

**UCHWAŁA  
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

**z dnia 24 stycznia 2019 roku**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych pismem z dnia 3 stycznia 2019 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

Miejski Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o. z siedzibą w Koninie przy ul. Sulańskiej 13 (32-510 Konin)

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki z dnia 20 grudnia 2018 r. oznaczonej sygn. KNZ/10/18/DKZP, w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na *wykonanie rocznego przeglądu i remontu okresowego po drugim roku eksploatacji Zakładu Termicznego Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Koninie wraz z dostawą materiałów i części zamiennych urządzeń elektroenergetycznych*

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Bartosz Stankiewicz</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Katarzyna Prowadzisz</b>
	<b>Robert Skrzyszewski</b>

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia zamawiającego do Informacji o wyniku kontroli doraźnej w zakresie legalności wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki nie zasługują na uwzględnienie.**

## UZASADNIENIE

Miejski Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o. z siedzibą w Koninie zwany dalej: „zamawiającym”, przeprowadził zamówienie w trybie z wolnej ręki na *wykonanie rocznego przeglądu i remontu okresowego po drugim roku eksploatacji Zakładu Termicznego Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Koninie wraz z dostawą materiałów i części zamiennych urządzeń elektroenergetycznych* zwane dalej: „postępowaniem”, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

I.

W wyniku przeprowadzonej kontroli doraźnej Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził następujące naruszenia oraz ustalił następujący stan faktyczny (UZP/DKZP/WKZ3/422/12(2)/18/RP KNZ/10/18/DKZP):

Po przeprowadzeniu kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na *wykonanie rocznego przeglądu i remontu okresowego po drugim roku eksploatacji Zakładu Termicznego Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Koninie wraz z dostawą materiałów i części zamiennych urządzeń elektroenergetycznych*, na podstawie art. 161 ust. 1 w zw. z art. 165 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej: „Pzp”), Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (zwany dalej: „Prezesem Urzędu”), na podstawie art. 166 ust. 1 Pzp, zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 10 Pzp przez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki bez zaistnienia ustawowych przesłanek, czym zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę prymatu trybów przetargowych.

Z analizy zawiadomienia o wszczęciu postępowania w trybie z wolnej ręki oraz dokumentów i wyjaśnień przesłanych przez zamawiającego wynikało, iż podstawą wszczęcia postępowania był art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm., zwanej nadal: „Pzp”).

W okolicznościach stwierdzonego stanu faktycznego ustalono, że zamawiający wszczął postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki w dniu 4 sierpnia 2017 r., poprzez przekazanie zaproszenia do negocjacji przedsiębiorstwu Introl — Energomontaż sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie. W dniu 31 sierpnia 2017 r. pomiędzy zamawiającym a wykonawcą została zawarta umowa o realizację przedmiotowego zamówienia (nr umowy: DZ.3610-15/2017, zwana dalej: „Umową”).

Zamawiający wskazał, iż przedmiotowe zamówienie stanowiło zadanie nr 3 w prowadzonym postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Wykonanie rocznego przeglądu i remontu okresowego po drugim roku eksploatacji Zakładu Termicznego Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Koninie wraz z dostawą materiałów i części zamiennych”. (...) Trzecie zadanie stanowiące przedmiot zamówienia zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy — postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający dodał, że zakresy objęte zadaniem nr 1, zadaniem nr 2 i zadaniem nr 3 są ze sobą bardzo ściśle powiązane i współzależne - winny być wykonane jednocześnie — w tym samym czasie. Niewykonanie prac z zakresu zadania nr 3 stanowiącego przedmiot zamówienia spowoduje następujące konsekwencje:

- uniemożliwienie wykonania poprawnego remontu z zakresu zadania nr 1 i zadania nr 2,
- zatrzymanie turbozespołu z uwagi na przekroczony czas normalnej eksploatacji (zgodnie z instrukcją obsługi należy przeprowadzić sprawdzenia i naprawy po czasie 1-go roku eksploatacji),
- zatrzymanie pracy całej spalarni - brak możliwości odbioru ciepła z kotła,
- utratę gwarancji i rękojmi dla całego obiektu ZTUOK.

Zamawiający chcąc uniknąć wyżej wymienionych konsekwencji grożących skutkami technicznymi, a przede wszystkim skutkami finansowymi uznał za zasadne skorzystanie z przesłanki ustawowej zawartej w art. 67 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp.

Zdaniem zamawiającego powyższe również wskazuje, iż roczny przegląd i wykonanie niezbędnych napraw i regulacji po drugim roku eksploatacji całego Zakładu Termicznego Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych winien być wykonany w pełnym zakresie (zadanie nr 1, zadanie nr 2, zadanie nr 3) — najpóźniej do końca września br. Oznacza to, że zachodzi pilna potrzeba wykonania zakresu usług objętych przedmiotem zamówienia.

Zgodnie z pkt 4 protokołu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki oraz § 1 pkt 2 Umowy, zakres prac objęty przedmiotem zamówienia obejmował przegląd roczny wraz z wykonaniem niezbędnych napraw i regulacji węzłów, w których skład wchodzi:

- a) turbina upustowo-kondensacyjna wraz z instalacją pary,
- b) generator z układem wzbudzenia i zabezpieczeniami,
- c) instalacje smarowania generatora i turbiny z systemem chłodzenia,
- d) instalacja wody technologicznej i skroplin,
- e) stacje redukcyjno-schładzające,

- f) stacja wymienników zasilania sieci ciepłowniczej,
- g) instalacja uzdatniania kotłowej wody dodatkowej,
- h) chłodnia wentylatorowa chłodzona powietrzem z układami napędowymi,
- i) rozdzielnia 6 kV i nn z transformatorami odbiorczymi,
- j) stacja przyłączenia zasilania i wyprowadzenie energii elektrycznej do sieci elektroenergetycznej 110 kV,
- k) agregaty prądotwórcze,
- l) system DCS,
- m) prace konieczne do wykonania, a nie ujęte w dokumentach DTR.

Jak wynikało z części II Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia sporządzonej na potrzeby postępowania w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *Wykonanie rocznego przeglądu i remontu okresowego po drugim roku eksploatacji Zakładu Termicznego Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Koninie wraz z dostawą materiałów i części zamiennych* (zwanego dalej: „postępowaniem podstawowym”), zakres prac objęty przedmiotem zamówienia w trybie z wolnej ręki był tożsamy z zakresem prac przewidzianych dla zadania nr 3, które zostało unieważnione w toku postępowania podstawowego. Natomiast w pkt 19 protokołu postępowania podstawowego jako przyczynę unieważnienia postępowania w tej części wskazano fakt niesłusznego postawienia wymogu posiadania uprawnień w zakresie modernizacji podestów ruchomych, suwnic, wciągników, wyciągarek, wózków jezdniowych. Według uzasadnienia, żądanie przedłożenia zgodnie z ustawą o dozorcze technicznym z dnia 21 grudnia 2000 r. (Dz. U. 2016 r., poz. 1125 ze zm.) aktualnych uprawnień w ww. zakresie było bezpodstawne, gdyż usługi te nie były objęte przedmiotem zamówienia

Zamawiający wyjaśnił, że w jego *ocenie w przedmiotowym postępowaniu nie doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp. Pełne uzasadnienie zastosowania trybu z wolnej ręki (art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp) wykazane zostało w piśmie zawiadamiającym Prezesa Urzędu o wszczęciu postępowania.*

Zamawiający poinformował także, że zamówienie nie było finansowane ze środków UE.

Prezes Urzędu uzasadniając naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 7 ust. 1 oraz art. 10 Pzp poprzez zastosowanie trybu zamówienia z wolnej ręki bez zaistnienia ustawowych przesłanek, czym zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę prymatu trybów przetargowych wskazał, że tryb zamówienia z wolnej ręki jest trybem szczególnym, stosowanym w sytuacjach,

gdy zastosowanie przetargu lub innego konkurencyjnego trybu postępowania nie jest możliwe. Zgodnie bowiem z art. 66 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 przypadkach, których enumeratywne wyliczenie zawiera art. 67 ust. 1 Pzp. Zarówno Sąd Najwyższy, jak i Naczelny Sąd Administracyjny (np. wyrok z dnia 11 września 2000 r., sygn. akt II SA 2074/00) podkreślały, iż przepisy zezwalające na odstępianie od stosowania trybu podstawowego muszą być zawsze interpretowane ściśle, a lista przesłanek umożliwiających zastosowanie poszczególnych trybów jest zamknięta. Podobnie w swoich orzeczeniach wywodził Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (wyrok z dnia 10 kwietnia 2003 r. C-20/01, C-28/01, wyrok z dnia 18 listopada 2004 r. C-126/03).

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp 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. 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.

Pomiędzy wszystkimi wymienionymi powyżej przesłankami powinien zachodzić związek przyczynowo — skutkowy oraz związek czasowy.

W ocenie Prezesa Urzędu, zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp w odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki na *wykonanie rocznego przeglądu i remontu okresowego po drugim roku eksploatacji Zakładu Termicznego Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Koninie wraz z dostawą materiałów i części zamiennych — urządzeń elektroenergetycznych.*

W pierwszej kolejności Prezes Urzędu wskazał, iż zamawiający nie wykazał, że w niniejszym stanie faktycznym mieliśmy do czynienia z sytuacją wyjątkową. Zamawiający jako wyjątkową sytuację, której nie mógł wcześniej przewidzieć wskazał fakt unieważnienia zadania nr 3 *na wykonanie rocznego przeglądu i remontu okresowego po drugim roku*

*eksploatacji Zakładu Termicznego Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Koninie wraz z dostawą materiałów i części zamiennych, będącego częścią postępowania przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego. Jednak zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, cechę wyjątkowości można przypisać wyłącznie zdarzeniom wykraczającym poza normalne warunki życia gospodarczego i społecznego, w szczególności zdarzeniom losowym, awariom, klęskom żywiołowym (powodzie, lawiny, sezonowe pożary itp.), które wymagają podjęcia natychmiastowych działań zabezpieczających lub podjęcia innych niestandardowych działań w następstwie zaistniałej sytuacji. Mając powyższe na uwadze należy odmówić okoliczności unieważnienia postępowania charakteru zdarzenia wyjątkowego.*

W ocenie Prezesa Urzędu, fakt unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie stanowi również sytuacji, której nie można było przewidzieć. Unieważnienie postępowania jest przewidziane w procedurach dotyczących udzielania zamówień. Zamawiający musi więc brać pod uwagę konieczność unieważnienia postępowania bądź jego części w razie wystąpienia jednej z przesłanek wskazanych w art. 93 ust. 1 Pzp (w tym przypadku art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp). Określenie w Pzp przesłanek obligatoryjnego unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne, wyklucza uznanie unieważnienia postępowania za okoliczność niemożliwą do przewidzenia.

Prezes Urzędu zauważył również, 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. Ponadto Prezes Urzędu podkreślił, że również unieważnienie postępowania w zakresie zadania będącego przedmiotem kontrolowanego postępowania, wynikało z przyczyny leżącej po stronie zamawiającego. Jak bowiem wskazano w protokole postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, w części dotyczącej unieważnienia postępowania, *usługi w zakresie modernizacji podestów ruchomych, suwnic, wciągników, wyciągarek, wózków jezdniowych nie są objęte przedmiotem zamówienia. Zamawiający zatem niesłusznie postawił wymóg posiadania uprawnień w tym zakresie, tym samym bezpodstawnym było żądanie przedłożenia aktualnych uprawnień zgodnie z ustawą o dozorze technicznym z dnia 21 grudnia 2000 r. (Dz. U. 2016 r., poz. 1125 ze zm.).* Powyższe skutkowało zaistnieniem przesłanki stanowiącej podstawę do unieważnienia postępowania określonej w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Należy mieć na względzie, iż to zamawiający jest odpowiedzialny za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o zamówienie publiczne, w tym za określony w SIWZ opis przedmiotu zamówienia. Niedochowanie przez zamawiającego należytej staranności przy formułowaniu wymagań, jakie muszą spełnić wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, nie może stanowić podstawy do zastosowania zamówienia w trybie z wolnej ręki.

Prezes Urzędu podkreślił, że o tym, iż roczny przegląd i wykonanie niezbędnych napraw i regulacji po drugim roku eksploatacji całego Zakładu Termicznego Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych powinien być wykonany w pełnym zakresie (zadanie nr 1, zadanie nr 2 i zadanie nr 3), zamawiający wiedział już na etapie przygotowywania postępowania podstawowego. Ponadto, unieważnienie postępowania podstawowego w zakresie zadania objętego postępowaniem w trybie z wolnej ręki, wynikało z błędu zamawiającego polegającego na postawieniu wymogu posiadania uprawnień w zakresie modernizacji podestów ruchomych, suwnic, wciągników, wyciągarek, wózków jezdniowych, podczas gdy ww. usługi nie były objęte przedmiotem zamówienia. Zamawiający nie mógł zatem przytaczać argumentu pilnej potrzeby wykonania zakresu usług objętych przedmiotem zamówienia w sytuacji, gdy swoimi działaniami przyczynił się do jej powstania. Innymi słowy, błędy popełnionego przez zamawiającego w toku postępowania prowadzonego w jednym z trybów podstawowych, nie mogą stanowić podstawy do następczego udzielenia zamówienia w trybie niekonkurencyjnym, jakim niewątpliwie jest tryb zamówienia z wolnej ręki.

Reasumując Prezes Urzędu stwierdził, że zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Zamawiający poprzez nieuprawnione odstępianie od stosowania trybów podstawowych naruszył art. 7 ust. 1 oraz art. 10 Pzp.

II.

Pismem z 3 stycznia 2019 r. o sygn. DZ.361-9/2017 (wpływ do Urzędu Zamówień Publicznych 8 stycznia 2019 r. – prezentata na piśmie) zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej (zwane dalej: „zastrzeżeniami”).

Zamawiający odnosząc się do wyniku kontroli prowadzonej pod sygn. KNZ/10/18/DKZP (nr pisma UZP/DKZP/WKZ3/422/12(2)/18/RP) wniósł następujące zastrzeżenia.

Wskazał, że co prawda pominął podstawowy tryb przetargowy, ale wynikało to z wystąpienia wyjątkowej sytuacji spowodowanej wydarzeniami, których zamawiający

nie mógł przewidzieć, a w związku z tym stanął przed koniecznością natychmiastowego wykonania przedmiotowego zamówienia, na co pozwolił tryb z wolnej ręki.

Zdaniem Zamawiającego, wyjątkowość sytuacji, nie może kojarzyć się tylko i wyłącznie z anomaliami pogodowymi czy siłami wyższymi. Wyjątkowość sytuacji jest związana z dużą rzadkością występowania zjawiska, szczególnością, osobliwością. Wyjątkowość sytuacji, o której mowa w przepisie, to wystąpienie okoliczności nadzwyczajnych, to jest takich, które nie mają charakteru typowych, przeciętnie spotykanych i statystycznie oczekiwanych (uchwała z dnia 27 stycznia 2015 r. KIO/KD/2/15).

W ocenie zamawiającego opisana przez niego sytuacja musiała skutkować koniecznością natychmiastowego wykonania zamówienia. Zakres zamówienia był absolutnie konieczny i niezbędny do usunięcia skutków nieprzewidzianego zdarzenia niemożliwego do przewidzenia (orzeczenia ETS; C-385/2 Komisja przeciwko Republice Włoch, C-24/91 Komisja przeciwko Królestwu Hiszpanii, C-525/03 Komisja przeciwko Republice Włoch, C-394/02 Komisja przeciwko Republice Grecji).

Zamawiający uznał następujące okoliczności za uzasadniające konieczność udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki:

1. Zamawiający nie mógł przewidzieć unieważnienia postępowania w zakresie zadania będącego przedmiotem kontrolowanego postępowania - uchybienie w procedurze wyszło na jaw dopiero na etapie prowadzonej procedury udzielenia zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego.
2. Zamawiający mając na uwadze zwiększenie udziału sektora małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP) w rynku zamówień publicznych, uznając, że działanie takie powinno zaowocować zwiększeniem konkurencji między wykonawcami, dokonał podziału zamówienia na trzy części. Dwie z nich zostały rozstrzygnięte (wyłoniono wykonawców) — złożone oferty okazały się ważne i nie było innych podstaw do unieważnienia postępowania w tych częściach.
3. Regulacje prawne w zakresie gospodarki odpadami (wynikające m.in. z ustawy o odpadach, ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, ustawy „Prawo ochrony środowiska) określające obowiązki dla przedsiębiorców w zakresie postępowania z odpadami. Prowadzenie niewłaściwej, niezgodnej z obowiązującym prawem gospodarki odpadami nie tylko nosi znamiona naruszeń prawa, ale przede wszystkim zagraża życiu i zdrowiu mieszkańców, stwarza zagrożenie dla środowiska naturalnego (może spowodować również katastrofę naturalną).



4. Względy gospodarcze, techniczne i technologiczne powodujące wyjątkowość sytuacji i konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia oraz skutki natychmiastowego niewykonania zamówienia objętego kontrolą - uzasadnienie w załączeniu (załącznik nr 1).

5. Tryb postępowania w zakresie gospodarki odpadami przyjęty w Zakładzie Termicznego Unieszkodliwiania Odpadów (zgodny z wszelkimi wymogami i obowiązującym prawem) - uzasadnienie w załączeniu (załącznik nr 2).

Wobec wymienionych okoliczności zamawiający uznał, że spełnione zostały przesłanki zawarte w art. 67 ust. 1 pkt. 3 Pzp. Pomiedzy wymienionymi w tym przepisie przesłankami zachodził związek przyczynowo - skutkowy oraz związek czasowy. Reasumując uznał, że zastrzeżenia do wyniku przeprowadzonej kontroli doraźnej są zasadne.

Ponadto do zastrzeżeń zamawiający załączył dwa pisma. Pierwsze stanowiło opinię techniczno-organizacyjną w sprawie wykonywania remontów rocznych w ZTUOK MZGOK Sp. z o.o. w Koninie z dnia 3 stycznia 2019 r. (załącznik nr 1). Natomiast drugie stanowiło uzasadnienie wyboru trybu postępowania w odniesieniu do zasad gospodarowania odpadami przyjętymi w ZTUOK – dokument bez daty – (załącznik nr 2).

W załączniku nr 1 wskazano, że dążeniem systemu zarządzania ruchem zakładu TPM (Total Productive Maintenance) jest wyeliminowanie zagrożeń ciągłości produkcji, awarii oraz nieplanowanych przestoju. Celem systemu jest poprawa stabilności procesów wytwarzania, obniżenie kosztów związanych z utrzymaniem ruchu oraz wydłużenie czasu żywotności i wykorzystania maszyn i urządzeń. Utrzymanie ruchu w MZGOK Sp. z o.o. realizowane jest w modelu prewencyjno-zapobiegawczym, polegającym na planowaniu i realizowaniu działań mających nie doprowadzić do wystąpienia awarii i niepożądanych przestoju poprzez okresowe przeglądy, remonty i konserwacje, a w konsekwencji wydłużenie czasu bezawaryjnej pracy instalacji. Zadania Utrzymania Ruchu realizowane przez pracowników MZGOK Sp. z o.o. i specjalistyczne firmy serwisujące obejmują okresowe przeglądy, konserwacje i remonty, badania, diagnozy i analizy. W ramach optymalizacji działań zapobiegawczych przygotowywane są wcześniej szczegółowe harmonogramy okresowych przeglądów i remontów. Wykonywanie remontów okresowych-rocznych jest niezbędne dla zachowania instalacji w dobrej kondycji technicznej i zapewnienia bezawaryjnej pracy instalacji w okresie bezremontowym. Instalacja w okresie rocznej eksploatacji tj. nieprzerwanej pracy przez 7800 godzin powinna zachować pełną sprawność techniczną. Gwarantowany czas pracy instalacji został określony w Pozwoleniu Zintegrowanym, a jego niedotrzymanie niesie za sobą konsekwencje finansowe w postaci kar nakładanych przez jednostki kontrolujące. Nie przeprowadzenie planowych remontów

naraziłoby Spółkę również na konsekwencje związane z niedotrzymaniem zobowiązań wobec firm ubezpieczeniowych, które wobec naruszenia cyklu remontowego mogłyby odmówić odszkodowań w przypadku awarii. Poza konsekwencjami formalnymi związanymi z niedotrzymaniem minimalnego czasu pracy nie bez znaczenia są straty z tytułu postoju. Nieprzerwanie przez cały rok ZTUOK musi przyjmować odpady od mieszkańców, odpowiednio je przygotować, zabezpieczyć, magazynować i przygotować do unieszkodliwienia po uruchomieniu instalacji. Każdy dzień postoju generuje straty wynikające z braku produkcji energii elektrycznej i ciepłej w wysokości około 1 500 zł za godzinę postoju. Z tych względów tak ważna jest optymalizacja planowanych, niezbędnych przerw w pracy. Raz w roku planowany jest miesięczny postój całej instalacji termicznego unieszkodliwiania odpadów, podczas którego dokonuje się remontu kompleksowego tj. przeglądu kotła, węzła oczyszczenia spalin i urządzeń elektroenergetycznych. Techniczny i technologiczny układ naszej instalacji wymusza prowadzenie remontu wszystkich urządzeń w tym samym czasie. Instalacja w okresie remontu jest odstawiana tj. następuje wygaszenie i wystudzenie kotła oraz wszystkich urządzeń towarzyszących. Zakres remontu jest narzucony wytycznymi zawartymi w przepisach i dokumentacji techniczno-ruchowej poszczególnych urządzeń. Postój wszystkich urządzeń umożliwia wykonanie remontu i przeglądu na wielu płaszczyznach jednocześnie, co w istotny sposób wpływa na skrócenie całego okresu remontu. Wykonywane są w tym czasie wszelkie czynności naprawcze, konsekracyjne, wymiany części zużytych i uszkodzonych, przeprowadza się inspekcje zewnętrzne i wewnętrzne, prace regulacyjne, pomiary grubości rur oraz pomiary elektryczne i ochronne. Wykonanie remontu pojedynczo dla każdej grupy urządzeń ze względów technicznych jest niemożliwe gdyż nie można uruchomić kotła gdy instalacja oczyszczania spalin nie pracuje i podobnie nie można przeprowadzić remontu turbiny i generatora kiedy kocioł pracuje i produkuje parę, gdyż energia pobierana z sieci jest zbyt kosztowna oraz czas pracy w układzie pełnej kondensacji jest ograniczony. Podział remontu na trzy zadania był podyktowany tym, że wiele firm może przeprowadzić remont dla pojedynczego zadania, gdyż leży to w ich możliwościach technicznych, a wykonanie wszystkich lub kilku nie mieści się w realiach wykonawczych. Remont roczny w MZGOK Sp. z o.o. poprzedzony jest przeprowadzeniem procedury zamówień publicznych i wyboru wykonawców. Do każdego zakresu realizacyjnego wymagane są inne kwalifikacje i uprawnienia oraz odrębny zespół specjalistów. Z tego powodu w jednym postępowaniu przetargowym dokonuje się wyboru firm adekwatnie do poszczególnych zadań remontowych, co znajduje swoje uzasadnienie w zaleceniu aby nie „dzielić zamówienia”, ale prowadzić je dla poszczególnych zadań.

Postępowanie takie niesie jednak ze sobą ryzyko, że niedokonanie wyboru wszystkich Wykonawców w jednym czasie spowoduje bezzasadność całego postępowania, również wobec prawidłowo wybranych wykonawców pozostałych zadań, z uwagi na uniemożliwienie wykonania całego zakresu w jednym czasie.

Konsekwencje takiej sytuacji byłyby dla Spółki bardzo dokuczliwe:

- wydłużyłby się gwarantowany okres bezremontowy ZTUOK,
- nastąpiłoby przekroczenie wyznaczonych Pozwoleniem Zintegrowanym limitów czasu pracy,
- wzrosłoby ryzyko awarii urządzeń
- naraziłyby Spółkę na ewentualne odmowy ubezpieczycieli wypłat odszkodowań wobec niedotrzymania reżimów remontowych,
- naraziłoby MZGOK Sp. z o.o. na przyszłe, trudne do oszacowania straty finansowe.

Natomiast w załączniku nr 2 wyjaśniono, że istotnym elementem przemawiającym za skorzystaniem z procedury zamówienia z „wolnej ręki” (art. 67 ust. 1 pkt. 3 Pzp) i przeprowadzeniem remontu w jak najkrótszym czasie był cel, w jakim zakład został wybudowany i zobowiązania wynikające ze statusu, jaki posiada. Zakład Termicznego Unieszkodliwiania Odpadów jest Instalacją Regionalną, która zgodnie z Planem gospodarki odpadami dla województwa wielkopolskiego jest jedyną instalacją, do której mogą trafiać zmieszane odpady komunalne z tzw. Regionu VIII, czyli z terenu 36 gmin znajdujących się w powiecie konińskim, kolskim, tureckim i słupeckim. Zgodnie z art. 9l.1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, *„prowadzący regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych, w granicach posiadanych mocy przerobowych, jest obowiązany zawrzeć umowę na zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych i odpadów zielonych ze wszystkimi podmiotami odbierającymi odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, którzy wykonują swoją działalność w ramach regionu gospodarki odpadami komunalnymi lub z gminą organizującą odbieranie odpadów komunalnych, wchodzących w skład regionu gospodarki odpadami komunalnymi”*. Punkt 2 w/w art. 9l mówi, że *„w przypadku wystąpienia awarii regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów lub w innych przypadkach, o których mowa w art. 38 ust. 2 pkt 2 ustawy o odpadach, uniemożliwiających przyjmowanie zmieszanych odpadów komunalnych lub odpadów zielonych od podmiotów odbierających odpady komunalne od właścicieli nieruchomości odpady te przekazuje się do instalacji przewidzianych do zastępczej obsługi tego regionu, wskazanych w uchwale w sprawie wykonania wojewódzkiego planu gospodarki odpadami”*. Podobnie w/w ustawa nakłada obowiązki na przedsiębiorców odbierających odpady komunalne, gdzie w art. 9e.1 pkt 2 jest wskazane, iż *„podmiot odbierający odpady*

*komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości zmieszanych odpadów komunalnych oraz odpadów zielonych bezpośrednio do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych".*

W przypadku braku możliwości odbioru odpadów przez ZTUOK musiałyby one zostać przekazane do instalacji zastępczych, którymi dla regionu są spalarnia odpadów komunalnych w Poznaniu lub zakład mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów w Orlim Stawie pod Kaliszem. Obie te instalacje są bardzo odległe, co oznacza, że koszty transportu, jakie gminy skalkulowały w przetargach na odbiór i zagospodarowanie odpadów oraz przeznaczyły na obsługę systemu zagospodarowania odpadów znacznie by wzrosły, na co samorzady nie są przygotowane. Bardziej istotny jest jednak fakt, że instalacje te prawdopodobnie odmówiłyby przyjęcia odpadów z naszego regionu, gdyż każda instalacja ma skalkulowane moce przerobowe zapewniające zagospodarowanie odpadów ze swojego regionu i każda nadwyżka jest kłopotliwa. W takiej sytuacji trudno powiedzieć, jakie mogłyby być dalsze konsekwencje dotyczące bezpośrednio mieszkańców nieruchomości: brak odbioru odpadów czy wyrzucanie ich w miejscach do tego nieprzeznaczonych. Każdy dzień przedłużania postoju instalacji rodzi konsekwencje nie tylko dla MZGOK sp. z o.o., ale także dla 36 samorządów, dla których zakład świadczy usługę publiczną. Remont planowany jest każdego roku tak, aby postój instalacji trwał maksymalnie jeden miesiąc. W okresie miesiąca ZTUOK przyjmuje około 6 000 ton zmieszanych odpadów komunalnych i jest to taka ilość, którą można zagospodarować, czyli zbelować i zmagazynować. Wynika to zarówno z mocy przerobowych rozdrabniarki do odpadów, wydajności belownicy oraz pojemności placów magazynowych przewidzianych na zbelowane odpady. Dłuższy postój zmusiłby ZTUO do skorzystania z w/w art. 9l i konieczności przekierowania odpadów na inne instalacje, o czym wspomniano powyżej.

III.

Prezes Urzędu pismem z 17 stycznia 2019 roku (sygn. UZP/DKZP/WKZ3/422/12(7)/18/SO) wskazał w odpowiedzi na pismo z dnia 3 stycznia 2019 r. w zakresie zastrzeżeń do wyników kontroli doraźnej dotyczącej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie rocznego przeglądu i remontu okresowego po drugim roku eksploatacji Zakładu Termicznego Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Koninie wraz z dostawą materiałów i części zamiennych urządzeń elektroenergetycznych, że w całości nie uwzględnił wniesionych zastrzeżeń.

Prezes Urzędu podtrzymał stanowisko zawarte w Informacji o wyniku kontroli z dnia 20 grudnia 2018 r., zgodnie z którym zamawiający, w okolicznościach faktycznych sprawy,

nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp, zgodnie z którymi *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.*

W ślad za Informacją o wyniku kontroli Prezes Urzędu powtórzył, iż zamawiający może zastosować tryb zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp w sytuacji, która ma charakter wyjątkowy i jest obiektywnie nieprzewidywalna. W związku z powyższym, za sytuację wyjątkową czy nieprzewidywalną nie może zostać uznana konieczność wykonania okresowego przeglądu i niezbędnych napraw i regulacji po drugim roku eksploatacji całego Zakładu w pełnym zakresie: Zadanie Nr 1, Nr 2, i Nr 3, która jest świadczeniem realizowanym przez Zamawiającego cyklicznie.

W dalszej kolejności uznał, iż podnoszona przez zamawiającego w zastrzeżeniach jak i w wyjaśnieniach do przeprowadzonej kontroli okoliczność, w której postępowanie wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego zostało unieważnione w części Nr 3 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp (postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego), również nie ma w niniejszej sprawie charakteru sytuacji wyjątkowej. Działający z należytą starannością zamawiający winien wziąć pod uwagę konsekwencje sytuacji, w której postępowanie o zamówienie publiczne, prowadzone zgodnie z przepisami ustawy, może nie zakończyć się wyborem wykonawcy, gdyż — stosownie do art. 93 ust. Pzp — postępowanie to może zostać unieważnione. Organizacja przedsięwzięcia związana z wyłonieniem wykonawcy przy zastosowaniu procedur przewidzianych ustawą winna uwzględniać czasochłonność tych procedur, a także możliwość wystąpienia okoliczności implikujących konieczność unieważnienia postępowania. Unieważnienie postępowania nie jest sytuacją pożądaną przez zamawiającego, jednak w określonych okolicznościach ma charakter obligatoryjny, co zostało enumeratywnie wskazane w ustawie. W związku z powyższym stwierdził, iż sytuacja, w której zamawiający na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp unieważnił postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego nie stanowi okoliczności, którą można by uznać za szczególną i wyjątkową.

Ponadto Prezes Urzędu zauważył, że unieważnienie postępowania stanowiło następstwo działań podjętych przez zamawiającego, polegających na postawieniu wykonawcom na etapie prowadzenia przetargu nieograniczonego nieproporcjonalnych warunków udziału w postępowaniu. Tym samym, w zaistniałych okolicznościach faktycznych,

nie mamy do czynienia z *sytuacją niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego*, w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Udzielenia przedmiotowego zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp nie uzasadnia także dokonanie podziału zamówienia na trzy części w celu zwiększenia udziału sektora małych i średnich przedsiębiorstw w rynku zamówień publicznych. O ile działania mające na celu zachęcenie małych i średnich przedsiębiorców do udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego należy uznać za dobrą praktykę, to nie mogą one uzasadniać odstępstwa od podstawowych zasad systemu zamówień publicznych, w tym zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz prymatu trybów przetargowych. Wskazana okoliczność, w zaistniałym stanie faktycznym, nie miała wpływu na zaistnienie przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Odnosząc się do argumentu zamawiającego, dotyczącego ciążących na nim obowiązków wynikających z regulacji prawnych w zakresie gospodarki odpadami oraz negatywnych skutków ich niedopełnienia Prezes Urzędu zauważył, iż zarówno obowiązki te, jak i ich konsekwencje, były zamawiającemu znane już przed wszczęciem postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, na co wskazuje m.in. cykliczny charakter usługi będącej przedmiotem postępowania. Zaistniała sytuacja nie miała zatem charakteru wyjątkowego i nieprzewidywalnego. Ponadto należy wskazać, że regulacje przewidziane w przywołanych przez zamawiającego aktach prawnych, w zaistniałym stanie faktycznym, pozostają bez wpływu na obowiązek stosowania przez zamawiającego Pzp, m.in. w zakresie wyboru trybu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie ze stanowiskiem Prezesa Urzędu nie zasługiwały również na uwzględnienie przywoływane przez zamawiającego, w celu uzasadnienia zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp, względy gospodarcze, techniczne i technologiczne oraz tryb postępowania w zakresie gospodarki odpadami przyjęty u zamawiającego. Okoliczności takie jak konsekwencje związane z niedotrzymaniem zobowiązań wobec ubezpieczycieli, możliwość wystąpienia strat na skutek przestoju czy możliwość wzrostu kosztów transportu odpadów lub odmówienia przyjęcia dodatkowych odpadów przez instalacje zastępcze ze względu na ograniczenia przerobowe, nie stanowią wyjątkowej i obiektywnie niemożliwej do przewidzenia sytuacji, a są jedynie skutkiem działań podjętych przez zamawiającego na etapie prowadzonego przetargu nieograniczonego. Również wskazywana potrzeba realizacji remontów dla wszystkich grup urządzeń w tym samym czasie nie stanowi takiej okoliczności, bowiem zamawiający już wcześniej świadom był wymogu wykonywania zamówienia w taki sposób.

Reasumując Prezes Urzędu stwierdził, że przedstawione przez zamawiającego argumenty oraz okoliczności faktyczne nie wskazują, iż w przedmiotowej sprawie zaistniała sytuacja, w której dopuszczalne było udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp. Zamawiający poprzez nieuprawnione odstępianie od stosowania trybów podstawowych naruszył art. 7 ust. 1 oraz art. 10 Pzp. Prezes Urzędu poinformował również, że zgodnie z art. 167 ust. 2 Pzp przekazuję ww. zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą. Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie zastrzeżeń wyraża, w formie uchwały, opinię w terminie 15 dni od dnia ich otrzymania. Jak wynika z art. 167 ust. 4 Pzp, opinia Krajowej Izby Odwoławczej jest wiążąca dla Prezesa Urzędu.

### **Krajowa Izba Odwoławcza**

#### **po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w sprawie ustaliła, co następuje:**

Na podstawie przedstawionej dokumentacji, Izba w pełni podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu zawarte w Informacji o wyniku kontroli oraz w pisemnym stanowisku do wniesionych zastrzeżeń. W ocenie Izby wskazane tam argumenty były wynikiem prawidłowej subsumpcji analizowanych przepisów do prawidłowo ustalonego stanu faktycznego. W związku z tym ustalenia kontrolujących w zakresie stanu faktycznego Izba przyjęła za własne. Zaznaczyć należy również, iż poczynione przez kontrolujących ustalenia stanu faktycznego nie były kwestionowane przez zamawiającego, zatem nie stanowiły one elementu sporu. Tym samym Izba podzieliła również i przyjęła za własne ustalenia Prezesa Urzędu uzasadniające stwierdzone, w Informacji o wyniku kontroli doraźnej, naruszenie przez zamawiającego przepisów art. 67 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 10 Pzp.

Zgodnie z postanowieniem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 14 maja 2013 roku, sygn. akt V SA/Wa 583/13 *Opinia KIO w sprawie zastrzeżeń zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej stanowi wyłącznie ocenę ich zasadności* (tak samo Wojewódzki Sąd Administracyjny w postanowieniu z dnia 23 lipca 2014 roku w sprawie sygn. akt V SA/Wa 1048/14). W ocenie Izby, zastrzeżenia do wyniku przeprowadzonej kontroli doraźnej nie są zasadne w odniesieniu do zastosowanego trybu przeprowadzonego postępowania poddanego kontroli.

Z treści art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp wynika, że tryb z wolnej ręki może być zastosowany w sytuacji, 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. Jak słusznie wskazał Prezes Urzędu zastosowanie ww. przepisu wymaga kumulatywnego zaistnienia następujących okoliczności:

- a) wyjątkowej sytuacji,
- b) nieleżących po stronie zamawiającego przyczyn powstania tej sytuacji,
- c) niemożności przewidzenia tej sytuacji przez zamawiającego,
- d) wymagania natychmiastowego wykonania zamówienia,
- e) niemożności zachowania terminów określonych dla innych trybów udzielania zamówienia.

Zamawiający w zastrzeżeniach powołał się właściwie na pięć okoliczności, które w jego ocenie uzasadniały konieczność udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki. Odnosiły się one do:

- 1) niemożności przewidzenia unieważnienia pierwotnego postępowania w zakresie części Nr 3;
- 2) zwrócenia uwagi na zwiększenie udziału sektora MŚP w rynku zamówień publicznych poprzez uznanie, że podział zamówienia na trzy części powinien zaowocować zwiększeniem konkurencji pomiędzy wykonawcami;
- 3) regulacji w zakresie gospodarki odpadami określających obowiązki dla przedsiębiorców w zakresie postępowania z odpadami;
- 4) względów gospodarczych, technicznych i technologicznych powodujących wyjątkowość sytuacji i konieczność natychmiastowego wykonania zamówienia oraz skutków natychmiastowego niewykonania zamówienia objętego kontrolą;
- 5) trybu postępowania w zakresie gospodarki odpadami przyjętego w zakładzie zamawiającego.

W kwestii okoliczności wskazanej w pkt 1) Prezes Urzędu w ocenie Izby słusznie stwierdził, że unieważnienie pierwotnego postępowania w części nr 3 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w przedmiotowej sprawie nie miało charakteru sytuacji wyjątkowej. Nie można jej także uznać za sytuację nieprzewidywalną. Zamawiający jako podmiot zobowiązany do stosowania Pzp powinien posiadać odpowiednie doświadczenie i zasoby co do jej stosowania co skutkuje tym, że należy go uznać za profesjonalistę działającego na rynku zamówień publicznych, który powinien także dochowywać należytej staranności przy prowadzeniu procedur przetargowych. Należyta staranność przejawia się nie tylko w dbałości o zgodność z przepisami i rzetelności w prowadzeniu postępowania, ale także w planowaniu i przewidywaniu założeń co do wyniku tego postępowania, szczególnie gdy w wyniku przyjętego sposobu działania co do realizacji zamówienia, zamawiający nałożył na siebie ryzyko związane z konsekwencjami niekoherentnego wykonania poszczególnych



części zamówienia. Z treści art. 93 ust. 1 Pzp wynika jednoznacznie, że postępowanie o udzielenie zamówienia może zakończyć się także jego unieważnieniem. W związku z tym argumentacja zamawiającego, że nie mógł on przewidzieć unieważnienia postępowania nie mogła zasługiwać na uwzględnienie. Ponadto Izba uznała, że Prezes Urzędu słusznie zauważył, że unieważnienie pierwotnego postępowania nastąpiło w wyniku działań podjętych przez zamawiającego tj. poprzez postawienie na jego etapie nieproporcjonalnych warunków udziału w postępowaniu. W związku z tym nie może być mowy o wypełnieniu przesłanek zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp ponieważ to zamawiający doprowadził do powstania sytuacji, którą błędnie uznał za kwalifikującą się do zastosowania tego przepisu.

W związku z powyższym w wyniku obowiązku łącznego spełnienia wszystkich przesłanek składających się na przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp już poprzez uznanie, że: sytuacja przedmiotowego postępowania nie miała charakteru wyjątkowego, wynikała z przyczyn leżących po stronie zamawiającego oraz zamawiający mógł tę sytuację przewidzieć, Izba uznała, że Prezes Urzędu zasadnie zarzucił zamawiającemu naruszenie ww. przepisu.

Ponadto w ocenie Izby Prezes Urzędu słusznie uznał, że okoliczności wskazane w punktach od 2) do 5) zastrzeżeń nie miały wpływu na zaistnienie przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp. Jeśli chodzi o okoliczność podaną w pkt 2) zastrzeżeń należy wskazać, że dokonanie podziału zamówienia na trzy części w celu zwiększenia udziału sektora małych i średnich przedsiębiorstw w rynku zamówień publicznych nie uzasadnia zastosowania powyższego przepisu. Środki nakierowane na zwiększenie aktywności małych i średnich przedsiębiorców do udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego są dopuszczalne, a nawet pożądane, niemniej nie mogą doprowadzać do naruszenia przepisów Pzp tym bardziej w tak wrażliwej kwestii jak stosowanie trybów niekonkurencyjnych stanowiących wyjątek od zasady prymatu trybów przetargowych określonej w art. 10 ust. 1 Pzp.

Podobnie okoliczność wskazana w pkt 3) zastrzeżeń dotycząca ciężących na zamawiającym obowiązków, wynikających z regulacji prawnych w zakresie gospodarki odpadami oraz negatywnych skutków ich niedopełnienia, nie miała wpływu na przesłanki wskazane w art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp. Zdaniem Izby zarówno te obowiązki, jak i ich konsekwencje, powinny być zamawiającemu znane już przed wszczęciem pierwotnego postępowania, na co wskazuje m.in. cykliczny charakter usługi będącej przedmiotem postępowania. W związku z tym powstała sytuacja nie miała nieprzewidywalnego i wyjątkowego charakteru, zatem wskazane powyżej okoliczności nie mogły uzasadniać

zastosowania trybu z wolnej ręki na podstawie ww. przepisu.

Izba uznała także, że na uwzględnienie nie zasłużyły okoliczności podniesione przez zamawiającego w pkt 4) i 5) zastrzeżeń, dotyczące względów gospodarczych, technicznych i technologicznych oraz trybu postępowania w zakresie gospodarki odpadami przyjętego u zamawiającego. Okoliczności te oraz ich konsekwencje związane z niedotrzymaniem zobowiązań wobec ubezpieczycieli, możliwość wystąpienia strat na skutek przestoju czy możliwość wzrostu kosztów transportu odpadów lub odmówienia przyjęcia dodatkowych odpadów przez instalacje zastępcze ze względu na ograniczenia przerobowe, podobnie jak okoliczności wskazane w poprzednim akapicie, nie stanowią nieprzewidywalnej i wyjątkowej sytuacji, a są jedynie skutkiem działań podjętych przez zamawiającego na etapie pierwotnego postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego. Takiej okoliczności nie mogła stanowić także wskazywana przez zamawiającego potrzeba realizacji remontów dla wszystkich grup urządzeń w tym samym czasie, gdyż zamawiający już pierwotne postępowanie przygotował z takim założeniem, zatem już wcześniej wiedział o okolicznościach wykonywania przedmiotowego zamówienia. Tym samym także w tym aspekcie Izba przyjęła stanowisko Prezesa Urzędu.

Reasumując Izba uznała, że udzielenie zamówienia publicznego prowadzone musi być zgodnie z określonymi w Pzp zasadami w tym z jej art. 7 ust. 1, a na zamawiającym ciąży ustawowy obowiązek udzielania zamówień w sposób konkurencyjny. Niewątpliwie obowiązek ten zostaje naruszony w sytuacji, gdy zamawiający udziela zamówienia w trybie niekonkurencyjnym bez spełnienia przesłanek do jego zastosowania.

Mając powyższe na uwadze Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 Pzp, wyraziła opinię jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący:**.....

**Członkowie:** .....

.....