozstrzygnąć przetarg, a nawet by zapewnić ewentualną możliwość jego powtórzenia, gdyby z przyczyn leżących po

jego stronie lub innych, koniecznością stałoby się jego powtórzenie”. Odwołując się do orzecznictwa, Odwołujący podkreślił, że (...) art. 7 ust. 3 ustawy stanowi, iż zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, natomiast zaproponowany przez zamawiającego tryb wyboru oferty (art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp) rażąco narusza przepisy ustawy. Doświadczenia związane z przedłużającym się postępowaniem w związku z procedurami odwoławczymi w postępowaniu na ten sam przedmiot zamówienia, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, nie są przesłanką do wyłączenia trybów konkurencyjnych. Podkreślił także, że (...) środki ochrony prawnej mają na celu ochronę interesów wykonawców w przypadku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Korzystanie zatem ze środków ochrony prawnej przez wykonawców na skutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, nie stanowi podstawy do zastosowania wyłącznie trybów poza-konkurencyjnych. Gdyby ta sytuacja nie była wcześniej możliwa do przewidzenia i nie wynikała z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, można by rozważyć, czy zachodzi przesłanka zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia z art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy (pilna potrzeba udzielenia zamówienia). Powołał się także na orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, zgodnie z którym (...) zastosowanie trybów niekonkurencyjnych, a więc także trybu zamówienia z wolnej ręki, dopuszczalne jest jedynie w wyjątkowych sytuacjach, które muszą być interpretowane w sposób ścisły. Zdaniem Odwołującego, nie stanowi podstawy do wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki także fakt, że Zamawiający korzystał już z usług danego wykonawcy w danym zakresie przedmiotowym w trybie z wolnej ręki, a czynność ta nie została zaskarżona. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający uznał wniesione przez wykonawcę odwołanie w całości, co dowodzi jego winy, polegającej na dokonaniu wadliwej weryfikacji formalnej i merytorycznej ofert oraz licznych jego błędów w trakcie przygotowania postępowania przetargowego. Zaniechanie rzetelnej oceny ofert spowodowało konieczność powtórzenia czynności oceny ofert, co z kolei bezpośrednio wpłynęło na dalsze przedłużenie się samego przetargu. Jednakże te okoliczności nie mogą stanowić zgodnej z ustawą podstawy dla Zamawiającego, do odstąpienia od zastosowania procedury konkurencyjnej, np. negocjacji z ogłoszeniem i wszczęcia zamówienia w trybie z wolnej ręki (art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy - Pzp). Przerzucanie przez Zamawiającego winy przedłużania się przetargu, na Wykonawcę, z powodu skorzystania przez niego ze środków ochrony prawnej, także nie może się ostać. Środki ochrony prawnej służą bowiem właśnie Wykonawcom, w przypadku wadliwie wykonanych czynności lub zaniechaniu

czynności, do których Zamawiający był zobligowany. Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości, stąd przerzucanie winy na wykonawcę jest co najmniej niewłaściwe.

Reasumując, Odwołujący stwierdził, że Zamawiający wszczął postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki, naruszając art. 10 ust. 2 w zw. z art. 67. ust. 1 pkt 3 ustawy - Pzp. Przepis ten stanowi, że zamawiający może udzielić zamówienia w trybie 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. Zdaniem Odwołującego nie zachodzą żadne z okoliczności art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy - Pzp w przedmiotowym postępowaniu, ponieważ Zamawiający mógł przewidzieć, że poprzednia umowa oraz umowa zawarta z firmą WOD-CHEM w trybie z wolnej ręki się zakończy, w szczególności że były to umowy zawarte na czas określony, przedłużenie się przetargu nastąpiło z winy Zamawiającego, przed terminem wszczęcia postępowania z wolnej ręki, Zamawiający mógł zakończyć przetarg nieograniczony bez konieczności udzielania zamówienia z wolnej ręki. Nie dokonując ponownej oceny ofert Zamawiający (..) poczekał celowo, aż wykonanie zamówienia stało się pilne i wszczął zamówienie z wolnej ręki. W dniu wszczęcia postępowania w trybie z wolnej ręki nie zachodziła konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia, lecz kreowała się dopiero możliwość wystąpienia pilnej potrzeby udzielenia zamówienia; z pewnością jednak w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Podkreślił jednocześnie, że Zamawiający zamiast zamówienia z wolnej ręki winien wszcząć postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia, w którym to trybie dokonałby wyboru oferty najkorzystniejszej przed upływem terminu 1.05.2010 r., w którym to dniu ma zacząć obowiązywać kolejna umowa zawarta z firmą WOD-CHEM s.c. w trybie z wolnej ręki. Ponadto Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nie zamierza zawrzeć umowy na okres niezbędny, lecz dla „świętego spokoju”, gdyż w przetargu do wykonania pozostała wyłącznie czynność ponownej oceny ofert, odrzucenie oferty firmy WOD-CHEM s.c. oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego. Zamiar zawarcia zatem umowy z wolnej ręki od 1.05.2010 o 31.07.2010 r. jest co najmniej niewłaściwy. Zarzucając Zamawiającemu naruszenie zapisów art. 7 ust. 1 w zw. z art. 10 ust. 1 i 2 oraz art. 32 ust. 4 w zw. z art. 32 ust. 1-2 i art. 34 ustawy - Prawo zamówień publicznych, Odwołujący wskazał na odstąpienie od przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania

wykonawców, a także nieuprawniony podział zamówienia na części, wadliwie ustalenie wartości szacunkowej zamówienia oraz prowadzenie postępowania poniżej wartości z art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (procedura uproszczona) w celu obejścia przepisów ustawy. W uzasadnieniu podał, że Zamawiający „wyciął” fragment usług objętych przetargiem, tj. 3 m-ce, ustalił dla tej części wartość szacunkową w wysokości 46.058,86 euro (dowód Protokół ZP-2) i wszczął postępowanie w trybie z wolnej ręki poniżej kwot, o których mowa w art. 11 ust. 8 ustawy - Pzp, mimo, że przetarg nie został zakończony. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający celowo dokonał podziału zamówienia na części w celu obejścia przepisów ustawy, w szczególności art. 67 ust. 2 ustawy- Pzp nakładający obowiązek zawiadomienia Prezesa UZP o wszczęciu postępowania. Pozbawił Zamawiający możliwość wszczęcia kontroli uprzedniej Prezesa UZP niezwłocznie po otrzymaniu zawiadomienia, ponieważ zaniżając wartość szacunkową Zamawiający odstąpił od tej czynności. Zamawiający zgodnie z art. 32 ust. 2 nie może dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości. W szczególności są to tego samego rodzaju usługi, jakie ujął Zamawiający w przetargu. Do przetargu jednak ustalił Zamawiający wartość szacunkową w wysokości 1.098.135,00 zł, tj. powyżej kwot z art. 11 ust. 8 ustawy - Pzp. Także ogłoszenie o zamiarze zawarcia umowy opublikował Zamawiający w Biuletynie, a nie w Suplemencie do Dziennika Urzędowego UE. Zgodnie z art. 32 ust. 4 Jeżeli Zamawiający udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. Zamawiający zatem sprzecznie z ww. regulacjami dokonał nieuprawnionego podziału zamówienia na części w celu zniżenia wartości zamówienia. Ponadto Zamawiający wadliwie dokonał ustalenia wartości szacunkowej zamówienia, która to czynność także prowadziła do zniżenia tej wartości w celu uniknięcia przesyłania Prezesowi UZP informacji o wszczęciu postępowania wraz z uzasadnieniem. Wskazując na orzecznictwo w sprawach naruszenia dyscypliny finansów publicznych podał, iż art. 34 ustawy - Prawo zamówień publicznych, który nakazuje w analogicznych sytuacjach sumowanie poszczególnych zamówień. Stosownie do art. 34 ust. 1 tej ustawy podstawą ustalenia wartości zamówienia na usługi lub dostawy powtarzające się okresowo jest łączna wartość zamówień tego samego rodzaju: 1) udzielonych w terminie poprzednich 12 miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym, z uwzględnieniem zmian ilościowych zamawianych usług lub dostaw oraz prognozowanego na dany rok średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem, albo 2) których zamawiający zamierza udzielić w terminie 12 miesięcy następujących po

pierwszej usłudze lub dostawie. Taki sztuczny podział zamówienia, jakiego dokonał Zamawiający ma na celu wyłącznie obejście przepisów ustaw.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 8, art. 9 ust. 1, 11 ust. 6, oraz art. 96 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP Odwołujący podał, iż naruszenie tych przepisów było skutkiem podania w Ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy i protokole postępowania „iluzorycznego” uzasadnienia wyboru trybu, wyłącznie w celu skrócenia Wykonawcom terminu na skorzystanie ze środków ochrony prawnej. Zamawiający poprzestał bowiem na przepisaniu literalnego brzmienia art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy - Pzp, nie podając żadnych faktycznych okoliczności, które mogłyby stanowić podstawę do zastosowania trybu z wolnej ręki. Zamawiający poprzestając na ogólnym przepisaniu brzmienia art. 67 ust. 1 pkt 3 nie podał, żadnych faktycznych przesłanek, które jego zdaniem warunkowałyby możliwość zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 3 do wszczęcia zamówienia z wolnej ręki. Tym samym Zamawiający naruszył art. 7 ustawy – PZP, ponieważ (...) lakoniczne, ogólnikowe uzasadnienie, bez faktycznych przesłanek formalnych i merytorycznych może ograniczać zasadę jawności postępowania i pisemności postępowania. Dalej wskazał, że Zamawiający obowiązany jest prowadzić dokumentację postępowania w sposób należyty (Protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu). Zamawiający próbuje ukryć faktyczne przesłanki wszczęcia postępowania z wolnej ręki, czego jednakże zabrania mu art. 8 ust. 2 ustawy - Pzp. Poprzestając na ogólnych stwierdzeniach ukrywa faktyczne przesłanki wszczęcia postępowania, co prowadzi także do nieuprawnionego ograniczania terminu na wniesienie środków ochrony prawnej Wykonawcom.

Naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 poprzez prowadzenie postępowania w trybie z wolnej ręki, sprzecznie z art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy - Pzp, gdyż zgodnie z treścią art. 146 ust. 1 pkt 1 oraz art. 146 ust. 6 ustawy - Pzp, umowa w sprawie zamówienia publicznego zawarta w tym postępowaniu podlegałaby unieważnieniu. Zastosowanie tego trybu bez istnienia obiektywnych przesłanek do jego wszczęcia stanowi naruszenie przepisów ustawy, które ma lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Ponownie odwołał się do argumentacji wskazanej powyżej, a dotyczącej braku podstaw do zastosowania przepisu art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy - PZP, podkreślając, że tryb zamówienia z wolnej ręki uregulowany w art. 67 ust. 1 ustawy jest szczególnym trybem zamówienia publicznego, w którym zamawiający udziela zamówienia w wyniku rokowań z jednym tylko wykonawcą, podczas gdy w pozostałych trybach wymienionych w ustawie, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego uczestniczy wielu wykonawców. Z uwagi na poza przetargowy charakter, tryb zamówienia z wolnej ręki powinien być interpretowany

w sposób ścisły, jako wyjątek od zasady udzielania zamówień publicznych w trybie przetargu. Udzielenie zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy jest dopuszczalne, 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 odpowiedzi na odwołanie** (pismo z dnia 10 maja 2010 r.), wniósł o oddalenie odwołania w całości z zasądzeniem kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego. W uzasadnieniu podniósł, że w odwołaniu nie został wskazany interes prawny Odwołującego, rozumiany w ten sposób, że działanie Zamawiającego powoduje naruszenie interesu prawnego Odwołującego się, ponieważ określone w odwołaniu naruszenia przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych, uniemożliwiają Odwołującemu się uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Pojęcie interesu prawnego na gruncie prawa zamówień publicznych jest, zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie rozumiane wąsko. Interpretacja zawężająca oparta jest bowiem na przesłance, że przy ocenie istnienia bądź nie interesu prawnego należy uwzględnić fakt, że na gruncie prawa zamówień publicznych ustawodawca bezpośrednio wskazał, jaki przejaw interesu prawnego podmiotu legitymowanego podlega ochronie - chodzi o interes wyrażający się w możliwości uzyskania zamówienia (wyrok KIO z 13 lutego 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 141/09). Zaznaczono przy tym, że interes prawny powinien doznać uszczerbku w konkretnym postępowaniu (w tym wypadku w trybie zamówienia z wolnej ręki) oraz powinien polegać na tym, że wykonawca stracił możliwość uznania jego oferty za ofertę najkorzystniejszą. Odwołujący w uzasadnieniu swojego interesu prawnego podaje nieprawdziwe i mylące informacje. Zamawiający na skutek działań Wykonawców, zmuszony był przy przedłużającym się postępowaniu przetargowym, udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki na wykonywanie usług pralniczych. Na skutek bowiem odwołania jednego z oferentów Zamawiający jest zobligowany do dokonania i powtórzenia zakwestionowanych czynności, co może skutkować nawet ogłoszeniem kolejnego postępowania. Odwołujący, nie jest uczestnikiem postępowania „z wolnej ręki”, ponieważ Zamawiający przed przystąpieniem do trybu zamówienia z wolnej ręki zwrócił się do dwóch wykonawców o złożenie oferty cenowej na okres 3-ech miesięcy w celu zbadania rynku cenowego. Natomiast negocjacje prowadził tylko z jednym Wykonawcą jak wskazuje art. 66.1 Pzp. Wykorzystywanie przez Wykonawcę drogi odwoławczej, stanowi, w ocenie

Zamawiającego, nadużycie prawa w celu „utrącenia” konkurencji. Taki „interes prawny” nie może podlegać ochronie.

Podane przez Odwołującego zarzuty są w całości chybione. Zgodnie z pkt 3 ust. 1 art. 67 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli ze względu na wyjątkową sytuację nie wynikającą 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. Kolejny warunek, który musi być spełniony, aby możliwe było udzielenie zamówienia z wolnej ręki w oparciu o pkt 3 ust. 1 art. 67 ustawy, to konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia. Słowo „natychmiast” oznacza „w tej samej chwili, bezpośrednio po czymś, bezzwłocznie, momentalnie” (Komputerowy Słownik Języka Polskiego” Wydawnictwo Naukowe PWN) Aktualny pozostaje pogląd, zgodnie z którym zamawiający powinien brać pod uwagę przede wszystkim skutki, jakie z dużym prawdopodobieństwem mogą zaistnieć, gdy określonego rodzaju dostawy, usługi lub roboty budowlane nie zostaną wykonane od razu. W niniejszym postępowaniu taka sytuacja miała miejsce. Zamawiający jako podmiot wykonujący świadczenia medyczne musi przede wszystkim mieć na uwadze bezpieczeństwo wykonywania tych świadczeń oraz bezpieczeństwo pacjentów.

Przedłużające się postępowanie przetargowe zmusiło Zamawiającego do czasowego, wyłącznie na czas trwania postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, zawarcia z podmiotem oferującym aktualnie najtańsze usługi pralnicze, odpowiedniej umowy, zabezpieczającej wykonanie tych usług na czas potrzebny do zakończenia postępowania przetargowego uzależnionego od terminu uprawomocnienia się postanowienia KIO o umorzeniu postępowania odwoławczego (spr sygn. akt KIO 572/10). Podkreślił także, że wykonanie tych usług wiąże się bezpośrednio z wykonywanymi świadczeniami medycznymi (pranie bielizny operacyjnej i jej dezynfekcja, pranie bielizny dla pacjentów, w tym dla noworodków, dezynfekcja bielizny szpitalnej, pranie i dezynfekcja materacy, kocy i poduszek) i musi być wykonywana na bieżąco oraz bez przerwy, a brak tego typu usług powoduje brak możliwości wykonywania zabiegów i świadczeń medycznych, co w konsekwencji stanowi zagrożenie dla życia i zdrowia pacjentów. Zamawiający jako szpital wielospecjalistyczny. jedyny w 700 tys. regionie, nie może dopuścić do przerwy w wykonywaniu tych świadczeń.



Dodał także, że od 1 marca br. Zamawiający został połączony z Wojewódzkim Szpitalem Zespolonym w Częstochowie, co w sposób istotny zwiększyło jego zapotrzebowanie na usługi pralnicze. Wiedzę na temat ceny usługi Zamawiający zdobył na drodze rozeznania rynku usług pralniczych, dowiadując się o cenę, w tym u Odwołującego. Zawarta w trybie zamówienia z wolnej ręki czasowa umowa (na czas potrzebny do zakończenia postępowania - przedłużającego się na skutek działań Oferentów) nie ma wpływu na postępowanie toczące się w trybie przetargowym. Ani też na wielkość tego zamówienia i czas jego trwania

W konkluzji stwierdził, że interes prawny Odwołującego, kwestionującego w istocie sam fakt przeprowadzenia zamówienia z wolnej ręki nie doznaje uszczerbku, bowiem może on w tym postępowaniu przetargowym - podstawowym dla Zamawiającego - nadal uczestniczyć.

Dodatkowo, w aktach sprawy znajduje się wyjaśnienie Zamawiającego dotyczące wartości szacunkowej. W wyjaśnieniach tych Zamawiający podał, że wartość szacunkowa każdego z zamówień udzielonych w trybie zamówienia z wolnej ręki, udzielonych na podstawie art. 67 ust.1 pkt 3 stanowi kwotę niższą niż kwoty określone w przepisie wykonawczym na podstawie art. 11 ust 8 ustawy- Pzp, a wartość szacunkowa zamówienia dla przetargu nieograniczonego , który nie został zakończony jest wyższa niż kwoty ustalone we wskazanych przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art.11 ust.8 ustawy.

rozporządzeniu

**Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania na rozprawie ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest zasadne i podlega uwzględnieniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługują środki ochrony prawnej określone w dziale VI ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz.1655 ze zm., dalej ustawa PZP).

Zgodnie z przepisem art. 179 ust.1 ustawy PZP środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes prawny w uzyskaniu danego

zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący zatem w aktualnym stanie prawnym, wynikającym z ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz o zmianie niektórych ustaw, nie musi legitymować się interesem prawnym lecz ogólnie rozumianym interesem w uzyskaniu zamówienia, wykazując jednocześnie, że poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy PZP. Treść tego przepisu jako przesłanki materialno-prawnej stanowiącej legitymację do wniesienia odwołania, wskazuje na szeroko rozumiany interes. W koniunkcji z tym interesem konieczne jest wykazanie przez wykonawcę, że poniósł lub może ponieść szkodę, rozumianą jako szkodę majątkową. Odwołanie w niniejszej sprawie dotyczy zastosowania przez Zamawiającego trybu zamówienia z wolnej ręki dla udzielenia zamówienia na świadczenie usług prania i konserwacji bielizny szpitalnej oraz na usługi szwalnicze od dnia 1 maja 2010 r. do dnia 31 lipca 2010 r, i jak wskazał Odwołujący jest podmiotem bezpośrednio zainteresowanym uzyskaniem przedmiotowego zamówienia, a fakt nie zaproszenia wykonawcy może powodować powstanie szkody po jego stronie w związku nie uzyskaniem tego zamówienia

Rozpatrując zarzut naruszenia art. 67 ust.1 pkt 3 ustawy PZP dla udzielenia zamówienia publicznego na świadczenie usług prania i konserwacji bielizny szpitalnej oraz na usługi szwalnicze od dnia 1 maja 2010 r. do dnia 31 lipca 2010 r, Krajowa Izba stwierdziła, że zarzut ten jest zasadny.

W tym przypadku, Izba ustaliła, że umowa w zakresie powyżej wskazanego przedmiotu zamówienia została zawarta w dniu 29 kwietnia 2010 r pomiędzy Zamawiającym, a firmą „Pralnia WOD-CHEM” s.c. z Częstochowy, na podstawie art. 67 ust.1 pkt 3 ustawy PZP.

Z treści tej umowy wynika, że ta usługa wykonywana jest codziennie od poniedziałku do soboty, a w przypadku zaistnienia takiej konieczności świadczenia tej usługi, także w dni wolne od pracy.

Z ustaleń w sprawie wynika także, że po ogłoszeniu przetargu nieograniczonego w dniu 4 lutego 2010 r. w zakresie przedmiotu zamówienia pn. „Usługi prania i konserwacji bielizny szpitalnej oraz usługi szwalnicze” Zamawiający na podstawie art.67 ust.1 pkt 3 ustawy PZP zawarł z wymienionym wykonawcą

Pralnia WOD-CHEM” s.c. z Częstochowy umowę na świadczenie usług, na okres od 2 marca 2010 r. do dnia 30 kwietnia 2010 r. a następnie kolejną [w dniu 29 kwietnia 2010 r - kwestionowaną umowę] na okres od 30 kwietnia do 31 lipca 2010 r.

Mając na względzie przepis art. 67 ust.1 pkt 3 ustawy PZP oraz powyższe ustalenia Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła pogląd Odwołującego, że Zamawiający nie był uprawniony do zastosowania – w tych okolicznościach faktycznych – trybu zamówienia z wolnej ręki, powołując się na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po jego stronie, której nie można było przewidzieć oraz , że wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a także, że nie można zachować terminów określonych w ustawie.

Izba przede wszystkim stwierdziła, że w dniu 23 kwietnia 2010 r. (w dniu wszczęcia postępowania w tym trybie) nie było wymagane natychmiastowe wykonanie zamówienia, albowiem usługa której dotyczy umowa była wykonywana do dnia 30 kwietnia 2010 r. na podstawie umowy zawartej w dniu 2 marca 2010 r. Ponadto ta usługa ma charakter ciągły, a zatem także obiektywne okoliczności jak i czas na jaki została zawarta potwierdzają, niespełnienie przesłanki stanowiącej o konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia.

Izba ustaliła także, że nie została spełniona przesłanka, co do braku możliwości zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Przed wszystkim Izba stwierdziła, że w niniejszej sprawie - w dniu 23 kwietnia 2010 r. - mogła zachodzić co najwyżej pilna potrzeba udzielenia zamówienia. Tym samym możliwe było, uwzględniając przepis art. 62 ust.1 pkt 4 ustawy - PZP rozważenie zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia.

W odniesieniu do tego trybu - zgodnie z przepisami Oddziału 4 w rozdziale 3 ustawy - PZP ustawa nie określa terminów dla przeprowadzenia postępowania w tym trybie wymagając tylko, aby zamawiający wyznaczając termin składania ofert uwzględniał czas niezbędny na przygotowanie i złożenie oferty.

Tak jak podniesiono w odwołaniu, zamówienie „z wolnej ręki” jako tryb najmniej konkurencyjny ze wszystkich przewidzianych prawem zamówień

publicznych trybów, powinien być stosowany wyjątkowo, po uprzednim zbadaniu możliwości zastosowania innych trybów konkurencyjnych, takich jak np. tryby negocjacyjne. Zgodnie z dyspozycją art. 67 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, tryb ten można stosować tylko w przypadku gdy zaistniała sytuacja wymaga natychmiastowego wykonania zamówienia. Usługa stanowiąca przedmiot zamówienia nie spełnia tej cechy. Jej wykonywanie bowiem, polega na wykonywaniu szeregu czynności w dłuższym okresie czasu. Z całą pewnością nie można więc przyjąć, że zachodziła potrzeba natychmiastowego wykonania zamówienia, uzasadniająca udzielenie tego zamówienia z wolnej ręki, powołując się na przesłanki wyczerpujące znamiona art. 67 ust. 1 pkt 3 prawa zamówień publicznych w okresie – kolejnych - 3 miesięcy.

Izba zwraca także uwagę, że odwołanie zostało wniesione w dniu 2 kwietnia 2010 r. na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty a zatem *de facto* od tej daty Zamawiający mógł rozważać zastosowanie procedury przewidzianej art.10 ust.2 ustawy PZP – celem zabezpieczenia świadczenia usług dla szpitala - na okres procedury odwoławczej, która z powodów od niego niezależnych mogła trwać dłużej niż do 30 kwietnia 2010 r. Tym samym rozważenie zastosowania innych przepisów ustawy, w tym innych trybów udzielania zamówień publicznych przewidzianych ustawą także było możliwe.

Mając powyższe na względzie podnoszony przez Odwołującego zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. art. 67 ust. 1 pkt 3 i art. 10 ust.2 ustawy PZP podlega uwzględnieniu.

Rozpatrując zarzut naruszenia art. 32 ust. 4 w zw. z art. 32 ust. 1 i 2 oraz art. 34 ustawy - PZP poprzez nieuprawniony podział zamówienia na części, wadliwe ustalenie wartości szacunkowej zamówienia oraz prowadzenie postępowania poniżej wartości z art. 11 ust. 8 ustawy – PZP, Izba stwierdziła, iż zgodnie z treścią Ogłoszenia o zamówieniu [Suplement do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej: 2010/S 24-034509], w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego czas trwania zamówienia określone na 12 miesięcy. W przekonaniu Izby także udzielanie zamówień w trakcie prowadzonego postępowania konkurencyjnego, w tym w trybie zamówienia z wolnej ręki cz na podstawie art. 4 pkt 8 ustawy PZP, nie musi prowadzić do wniosku, że zamawiający dzieli zamówienia na części bądź zaniża jego wartość w celu uniknięcia stosowania

przepisów ustawy. Zdaniem Izby argumentacja Odwołującego, co do naruszenia przepisu art. 32 ust.4 oraz art. 34 ustawy PZP byłaby zasadna, tylko wówczas gdyby Zamawiający ograniczył czas trwania usługi objętej przetargiem nieograniczonym i wyłączył - w tym przypadku okres 3 miesiące na który to okres zostało udzielone zamówienie umową z dnia 29 kwietnia 2010 r., skracając termin realizacji zamówienia podstawowego poniżej 12 miesięcy. Takich okoliczności Odwołujący nie wykazał także w toku rozprawy.

Pozostałe zarzuty w zakresie art. 8, art. 9 ust. 1, art.11 ust. 6, oraz art. 96 ust. 1 pkt 3 ustawy - PZP poprzez podanie w ogłoszeniu o zamiarze zawarcia umowy „iluzorycznego” uzasadnienia wyboru trybu, wyłącznie w celu skrócenia Wykonawcom terminu na skorzystanie ze środków ochrony prawnej oraz podanie tylko literalnego brzmienia art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy - PZP, nie podając żadnych faktycznych okoliczności, które mogłyby stanowić podstawę do zastosowania trybu z wolnej ręki, nie zostały także przez Izbę uwzględnione, albowiem z faktu ogólnikowych sformułowań zawartych w dokumentacji postępowania nie można wywodzić, w szczególności naruszenia zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Reasumując Izba stwierdza, iż wobec uwzględnienia naruszenia art. 10 ust. 2 i 67 ust. 1 pkt 3 ustawy - PZP, poprzez wszczęcie niniejszego postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki niezgodnie z przesłankami ustawy, warunkującymi możliwość jego zastosowania, odwołanie podlega uwzględnieniu.

Jednocześnie Izba biorąc pod uwagę przepis art. 192 ust.3 pkt 2 lit. c ustawy PZP oraz żądania zawarte w odwołaniu uznała, że utrzymanie w mocy tej umowy leży w interesie publicznym. W tym przypadku Izba uwzględniła argumentację podnoszoną przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. W przekonaniu Izby, tak jak twierdził Zamawiający, wykonanie usług objętych umową, wiąże się bezpośrednio z wykonywanymi świadczeniami medycznymi (pranie bielizny operacyjnej i jej dezynfekcja, pranie bielizny dla pacjentów, w tym dla noworodków, dezynfekcja bielizny szpitalnej, pranie i dezynfekcja materacy, kocy, poduszek) oraz musi być wykonywana na bieżąco i bez przerw, a brak tego typu usług może powodować realnie brak możliwości wykonywania zabiegów i świadczeń medycznych, co w konsekwencji stanowi zagrożenie dla życia i zdrowia pacjentów, gdyż Zamawiający jako szpital wielospecjalistyczny. jedyny w 700 tys. regionie, nie może dopuścić do przerwy w wykonywaniu tych świadczeń.

Orzekając o karze finansowej Krajowa Izba Odwoławcza – kierując się przepisem art. 192 ust.4 ustawy PZP - miała na względzie ustalenie, że Zamawiający unieważnił przetarg nieograniczony z dnia 2 lutego 2010 r. powołując się na okoliczności wskazane w przepisie art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy PZP [podane w zawiadomieniu], oraz konieczność zabezpieczenia wykonywania usług w interesie publicznym.

Z tych też względów Izba postanowiła nie orzekać o skróceniu okresu obowiązywania umowy. Wysokość kary została ustalona na podstawie art.193 ustawy PZP, w wysokości 1 % wartości wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w umowie z dnia 29 kwietnia 2010 r. zawartej pomiędzy Zamawiającym a firmą „Pralnia WOD-CHEM” s.c. z Częstochowy. W tym przypadku Izba miała na względzie rodzaj i zakres naruszenia oraz wartość wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w zawartej umowie, za które kara jest orzekana. Zgodnie z § 6 ust.3 wartość brutto umowy stanowi kwotę 190.327, 32 zł, a zgodnie z przepisem art.67 ust.1 pkt 6 ustawy PZP dopuszczalne jest – w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego - udzielanie zamówień uzupełniających dotychczasowemu wykonawcy, polegających na powtórzeniu tego samego rodzaju zamówień. W przypadku usług, zamówienia uzupełniające mogą stanowić nawet 50 % wartości zamówienia podstawowego. Zatem zamawiający prowadząc postępowanie w jednym z trybów przetargowych, może przewidzieć, w warunkach postępowania, zamówienia uzupełniające, co w konsekwencji pozwala zamawiającemu udzielać zamówień uzupełniających zgodnych z przedmiotem zamówienia podstawowego, tak jak w przypadku przedmiotowych usług świadczonych dla szpitala, bez obowiązku stosowania innych trybów niż podstawowe tryby przetargowe w ustawowym okresie [do trzech lat]– aż do czasu rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego zgodnie z procedurami określonymi przepisami prawa zamówień publicznych, z uwzględnieniem także procedur odwoławczą.

Mając powyższe na względzie Krajowa Izba Odwoławcza orzekła jak w sentencji. Jednocześnie Izba zwraca uwagę, że zgodnie z art. 195 ust.1 ustawy PZP karę finansową uiszcza się w terminie 30 dni od dnia uprawomocnienia się orzeczenia Izby lub sądu o nałożeniu kary finansowej na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....