

Sygn. akt: KIO/KD 14/24

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

Warszawa, dnia 8 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

**Przewodniczący: Ernest Klauziński
Beata Konik
Piotr Kozłowski**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 11 lipca 2024 r. (wpływ w dniu 17 lipca 2024 r.) zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez: Gminę Rychliki, Rychliki 86, 14-411 Rychliki od wyniku kontroli doraźnej z dnia 3 lipca 2024 r. (znak: KND/147/23/DKZP), w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na: Dowóz uczniów do Szkoły Podstawowej im. J. Korczaka z oddziałami przedszkolnymi w Rychlikach (wszczętego 30 sierpnia 2023 r. w trybie z wolnej ręki - art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 5)

wyraża opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Przedmiotem zamówienia była *realizacja usług przewozowych na podstawie biletów miesięcznych dla dzieci i młodzieży (dalej „uczniów” lub „dzieci”) dojeżdżających do Szkoły Podstawowej im. J. Korczaka z oddziałami przedszkolnymi w Rychlikach (dalej „SP”) w okresie od 01.09.2023 r. do 31.12.2023 r. w ramach przewozów regularnych na liniach komunikacyjnych obejmujących miejscowości, z których dojeżdżają uczniowie do szkoły wraz z opieką na czas dowozu.*

Zamawiający – Gmina Rychliki wszczął w dniu 30 sierpnia 2023 r. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki przez zaproszenie do negocjacji wykonawcę: Transport Osobowy S.M.S., Smolajny 83, 11-040 Dobre Miasto

Jak wynika z protokołu z przeprowadzonych negocjacji z dnia 31 sierpnia 2023 r. szacunkową cenę wykonania zamówienia wynegocjowano na kwotę 261 792 zł brutto miesięcznie (w tym podatek VAT 8%). Ceny jednostkowe biletów miesięcznych wynegocjowano na poziomie 303 zł za sztukę.

Wartość zamówienia przedmiotowego postępowania wyniosła 261 792 zł netto, co stanowiło równowartość 58 782,11 euro. Została ona ustalona w dniu 10 sierpnia 2023 r. na podstawie kosztów dojazdów z ubiegłego roku uwzględniając wzrost cen, proporcjonalnie do liczby miesięcy.

Zamawiający uzasadnił wybór trybu zamówienia z wolnej ręki w następujący sposób: *Zamawiający nie mógł przewidzieć okoliczności związanych z faktem wniesienia odwołania od decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz tego, że uczyni to niemożliwym realizację usługi w określonym terminie od 1 września 2023 roku. Zorganizowanie nowego postępowania z zachowaniem terminów wymaganych przepisami prawa i umożliwieniu oferentom skompletowania wszystkich dokumentów, w tym zezwoleń na prowadzeniu*

regularnych przewozów w krajowym transporcie zbiorowym na terenie Gminy Zamawiającego doprowadziłoby do tego, że jego wyniki ogłoszone byłyby w czasie kiedy usługa objęta przedmiotem zamówienia miałaby się zakończyć (31.12.2023 r.). Reasumując, interes publiczny polegający na konieczności wykonania przewozów dzieci do szkół wymagał natychmiastowej realizacji. Na skutek wniesionego odwołania (okoliczności której Zamawiający nie mógł przewidzieć w przedmiotowej sprawie) nie było możliwe zawarcie umowy z wybranym oferentem. W tej sytuacji usługa została zrealizowana w ramach zamówienia z wolnej ręki.

Zamawiający zawarł umowę z wykonawcą Transport Osobowy S.M.S. w dniu 31 sierpnia 2023 r. na kwotę 261 792 zł.

Ogłoszenie o wyniku postępowania zostało zamieszczone w BZP w dniu 11 grudnia 2023 r. pod nr 00544437/01.

Jednocześnie należy wyjaśnić, iż Zamawiający uprzednio przeprowadził postępowanie w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy Pzp w przedmiocie zamówienia pn. *Dowóz uczniów do Szkoły Podstawowej im. J. Korczaka z oddziałami przedszkolnymi w Rychlikach* (nr postępowania 2710.6.2023).

Zostało ono wszczęte przez Zamawiającego w dniu 11 sierpnia 2023 r. przez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2023/BZP 000350864. Wartość zamówienia wyniosła 300 000 zł netto, co stanowiło równowartość 64 794,82 euro. Została ona ustalona w dniu 10 sierpnia 2023 r. na podstawie kosztów dojazdów z ubiegłego roku uwzględniając wzrost cen, proporcjonalnie do liczby miesięcy. Termin składania ofert upłynął w dniu 21 sierpnia 2023 r. godz. 10:00.

Zgodnie z treścią protokołu postępowania do upływu terminu składania ofert tj. 21 sierpnia 2023 r. w przedmiotowym postępowaniu wpłynęły do Zamawiającego oferty następujących wykonawców:

1. Usługi Transportowe K.K. Sp. z o.o., cena oferty: 134 784,00 zł brutto;
2. Transport Osobowy S.M.S., cena oferty: 261 792,00 zł brutto;
3. Olsztyński Bus Sp. z o.o., cena oferty: 134 784,00 zł brutto;
4. Arriva Bus Transport Polska Sp. z o.o., cena oferty: 126 221,76 zł brutto.

Zamawiający odrzucił oferty następujących wykonawców:

1. Usługi Transportowe K.K. Sp. z o.o.

Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień Publicznych.

Zamawiający wymagał realizacji usług na podstawie biletów miesięcznych w ramach przewozów regularnych na liniach komunikacyjnych obejmujących miejscowości, z których dojeżdżają uczniowie do szkoły. Do realizacji takich przewozów niezbędne jest posiadanie zezwolenia na wykonywanie regularnych przewozów na liniach komunikacyjnych obejmujących miejscowości, z których dojeżdżają uczniowie. Wykonawca takiego zezwolenia nie posiada. Po wniesionym odwołaniu przez jednego z wykonawców, unieważniono czynność odrzucenia oferty.

2. Olsztyński Bus Sp. z o.o.

Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień Publicznych.

Zamawiający wymagał realizacji usług na podstawie biletów miesięcznych w ramach przewozów regularnych na liniach komunikacyjnych obejmujących miejscowości, z których dojeżdżają uczniowie do szkoły. Do realizacji takich przewozów niezbędne jest posiadanie zezwolenia na wykonywanie regularnych przewozów na liniach komunikacyjnych obejmujących miejscowości, z których dojeżdżają uczniowie. Wykonawca takiego zezwolenia nie posiada. Po wniesionym odwołaniu przez jednego z wykonawców, unieważniono czynność odrzucenia oferty.

3. Arriva Bus Transport Polska Sp. z o.o.

Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień Publicznych.

Zamawiający wymagał realizacji usług na podstawie biletów miesięcznych w ramach przewozów regularnych na liniach komunikacyjnych obejmujących miejscowości, z których dojeżdżają uczniowie do szkoły. Do realizacji takich przewozów niezbędne jest posiadanie zezwolenia na wykonywanie regularnych przewozów na liniach komunikacyjnych obejmujących miejscowości, z których dojeżdżają uczniowie. Wykonawca takiego zezwolenia nie posiada. Po wniesionym odwołaniu przez jednego z wykonawców, unieważniono czynność odrzucenia oferty.

W zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu ofert z dnia 25 sierpnia 2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty złożonej przez Transport Osobowy S.M.S. cena brutto oferty: 261 792,00 zł.

Zamawiający podał następujące uzasadnienie wyboru: *Wykonawca nie został wykluczony z postępowania, oferta spełnia wymagania określone w Specyfikacji Warunków Zamówienia i ustawie z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych. Ofercie przyznano 100 pkt., zgodnie z kryteriami i zasadami wyboru ofert opisanymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia. Zgodnie z ppkt 1 pkt 26 protokołu postępowania wykonawca Arriva Bus Transport Polska Sp. z o.o. wniósł odwołanie w dniu 31 sierpnia 2023 r. na odrzucenie oferty*

odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako niezgodnego z warunkami zamówienia (brak zezwolenia na wykonywanie transportu regularnego na liniach obejmujących wskazane miejscowości). W dniu 13 września 2023 r. Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze (sygn. akt: KIO 2560/23), ponieważ Zamawiający pismem z dnia 7 września 2023 r. poinformował KIO o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych przez Odwołującego. Na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej nie została wniesiona skarga. Zgodnie z pkt 27 protokołu postępowania: w postępowaniu po przeprowadzeniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia ofert, do Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie złożone przez Arriva Bus Transport Polska Sp. z o.o., którego oferta została odrzucona w toku postępowania (odrzucono również oferty Usługi Transportowe K.K. Sp. z o.o., Olsztyński Bus Sp. z o.o.). Zarzucono, że oferta została odrzucona ze względu na brak zezwolenia na wykonywanie regularnych usług transportu zbiorowego, czego Zamawiający nie wymagał w SWZ. Zamawiający uwzględnił odwołanie wniesione przez Arriva Bus Transport Polska Sp. z o.o., żaden z wykonawców nie wniósł sprzeciwu, w związku z czym Krajowa Izba Odwoławcza w dniu 13.09.2023 r. wydała postanowienie o umorzeniu postępowania (wpływ do Zamawiającego w dniu 25.09.2023 r.). Zgodnie z uznanym w odwołaniu żądaniem Zamawiający w dniu 27.09.2023 r. unieważnił zaskarżone czynności, tj. wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzuceniem ofert trzech ww. wykonawców. W dniu 3 października 2023 r. Zamawiający zawiadomił o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 ust. 5 ustawy Pzp tj. Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Uzasadniając, iż (...) w niniejszej sprawie dnia 25.08.2023 r.

Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucił oferty pozostałych uczestników postępowania. Od wskazanego rozstrzygnięcia jeden z oferentów - Arriva Bus Transport Polska Sp. z o.o. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Zamawiający po zapoznaniu się z treścią odwołania uwzględnił je w całości, a Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowania w sprawie nakazując Zamawiającemu powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Postanowienie w tej kwestii zostało doręczone Zamawiającemu w dniu 26.09.2023 r. W dniu 27.09.2023 r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia pozostałych ofert. W dniu 02.10.2023 r. minął termin na ewentualne odwołanie od wskazanej czynności.

Zamawiający dodał w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania z dnia 3 października 2023 r., iż: (...) Jednocześnie zaznaczyć należy że, Zamawiający mając na uwadze fakt złożenia odwołania przez jednego z uczestników i wynikającą z tego niemożność zawarcia umowy z wybranym oferentem (art. 577 p.z.p.), zmuszony był udzielić zamówienia z wolnej

ręki w trybie art. 214 p.z.p. Stosownie bowiem do art. 214 ust. 1 pkt. 1 lit. a) p.z.p. usługi objęte przedmiotem zamówienia na dzień 01.09.2023 r. mogły być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze – jedynie podmiot Transport Osobowy S.M.S. posiadał ważne zezwolenie na wykonywanie regularnych przewozów w krajowym transporcie zbiorowym na terenie gminy Zamawiającego. Co więcej zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt. 5 p.z.p. ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane było natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie było możliwości zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Zaznaczyć bowiem należy, że od dnia 01.09.2023 r. tj. rozpoczęcia roku szkolnego, konieczne było natychmiastowe zorganizowanie przewozu dzieci do szkół na terenie gminy Rychliki, a na skutek wniesionego odwołania od wyniku postępowania mającego za przedmiot wskazane usługi (okoliczność niemożliwa do przewidzenia przez Zamawiającego), nie było możliwe zawarcie umowy z wybranym oferentem, a tym bardziej zachowanie terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Tym samym Zamawiający, mając na uwadze konieczność wykonania zamówienia, przy jednoczesnej niemożliwość zawarcia umowy z oferentem wybranym w przedmiotowym postępowaniu na skutek wniesionego odwołania, zmuszony był udzielić zamówienia z wolnej ręki. Usługa objęta przedmiotem zamówienia jest zatem w tym momencie już realizowana.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, należy stwierdzić że w przedmiotowej sprawie Zamawiający nie mógł przewidzieć okoliczności związanych z faktem wniesienia odwołania od decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz tego, że uczyni to niemożliwym realizację usługi w zakreślonym terminie. Podkreślić należy, że zorganizowanie dojazdów dzieci do szkół w roku szkolnym rozpoczynającym się w dniu 01.09.2023 r. było konieczne i nie można było wykonać wskazanego zamówienia z jakimkolwiek opóźnieniem. Jest to bowiem zadanie ciążące na administracji samorządowej, realizowane w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych z oświatą. Tym samym interes publiczny wymagał natychmiastowej realizacji wskazanej usługi. Jednocześnie dalsze prowadzenie czynności w ramach niniejszego postępowania tj. wybór najkorzystniejszej oferty w sytuacji, gdy zamówienie nie może już być zrealizowane w zakreślonym terminie za podaną cenę, jest nieracjonalne, sprzeczne z interesem publicznym oraz wymaga zmiany przedmiotu zamówienia i Specyfikacji Warunków Zamówienia. Co więcej zorganizowanie nowego postępowania z zachowaniem terminów wymaganych przepisami prawa i umożliwieniu oferentom skompletowania wszystkich dokumentów, w tym zezwoleń na prowadzenie regularnych przewozów w krajowym transporcie zbiorowym na terenie gminy Zamawiającego doprowadziłoby do tego, że jego wyniki byłyby ogłoszone w czasie kiedy usługa objęta przedmiotem zamówienia miałaby się zakończyć (31.12.2023 r.).

Reasumując interes publiczny polegający na konieczności wykonywania przewozów dzieci do szkół, wymagał natychmiastowej realizacji, a na skutek wniesionego odwołania (okoliczności, która nie mogła być w przedmiotowej sprawie przewidziana przez Zamawiającego) nie było to możliwe w ramach zawarcia umowy z wybranym oferentem. W tej sytuacji usługa jest realizowana w ramach zamówienia z wolnej ręki. Co więcej wybór oferty w sytuacji, gdy nie jest możliwe zrealizowanie usługi w określonym czasie (01.09.2023 – 31.12.2023 r.) wymaga zmiany przedmiotu zamówienia i Specyfikacji Warunków Zamówienia, a tym samym zorganizowania nowego postępowania. To z kolei wiąże się z tym, że w momencie jego rozstrzygnięcia jego realizacja będzie już bezcelowa, ponieważ upłynie okres czasu w jakim usługa miałaby być organizowana.

Zgodnie z pkt 25 protokołu postępowania zawiadomienie o unieważnieniu postępowania zostało przesłane w dniu 3 października 2023 r. oraz opublikowane na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Natomiast zgodnie z ppkt 2 pkt 29 protokołu postępowania ogłoszenie o wyniku postępowania zostało opublikowane w BZP w dniu 3 października 2023 r. pod nr 2023/BZP 00071312/02/P.

Pismem z dnia 16 listopada 2023 r. Zamawiający został wezwany do ustosunkowania się do zarzutów wnioskodawcy. Na ww. wezwanie Zamawiający udzielił wyjaśnień o następującej treści: (...)

*(...) Jednocześnie zaznaczyć należy, że Zamawiający, mając na uwadze fakt złożenia odwołania przez jednego z uczestników i wynikającą z tego niemożność zawarcia umowy z wybranym oferentem (art. 577 p.z.p.), zmuszony był udzielić zamówienia z wolnej ręki w trybie art. 214 p.z.p. Stosownie bowiem do art. 214 ust. 1 pkt. 1 lit. a) p.z.p. usługi objęte przedmiotem zamówienia na dzień 01 września 2023 r. mogły być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze – **jedynie podmiot Transport Osobowy S.M.S. posiadał ważne zezwolenie na wykonywanie regularnych przewozów w krajowym transporcie zbiorowym na terenie gminy Zamawiającego. Wnioskodawca w tym czasie takiego zezwolenia nie posiadał (de facto nie posiada on go dnia dzisiejszego, o czym szczegółowo w dalszej części pisma).** Co więcej zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt. 5 p.z.p. ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane było **natychmiastowe wykonanie zamówienia**, a nie było możliwości zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Zaznaczyć bowiem należy, że od dnia 1 września 2023 r. tj. rozpoczęcia roku szkolnego, konieczne było natychmiastowe zorganizowanie przewozu dzieci do szkół na terenie gminy Rychliki, a na skutek wniesionego odwołania od wyniku postępowania mającego za przedmiot wskazane usługi (okoliczność*

niemożliwa do przewidzenia przez Zamawiającego), nie było możliwe zawarcie umowy z wybranym oferentem, a tym bardziej zachowanie terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Tym samym Zamawiający, mając na uwadze konieczność wykonania zamówienia, przy jednoczesnej niemożliwość zawarcia umowy z oferentem wybranym w przedmiotowym postępowaniu na skutek wniesionego odwołania, zmuszony był udzielić zamówienia z wolnej ręki. Usługa objęta przedmiotem zamówienia była zatem w tym momencie już realizowana, ale Zamawiający ze względu na powyższe okoliczności, interes publiczny oraz konieczność zaspokojenia potrzeb społecznych, zmuszony był udzielić zamówienia w powyższym trybie, a jedynym podmiotem posiadającym w tym zakresie stosowne zezwolenia był podmiot Transport Osobowy S.M.S..

Fakt wniesienia odwołania przez Wnioskodawcę nie był okolicznością, którą Zamawiający mógł przewidzieć. Źródło tych okoliczności nie leżało zatem w błędnych decyzjach Zamawiającego, ale wynikało z działań Wnioskodawcy niezadowolonego z wyniku postępowania. Jedynym podmiotem, który mógł przewidzieć zatem wystąpienie tych okoliczności był Wnioskodawca.

(...) Mając na uwadze powyższe okoliczności, należy stwierdzić, że w przedmiotowej sprawie Zamawiający nie mógł przewidzieć okoliczności związanych z faktem wniesienia odwołania od decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz tego, że uczyni to niemożliwym realizację usługi w określonym terminie. Podkreślić należy, że zorganizowanie dojazdów dzieci do szkół w roku szkolnym rozpoczynającym się w dniu 01 września 2023 r. było konieczne i nie można było wykonać wskazanego zamówienia z jakimkolwiek opóźnieniem. Jest to bowiem zadanie ciążące na administracji samorządowej, realizowane w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych z oświatą. Tym samym interes publiczny wymagał natychmiastowej realizacji wskazanej usługi. **Jednocześnie dalsze prowadzenie czynności w ramach niniejszego postępowania tj. wybór najkorzystniejszej oferty w sytuacji, gdy zamówienie nie może już być zrealizowane w określonym terminie za podaną cenę, jest nieracjonalne, sprzeczne z interesem publicznym oraz wymaga zmiany przedmiotu zamówienia i Specyfikacji Warunków Zamówienia.** Co więcej zorganizowanie nowego postępowania z zachowaniem terminów wymaganych przepisami prawa i umożliwieniu oferentom skompletowania wszystkich dokumentów, w tym zezwoleń na prowadzenie regularnych przewozów w krajowym transporcie zbiorowym na terenie gminy Zamawiającego doprowadziłoby do tego, że jego wyniki byłyby ogłoszone w czasie, kiedy usługa objęta przedmiotem zamówienia miałaby się zakończyć (31 grudnia 2023 r.). Interes publiczny polegający na konieczności wykonywania przewozów dzieci do szkół, wymagał natychmiastowej realizacji, a na skutek wniesionego odwołania (okoliczności, która nie mogła być w przedmiotowej sprawie przewidziana przez Zamawiającego) nie było to możliwe w ramach zawarcia umowy z wybranym oferentem. W tej sytuacji usługa była realizowana

w ramach zamówienia z wolnej ręki.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzone w trybie podstawowym pn. Dostawa uczniów do Szkoły Podstawowej im. J. Korczaka z oddziałami przedszkolnymi (nr postępowania 2710.6.2023) było przedmiotem kontroli przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznej. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził naruszenie art. 255 pkt 5 ustawy Pzp w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 30 kwietnia 2024 r. Zamawiający – Gmina Rychliki wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej, które nie zostały uwzględnione przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w wyniku czego zostały przekazane do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą na podstawie art. 610 ust. 2 ustawy Pzp. Zastrzeżenia te nie zostały uwzględnione przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Po przeprowadzeniu kontroli doraźnej na podstawie art. 607 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, dalej: Pzp), Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził na podstawie art. 609 ust. 1 pkt 2 Pzp naruszenie:

- 1. art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 16 pkt 1 oraz art. 129 ust. 2 Pzp przez udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki mimo nieziszczenia się przesłanek wyboru tego trybu, czym Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę prymatu trybów przetargowych;**
- 2. art. 309 ust. 1 Pzp przez zaniechanie zamieszczenia w ustawowym terminie w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o wyniku postępowania zawierającego informację o udzieleniu przedmiotowego zamówienia.**

W zakresie uzasadnienia ww. stanowiska Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zważył co następuje:

Ad. 1

Mając na uwadze przedstawione okoliczności faktyczne na wstępie należy wskazać, iż zgodnie z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Stosownie zaś do treści art. 129 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego i przetargu ograniczonego, a w pozostałych trybach zamawiający może udzielić zamówienia w przypadkach określonych w ustawie.

Na wstępie należy wskazać, iż zamówienie z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach, gdy zastosowanie innego, konkurencyjnego trybu postępowania, nie jest możliwe. Zgodnie bowiem z art. 213 ust. 1 ustawy Pzp zamówienie z wolnej ręki to tryb udzielenia zamówienia, w którym zamawiający udziela zamówienia po negocjacjach tylko z jednym wykonawcą. Z tego powodu jest to tryb, którego stosowanie ustawodawca dopuszcza tylko w szczególnych, wymienionych w ustawie Pzp przypadkach, których zamknięty katalog zawiera art. 214 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarówno Sąd Najwyższy (np. wyrok z dnia 6 lipca 2001 r., sygn. III RN 16/01), jak i Naczelny Sąd Administracyjny (np. wyrok z dnia 11 września 2000 r., sygn. II SA 2074/00) podkreślały, iż przepisy zezwalające na udzielanie zamówień w trybie z wolnej ręki muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów ma charakter wyczerpujący. Podobnie w swoich orzeczeniach wywoził Europejski Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (wyrok z dnia 10 kwietnia 2003 r. C-20/01, C28/01, wyrok z dnia 18 listopada 2004 r. C-126/03).

Należy zauważyć, iż tryb zamówienia z wolnej ręki może być stosowany wyłącznie, jeśli w danym przypadku zachodzi co najmniej jedna z okoliczności wymienionych w art. 214 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi – w odniesieniu do trybu zamówienia z wolnej ręki – dopełnienie regulacji określonej w art. 129 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający może udzielić zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego i przetargu ograniczonego, a w pozostałych trybach zamawiający może udzielić zamówienia w przypadkach określonych w ustawie. Przesłanki warunkujące zastosowanie tego trybu, jako wyjątku od zasady udzielania zamówień w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, muszą być interpretowane ściśle i nie mogą być w drodze zabiegów interpretacyjnych przenoszone na sytuacje podobne lub zbliżone. Udzielenie zamówienia z wolnej ręki bez spełnienia przesłanek ustawowych umożliwiających skorzystanie z tego trybu prowadzi do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych.

W wyroku z dnia 7 października 2022 r. sygn. akt: KIO 2493/22 Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła następujący pogląd: „Przesłanki udzielania zamówienia w trybie z wolnej ręki podlegają wykładni ścisłej, stanowią bowiem wyjątek od zasady udzielania zamówień publicznych z zachowaniem konkurencyjności. Zasady udzielania zamówień publicznych: równego traktowania, uczciwej konkurencji oraz przejrzystości nakazują, aby w razie wątpliwości, co do spełnienia przesłanek do udzielenia zamówienia z wolnej ręki, przyjmować wykładnię bardziej restrykcyjną, nie zaś rozszerzającą (...). O zastosowaniu trybu zamówienia z wolnej ręki będą decydowały przede wszystkim przyczyny techniczne o obiektywnym

charakterze. Stosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie tego przepisu jest jednak uzależnione od kumulatywnego spełnienia następujących przesłanek:

- 1) wystąpienia stanu, w którym z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze udzielenie zamówienia innemu wykonawcy niż wskazany przez zamawiającego jest niemożliwe, oraz
- 2) nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia.

Zgodnie z motywem 50 preambuły dyrektywy 2014/24/UE, gdy sytuacja wyłączności spowodowana jest względami technicznymi, powinny one być rygorystycznie określone i uzasadnione w każdym indywidualnym przypadku. Mogą one obejmować np. techniczną niemożliwość osiągnięcia przez innego wykonawcę wymaganej wydajności lub konieczność skorzystania ze specjalistycznej wiedzy, narzędzi lub środków, którymi dysponuje wyłącznie jeden wykonawca. Względy techniczne mogą być także spowodowane szczególnymi wymogami z zakresu interoperacyjności, które należy spełnić, by zapewnić funkcjonowanie zamawianych robót budowlanych, dostaw lub usług.

Zamawiający musi więc wykazać, że tylko i wyłącznie wskazany wykonawca jest w stanie w ogóle zamówienie wykonać. Konieczne jest zatem obiektywne ustalenie przez zamawiającego, czy w danej sytuacji, w odniesieniu do konkretnego zamówienia nie istnieją inni alternatywni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie zrealizować zamówienie. Ustalając krąg wykonawców, należy wziąć pod uwagę nie tylko wykonawców prowadzących działalność na terenie Polski, ale również wykonawców pochodzących z innych państw. Wystarczy, że na rynku działa co najmniej dwóch lub większa liczba podmiotów mogących wykonać zamówienie, aby możliwość zastosowania przedmiotowego trybu z przyczyn technicznych była wyłączona. Ciężar udowodnienia, że zaistniały podstawy do odstąpienia od procedury konkurencyjnej i udzielenia zamówienia z wolnej ręki ciąży na tym, kto wywodzi z tego skutki prawne, a więc na zamawiającym, który wszczyna takie postępowanie. Na powyższe wskazuje również orzecznictwo TSUE: stroną twierdzącą, że przesłanki zawarte w tym przepisie zostały spełnione jest zamawiający, który ze swoich twierdzeń wywodzi skutki prawne w postaci udzielenia zamówienia w trybie niekonkurencyjnym. Ciężar udowodnienia, że zachodzą przesłanki uzasadniające odstępstwo od procedury konkurencyjnej spoczywa bowiem na podmiocie powołującym się na te okoliczności (vide przykładowo wyroki TSUE w sprawach C-199/85, C-394/02, C-385/02).

Pojęcia przyczyn technicznych nie należy utożsamiać z pojęciem przyczyn technologicznych, nie chodzi tu wyłącznie o umiejętności i możliwości specjalistyczne, lecz również względy logistyczne i organizacyjne pozwalające na ich wykorzystanie w określony sposób, a więc także dającą się przewidzieć i oszacować sprawność wykonawcy/dostawcy w realizacji zamówienia (wyr. SA w Warszawie z 21.1.2015 r., I ACa 1201/14, Legalis). W orzecznictwie

TSUE podkreśla się, że "przyczyny techniczne" muszą nie tylko dotyczyć aspektów technicznych danych usług, robót budowlanych lub towarów, które mają być przedmiotem zamówienia publicznego, lecz także mieć taki charakter, aby w sposób obiektywny wskazywały, że wykonanie zamówienia przez innego wykonawcę jest ze względów technicznych rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione, i że ta niemożliwość ma charakter nieprzewycięzalny (orz. TSUE z 10.3.1987 r., C-199/85 Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Włoska).

W uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 października 2016 r. (sygn. akt KIO/KD 66/16) wskazano, że w orzecznictwie TSUE znajdują się wyroki, w których dopuszczano szersze rozumienie przyczyn technicznych niż tylko te o charakterze konstrukcyjnym czy materiałowym, np. takie, które uwzględniały aspekt środowiskowy czy złożony charakter zamówienia. Niemniej jednak należy podkreślić, że za każdym razem Trybunał wskazywał, że tak rozumiana przyczyna techniczna musi jednocześnie respektować podstawowe zasady prawa unijnego, w szczególności zasadę niedyskryminacji, która wynika ze swobody świadczenia usług i swobody świadczenia działalności gospodarczej, zatem zamawiający musi również wykazać, że tylko konkretny wykonawca może dane zamówienie wykonać" (np. wyr. TS z 10.4.2003 r. w sprawach połączonych C-20/01 oraz C-28/01, Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Federalna Niemiec, EU:C:2003:220, oraz z 14.9.2004 r. w sprawie C-385/02, Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Włoska).

Z kolei w wyroku z dnia 6 lipca 2001 r. (sygn. akt III RN 16/01) Sąd Najwyższy – Izba Administracyjna, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych przyjął, że względy techniczne uzasadniające udzielenie zamówienia z wolnej ręki określone mu wykonawcy bez przeprowadzenia procedury konkurencyjnej muszą mieć jednak zasadniczy charakter. Zamawiający, podejmując taką decyzję, musi móc wykazać, że wykonanie zamówienia przez innego wykonawcę w danym miejscu i czasie jest ze względów technicznych rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione. Niemożliwość ta musi mieć charakter trwały oraz nieprzewycięzalny.

Zamawiający musi zatem wykazać w sposób jednoznaczny i niebudzący żadnych wątpliwości, że zachodzi zobiektywizowany przypadek, że na rynku występuje tylko jeden wykonawca zdolny zrealizować zamówienie zgodnie z jego potrzebami. Okoliczność taka musi zaistnieć w sposób bezdyskusyjny, mieć charakter trwały i nieusuwalny. Należy odróżnić obiektywnie istniejący stan faktyczny, w którym istnieje jedyny wykonawca zdolny do wykonania zamówienia, od subiektywnych wyobrażeń i przekonania zamawiającego na tę okoliczność. Tym samym, jeżeli istnieją na rynku inne podmioty mogące zrealizować zamówienie, należy przeprowadzić postępowanie w trybie konkurencyjnym lub w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Istnienie tylko jednego wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia musi być oczywiste i wynikać z obiektywnych, niebudzących wątpliwości faktów, a nie własnego przekonania

zamawiającego. Nie jest przesłanką pozwalającą na zastosowanie trybu z wolnej ręki uznanie przez zamawiającego, że proponowany przez niego wykonawca jest jedynym, który ze względu na szczególne zaufanie, doświadczenie i możliwości organizacyjne może wykonać zamówienie. Również do takiego uznania nie wystarcza fakt, że zamówienie ma złożony charakter, długi czas realizacji lub fakt, że przedmiotem zamówienia są urządzenia o specyficznych cechach lub o specyficznych cechach ich montażu (uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO/KD 37/17).

W wyroku z dnia 26 listopada 2021 r. sygn. akt KIO 3296/21 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż (...) Dla oceny spełnienia przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a PrZamPubl konieczne jest ustalenie czy w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy obiektywnie usługę może świadczyć tylko jeden wykonawca. Zamawiający przywoływał w odpowiedzi na odwołanie orzeczenie TSUE (dawniej Trybunał Sprawiedliwości) z 10 marca 1987 r. C-199/85 Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Włoch, w którym Trybunał dając swoistą wykładnię tej przesłanki stwierdził, że do prawidłowego zastosowania trybu negocjacyjnego bez publikacji ogłoszenia z przyczyn technicznych nie jest wystarczające wykazanie, iż konkretny wykonawca jest zdolny do najbardziej efektywnej realizacji danego zamówienia. Należy bowiem wykazać, że tylko i wyłącznie dany wykonawca jest w stanie w ogóle zamówienie wykonać. Konieczne jest zatem obiektywne ustalenie przez zamawiającego, czy w danej sytuacji, w odniesieniu do danego konkretnego zamówienia, istnieją jacykolwiek inni alternatywni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie zrealizować zamówienie. Wystarczy, że na rynku działają co najmniej dwa podmioty mogące wykonać zamówienie, aby możliwość zastosowania przedmiotowego trybu z przyczyn technicznych była wyłączona. „Przyczyny techniczne” muszą nie tylko dotyczyć aspektów technicznych danych usług, robót budowlanych lub towarów, które mają być przedmiotem zamówienia publicznego, lecz także mieć taki charakter, aby w sposób obiektywny wskazywały, że wykonanie zamówienia przez innego wykonawcę jest ze względów technicznych rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione, i że ta niemożliwość ma charakter nieprzezwycięzalny. Przyczyny techniczne to względy nie tylko techniczno-technologiczne, lecz także techniczno-organizacyjne, które sprawiają, że realizacja określonego zamówienia publicznego może być powierzona tylko jednemu wykonawcy”.

Należy zauważyć, iż orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, sądów krajowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące interpretacji przesłanki trybu zamówienia z wolnej ręki: „przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze” dokonane na gruncie wcześniej obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych pozostaje również aktualne w obecnym stanie prawnym - art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp.

Zastosowanie trybu z wolnej ręki „z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze” uwarunkowane jest szczególnym charakterem danego zamówienia, istnieniem jego

specyficznych cech technicznych powodujących, że na rynku nie występuje więcej niż jeden podmiot, który mógłby wykonać zamówienie, czyli istnienia faktycznego monopolu na rynku danych dostaw (tak orzeczenie ETS z dnia 18 maja 1995 r. w sprawie C-57/94 Komisja przeciwko Republice Włoskiej opubl. Zbiory orzecznictwa TE 1995 r., str. I-01249). Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 11 maja 2018 r., sygn. akt KIO/KD 18/18, stwierdziła, że „warunkiem zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ZamPublU jest wykazanie, że przedmiot zamówienia może być świadczony tylko przez wybranego Wykonawcę. W sytuacji, gdy istnienie tylko jednego Wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia nie jest oczywiste, Zamawiający powinien przeprowadzić weryfikację rynku w warunkach konkurencyjnych. Skorzystanie z trybu wyboru Wykonawcy z wolnej ręki, w oparciu o przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ZamPublU, jest uzależnione od szczególnego charakteru danego zamówienia - jego specyficznych cech technicznych powodujących, że na rynku nie występuje więcej niż jeden podmiot, który mógłby wykonać zamówienie. Natomiast przedmiotowych przyczyn technicznych nie można utożsamiać z przyczynami organizacyjnymi, gospodarczymi, społecznymi, ani przekonaniem, że wybrany przez Zamawiającego Wykonawca zrealizuje zamówienie najlepiej, najrzetelniej, w stopniu najwyższym odpowiadając nieuzasadnionym wymaganiom Zamawiającego, ani to czy dany Wykonawca dysponuje największym doświadczeniem bądź potencjałem organizacyjnym, w szczególności zaś nie może to być monopol spowodowany działaniami czy zaniechaniami dokonanymi przez samego Zamawiającego. Przy czym, dokonując tej oceny, należy brać pod uwagę nie tylko rynek polski, ale również rynek państw członkowskich Unii Europejskiej, zaś taki stan rzeczy musi mieć charakter trwały i nieprzewidywalny”.

W odniesieniu do przesłanki, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp należy podkreślić, iż argumentacja Zamawiającego odnosi się do tego, iż tylko jeden wykonawca tj. Transport Osobowy S.M.S. może świadczyć usługę objętą przedmiotowym postępowaniem z uwagi na posiadanie ważnego zezwolenia na wykonywanie regularnych przewozów w krajowym transporcie zbiorowym na terenie gminy Zamawiającego. Zatem, należy uznać, iż w niniejszej sprawie nie zachodziły okoliczności uzasadniające zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 305 pkt 1 w związku z art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp.

Należy wskazać, że obowiązkiem Zamawiającego było wykazanie, że tylko wybrany wykonawca jest w stanie zamówienie wykonać i jednocześnie nie istnieją inni alternatywni wykonawcy, którzy mogliby je zrealizować.

„Przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki muszą być interpretowane ściśle dlatego też Zamawiający powinien wskazać przyczyny techniczne uzasadniające udzielenie zamówienia bez przeprowadzenia procedury konkurencyjnej określonego wykonawcy, które muszą mieć zasadniczy charakter, tak by można było wykazać, że wykonanie zamówienia

przez innego wykonawcę jest ze względów technicznych rzeczywiście niemożliwe, a nie tylko utrudnione, i że ta niemożliwość ma charakter nieprzewidywalny” (tak Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 5 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO/KD 79/16), a istnienie tylko jednego Wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia musi być oczywiste i wynikać z obiektywnych, nie budzących wątpliwości faktów, nie zaś tylko z subiektywnego przekonania Zamawiającego.

Przyczyny techniczne pozostają najczęściej w ścisłym związku ze szczególnymi cechami przedmiotu zamówienia. Od przyczyn technicznych należy odróżnić przyczyny organizacyjne czy gospodarcze, które nie mają tu zastosowania. Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 8 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO/KD 54/20 podkreśliła, że „przyczyn technicznych, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a ZamPublU nie można utożsamiać z przyczynami organizacyjnymi, gospodarczymi czy też społecznymi” (tak też Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 11 maja 2018 r., sygn. akt KIO/KD 18/18).

Natomiast zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 5 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.

Zamówienia z wolnej ręki można udzielić, gdy ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia (ww. wspomniany art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp). Biorąc pod uwagę całkowite wyłączenie konkurencji w trybie zamówienia z wolnej ręki oraz zasadę proporcjonalności, zamówienie na podstawie tego przepisu może być udzielone tylko w takim zakresie, w jakim wymagana jest natychmiastowa realizacja określonego zamówienia. Przepis ten będzie miał więc zastosowanie jedynie w sytuacji, gdy zamawiający w wyniku wyjątkowego, nieprzewidywalnego zdarzenia zmuszony jest do natychmiastowej reakcji, niezbędnej do ograniczenia bezpośrednich skutków takiego zdarzenia, np. usunięcia bezpośredniego zagrożenia dla zdrowia lub życia czy zabezpieczenia majątku przed poniesieniem szkody o znacznych rozmiarach.

Przesłanki określone w ww. przepisie muszą wystąpić łącznie. Po pierwsze, musi dojść do zaistnienia wyjątkowej sytuacji niewynikłej z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której zamawiający nie mógł przewidzieć. Niemożność przewidzenia określonego zdarzenia charakteryzowana jest generalnie jako niske prawdopodobieństwo wystąpienia konkretnej sytuacji. Muszą to być sytuacje wykraczające poza normalne warunki życia gospodarczego

i społecznego. Przykładem mogą być klęski żywiołowe, katastrofy, awarie, niespodziewane wypadki itp. Dodatkowo wystąpienie okoliczności, której zamawiający nie mógł przewidzieć, musi powodować konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia.

W wyroku z dnia 7 listopada 2022 r. sygn. akt XXIII Zs 125/22 Sąd Okręgowy w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy wyraził następujący pogląd: Natychmiastowość wykonania zamówienia musi wynikać z konieczności ochrony interesu, którego naruszenie zagrożone jest wystąpieniem nieprzewidywalnych okoliczności, a który może doznać uszczerbku w przypadku zbyt długiego oczekiwania na udzielenie zamówienia publicznego. Do takich interesów zalicza się ochronę zdrowia i życia, bezpieczeństwo, zapobieganie szkodzie w majątku czy ochronę środowiska.

Jak wskazano w opinii Urzędu Zamówień Publicznych, ważne jest tutaj odróżnienie pilności udzielenia zamówienia, od konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia. Nie wszystkie zamówienia, które powinny być udzielone w trybie pilnym, wymagają natychmiastowego wykonania. Dla udzielania zamówień w trybie pilnym ustawodawca przewidział bowiem inny niż wolna ręka tryb – negocjacje bez ogłoszenia. Należy również podkreślić, że zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki powinno służyć wyłącznie do przeciwdziałania lub do usunięcia skutków nieprzewidywalnej sytuacji, która nie była przez zamawiającego zawiniona i której nie mógł on przeciwdziałać, a z powodu zaistnienia której zamawiający staje przed koniecznością natychmiastowego wykonania określonego rodzaju zamówienia (zob. Opinia wydana przez UZP nt. „Udzielanie zamówień publicznych w związku z wystąpieniem powodzi – zagadnienia wybrane na podstawie pytań kierowanych do Urzędu Zamówień Publicznych”, UZP 2015, s. 37, www.uzp.gov.pl). Określenie „natychmiast” wskazuje na maksymalny priorytet i szybkość jeszcze większą niż w trybie pilnym. Zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym w wyroku z dnia 8 stycznia 2019 r. sygn. akt KIO 2488/18 „Istotą zamówienia z wolnej ręki z art. 67 ust. 1 pkt 3 PZP2004 (obecnie art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp) jest nieprzewidywanie (nieplanowanie) jego udzielenia, a zamówienie samo powinno zmierzać do likwidacji skutków zdarzenia jakie miało miejsce. Kumulatywne spełnienie przesłanek zawartych w tej podstawie prawnej jest niezbędne dla oceny prawidłowego zastosowania przez zamawiającego tej podstawy prawnej”.

Zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki powinno służyć wyłącznie do przeciwdziałania lub do usunięcia skutków nieprzewidywalnej sytuacji, która nie była przez zamawiającego zawiniona i której nie mógł on przeciwdziałać, a z powodu zaistnienia której zamawiający staje przed koniecznością natychmiastowego wykonania określonego rodzaju zamówienia (uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 stycznia 2015 r., KIO/KD 23/15, niepubl.). W wyroku z dnia 18 października 2021 r. sygn. akt KIO 2685/21 Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła następujący pogląd: „(...) Tryb zamówienia z wolnej ręki znajduje zastosowanie w sytuacjach wymagających szczególnie szybkiej reakcji w celu ochrony interesu, który może

doznać uszczerbku w przypadku zbyt długiego oczekiwania na udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym stwierdzić należy, że zamówienie może być udzielone tylko w takim zakresie, w jakim wymagane jest natychmiastowe jego wykonanie. Natychmiastowość wykonania musi bezwzględnie wynikać z okoliczności, których wcześniej nie dało się przewidzieć, a potrzeba natychmiastowego zrealizowania zamówienia powinna być podyktowana koniecznością uniknięcia negatywnych skutków zaniechania niezwłocznego podjęcia działań".(...) Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby oraz poglądami doktryny przez pojęcie „wyjątkowej sytuacji”, którym posłużono się w przepisie art. 214 ust. 1 pkt 5 PrZamPubl, należy rozumieć zjawiska losowe i niezależne od Zamawiającego, takie jak klęski żywiołowe, katastrofy, awarie, wypadki. Specyfika wyjątkowej sytuacji musi powodować, że Zamawiający nie będzie w stanie przewidzieć jej wystąpienia. Sytuacja nieprzewidywalna to taka, której wystąpienie w normalnym toku rzeczy jest nieprawdopodobne, a nieprzewidywalność takiej sytuacji przez Zamawiającego powinna być postrzegana w kategoriach obiektywnych. W konsekwencji uznać należy, że „wyjątkowa sytuacja”, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 5 PrZamPubl, jest co do zasady zjawiskiem losowym, obiektywnie nieprzewidywalnym.

Przepis ten umożliwia zatem udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki, gdy zaistnieją łącznie następujące okoliczności:

- a) wyjątkowa sytuacja,
- b) przyczyny powstania tej sytuacji nie leżą po stronie Zamawiającego,
- c) sytuacji tej zamawiający nie mógł przewidzieć,
- d) wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia,
- e) nie można zachować terminów określonych dla innych trybów udzielania zamówienia.

Należy zaznaczyć, iż pomiędzy wszystkimi wskazanymi powyżej przesłankami powinien zachodzić przy tym związek przyczynowo - skutkowy oraz związek czasowy.

W wyroku z dnia 24 marca 2022 r. sygn. akt XXIII Zs 130/21 Sąd Okręgowy w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy zajął następujące stanowisko: (...) Warunkiem zastosowania trybu z wolnej ręki w warunkach określonych w art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych jest łącznie wystąpienie następujących przesłanek: wyjątkowość sytuacji, sytuacja ta nie wynika z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, sytuacji tej zamawiający nie mógł przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, brak jest możliwości zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.(...) Za zasadniczo nieprzewidywalne należy uznać przypadki obejmujące zdarzenia losowe, np. klęski żywiołowe, katastrofy, powodzie, pożary, trzęsienia ziemi.

W wyroku z dnia 15 października 2021 r. sygn. akt KIO 2454/21 Krajowa Izba Odwoławcza zaprezentowała następujący pogląd: (...) Tymczasem przez wyjątkową sytuację, o której

mowa w art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych należy rozumieć taką, której obiektywnie nie dało się przewidzieć, a w konsekwencji nie dało się uniknąć. Zwykle w takim przypadku chodzi o zdarzenia losowe, np. awarie, klęski żywiołowe, którym nie można przypisać cechy cyklicznego występowania i których nie można było przewidzieć. Rozwiązania w pozostałej części umów przez odwołującego wobec wcześniejszego rozwiązania w części umów przez zamawiającego i pozostawania stron w stanie sporu, zagrożenia obciążenia odwołującego karami umownymi oraz zapowiedzi rozwiązania umów, nie można uznać za sytuację wyjątkową, której obiektywnie nie można było przewidzieć. Nadto zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki może nastąpić w sytuacji, gdy wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia i brak jest możliwości zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. (...) Wystąpienie pilnej konieczności nie jest tożsame z wystąpieniem natychmiastowej konieczności, o jakiej jest mowa w art. 214 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych. Określenie „natychmiast” wskazuje bowiem na maksymalny priorytet i szybkość jeszcze większą niż w trybie pilnym. Dla udzielania zamówień pilnych ustawa przewiduje inne tryby udzielenia zamówienia, zaś tryb zamówienia z wolnej ręki jest możliwy do zastosowania jedynie wówczas, gdy nie jest możliwe zastosowanie żadnego innego trybu.

W uchwale z dnia 8 sierpnia 2014 r. sygn. akt KIO/KD 70/14 Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła następujący pogląd : (...) Przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) ma zastosowanie do postępowań wszczynanych w przypadku nieprzewidywalnych zdarzeń, które powodują konieczność podjęcia natychmiastowego działania ze strony podmiotu zobowiązanego do stosowania ustawy, a jednocześnie zaistniała sytuacja nie pozwala na przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z zachowaniem terminów przewidzianych dla trybów, które gwarantują zachowanie pełnej zasady konkurencyjności. Dopuszczalność powoływania się na przesłankę art. 67 ust. 1 pkt 3 uzależniona jest od łącznego zaistnienia wszystkich wymienionych w tym przepisie warunków, między którymi powinien zachodzić związek przyczynowo-skutkowy oraz związek czasowy.(...) Zauważyć należy, że oprócz zaistnienia wyjątkowej sytuacji, która nie wynikała z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, ustawodawca wymaga również, aby sytuacji tej zamawiający nie mógł wcześniej przewidzieć, a wystąpienie okoliczności, których zamawiający nie mógł przewidzieć, musi powodować konieczność natychmiastowego (bezzwłocznego) wykonania zamówienia. Istotne jest przy tym odróżnienie przesłanki „pilności udzielenia zamówienia publicznego” od przesłanki „konieczności natychmiastowego wykonania zamówienia”. Nie wszystkie zamówienia, które powinny być udzielone w trybie pilnym, wymagają natychmiastowego ich wykonania. Potrzeba natychmiastowego wykonania zamówienia wynika najczęściej z konieczności przeciwdziałania lub usunięcia skutków nieprzewidywalnej sytuacji, która nie

była przez zamawiającego zawiniona i której nie mógł on przeciwdziałać, a z powodu zaistnienia której zamawiający staje przed koniecznością natychmiastowego wykonania określonego rodzaju zamówienia. Przykładem takiej sytuacji może być wystąpienie w sposób niespodziewany klęski żywiołowej (np. powodzi) i z tego względu istnieje potrzeba natychmiastowej realizacji zamówień niezbędnych do zapobieżenia, ograniczenia lub natychmiastowego usunięcia jej skutków (np. zakupy na akcję ratowniczą, wykonanie prac umożliwiających jedyny dojazd do miejscowości, prace porządkowe mające na celu zapobieżenie epidemiom itp.) - wówczas, po spełnieniu przewidzianych prawem przesłanek, uzasadnione jest skorzystanie z dyspozycji art. 67 ust. 1 pkt 3 ZamPublU.

Warto także przytoczyć treść uchwały z dnia 28 lipca 2008 r. sygn. akt KIO/KU 3/08, w której Krajowa Izba Odwoławcza zaprezentowała następujące stanowisko: (...) Przesłanki stanowiące o istocie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) muszą wystąpić łącznie, pomiędzy wszystkimi przesłankami powinien zachodzić związek przyczynowo-skutkowy oraz związek czasowy. Po pierwsze, wyjątkowa sytuacja nie może być uzasadniona faktem unieważnienia wcześniej prowadzonych postępowań, gdyż obowiązek taki, obciążający zamawiającego, wynika w przypadku zaistnienia okoliczności wskazanych w ustawie. Po drugie, przesłanki uzasadnienia wyboru trybu nie może stanowić fakt korzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej, ponieważ jest to uprawnienie określone w ustawie o zamówieniach publicznych służące wykonawcom do ochrony ich praw. W wyjaśnieniach udzielonych w toku kontroli Zamawiający zasadniczo powołał się na następujące okoliczności, które w jego ocenie uzasadniały konieczność udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, tj. skorzystanie przez jednego z wykonawców ze środka ochrony prawnej oraz związaną z tym niemożnością zawarcia umowy z wybranym oferentem w uprzednio przeprowadzonym postępowaniu oraz potrzebę natychmiastowego udzielenia zamówienia z uwagi na konieczność natychmiastowego zorganizowania przewozu dzieci do szkół na terenie gminy Rychliki w związku z rozpoczynającym się rokiem szkolnym w dniu 1 września 2023 r. W ocenie Zamawiającego jedynie podmiot Transport Osobowy S.M.S. posiadał ważne zezwolenie na wykonywanie regularnych przewozów w krajowym transporcie zbiorowym na terenie gminy Zamawiającego.

Odnosząc się do uzasadnienia zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki przedstawionego przez Zamawiającego, należy uznać, iż nie wykazał on spełnienia wszystkich przesłanek określonych w art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W orzecznictwie podkreśla się, iż 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. (uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lipca 2015 r., sygn. KIO/KD 39/15).

Wskazuje się także, iż cechą wyjątkowości należy przypisywać wyłącznie zdarzeniom wykraczającym poza normalne warunki życia gospodarczego i społecznego, które wymagają podjęcia natychmiastowych działań zabezpieczających lub podjęcia innych niestandardowych działań w następstwie zaistniałej sytuacji (uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 stycznia 2015 r., sygn. KIO/KD 115/14).

Tym samym, Zamawiający nie wykazał, że w niniejszym stanie faktycznym zaistniała wyjątkowa sytuacja, której nie można było przewidzieć. Uznać należy, iż charakteru takiego nie ma sytuacja, w której Zamawiający udziela zamówienia w trybie z wolnej ręki w związku z unieważnieniem postępowania w trybie podstawowym na skutek skorzystania przez jednego z oferentów ze środka ochrony prawnej.

Należy podkreślić, iż prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym Zamawiający musi liczyć się z możliwością wystąpienia zdarzeń warunkujących konieczność unieważnienia postępowania, w szczególności w związku z wniesieniem odwołania przez potencjalnego wykonawcę, co oznacza, iż co do zasady nie można potraktować ich jako zdarzeń stanowiących podstawę do udzielenia zamówienia w analogicznym przedmiocie w trybie z wolnej ręki zgodnie z art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Jak zostało to już wcześniej wskazane przesłanką udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie przepisu art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp wynikać musi z wystąpienia zdarzeń nieprzewidywalnych, czy niezaplanowanych. Wskazuje się, że sytuację wyjątkową należy utożsamiać ze zdarzeniami, których strony działając zgodnie z przyjętym miernikiem staranności w obrocie nie mogą zakładać, czy też planować. O nieprzewidywalności określonych okoliczności można mówić w sytuacji, której wystąpienie w normalnym stanie rzeczy byłoby bardzo mało prawdopodobne. W konsekwencji, możliwość wniesienia środka ochrony prawnej nie może być przesłanką do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, bowiem jest to okoliczność, którą Zamawiający powinien uwzględnić podczas przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym, nie można bowiem takiej sytuacji uznać, że jest to zdarzenie, którego nie dało się wcześniej przewidzieć przy dochowaniu należytej staranności.

Należy również zauważyć, że wyjątkowa sytuacja, uzasadniająca wszczęcie postępowania w trybie z wolnej ręki, musi powstać z przyczyn nieleżących po stronie Zamawiającego, co oznacza, że przyczyny te nie mogą być spowodowane jego działaniem lub zaniechaniem. Prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak też jego unieważnienie, jest działaniem Zamawiającego, nie może więc być okolicznością uzasadniającą powstanie wyjątkowej sytuacji nie wynikającej z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. Należy mieć na względzie, iż to zamawiający jest odpowiedzialny za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o zamówienie publiczne.

Powyższe prowadzi do wniosku, że w kontrolowanej sprawie nie zachodziły okoliczności faktyczne uzasadniające zastosowanie na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp trybu zamówienia z wolnej ręki. Podkreślenia wymaga zarazem, że jakakolwiek decyzja wewnętrzna Zamawiającego odnośnie konieczności udzielenia zamówienia publicznego, nawet jeśli została podyktowana słusznymi potrzebami, nie może być sprzeczna z powszechnie obowiązującymi przepisami. W przeciwnym razie mogło by to prowadzić do naruszenia podstawowych zasad, na których oparty został system zamówień publicznych, tj. aby zamawiający przygotowywał i przeprowadzał postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców (art. 16 pkt 1 ustawy Pzp). Zatem nie można uznać, że udzielenie zamówienia na podstawie ww. artykułu ustawy Pzp było następstwem wystąpienia zjawisk nadzwyczajnych i niemożliwych do przewidzenia, bowiem za takie nie można uznać unieważnienia postępowania prowadzonego wcześniej w trybie konkurencyjnym powiązanego z okolicznościami związanymi z przedłużającym się postępowaniem, które wynikało z korzystania przez wykonawcę ze środka ochrony prawnej, gdyż są to okoliczności, które Zamawiający może a nawet powinien przewidzieć oraz zabezpieczyć odpowiedni przedział czasowy, który jest niezbędny do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Reasumując, poprzez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki bez zaistnienia ustawowych przesłanek, Zamawiający naruszył art. 214 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz zasady prymatu trybów przetargowych, Zamawiający naruszył art. 16 pkt 1 oraz art. 129 ust. 2 ustawy Pzp.

Naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania, bowiem Zamawiający udzielił zamówienia wykonawcy po przeprowadzeniu postępowania w trybie z wolnej ręki pomimo braku podstawy do zastosowania tego trybu.

Ad. 2

Zgodnie z art. 309 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający nie później niż w terminie 30 dni od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o wyniku postępowania zawierające informację o udzieleniu zamówienia lub unieważnieniu postępowania.

Tym samym należy wskazać, że Zamawiający miał obowiązek zamieszczenia ogłoszenia o wyniku postępowania zawierającego informację o udzieleniu zamówienia w terminie 30 dni od dnia zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia tj. w terminie 30 dni od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Reasumując, Zamawiający poprzez zaniechanie zamieszczenia w ww. terminie w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o wyniku postępowania zawierającego informację o udzieleniu zamówienia naruszył przepis art. 309 ust. 1 ustawy Pzp.

Powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania”.

W dniu 17 lipca 2024 r. (pismo datowane na 11 lipca 2024 r.) Zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyników przeprowadzonej kontroli, wskazując, że nie doszło do naruszeń przez Zamawiającego przepisów postępowania ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający w zastrzeżeniach podniósł, że:

„W przedmiotowej sprawie Organ uznał, że doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych tj. art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 16 pkt 1 oraz art. 129 ust. 2 p.z.p. stwierdzając, że nie zaistniały przesłanki uzasadniające przeprowadzenie postępowania w trybie z wolnej ręki oraz art. 309 ust. 1 p.z.p. poprzez zaniechanie zamieszczenia w ustawowym terminie w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o wyniku postępowania zawierającego informację o udzieleniu przedmiotowego zamówienia.

Powyższe stwierdzenia są jedynymi merytorycznymi stwierdzeniami zawartym w piśmie z dnia 3 lipca 2024 r., na podstawie którego ustalono wyniki przedmiotowej kontroli, do którego należałoby się odnieść w niniejszych zastrzeżeniach. Reszta zawartych w nim informacji dotyczy przebiegu kontroli i argumentacji składanej przez uczestników oraz Zamawiającego, jak również stanowi przegląd orzecznictwa oraz poglądów doktryny w żaden sposób nie odnoszących się do meritum sprawy, a w szczególności do okoliczności w niej zaistniałych i dotyczących powodów udzielenia przedmiotowego zamówienia. Z treści informacji o wynikach kontroli nie wynika bowiem, aby kontrolujący dokonał subsumpcji przygotowanych rozważań prawnych z okolicznościami niniejszej sprawy. W związku z tym wniesienie przedmiotowych zastrzeżeń jest konieczne i słuszne.

W pierwszej należy stwierdzić, że nie sposób się zgodzić z wynikami przedmiotowej kontroli doraźnej, w szczególności z tezami o rzekomym naruszeniu przez Zamawiającego przepisów art. art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a w zw. z art. 214 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 16 pkt 1 oraz art. 129 ust. 2 p.z.p

Zgodnie z art. 214 p.z.p. Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

- 1) dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn:

- a) technicznych o obiektywnym charakterze,
 - b) związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów - jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia.
- 2) dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę, w przypadku udzielenia zamówienia w zakresie działalności twórczej lub artystycznej;
 - 3) przedmiotem zamówienia na dostawy są rzeczy wytwarzane wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych, naukowych lub rozwojowych, które nie służą prowadzeniu przez zamawiającego produkcji masowej, służącej osiągnięciu rentowności rynkowej lub pokryciu kosztów badań lub rozwoju, oraz które mogą być wytwarzane tylko przez jednego wykonawcę;
 - 4) przeprowadzono konkurs, o którym mowa w art. 326 pkt 2, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej;
 - 5) 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.

Mając na uwadze treść ww. przepisów, należy zaznaczyć że w przedmiotowej sprawie zaistniały dwie przesłanki uzasadniające przeprowadzenie zamówienia z wolnej ręki. Kontrolujący pominął fakt, że Zamawiający wykazał iż na dzień złożenia wskazanego zamówienia na terenie Gminy Rychliki włącznie jeden podmiot tj. Transport Osobowy S.M.S. posiadał ważne zezwolenie na wykonywanie regularnych przewozów w krajowym transporcie zbiorowym na terenie gminy Zamawiającego. Okoliczność ta nie tylko została wykazana przez Zamawiającego, ale poparta jest również brakiem jakichkolwiek zezwoleń na wykonywanie wskazanych przewozów udzielonych innym podmiotom. Tym samym w momencie udzielania wskazanego zamówienia nie było możliwości, aby usługi transportowe był świadczone przez inne podmioty z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze - Inne podmioty po prostu nie posiadały zezwoleń na świadczenie takich usług. Co więcej Zamawiający miał ustawowy obowiązek zapewnienia dowozu dzieci do szkół, a zatem były to prawa wymagające ochrony. Zaznaczyć należy również, że nie istniały inne alternatywne lub zastępcze rozwiązanie - usług transportowych

z obiektywnych przyczyn technicznych i prawnych nie mógł wykonać inny podmiot.

Ponadto w przedmiotowej sprawie, wbrew twierdzeniom Kontrolującego, Zamawiający nie przyczynił się do tego, że postępowanie przedłużyło się. Rozstrzygnięcie postępowania zakończyło się przed dniem, w którym realizacja przedmiotu umowy miała się rozpocząć.

Kwestia wniesienia odwołania spowodowała jednakże przedłużenie postępowania, tak że nie można było zrealizować jego przedmiotu w określonym terminie. Innymi słowy dzieci musiały być dowożone do szkoły, a konieczność ochrony dóbr małoletnich wymagała szybkiego działania i podjęcia czynności zapewniających ochronę ich praw. Zamawiający nie mógł przewidzieć złożenia odwołania przez uczestników, jak również czasu trwania postępowania. Usprawiedliwiały go w tym względzie inne wcześniejsze postępowania w przedmiotowej sprawie i czas ich trwania. Zamawiający nie miał podstaw do twierdzenia, że nie zdąży zakończyć postępowania w sprawie zamówienia przed terminem jego realizacji. Tym samym, czego Kontrolujący nie zauważa, w przedmiotowej sprawie doszło do zaistnienia wyjątkowej sytuacji niewynikającej z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, której nie mógł przewidzieć, a wymagane było natychmiastowe wykonanie zamówienia, przy czym nie można było zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Podkreślić należy, że tak naprawdę Zamawiający mając na uwadze fakt złożenia odwołania przez jednego z uczestników i wynikającą z tego niemożność zawarcia umowy z wybranym oferentem (art. 577 p.z.p.), zmuszony był udzielić zamówienia z wolnej ręki w trybie art. 214 p.z.p. Stosownie bowiem do art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) p.z.p. usługi objęte przedmiotem zamówienia na dzień 1 września 2023 r. mogły być świadczone tylko przez jednego wykonawcę -Transport Osobowy S.M.S. posiadał ważne zezwolenie na wykonywanie regularnych przewozów w krajowym transporcie zbiorowym na terenie gminy Zamawiającego. Co istotne Arriva Bus Transport Polska Sp. z o. o. w tym czasie takiego zezwolenia nie posiadała (de facto nie posiada on go dnia dzisiejszego): Co więcej, jak już zaznaczono powyżej, ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego wymagane było natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie było możliwości zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Nie można bowiem zapomnieć, że od dnia 1 września 2023 r. tj. rozpoczęcia roku szkolnego, konieczne było natychmiastowe zorganizowanie przewozu dzieci do szkół na terenie gminy Rychliki, nie było możliwe zawarcie umowy z wybranym oferentem, a tym bardziej zachowanie terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia. Tym samym Zamawiający, mając na uwadze konieczność wykonania zamówienia, przy jednoczesnej niemożliwość zawarcia umowy z oferentem wybranym w przedmiotowym postępowaniu na skutek wniesionego odwołania, zmuszony był ze względu na interes publiczny oraz konieczność zaspokojenia potrzeb społecznych, udzielić zamówienia z wolnej ręki.

Co do kwestii naruszenia art. 309 ust. 1 p.z.p. podkreślić należy, że w momencie zasygnalizowania wskazanego uchybienia Zamawiający niezwłocznie uzupełnił w tym zakresie ogłoszenie. Była to omyłka pracownika Zamawiającego zajmującymi się przedmiotową sprawą, jednakże w żaden sposób nie miała wpływu na wyniki postępowania”.

Wobec nieuwzględnienia wniesionych przez Zamawiającego zastrzeżeń do wyniku kontroli Prezes Urzędu – na podstawie art. 617 w zw. z art. 610 ust. 2 ustawy PZP – przekazał ww. zastrzeżenia do zaopiniowania przez Izbę.

Krajowa Izba Odwoławcza

po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w sprawie ustaliła i zważyła:

Izba podziela zaprezentowany przez Prezesa Urzędu w informacji o wyniku kontroli sposób wykładni naruszonych przepisów, a także przywołane orzecznictwo i przyjmuje je jako własne. Zamawiający tego wyводу merytorycznego w żaden sposób nie zakwestionował, a jego polemika z wynikiem kontroli sprowadza się w zasadzie do zaprezentowania konkurencyjnego sposobu wykładni naruszonych przepisów z uwzględnieniem okoliczności tej sprawy, z czym jednak się nie sposób zgodzić z powodów wskazanych poniżej.

Odnosząc się do treści zastrzeżeń Zamawiającego, w pierwszej kolejności podnieść należy, że nie sposób uznać za okoliczność niemożliwą do przewidzenia fakt, że wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia korzysta z przysługującego mu prawa do wniesienia odwołania od czynności zamawiającego. Tym samym kluczowy argument Zamawiającego mający uzasadniać konieczność udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki w ocenie Izby jest rażąco nieprawidłowy.

W ocenie Izby nie budzi żadnych wątpliwości, że Zamawiający zbyt późno wszczął postępowanie w trybie podstawowym pn: „Dowóz uczniów do Szkoły Podstawowej im. J. Korczaka z oddziałami przedszkolnymi w Rychlikach” (nr postępowania: 2710.6.2023) (nr postępowania: 5/ZP/2023). Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 11 sierpnia 2023 r. (nr 2023/BZP 000350864), przy czym termin składania ofert upłynął 21 sierpnia 2023 r. Usługa będąca przedmiotem zamówienia miała rozpocząć się 1 września 2023 r. Istotne jest też tu brzmienie art. 264 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego, z uwzględnieniem art. 577, w terminie nie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zawiadomienie to zostało przesłane przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, albo 15 dni – jeżeli zostało przesłane w inny sposób. Zestawiając więc daty – 21 sierpnia i 1 września uznać należy, że założenie, że w wyniku ww. postępowania uda się skutecznie wyłonić wykonawcę przedmiotu zamówienia i zawrzeć z nim umowę, było – przy bardzo powściągliwej ocenie sposobu działania Zamawiającego – niezwykle optymistyczne.

W konsekwencji zdaniem Izby nie ma żadnych podstaw do stwierdzenia, że wypełnione zostały przesłanki z art. 214 ust. 1 pkt 5 Pzp, pozwalające na udzielenie zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający przy zachowaniu choćby minimalnej staranności mógł udzielić zamówienia w trybie konkurencyjnym, jeżeli we właściwy sposób ustaliłby termin wszczęcia postępowania nr 2710.6.2023.

Zdaniem Izby Prezes Urzędu prawidłowo stwierdził, że 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. Wniesienie odwołania nie jest okolicznością nadzwyczajną i jest sytuacją z całą pewnością możliwą do przewidzenia.

Nie zasługiwała na uwzględnienie także argumentacja Zamawiającego w zakresie jego twierdzenia o wypełnieniu przesłanek z art. art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp. Twierdzenie, że usługi objęte przedmiotem zamówienia na dzień 1 września 2023 r. mogły być świadczone tylko przez jednego wykonawcę (Transport Osobowy S.M.S.) jest niewiarygodne. Art. 18 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 728, 731) zawiera katalog zezwoleń na wykonywanie regularnych przewozów w krajowym transporcie zbiorowym. Ustawa określa również zasady ubiegania się o poszczególnego rodzaju zezwolenia jak również zasady ich przyznawania. Przy zachowaniu przez Zamawiającego należytej staranności i wszczęciu postępowania nr 2710.6.2023 z uwzględnieniem niezbędnego czasu dla jego prawidłowego rozstrzygnięcia zainteresowani wykonawcy mogliby uzyskać wymagane zezwolenie do czasu terminu zawarcia umowy.

Jeżeli zatem prawdziwe jest twierdzenie, że na dzień udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki tylko jeden wykonawca mógł świadczyć przedmiotową usługę, to w całości wynikało to z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego.

Zastrzeżenia Zamawiającego w zakresie zarzutu naruszenia art. 309 ust. 1 Pzp w ocenie Izby nie stanowiły polemiki z ustaleniami Kontrolującego. Zamawiający nie zaprzeczył więc ustaleniom zawartym w wyniku kontroli, poprzestał jedynie na krótkim wyjaśnieniu przyczyn, które doprowadziły do ww. naruszenia.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że wynik przedmiotowej Kontroli Doraźnej został ustalony w sposób prawidłowy. Tym samym w ocenie Izby, zastrzeżenia Zamawiającego (Gmina Rychliki) nie zasługują na uwzględnienie.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraża opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

.....