

WYROK

z dnia 18 września 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Małgorzata Stręciwilk

Klaudia Szczytowska - Maziarz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 września 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 września 2013 r. przez **SITA Południe Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Częstochowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Koszęcin w Koszęcinie**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakłada na zamawiającego – **Gminę Koszęcin w Koszęcinie** – karę finansową w wysokości **7 440 zł 16 gr** (słownie: siedem tysięcy czterysta czterdzieści złotych szesnaście groszy),
2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Koszęcin w Koszęcinie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **SITA Południe Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Częstochowie** tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. zasądza od **Gminy Koszęcin w Koszęcinie** na rzecz **SITA Południe Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Częstochowie** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Częstochowie**.

.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Koszęcin w Koszęcinie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usługi odbierania odpadów komunalnych i zagospodarowania tych odpadów do właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, powstałych na terenie ośmiu gmin bezpośrednio ze sobą sąsiadujących w Województwie Śląskim i Opolskim.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 5 września 2013 roku wykonawca SITA Południe sp. z o.o. w Częstochowie (dalej: odwołująca) wniosła odwołanie wobec naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp:

- 1) Art. 67 ust. 1 pkt 3 poprzez zastosowanie trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki w sytuacji, której okoliczności przywołane przez zamawiającego, w postaci wyjątkowej sytuacji niewynikającej z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, nie zaistniały,
- 2) Art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez rażące naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także udzielenie zamówienia wykonawcy, który został wybrany w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp.

Odwołująca wniosła o uwzględnienie odwołania oraz – w związku z zaistnieniem przesłanki, o której mowa w art. 146 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp – o unieważnienie umowy o udzielenie zamówienia zawartej przez zamawiającego w trybie z wolnej ręki z wykonawcą, Waldemarem S. prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta Waldemar S.. Ewentualnie o unieważnienie umowy zawartej przez zamawiającego w trybie zamówienia z wolnej ręki z „PZOM W. S.” w zakresie zobowiązań niewykonanych.

W uzasadnieniu odwołania odwołująca podniosła, iż posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania. Oferta odwołującej jest jedyną, której odrzucenie nie zostało nakazane przez KIO wyrokiem z dnia 10 lipca 2013 r., sygn. akt: KIO 1549/13. Do dnia dzisiejszego zamawiający uchyła się od dokonania nakazanej wyrokiem KIO czynności ponownej oceny ofert oraz wyboru oferty złożonej przez odwołującą. Jednocześnie

zamawiający, działając we własnym imieniu, zawarł w trybie z wolnej ręki o udzielenie zamówienia w przedmiocie świadczenia usługi odbierania odpadów komunalnych i zagospodarowania tych odpadów od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, powstałych na terenie Gminy Koszęcin z PZOM W. S., którego oferta wyrokiem KIO 1549/13 została odrzucona. W związku z powyższym nie ulega wątpliwości, że działania zamawiającego naruszają interes odwołującego.

Izba ustaliła, co następuje:

Gmina Koszęcin w imieniu 8 gmin z terenu województw śląskiego i opolskiego, na podstawie art. 16 ust. 1 ustawy Pzp, prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest świadczenie usługi odbierania odpadów komunalnych i zagospodarowania tych odpadów od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, powstałych na terenie 8 Gmin bezpośrednio ze sobą sąsiadujących w Województwie Śląskim i Opolskim.

W wyznaczonym terminie do zamawiającego wpłynęły 4 oferty. Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. 3.454.000 zł brutto. Zamawiający zgodnie z treścią SIWZ (Rozdział XV) miał dokonać oceny ofert na podstawie jednego kryterium: cena – 100%. W dniu 14 czerwca 2013 roku zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej dla części zamówienia, wybierając ofertę złożoną przez PZOM W. S., wobec której to czynności SITA Południe złożyła odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z dnia 10 lipca 2013 roku sygn. akt KIO 1549/13 KIO uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu dokonanie ponownej czynności oceny ofert oraz odrzucenia ofert PZOM W. S. oraz Konsorcjum Remondis Tarnowskie Góry Sp. z o.o. i A.S.A. Lubliniec Sp. z o.o. jako niezgodnych z treścią SIWZ i ustawy. Jedyna pozostała w postępowaniu oferta, złożona przez odwołującą, zawierała cenę 8.371.477,85 zł.

W dniu 16 września 2013 roku zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W dniu 21 sierpnia 2013 roku Gmina Koszęcin opublikowała na stronach Biuletynu Zamówień Publicznych ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w trybie z wolnej ręki, którego przedmiotem jest świadczenie usługi odbierania odpadów komunalnych i zagospodarowania odpadów od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, powstałych na terenie Gminy Koszęcin.

Jako uzasadnienie prawne wyboru trybu zamawiający wskazał art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp, zgodnie z którym zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki 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.

W uzasadnieniu faktycznym zamawiający podniósł, że zamawiający musi ponownie przeprowadzić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz przede wszystkim przeanalizować swoje możliwości finansowe, gdyż wartość oferty SITA Południe Sp. z o.o. z Częstochowy przewyższa cenę pierwotnie wybranej oferty PZOM S. o kwotę 4.880.424,35 zł brutto. Na wniosek zamawiającego okres związania ofertą został przedłużony przez wykonawcę SITA Południe sp. z o.o. W związku z powyższym do momentu ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty w niniejszym przetargu nieograniczonym usługi odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych świadczone będą w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Udzielenie zamówienia z wolnej ręki jest w tym przypadku dopuszczalne, gdyż wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów zamówienia. W aspekcie czasowym jest to sytuacja, w której zamawiający ma mniej czasu na udzielenie zamówienia niż w przypadku pilnej potrzeby udzielenia zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, która stanowi przesłankę zastosowania negocjacji bez ogłoszenia. Istotną cechą charakteryzującą niniejsze zamówienie jest natychmiastowość wykonania, szybka reakcja i krótki okres trwania zamówienia, mający na celu jedynie usunięcie absolutnie niezbędnych skutków zdarzenia niemożliwego do przewidzenia. Ponadto sytuacja, w której wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, powinna być dla zamawiającego nieprzewidywalna. W opisywanym przypadku charakter niemożliwy do przewidzenia ma konieczność natychmiastowego udzielenia zamówienia publicznego. Wymagane jest tutaj natychmiastowe wykonanie zamówienia, co nie wynika z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Praktycznie jest to sytuacja, w której należy udzielić zamówienia bez żadnej zwłoki, a samo zamówienie powinno zostać zrealizowane natychmiastowo.

Z ogłoszenia o zamówieniu wynika, iż cena wybranej oferty wynosi 148.803,23 zł.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że odwołujący jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W myśl art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy 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.

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.

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 natychmiastowego udzielenia zamówienia, będąca rezultatem przeciągającego się bez winy zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zaistniała sytuacja, w której wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, nie może wynikać z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Nie może być zatem spowodowana zamierzoną opieszałością w udzieleniu zamówienia (tak też: Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art. 67 ustawy Prawo zamówień publicznych*, LEX).

W rozpoznawanej sprawie Izba podziela stanowisko zamawiającego co do potrzeby natychmiastowego udzielenia zamówienia. Specyfika przedmiotu zamówienia (odbiór odpadów) przemawia za koniecznością zapewnienia ciągłego świadczenia tego typu usług, ponieważ przemawia za tym interes publiczny. Nietrudno bowiem wyobrazić sobie skutki nieodbierania odpadów w gminie nawet w krótkim okresie czasu, a tym bardziej na przestrzeni kilku czy kilkunastu tygodni. Niemniej jednak, w ocenie Izby, nie zachodzi tu przesłanka uzależniająca natychmiastowe udzielenie zamówienia od przyczyn nieleżących

po stronie zamawiającego, których nie mógł on przewidzieć. Jak wskazał sam zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 17 września 2013 roku oraz na rozprawie w dniu 18 września 2013 roku przyczynami, które spowodowały tak daleko idące opóźnienie w rozstrzygnięciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego były: dwukrotnie zastosowana procedura odwoławcza, czas trwania postępowania odwoławczego, terminy otrzymania orzeczeń po rozpoznaniu dwóch odwołań, konieczność dokonania uzgodnień z pozostałymi wójtami i burmistrzami gmin (uczestnikami postępowania), co z kolei wiązało się z koniecznością odbycia się sesji rad gmin. Jak podnosił zamawiający – sesje te odbyły się dopiero pod koniec sierpnia i na początku września br.

W ocenie Izby żadna ze wskazanych okoliczności nie wynika z przyczyn nieleżących po stronie zamawiającego i których nie mógł on przewidzieć. Zamawiający, wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, winien uwzględnić wszystkie czynności i procedury z tym związane, w tym również możliwość korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej. Dwukrotne wniesienie odwołania w jednym postępowaniu nie jest niczym nadzwyczajnym i jest sytuacją z całą pewnością możliwą do przewidzenia. Z kolei zwołanie sesji rad gmin należy już do czynności organizacyjnych leżących wyłącznie po stronie zamawiającego. Bez znaczenia jest przy tym fakt, iż działająca w imieniu innych zamawiających Gmina Koszęcin nie ma wpływu na terminy sesji poszczególnych rad gmin. Gmina Koszęcin działa bowiem w imieniu innych gmin na podstawie art. 16 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający mogą wspólnie przeprowadzić postępowanie i udzielić zamówienia, wyznaczając spośród siebie zamawiającego upoważnionego do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia w ich imieniu i na ich rzecz. Fakt upoważnienia jednego z zamawiających do działania w imieniu innych nie powoduje, że pozostali tracą status zamawiających. Okoliczności powstałe po stronie któregośkolwiek z nich odnoszą skutki wobec podmiotu upoważnionego do działania. Argumentacja, iż czynności pozostałych zamawiających nie obciążają zamawiającego upoważnionego do działania w ich imieniu nie znajduje podstaw. Wskazuje na to art. 16 ust. 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym przepisy dotyczące zamawiającego stosuje się odpowiednio do zamawiających, o których mowa w ust. 1.

Reasumując powyższe Izba uznała, że zamawiający zawierając umowę z wykonawcą PZOM W. S. w trybie z wolnej ręki naruszył przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Niemniej jednak w ocenie Izby utrzymanie zawartej umowy leży w ważnym interesie publicznym, uzasadnionym specyfiką przedmiotu zamówienia. Z tego też powodu Izba skorzystała z dyspozycji przepisu art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, zgodnie z którym uwzględniając odwołanie, Izba może – jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta oraz zachodzi jedna z przesłanek, o których mowa w art. 146 ust. 1 – nałożyć karę

finansową albo orzec o skróceniu obowiązywania umowy w przypadku stwierdzenia, że utrzymanie umowy leży w ważnym interesie publicznym, w szczególności w dziedzinach obronności lub bezpieczeństwa. W rozpoznawanym przypadku zachodzi przesłanka wskazana w art. 146 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, polegająca na tym, iż zamawiający z naruszeniem przepisów zastosował tryb z wolnej ręki.

Stosownie do art. 193 ustawy Pzp kary finansowe, o których mowa w art. 192 ust. 3 pkt 2 lit. b i c, nakłada się na zamawiającego w wysokości do 10 % wartości wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w zawartej umowie, biorąc pod uwagę rodzaj i zakres naruszenia oraz wartość wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w zawartej umowie, za które kara jest orzekana. Ponieważ wartość zawartej umowy stanowi 148.803,23 zł Izba nałożyła na zamawiającego karę w wysokości 7 440 zł 16 gr, co stanowi 5% jej wartości.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz stosownie do postanowień § 3 pkt 1 lit. a oraz § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....