Sygn. akt KIO 243/20

WYROK

z dnia 20 lutego 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu w Warszawie na rozprawie w dniu 18 lutego 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lutego 2020 r. przez odwołującego: K. N. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Tour Leaders K. N." (pl. Defilad 1, 00-901 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: PI-.2012+ sp. z o. o. (Al. Ks. J. Poniatowskiego 1, 03-901 Warszawa)

orzeka:

1. Oddala odwołanie, za wyjątkiem zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zakresie którego postępowanie odwoławcze zostaje umorzone;

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: K. N. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Tour Leaders K. N." (pl. Defilad 1, 00-901 Warszawa) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień

publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego

doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Sygn. akt KIO 243/20

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843.), [ustawa Pzp lub Pzp] przez zamawiającego: PL.2012+ Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, którego przedmiotem jest „Sukcesywne świadczenie usługi przewodników wycieczek po PGE Narodowym w Warszawie". Ogłoszenie o zamówieniu: 2019/S 230-564473 z dnia 28.11.2019 r. Odwołujący - K. N. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Tour Leaders K. N." z Warszawy zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez unieważnienie niniejszego postępowania w sytuacji, gdy przywołana przesłanka nie została wykazana przez zamawiającego, jak i cena oferty odwołującego nie jest niższa od kwoty jaką zamawiający może przeznaczyć

na sfinansowanie zamówienia;

2) art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez unieważnienie niniejszego postępowania pomimo braku odpowiednich przesłanek, w tym w szczególności z uwagi na fakt, iż nie wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć;

3) art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez dokonanie unieważnienia postępowania pomimo braku odpowiednich przesłanek, w tym w szczególności z uwagi na fakt, iż przedmiotowe postępowanie nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;

4) art. 26 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania przez zamawiającego czynności wezwania odwołującego do złożenia dokumentów okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp;

5) art. 92 ust. 1 w związku z art. 91 ust. 1 - zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej oraz poinformowania uczestników przedmiotowego postępowania o

wyborze oferty najkorzystniejszej;

6) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób dyskryminujący Odwołującego, co stanowi naruszenie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o: (1) merytoryczne rozpoznanie oraz uwzględnienie odwołania; (2) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez zamawiającego; (3) nakazanie zamawiającemu dokonanie badania i oceny ofert, w szczególności dokonanie wezwania z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto, wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z akt (dokumentów) postępowania przetargowego przedłożonych przez zamawiającego, tj.: SIWZ oraz innych dokumentów wskazanych przez odwołującego w treści odwołania w celu wykazania okoliczności uzasadniających wniesienie odwołania.

Wykonawca podał, że wskazane w odwołaniu niezgodne z prawem czynności zamawiającego przejawiające się w bezzasadnym dokonaniu czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, pozbawiają Odwołującego realnej możliwości uzyskania zamówienia. Odwołujący złożył ważną ofertę w niniejszym postępowaniu, która powinna zostać uznana za najkorzystniejszą - oferta Odwołującego jako jedyna złożona w niniejszym postępowaniu powinna zostać sklasyfikowana na pierwszym miejscu w kryteriach oceny ofert. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp Odwołujący może ponieść szkodę, poprzez nieuzyskanie zamówienia, które zgodnie z przepisami powinno zostać udzielone właśnie Odwołującemu. W ten sposób Odwołujący nie uzyska korzyści płynących z realizacji zamówienia. Tym samym Odwołujący poniesie szkodę polegającą na utracie korzyści związanych z zamówieniem. Powyższe wskazuje, że zostały spełnione przesłanki wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu wskazał w szczególności:

Zamawiający prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Przedmiotem postępowania jest „Sukcesywne świadczenie usługi przewodników wycieczek po PGE Narodowym w Warszawie". Dowód: 1. Ogłoszenie o zamówieniu 2019/S 230-564473 z dnia 28.11.2019 r. - w aktach przetargowych przedkładanych przez zamawiającego, 2. SIWZ wraz załącznikami - w aktach przetargowych przedkładanych przez zamawiającego. W dniu 30 grudnia 2019 r. o godzinie 13:30 upłynął termin składania ofert. W postępowaniu złożone została złożona tylko jedna oferta, oferta Odwołującego. Dowód: 3. Informacja z otwarcia ofert - w aktach przetargowych przedkładanych przez zamawiającego. Zgodnie z pkt 25 ppkt 2 SIWZ zamawiający określił w jaki sposób dokona oceny i badania ofert, który miał zostać wykonany w trzech etapach, tj.:

„I etap: wstępna ocena w zakresie wymagań formalnych i kompletności oferty. Oferty niespełniające wymagań określonych ustawą i specyfikacją istotnych warunków zamówienia zostaną odrzucone, a w przypadku ujawnienia podstaw do wykluczenia Wykonawcy składającego ofertę, oferty te zostaną odrzucone.

II etap: ocena merytoryczna według kryterium określonego w pkt. 19 niniejszej specyfikacji. W II etapie rozpatrywane będą oferty niepodlegające odrzuceniu złożone przez Wykonawców niepodlegających wykluczeniu.

III etap: Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, wezwie wykonawcę. którego

oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym , nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów wymaganych zgodnie zapisem akt. 16.4. SIWZ w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy PZP".

W niniejszej sprawie zamawiający zaniechał czynności badania i oceny ofert w trzech wymienionych powyżej etapach. Zamawiający bowiem od upływu terminu składania ofert nie wezwał wykonawcy do przedłożenia dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia wyznaczając 10 dniowy termin na przedłożenie tych dokumentów - zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący pismem z dnia 17.01.2020 r. oraz pismem z dnia 30.01.2020 r. przekazał zamawiającemu stanowisko dotyczące bezczynności zamawiającego w zakresie dokonania czynności prowadzących do wyboru oferty najkorzystniejszej. W odpowiedzi zamawiający poinformował Odwołującego o unieważnieniu postępowania - pismo z dnia 31.01.2020 r. Zamawiający poinformował w ww. piśmie, że „działając na podstawie art. 92 ust. lpkt. 7 powyżej wskazanej ustawy, informuje, iż unieważnia przedmiotowe postępowanie w związku z zaistnieniem okoliczności wskazanych w: a) art. 93 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp,; b) art. 93 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp.

l. Zamawiający wskazał uzasadnienie faktyczne w zakresie pierwszej ww. przesłanki, a mianowicie:

„Zamawiający na realizację zamówienia zamierzał przeznaczyć kwotę 1.419.705,00 zł, która stanowiła 41% założonych w budżecie Zamawiającego przychodów z ceny sprzedanych biletów i zrealizowanych wycieczek. Tymczasem otrzymane w jedynej złożonej ofercie Wykonawcy warunki finansowe realizacji zamówienia zawierają wyższe przychody z ceny każdego sprzedanego biletu niż zamierzał przeznaczyć na nie Zamawiający".

Przedstawiona ww. czynność zamawiającego została dokonana w sposób pozbawiony usprawiedliwionych powodów i jako taka bez podstawy faktycznej, a co za tym idzie jest ona bezprzedmiotowa. Innymi słowy, zamawiający poprzez samodzielne (autorskie) ukształtowanie treści SIWZ uniemożliwił podjęcie czynności unieważnienia postępowania na podstawie przedstawionej przesłanki - art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Powyższa przesłanka dla przedmiotowego postępowania ma charakter irrelewantny i tym samym uznać należy ją jako bezprzedmiotową w związku z wartością jaką podał podczas otwarcia ofert, tzn.: kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (art. 86 ust. 4 pkt 1 ustawy Pzp). Zamawiający bowiem, określił wymagania SIWZ oraz projekcie umowy w zakresie określenia ceny, które uniemożliwiają dokonanie unieważnienia postępowania ze względu na cenę. Zgodnie z pkt 23 Część IV SIWZ - „cena ofertowa będzie wyrażona, jako % od ceny sprzedanego biletu na wycieczki po stadionie PGE Narodowy".

Zamawiający skonstruował formularz oferty w sposób, w którym wykonawcy nie podają cen wyrażonych jako wartości w PLN, ale jako procent. Ponadto, zamawiający nie odniósł w żaden sposób do prognozowanych (zakładanych) ilości biletów wstępu i zakładanego osiąganego z tego tytułu zysku dla wykonawcy (wynagrodzenia). W związku z tym, obecnie nie istnieje możliwość uznania, że jakakolwiek oferta przekracza budżet zamawiającego. Nie można bowiem porównywać dwóch różnych elementów: procentu z tytułu sprzedaży jednego biletu do ogólnej kwoty wyrażonej w PLN.

Jedynym ograniczeniem w zakresie określenia ceny oferty jest następująca informacja zawarta w treści SIWZ, tj.: „wartość % podana w Formularzu Oferty nie może przekroczyć

100% ceny bilety".

Powyższe oznacza, że zamawiający może dokonać unieważnienia na zasadach, o których mowa w art. 93 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp wyłączne w sytuacji, gdyby najkorzystniejsza oferta zawierała wartość wyższą niż 100% ceny bilety. Przedmiotowe postępowanie ma jeszcze jeden skutek, a mianowicie zamawiający w treści SIWZ wprost dopuścił możliwość zaoferowania ceny oferty, która nie może przekroczyć 100%. Oznacza to, że każda cena oferty, której wartość będzie mieścić się w przedziale od 0,1% do 100% będzie ważna i zgodna z treścią SIWZ. Zamawiający wskazał, że „otrzymane w jedynej złożonej ofercie Wykonawcy warunki finansowe realizacji zamówienia zawierają wyższe przychody z ceny każdego sprzedanego biletu niż zamierzał przeznaczyć na nie Zamawiający". Przedmiotowe stanowisko zamawiającego jest nietrafione z co najmniej dwóch powodów. Zamawiający, w trakcie trwania postępowania o udzielenie zamówienia nie wskazał jakichkolwiek danych, informacji itp., które uprawniałyby do sformułowania takiej tezy. Zamawiający wskazał podczas otwarcia ofert ogólną kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, która w żaden sposób nie może być punktem odniesienia do zasad jakie zamawiający samodzielnie skonstruował w zakresie określenia wartości oferty.

Po drugie, w treści uzasadnienia decyzji o unieważnieniu zamawiający nie wskazał jakiejkolwiek kwoty (wartości), wskazując jedynie, że nie akceptuje warunków finansowych odwołującego. Nadto, Zamawiający jedynie informuje, że zamierzał przeznaczyć bliżej nieokreśloną kwotę, ale nie wskazuje jaką kwotę może przeznaczyć.

Dodatkowo, Odwołujący wskazuje, że również sformułowane przez zamawiającego postanowienia umowy uniemożliwiają dokonanie unieważnienia postępowania ze względu na zastosowaną przez zamawiającego przesłankę. Zgodnie bowiem z treścią § 2 Umowy:

„1. Niniejsza Umowa zostaje zawarta na czas oznaczony. Wchodzi w życie z dniem jej podpisania i obowiązuje od dnia 01.02.2020 roku do dnia 31.01.2021 roku („Okres realizacji usługi "), z zastrzeżeniem ust. 2 poniżej.

2. Niniejsza umowa ulegnie wcześniejszemu rozwiązaniu niż przewiduje to ust. 1 powyżej, w przypadku wcześniejszego wykorzystania przez Zamawiającego liczby godzin świadczenia usług przez Wykonawcę określonej w ust. 10 poniżej lub wyczerpania kwoty Maksymalnego Wynagrodzenia, o którym mowa w § 5 ust. 8 Umowy, w zależności od tego, które zdarzenie nastąpi wcześniej.

3. Rozwiązanie Umowy z upływem Okresu realizacji usługi, pomimo niewykorzystania w całości kwoty Maksymalnego Wynagrodzenia, o której mowa w § 5 ust. 8 Umowy, nie stanowi podstawy jakichkolwiek roszczeń względem Zamawiającego.

(...)

10. Zamawiający oświadcza, że łączna liczba godzin świadczenia usług w ramach realizacji Przedmiotu Umowy nie przekroczy 60.000 (sześćdziesiąt tysięcy) godzin w Okresie realizacji usługi."

Natomiast zgodnie z treścią § 5 ust. 8 Umowy - „Strony zgodnie oświadczają, że maksymalne wynagrodzenie („ Maksymalne Wynagrodzenie jakie Wykonawca może

otrzymać od Zamawiającego na podstawie niniejszej Umowy wynosi łącznie.....zł (słownie:)

netto.....tj. zł (słownie:) brutto".

Powyższe, oznacza że zamawiający uzależnił okres obowiązywania umowy od dwóch okoliczności, a mianowicie od łącznej liczby godzin świadczenia usług oraz od Maksymalnego Wynagrodzenia (kwotę tę zamawiający samodzielnie narzuca wskazując w umowie). Zatem niezależnie od wysokości procenta przychodu wykonawcy wskazanego w treści oferty Maksymalna Wysokość umowy jest stała. Tym samym brak jest podstaw do stosowania przesłanki unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, bowiem zamawiający wykonując umowę w sprawie zamówienia publiczne, po pierwsze zaciąga zobowiązania wyłącznie do kwoty przez siebie ustalonej (a nie jak zazwyczaj ustalonej w ofercie przez wykonawcę), po drugie w trakcie realizacji umowy kwota ta nie może zostać przekroczono ze względu na treść § 2 ust. 1 i 2 Umowy.

Zamawiający w odniesieniu do drugiej przesłanki unieważnienia postępowania wskazał, że: „Zamawiający biorąc pod uwagę oczekiwania finansowe podmiotu, który złożył ofertę w prowadzonym przetargu nieograniczonym znacznie przekraczające kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia, (co zostało wskazane w lit. a powyżej), podjął decyzję o rezygnacji ze zlecania wykonawcy zewnętrznemu świadczenia usługi przewodników wycieczek po PGE Narodowym. W związku z decyzją Zamawiającego o rezygnacji z udzielania przedmiotowego zamówienia podmiotowi zewnętrznemu zaistniała okoliczność obligująca Zamawiającego do unieważnienia przedmiotowego przetargu. Poinformował wykonawcę, że nie będzie występował o ponowne udzielenie niniejszego zamówienia ze względu na jego samodzielną realizację od dnia 01 lutego 2020 r."

Zdaniem Odwołującego, wskazane uzasadnienie jest co najmniej zastanawiające bowiem zamawiający pominął w całości treść przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp zgodnie z którym 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. Już pierwsza część ww. przepisu wskazuje na obligatoryjność unieważnienia postępowania z uwagi na wystąpienie ww. przesłanki. Natomiast zamawiający wprost oświadczył, że w istocie to on podjął subiektywną decyzję o zakończeniu postępowania - „w związku z decyzją zamawiającego o rezygnacji". Stwierdził, że zamawiający nie jest uprawniony do unieważnienia postępowania ze względu na swoje subiektywne decyzje. Ustawodawca bowiem zobowiązał zamawiającego do unieważnienia postępowania wyłącznie ze względu na przesłanki zawarte w ww. przepisie. W treści art. 93 ust. 1 ustawy Pzp nie znajduje się przesłanka o możliwości unieważnienia postępowania ze względu na decyzję zamawiającego. Gdyby uznać słuszność decyzji zamawiającego, wówczas każde

postępowanie o udzielenie zamówienia mogłoby zostać zniweczone ze względu na „podjęcie decyzji o rezygnacji". Przesłanka wskazana w art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp została określona kumulatywnie i pojawia się w sytuacji, gdy wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym oraz istotnej zmiany okoliczności nie można było wcześniej przewidzieć. Wystąpienie istotnej zmiany okoliczności musi mieć charakter obiektywny. Konieczne jest stwierdzenie, że zmiana wystąpiła, a nie powstała jedynie możliwość jej wystąpienia. Oznacza to, że przy zachowaniu należytej staranności istotnej zmiany okoliczności nie mógł wcześniej przewidzieć zarówno zamawiający, jak i wykonawca. Okoliczności wskazane w art. 93 ust. 1 pkt 6 muszą mieć charakter trwały i nieprzewidywalny w chwili wszczęcia postępowania. To zamawiający jest obowiązany wykazać, że zachowując należytą staranność, nie mógł wcześniej przewidzieć wystąpienia istotnej zmiany okoliczności, powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym (por. KIO 267/18). Ponadto, o tym czy dana usługa leży czy nie w interesie publicznym, nie decyduje wyłącznie to czy zamawiający uzyska większą efektywność tańszą metodą. Przepis art. 93 ust. 1 pkt 6 p.z.p. nie odnosi się bowiem do konieczności osiągnięcia lepszego efektu choćby finansowego w drodze zmiany okoliczności. Przepis wymaga jedynie, aby nastąpiła zmiana okoliczności, przez którą odpadnie interes publiczny w wykonaniu zamówienia i aby ta zmiana nie była możliwa do przewidzenia (por. KIO 2301/16). W konkluzji wskazał, że w związku z brakiem wykazania przesłanek unieważnienia postępowania, jak i próby ich uzasadnienia przez zamawiającego niniejsze odwołanie należy uznać nie tylko za zasadne, ale i konieczne.

Izba w zakresie podtrzymanych w odwołaniu zarzutów, w tym naruszenia art. 93 ust.1 pkt 4 i pkt 6 wskazanych jako podstawy unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ustaliła co następuje:

Przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu - według Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (OPZ) są ”usługi przewodnickie i ich koordynacja na PGE Narodowym oraz zapewnienie Audioprzewodników”. Specyfikacja wymagań (realizowanych przez wykonawcę czynności w zakresie podstawowej obsługi zwiedzania Stadionu) zmieszczona została w Części I pkt 2 OPZ (w 33 punktach). Opis Usługi i Oferty zwiedzania (trasy i atrakcje zwiedzania) wg OPZ określa Zamawiający i takie szczegółowe opisy tras zwiedzania (i atrakcji) miały być udostępniane wybranemu wykonawcy wraz z podpisaniem umowy. W tym OPZ podane zostały dane (informacje) co do Harmonogramu zwiedzania (także co do godzin) i frekwencji (charakter poglądowy), cennika i okoliczności jego zmiany (ceny ustala Zamawiający), promocji i ich podstaw (także kompetencja Zamawiającego). Z kolei we wzorze umowy zamieszczono także obowiązki dla Zamawiającego m.in. w § 4 ust.1 m.in. co do: „ 2) udostępnienia pomieszczenia biurowego wraz z wyposażeniem w budynku biurowym w siedzibie Zamawiającego albo na terenie PGE Narodowego w Warszawie (....); 3) przekazania Wykonawcy sprzętu niezbędnego do realizacji Przedmiotu Umowy, określonego szczegółowo w Załączniku 1 (...); 4)przeprowadzenia jednorazowego, bezpłatnego szkolenia dla 28 przewodników, i koordynatorów, przy pomocy których będzie wykonywał Przedmiot Umowy, zgodnie z § 2 ust. 4 Umowy oraz egzaminu kończącego ww. szkolenie, uprawniającego do otrzymania ww. certyfikatu;”

W Protokole postępowania (w punkcie 4) wskazano, że wartość zamówienia została określona na kwotę: 2.129.557,50 zł, co stanowi równowartość 493.902,06 euro oraz zaznaczono: „w tym wartość przewidywanych zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 oraz w art. 134 ust. 6 pkt 3 (...) została ustalona na kwotę 709.852,50 zł, co stanowi równowartość 164.634,02 euro”. Z kolei w punkcie 5 podano, że: „Wartość zamówienia została ustalona w dniu 24 października 2019 r. na podstawie (.) Planowanych kosztów, jakie PL.2012+ Sp. z o.o. poniesie na realizację usługi objętej przedmiotem zamówienia oraz analizy rynku (.).

Stosownie do postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) jej punktu 26 (Kryteria oceny ofert): „W celu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający przyjął następujące kryterium oceny ofert: Cena naliczana, jako % od wysokości przychodów ze sprzedaży biletów - 100%.” Zgodnie z pkt 27 SIWZ (Zasady oceny ofert według ustalonych kryteriów) wskazał, że: „1. Ocena ofert w zakresie kryterium „Cena naliczana,

jako % od wysokości przychodów ze sprzedaży biletów" zostanie dokonana według następujących zasad: a) oferta zawierająca najniższy % od wysokości przychodów ze sprzedaży biletów otrzyma maksymalną ilość punktów przewidzianą w przedmiotowym kryterium, tj. 100 punktów (.). Z kolei w punkcie 23 SIWZ (Sposób obliczania ceny oferty) (w ust.1 i 2) podano: „1. Cena ofertowa będzie wyrażona, jako % od ceny sprzedanego biletu na wycieczki po stadionie PGE Narodowy. Wartość % podana w Formularzu Oferty nie może przekroczyć 100% ceny biletu. Wysokość wynagrodzenia brutto (wraz z podaniem podatku VAT) Wykonawcy będzie obliczana od ceny brutto biletu. Zamawiający wyraża zgodę na podanie wartości % z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

2. W Formularzu Oferty należy podać % od ceny sprzedanego biletu, jaki będzie składał się na wynagrodzenie brutto (wraz z podaniem podatku VAT) Wykonawcy oraz będzie stanowił element porównania złożonych ofert. (...).

Zamawiający na otwarciu ofert wskazał: „Kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 1.419.705,00 zł brutto, tj. 41% przychodów brutto z ceny biletów."

W tym postępowaniu została złożona jedna oferta - przez Odwołującego, który w formularzu oferty wskazał cenę ofertową w sposób wymagany w SIWZ i Formularzu oferty: 49% od ceny biletu na wycieczkę po PGE Narodowym.

Zamawiający w decyzji o unieważnieniu tego postępowania wskazał (jak już podano na dwie przesłanki). W odniesieniu do art. 93 ust.1 pkt 4 Pzp podał: „a) Zamawiający na realizację zamówienia zamierzał przeznaczyć kwotę 1.419.705,00 zł, która stanowiła 41% założonych w budżecie Zamawiającego przychodów z ceny sprzedanych biletów i zrealizowanych wycieczek. Tymczasem otrzymane w jedynej złożonej ofercie Wykonawcy warunki finansowe realizacji zamówienia zawierają wyższe przychody z ceny każdego sprzedanego biletu niż zamierzał przeznaczyć na nie Zamawiający (.). Z kolei co do wskazanego art. 93 ust.1 pkt 6 Pzp stwierdził: „Zamawiający biorąc pod uwagę oczekiwania finansowe podmiotu, który złożył ofertę w prowadzonym przetargu nieograniczonym znacznie przekraczające kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia, (co zostało wskazane w lit. a powyżej), podjął decyzję o rezygnacji ze zlecania wykonawcy zewnętrznemu świadczenia usługi przewodników wycieczek po PGE Narodowym". W konkluzji stwierdził, że: „W związku z decyzją Zamawiającego o rezygnacji z udzielania przedmiotowego zamówienia podmiotowi zewnętrznemu zaistniała okoliczność obligująca Zamawiającego do unieważnienia przedmiotowego przetargu. Zamawiający informuje, iż nie będzie występował o ponowne udzielenia niniejszego zamówienia ze względu na jego samodzielną realizację od dnia 01 lutego 2020r."

Zamawiający na rozprawie odnośnie zastosowanych przesłanek wskazywał ponadto na koszty jakie ponosi w związku z przygotowaniem obiektu i jego udostępnianiem dla organizowania usług (przykładowo: koszty obsługi, sprzątania, oświetlenia, ochrony). Wskazywał ponadto na cel udzielania tego zamówienia, podnosząc, że Zamawiającym jest spółka celowa i celem Spółki jest uzyskanie przychodów oraz, że Spółka nie możne ponosić nadmiernych kosztów, a w tym stanie faktycznym realizacja zamówienia przy tak wysokich kosztach stałaby się nieopłacalna (nie przynosiła założonych przychodów do budżetu, a stała się jego kosztem). W konsekwencji koszt, jaki musiałby ponieść Zamawiający niweluje korzyści udzielonego zamówienia. Wskazał, że na tym polega w tym przypadku istotność zmian, które były jego zdaniem nieprzewidywalne. Podkreślił także, że w tym przypadku mamy do czynienia z trwałą zmianą okoliczności. Z uwagi na to, że ze względu na nieopłacalność „outsourcingu" (koszty są zbyt wysokie), a z tej linii przychodu jest finansowany stadion i z której nie będą mogły być generowane założone przychody, nie leży w interesie społecznym zlecanie (tak jak dotychczas) tych usług zewnętrznemu podmiotowi. Podał, że następuje likwidacja takiej linii przychodów. Wskazał również na poprzednie postępowania w zakresie analogicznych usług odnośnie których podobnie był wyrażany budżet Zamawiającego, co nie było przez wykonawców kwestionowane. Także analogicznie były sformułowane postanowienia SIWZ, co do opisu sposobu obliczenia ceny, a także kryterium. Na poparcie przedstawił zestawienia zamówień, które w tym przedmiocie zostały udzielone w okresie 2017 - 2019, i w których uczestniczył Odwołujący.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 26 ust.1 Pzp stwierdził, że ten zarzut jest spóźniony, albowiem wykonawca o bezczynności Zamawiającego informował już w piśmie z dnia 17.01.2020 r., a zatem z dniem 27.01.2020 r. upłynął termin na podnoszenie tego zarzutu. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 93 ust.1 pkt. 7 Pzp wskazał, że ten przepis nie stanowił podstawy unieważnienia postępowania i w zawiadomieniu ta przesłanka nie została powołana. Z kolei odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust 1 i 3 podniósł, że nie wskazano w uzasadnieniu żadnych okoliczności stanowiących o ich naruszeniu. Zdaniem Zamawiającego te zarzuty Izba powinna pozostawić bez rozpoznania.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega rozpoznaniu w zakresie podnoszonych w odwołaniu i podtrzymanych przez wykonawcę zarzutów, a mianowicie naruszenia: art. 26 ust.1 ustawy Pzp, art. 93 ust.1 pkt 4 i pkt 6 oraz art. 92 ust. 1 ustawy Pzp w związku z jej art. 91 ust. 1, a także art. 7 ust.1 i 3 Pzp. Zarzut wskazany w odwołaniu naruszenia art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp wykonawca cofnął, przyznając, że taka przesłanka nie została w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania wskazana.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 26 ust.1 Pzp Izba zgodziła się z wykonawcą, że obliczanie terminów następuje od czynności zamawiającego nie odwołującego.

Unieważnienie postępowania (w tym przypadku) jest pierwszą czynnością zamawiającego uprawniającą do obliczania terminu odnośnie tego zarzutu. Z kolei zarzut naruszenia art. 7

ust.1 i 3 ustawy Pzp jest zarzutem (jak podnosił wykonawca) subsydiarnym w stosunku do zarzutów uprzednich podniesionych w odwołaniu.

Odwołanie podlega oddaleniu w związku z art. 192 ust.2 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 93 ust.1 ustawy Pzp: „Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli:

(.)

4) cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty;

6) wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć;(.).

Zdaniem Izby (uwzględniając wskazane postanowienia SIWZ) w niniejszej sprawie Zamawiający wykazał zaistnienie pierwszej z przesłanek z art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp, skutkujących unieważnieniem przedmiotowego postępowania. Pierwsza z okoliczności wskazywanych przez Odwołującego przeciwko stanowisku Zamawiającego, co do podstaw unieważnienia, nie zasługuje na uwzględnienie albowiem postanowienie SIWZ z punktu 23.1 zdanie drugie: „Wartość % podana w Formularzu Oferty nie może przekroczyć 100% ceny biletu” nie dotyczy obliczania budżetu Zamawiającego, a dotyczy sposobu obliczenia ceny i przekroczenie tego wskaźnika powodowałoby niezgodność oferty (ewentualny błąd w obliczeniu ceny) z treścią specyfikacji, który byłby niemożliwy do poprawienia w trybie art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp i w konsekwencji powodowałby odrzucenie tej oferty na podstawie jej art. 89 ust.1 pkt 2, a nie podstawę unieważnienia tego postępowania, o której mowa w art. 93 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp. Izba zgodziła się z twierdzeniami Odwołującego, że Zamawiający w treści SIWZ dopuścił możliwość zaoferowania ceny oferty do 100%, (oferta z ceną której wartość będzie mieścić się w przedziale od 0,1% do 100% będzie ważna i zgodna z treścią SIWZ), jednakże takie postanowienie nie wyłączyło skutku unieważnienia postępowania z powodów wskazanych w art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający podczas otwarcia ofert wskazał ogólną kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, która jest punktem odniesienia do zasad jakie Zamawiający samodzielnie skonstruował w zakresie określenia wartości oferty. Izba także zwraca uwagę, że na wynagrodzenie brutto

wykonawcy (które przysługuje miesięcznie) płatne z przychodów (raczej przyszłych) składa się (zgodnie z § 5 ust.1) suma:

„1) iloczynu.....ceny brutto jednego sprzedanego biletu na wycieczkę lub punkt widokowy i łącznej liczby sprzedanych w danym miesiącu biletów na wycieczki po PGE Narodowym oraz na punkt widokowy

2) iloczynu.....ceny brutto jednego wypożyczonego audioprzewodnika i łącznej liczby wypożyczanych w danym miesiącu audio przewodników oraz

3) wynagrodzenia z tytułu obsługi grup biznesowych w danym miesiącu, w wysokości sumy iloczynu liczby wycieczek biznesowych i stawki: .....zł brutto (za pierwszą grupę klienta) lub .....zł brutto (za drugą oraz każdą kolejną grupę klienta), zgodnie z pkt. 3 Części II Załącznika 1

4) wynagrodzenia z tytułu obsługi wycieczek podczas organizacji urodzin w danym miesiącu w wysokości sumy iloczynu liczby urodzin i stawki .....zł brutto, zgodnie z pkt. 3 Części II Załącznika 1."

Powyższe ceny i stawki) są ustalane przez Zamawiającego i według OPZ szczegółowo stanowi o tym jego część II. Sposób ustalania ceny przez Zamawiającego w tym postępowaniu oraz kryterium oceny ofert podane w specyfikacji udostępnionej wykonawcom w dniach 28 grudnia 2019 r. do dnia 30 grudnia 2019 r. na jego stronie internetowej nie zostały przez wykonawcę w terminach określonych w ustawie Pzp zakwestionowane. Także nie został zakwestionowany przez Odwołującego ogłoszony przez Zamawiającego w dniu 30 grudnia 2019 r. na otwarciu ofert jego budżet, zarówno co do podanego wskaźnika jak i wartości wyrażonej w złotych. Zdaniem Izby, Zamawiający (wbrew twierdzeniom Odwołującego) w tym stanie faktycznym autorsko (na co zwracał uwagę sam wykonawca) kształtując treść SIWZ, co do sposobu obliczenia ceny i wskazanego kryterium (także ukształtowanej ceny wskaźnikowo) oraz prezentacji jego budżetu zaplanowanego na to przedsięwzięcie dokonując ustaleń dotyczących de facto nieopłacalności przedsięwzięcia (nieopłacalności kosztów jego wykonania) wykazał, mając na uwadze założenia, (które nie podlegały ocenie Izby), że budżet (cena), który Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jest niższy od kwoty obliczonej według procentowego wskaźnika z oferty wykonawcy, a mianowicie: warunki finansowe realizacji zamówienia podane w ofercie wykonawcy obejmują wyższe przychody z ceny każdego sprzedanego biletu niż zamierzał przeznaczyć na nie Zamawiający. Tak jak podał sam Odwołujący także możliwe jest ustalenie kwotowo wartości jego oferty, a mianowicie w przypadku gdyby wartość procentowa 49 % i wskaźnik procentowy pomnożyć przez określone przychody, wtedy możliwe byłoby porównanie, czy kwota porównana w ofercie przekracza kwotę podaną na otwarciu ofert. Takiego właśnie porównania dokonał Zamawiający i z niego wywiódł wniosek nieopłacalności przedsięwzięcia powodujący przekroczenie założonego budżetu, co w konsekwencji spowodowało unieważnieniem tego postępowania na podstawie przesłanki z art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 93 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp - skierowanego do drugiej kumulatywnej przesłanki stanowiącej również podstawę unieważnienia przedmiotowego postępowania - Izba stwierdza, że ten zarzut jest zasadny.

Zdaniem Izby, Zamawiający nie wykazał okoliczności składających się na przesłankę, a mianowicie nie wykazał (łącznie): istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. W uzasadnieniu bowiem decyzji o unieważnieniu z dnia 31.01.2020 r. podał, że unieważniając postępowanie na tej podstawie miał na uwadze oczekiwania finansowe podmiotu, który złożył w przetargu ofertę znacznie przekraczającą kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia, Z tego powodu podjął decyzję o rezygnacji (w ogóle) ze zlecania wykonawcy zewnętrznemu świadczenia usługi przewodników wycieczek po PGE Narodowym. W związku z decyzją o

rezygnacji z udzielania przedmiotowego zamówienia podmiotowi zewnętrznemu i decyzją o jego samodzielnej realizacji od dnia 01 lutego 2020r. zaistniała - jego zdaniem - okoliczność obligująca do unieważnienia przedmiotowego przetargu. Niewątpliwie decyzja o

samodzielnej realizacji przez Spółkę zamówienia jest istotną zmianą okoliczności, ale nie można zgodzić się, że w związku z tym wykazano, że prowadzenie postępowania (czy

udzielenie zamówienia) nie leży w interesie publicznym, czego wcześniej nie można było przewidzieć. Zamawiający - ponad podane we wskazanym piśmie okoliczności - podnosił na

rozprawie z jednej strony, że Spółka nie ma interesu społecznego w kontynuacji zlecania zamówienia na zewnątrz, a z drugiej - że Spółka nie ma interesu publicznego w zlecaniu takiej usługi na zewnątrz. Także, że z tej linii przychodu jest finansowany stadion, która nie generuje założonych przychodów dla Spółki i nie leży (z kolei) w interesie społecznym zlecanie na zewnątrz tej usługi. Wskazał na likwidację tej linii przychodów. Jego zdaniem, dla oceny przesłanki (interesu publicznego) należy uwzględniać specyfikę otoczenia formalno -

prawnego, w którym działa Spółka oraz, że udzielnie zamówienia musi następować z uwagi na realizowane potrzeby biznesowe. Wskazywał zatem na aspekt ekonomiczny - jego

interes, podczas gdy powołany przepis wymaga od zamawiającego prawidłowego posłużenia się pojęciem „interesu publicznego", który nie będzie (co do zasady) tożsamy z interesem zamawiającego. Zamawiający powinien zatem wskazać, jaki interes publiczny (nie interes Spółki) wymagał dokonania przez niego unieważnienia postępowania na tej podstawie, gdyż tylko w ten sposób byłby w stanie udowodnić, że przesłanka ta wystąpiła. W każdym wypadku zamawiający ma obowiązek wskazać, o jaki interes publiczny chodzi i udowodnić, że jest on na tyle ważny i znaczący, że bezwzględnie wymaga ograniczenia uprawnienia wykonawców. Zamawiający w zacytowanym zawiadomieniu nie wykazał, że w stanie faktycznym tej sprawy powoływane okoliczności (zmiany i ich istotność) były niemożliwe do przewidzenia, (patrząc oczywiście w kategoriach obiektywnych) i były skutkiem zaistnienia zewnętrznych okoliczności oraz (także co istotne) są związane z interesem publicznym. W stanie faktycznym, kluczowe zamówienie to usługi przewodnickie i ich koordynacja na PGE Narodowym, które będą realizowane, zmiany dotyczy organizacji tej usługi, co do podmiotu odpowiedzialnego za jej wykonanie. Zatem ta misja społeczna PGE Stadionu upatrywana przez Zamawiającego w usługach udostępniania stadionu (pogląd dyskusyjny i jak należy rozumieć na dostarczaniu unikalnego spektrum możliwości spędzania wolnego czasu) - będzie realizowana w dalszym ciągu, albowiem usługi związane oprowadzaniem wycieczek indywidualnych i grupowych zgodnie z trasami i harmonogramem zwiedzania będzie realizowane przez Spółkę. Także będą udostępniane audio przewodniki (o czym mowa w OPZ).

Izba, jednakże w zakresie tego zarzutu - naruszenia art. 93 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp - miała na uwadze regułę z art. 192 ust.2 ustawy Pzp zgodnie z którą: "Izba uwzględnia

odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia". W tym przypadku bowiem podlega oddaleniu drugi z kluczowych zarzutów opisany powyżej naruszenia art. 93 ust.1 pkt

4 Pzp.

Natomiast zarzut naruszenia art. 26 ust.1 ustawy Pzp oraz jej art. 92 ust. 1 w związku z art. 91 ust. 1 tej ustawy podlega oddaleniu. W stanie faktycznym tej sprawy bowiem nie mogła być dokonana przez Zamawiającego czynność wezwania Odwołującego do złożenia dokumentów okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Podobnie jak i czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz poinformowania uczestników przedmiotowego postępowania o wyborze oferty najkorzystniejszej - z uwagi na unieważnienie postępowania. Wobec tych ustaleń, także należało uznać za niezasadny zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, albowiem Zamawiający w odniesieniu do Odwołującego nie prowadził przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób dyskryminujący Odwołującego, naruszając zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, a unieważnienie tego postępowania o udzielenie zamówienia zostało oparte na nie kwestionowanej przez Izbę podstawie z art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp. Z kolei w zakresie zarzutu naruszenia art.93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp z uwagi na jego cofnięcie Izba uwzględniając odpowiednio art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze stwierdziła, że w zakresie tego zarzutu postępowanie odwoławcze zostaje umorzone.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku sprawy uwzględniając także przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r, poz. 972).