Sygn. akt KIO 2173/13

WYROK
z dnia 26 września 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata
Członkowie: Izabela Kuciak
Honorata Łopianowska

Protokolant: Agata Dizuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 września 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 września 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **EasyLog sp. z o.o., IT Expert sp. z o.o. IT event sp. z o.o. z siedzibą dla lidera w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa - Minister** Środowiska **z siedzibą w Warszawie,**

przy udziale wykonawcy **MEDIACAP S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie odwołującego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**

2 . Kosztami postępowania obcią a wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **EasyLog sp. z o.o., IT Expert sp. z o.o. IT event sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **EasyLog sp. z o.o., IT Expert sp. z o.o. IT event sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Warszawie,** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący: ……

Członkowie: ……

……

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa-Minister Środowiska, ul. Wawelska 52/54, 00-922 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *„Organizację logistyczno-techniczna 19 Konferencji Stron Ramowej konwencji Narodów Zjednoczonych w sprawie zmian klimatu(UNFCCC COP19), 9 sesji Konferencji Stron słu* ącej *jako Spotkania Stron Protokołu z KIOTO (CMP9) oraz 39 sesji organów pomocniczych konwencji (11-22 listopada 2013 r.) wraz z kreacją i wizualizacją przestrzeni konferencyjnej”* na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907).

Zamawiający dnia 2 września 2013 roku opublikował ogłoszenie o przeprowadzeniu postępowania i udzieleniu zamówienia, w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Dnia 9 września 2013 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: EasyLog sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), IT.expert sp. z o.o. oraz IT.event sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 176, 02-486 Warszawa (zwani dalej „odwołujący") wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1) naruszenie przepisu art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki w celu udzielenia zamówienia na przedmiot zamówienia obejmujący *„Organizację logistyczno-techniczną 19 Konferencji Stron Ramowej konwencji Narodów Zjednoczonych w sprawie zmian klimatu (UNFCCC COP19), 9 sesji Konferencji Stron słu* ącej *jako Spotkania Stron Protokołu z KIOTO (CMP9) oraz 39 sesji organów pomocniczych konwencji (11-22 listopada 2013 r.) wraz z kreacją i wizualizacją przestrzeni konferencyjnej"* pomimo braku podstaw określonych w tym przepisie,
2) naruszenie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, poprzez wszczęcie i prowadzenie postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, a następnie zawarcie umowy na ww. przedmiot zamówienia, pomimo i postępowanie to obarczone jest niemo liwą do usunięcia wadą uniemo liwiającą zawarcie niepodlegającej uniewa nieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,
3) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki w sposób naruszający uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcami zdolnymi do wykonania przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania poprzez:

1) uniewa nienie umowy w sprawie zamówienia na ww. przedmiot zamówienia, zawartej z wykonawcą MTP sp. z o.o. - na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 2a ustawy Pzp,
2) nakazanie zamawiającemu uniewa nienia postępowania o udzielenie zamówienia, przeprowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki,
3) obcią enie zamawiającego kosztami postępowania.

Odwołujący wniósł tak e o przeprowadzenie na rozprawie dowodów z dokumentów powołanych w treści odwołania oraz zobowiązanie zmawiającego do przedstawienia umowy z dnia 29 maja 2013 roku z Narodowym Funduszem Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w sprawie przyznania zamawiającemu środków na organizacje konferencji.

Dnia 12 września 2013 roku, do postępowania odwoławczego – po stronie odwołującego, zgłosił przystąpienie wykonawca Mediacap S.A., ul. Bema 65; 01-244 Warszawa.

Zamawiający, dnia 25 września 2013 roku, na posiedzeniu zło ył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania, ewentualnie o jego oddalenie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak równie biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, zło one w pismach procesowych oraz podczas rozprawy, Izba stwierdziła, i odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zwa yła, co następuje.

Zamawiający przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki, na podstawie przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdziła, e nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wskazał, i ma interes we wniesieniu odwołania. Gdyby zamawiający nie dokonał wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki i nie prowadził następnie postępowania w tym trybie z wybranym przez siebie wykonawcą Międzynarodowe Targi Poznańskie sp. z o.o., odwołujący miałby realne szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. W prowadzonym uprzednio postępowaniu o udzielenie zamówienia w trybie przetargu ograniczonego na ten sam przedmiot zamówienia (Nr ogłoszenia Dziennika Urzędowego

Unii Europejskiej: 2013/S 093-158389 dalej: „Postępowanie 1") odwołujący został zaproszony do zło enia oferty i zło ył ofertę nie podlegającą odrzuceniu, która w świetle kryteriów oceny ofert winna zostać uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący wykazał się

przy tym największym doświadczeniem wśród wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Odwołujący dawał więc najlepszą rękojmię nale ytego wykonania przedmiotu zamówienia i - zakładając istnienie podstaw do wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki - to odwołujący w pierwszym rzędzie powinien zostać zaproszony do negocjacji i miałby realną mo liwość uzyskania zamówienia objętego przedmiotowym postępowaniem. Odwołujący miałby realną szansę uzyskania przedmiotowego zamówienia zarówno w przypadku zaproszenia go do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki, jak i w uprzednio prowadzonym postępowaniu w trybie przetargu ograniczonego.

Krajowa Izba Odwoławcza dostrzegła wiele aspektów (zarówno tych formalnych, jak i merytorycznych), które zdecydowały o stwierdzeniu, e zarzuty odwołującego są niezasadne.

Przepis art. 179 ust. 1 stanowi o interesie w uzyskaniu „danego zamówienia". Co do zasady interes ten ma charakter skonkretyzowany w odniesieniu do postępowania, w którym następuje wniesienie odwołania. Nale y zatem zgodzić się z linią orzeczniczą KIO, i „interes w uzyskaniu zamówienia dotyczyć musi <> zamówienia, a zatem konkretnego postępowania, w którym środek ochrony prawnej jest wnoszony, które ma doprowadzić do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego" (wyrok KIO z dnia 26 kwietnia 2011 r., sygn. akt: KIO 759/11). Następstwem tej linii orzeczniczej jest pogląd prezentowany w licznych wyrokach Izby wykluczający mo liwość wnioskowania o uniewa nienie postępowania. Krajowa Izba Odwoławcza uznaje bowiem, e w świetle brzmienia art. 179 ust. 1 uniewa nienie postępowania nie mieści się w przesłance posiadania „interesu w uzyskaniu danego zamówienia", gdy interes ten winien dotyczyć tego konkretnego postępowania, a interes w uzyskaniu danego zamówienia nie obejmuje czuwania nad prawidłowością przebiegu postępowania, je eli pozostaje to bez wpływu na status odwołującego w postępowaniu i mo liwość uzyskania przez niego danego, konkretnego zamówienia (wyrok KIO z dnia 5 sierpnia 2011 r., sygn. akt: KIO 1557/11). Uniewa nienie postępowania nie oznacza bowiem automatycznego rozpoczęcia nowego postępowania w trybie konkurencyjnym. aden przepis prawa nie daje bowiem nikomu roszczenia o wszczęcie postępowania na nowo, a zamawiający mo e zrezygnować z udzielenia zamówienia lub zrealizować jego przedmiot własnymi siłami.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, e badanie interesu odwołującego w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, jest kolejną czynnością w postępowaniu odwoławczym, która warunkuje merytoryczne rozpoznanie zarzutów odwołania. W pierwszej kolejności badane są bowiem wymogi formalne związane z wniesionym odwołaniem, w tym uzupełniane mogą być ewentualne braki odwołania. Następnie badane są przesłanki z przepisu art. 189 ust. 2 ustawy Pzp – skutkujące

odrzuceniem odwołania. Kolejną czynnością, jaka przewidziana jest przepisami ustawy Pzp, to sprawdzenie, czy wykonawca wnoszący odwołanie posiada legitymację czynną do tej czynności, tj. czy wypełniona została przesłanka z przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Izby stwierdzenie przez skład orzekający, i odwołujący nie ma lub nie miał interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, zwalnia Izbę z merytorycznego rozpoznawania zarzutów odwołania.

W przedmiotowym postępowaniu nie sposób przypisać odwołującemu interesu w uzyskaniu zamówienia w razie zastosowania jednego z trybów konkurencyjnych, o co wnosił odwołujący. Przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych traktują odwołanie, jako środek ochrony prawnej skierowany na zmianę sytuacji wykonawcy, polegającą na mo liwości uzyskania w danym postępowaniu zamówienia (wybór oferty wykonawcy odwołującego się w danym postępowaniu). Odwołanie, w świetle ustawy Pzp, nie stanowi środka mającego na celu uzyskanie ogólnej zgodności działań zamawiającego z prawem, ale

środek zmierzający do wyboru oferty odwołującego. Wyraz takiego stanowiska dał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 7 grudnia 2011 r., w sprawie o sygn. V Ca 1973/11, w odniesieniu do oceny interesu w uzyskaniu zamówienia oraz mo liwości poniesienia szkody na gruncie sprawy dotyczącej, tak jak ma to miejsce w przedmiotowej sytuacji, odnoszonych do wyboru trybu zamówienia z wolnej ręki. W uzasadnieniu tego orzeczenia Sąd Okręgowy wskazał, i *(…) przepis art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, Nr 113, poz. 759, ze zm.), w aktualnym swym brzmieniu, powinien być interpretowany szeroko.* Środki *ochrony prawnej przewidziane w dziale ustawy inaugurowanym przez rzeczony przepis, przysługują wszystkim osobom, które mają lub miały interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniosły lub mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Szerokie rozumienie wyra a się w tym, e wystarcza zadowolić się hipotetycznym interesem w uzyskaniu zamówienia i szkodą, która nie musi być pewna. Przepis ten jednak, wbrew sugestiom skar* ącego, *nie pełni funkcji publicznych. Postępowanie odwoławcze ma jedynie na celu ochronę interesów osoby wnoszącej* środki *ochrony prawnej, o których mowa w tym artykule. Konstatacja taka płynie nie tylko z treści przywołanego przepisu, gdzie mowa wyraźnie o „interesie w uzyskaniu zamówienia" oraz o „szkodzie", ale z konstrukcji całego postępowania odwoławczego. Wystarczy prześledzić poszczególne rozwiązania legislacyjne przyjęte w kolejnych przepisach ustawy by przekonać się, e postępowanie odwoławcze i skargowe nakierowane są na ochronę interesów uczestników i potencjalnych uczestników procedury wyboru kontrahenta, nie zaś na ochronę interesu publicznego. Interes publiczny le y u podstaw przepisów regulujących postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, ale ju nie przepisów mających na celu ochronę interesów konkurentów podmiotu wybranego*

do wykonania zamówienia. Tu ścierają *się przede wszystkim interesy uczestników postępowania, a racje natury publicznej są jedynie refleksem właściwej funkcji postępowania odwoławczego. Dlatego wnosząc odwołanie, a następnie sprzeciw, skar* ący *nie mo e powoływać się na naruszenie przez zamawiającego reguł gry ze względu na interes społeczny. Do kontroli tego rodzaju powołane są organy* ścigania *i inne podmioty, do których zadań statutowych to nale y (choćby Najwy sza Izba Kontroli, vide: art. 2 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 roku o Najwy szej Izbie Kontroli, Dz. U. z 2007 roku, Nr 231, poz. 1701, ze zm.). W przeciwnym razie ustawodawca nie posłu yłby się zwrotem „interes w uzyskaniu zamówienia" i nie warunkowałby mo liwości wniesienia odwołania od szkody, jaką mo e wyrządzić działanie zamawiającego naruszające przepisy ustawy. Takie ograniczenie jest zresztą konieczne, bo łatwo wyobrazić sobie jakie skutki powodować by mogła nieograniczona podmiotowo mo liwość kwestionowania wyników wyboru wykonawcy zamówienia. Byłaby to po ywka dla tych wszystkich, którzy - z ró nych powodów - widzieliby korzyść w parali owaniu postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego. Koncepcja powy sza znajduje potwierdzenie w źródle unormowania przyjętego w ustawie w postaci dyrektywy Rady z dnia 21 grudnia 1989 roku w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz. U. UE. L.89.395.33, ze zm.), gdzie w art. 1 normującym zakres zastosowania i dostępność procedur odwoławczych prawodawca posłu ył się taką samą formułą, stanowiąc w pkt. 3, e państwa członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych, w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla ka dego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub mo e ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia."*

W przytoczonym orzeczeniu Sąd Okręgowy, upatrując potrzeby relatywnie szerokiego traktowania pojęcia interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz mo liwości poniesienia szkody, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, równie w postępowaniu odwoławczym, którego przedmiotem jest wybór trybu postępowania (w tym właśnie trybu zamówienia z wolnej ręki), nakazuje zrelatywizować powy sze przesłanki do rzeczywistej mo liwości uzyskania przez wykonawcę danego zamówienia, gdyby było ono prowadzone w innym trybie.

Opisane w przepisie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przesłanki materialnoprawne nale y traktować w postępowaniu odwoławczym, mającym za przedmiot wybór trybu postępowania

względnie szeroko, niemniej i w takim wypadku przesłanki te nie mogą być całkowicie pomijane. Ocena dopuszczalności wniesienia odwołania na czynności wyboru trybu udzielenia zamówienia publicznego, nie mogą całkowicie abstrahować od sytuacji

wykonawcy składającego środek ochrony prawnej i elementarnej mo liwości uzyskania przez niego danego zamówienia oraz mo liwości poniesienia szkody w wyniku zarzucanych naruszeń prawa. Odmienne rozumienie regulacji art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, oznaczałoby mo liwość wnoszenia środka ochrony prawnej ze skutkiem jego merytorycznego rozpatrzenia, nawet jeśli podmiot który zainicjuje postępowanie odwoławcze pozostaje bez realnej mo liwości wzięcia udziału w postępowaniu i realizacji zamówienia w kształcie, jaki wynika z jego zakresu tego zamówienia, dokonanego opisu przedmiotu tego zamówienia.

Przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, nie nawiązuje do interesu rozumianego, jako dą enie do uzyskania stanu ogólnej zgodności z prawem, ale do realizacji interesu konkretnego wykonawcy, w konkretnym postępowaniu polegającego na uzyskaniu stanu, w którym ten wykonawca będzie mógł uzyskać zamówienie. Do tego nawiązuje brzmienie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, wskazując na konieczność posiadania przez odwołującego „interesu w uzyskaniu danego zamówienia". Dane zamówienie to to, konkretne zamówienie – przedmiot opisany w części stanowiącej opis przedmiotu zamówienia; rodzaj i jakość świadczenia, czas i miejsce jego realizacji a tak e inne elementy świadczenia - do którego zobowiązuje się wykonawca.

Przedmiotem rozpoznawanego postępowania jest *„Organizacja logistyczno-techniczna 19 Konferencji Stron Ramowej konwencji Narodów Zjednoczonych w sprawie zmian klimatu(UNFCCC COP19), 9 sesji Konferencji Stron słu* ącej *jako Spotkania Stron Protokołu z KIOTO (CMP9) oraz 39 sesji organów pomocniczych konwencji (11-22 listopada 2013 r.) wraz z kreacją i wizualizacją przestrzeni konferencyjnej".*

Bezspornym jest, e dane zamówienie obejmuje przedmiot stanowiący świadczenie usług organizacji logistyczno-techniczej konferencji w dniach 11-22 listopada 2013 roku.

Powy sze oznacza zatem, e wykonawca, który uzyska przedmiotowe zamówienie jest zobligowany do przeprowadzenia procesu logistyczno-technicznego, którego finalnym skutkiem jest takie przygotowanie konferencji, które pozwoli na terminowe i bezproblemowe jej przeprowadzenie.

W zakres powy szych czynności wchodzi kompleks zachowań, które uwarunkowane są ró nego rodzajami czynności mającymi określony zakres czasowy ich wykonywania. Bezspornym między stronami jest okoliczność, i etap I obwarowany jest dokonaniem zgłoszenia wykonania robót budowlanych niewymagających pozwolenia na budowę, co do którego czas na uprawomocnienie się stosownej decyzji to 30 dni.

W przedmiotowym postępowaniu wykonywanie zamówienia ma charakter bezwarunkowy i co do zasady natychmiastowy. Wykonanie zamówienia nie zostało uzale nione od zdarzeń przyszłych i niepewnych, a dotyczących sytuacji wykonawcy, to jest uprzedniej zdolności technicznej niezbędnej do rozpoczęcia wykonywania usługi.

Wykonawca, aby uzyskać dane zamówienie, to jest zamówienie, którego przedmiotem jest *„Organizacja logistyczno-techniczna 19 Konferencji Stron Ramowej konwencji Narodów Zjednoczonych w sprawie zmian klimatu(UNFCCC COP19), 9 sesji Konferencji Stron słu* ącej *jako Spotkania Stron Protokołu z KIOTO (CMP9) oraz 39 sesji organów pomocniczych konwencji (11-22 listopada 2013 r.) wraz z kreacją i wizualizacją przestrzeni konferencyjnej",* zobligowany jest w szczególności do:

1) zapewnienia następujących struktur tymczasowych na sale konferencyjne na płycie Stadionu Narodowego, w tym ich monta u i demonta u:
   a) 1 struktury tymczasowej o powierzchni 2 200 m ^{2} ,
   b) 1 struktury tymczasowej o powierzchni 3 000 m ^{2} ,
   c) 2 struktur tymczasowych o powierzchni 600 m ^{2} ka da,
   d) 2 struktur tymczasowych o powierzchni 375 m ^{2} ka da,
   e) Innych struktur niezbędnych do realizacji konferencji,
2) zapewnienia infrastruktury niezbędnej do aran acji sal konferencyjnych w strukturach

tymczasowych, o których mowa w pkt 1,
3) zapewnienia kompletnego systemu AV niezbędnego do przeprowadzenia Konferencji, w tym:
a) systemów audio w salach konferencyjnych (m.in. multifonów, nagłośnienia, systemów zapisu audio, peryferii),
b) systemów projekcji video w salach konferencyjnych,
c) systemów do tłumaczeń symultanicznych,
d) systemu telewizji wewnętrznej CCTV,
wyposa enia i zarządzania w czasie konferencji infrastrukturą przygotowania, teleinformatyczną,
zapewnienia komputerów przenośnych (notebooków), w tym:
a) 690 sztuk na potrzeby centrum komputerowego, sal konferencyjnych oraz słu b ochrony,
b) 150 sztuk na potrzeby Sekretariatu Ramowej Konwencji Narodów Zjednoczonych w sprawie zmian klimatu (UNFCCC), zwanego dalej „Sekretariatem”,
zapewnienia licencjonowanego oprogramowania do komputerów przenośnych (notebooków), o których mowa w pkt 5,
wyposa enia przestrzeni konferencyjnych, w tym m.in. w:
a) krzesła,
b) inne wyposa enie, w tym meble,
zapewnienia sprzętu drukującego - drukarek wielofunkcyjnych i biurkowych, tonerów do drukarek oraz obsługi i serwisu sprzętu drukującego,
zapewnienia papieru do drukarek,

aran acji przestrzeni, tj. kreacji i wizualizacji przestrzeni konferencyjnej, ze szczególnym uwzględnieniem czytelnego oznakowania miejsca Konferencji,
tymczasowej zabudowy pomieszczeń, w szczególności zapewnienia i monta u ścianek działowych, zapewnienia boksów na potrzeby transmisji radiowych i telewizyjnych, ekspozycji i wystaw, zapewnienia i monta u namiotów,
pełnej obsługi Konferencji, tj. monta u, demonta u infrastruktury konferencyjnej, zarządzania projektem organizacji konferencji, polegającej w szczególności na:
a) zapewnieniu zespołu projektowego,
b) zapewnieniu obsługi technicznej niezbędnej do przygotowania i przeprowadzenia Konferencji,
c) przygotowaniu projektu technicznego wdro enia sieci LAN na potrzeby Konferencji,
zapewnienia personelu pomocniczego na potrzeby Sekretariatu,
zapewnienia materiałów biurowych na potrzeby biur Sekretariatu,
zapewnienia usług dodatkowych, w tym magazynu wraz z usługami świadczonymi przez firmę kurierską, usług bankowych, punktu wymiany walut,
zapewnienia dystrybutorów do wody pitnej, wody oraz jednorazowych kubeczków,
obsługi fotograficznej,
ubezpieczenia organizacji Konferencji od odpowiedzialności cywilnej do kwoty 5 000 0000 zł oraz ubezpieczenia struktur tymczasowych, o których mowa w ust. 1 pkt 1, sprzętu i wyposa enia niezbędnego do organizacji Konferencji, określonego w załączniku nr 1 do umowy.
Ponadto realizacja zadań winna odbywać się w określonych terminach.

Odwołujący podał na rozprawie, e byłoby mo liwe świadczenie przez niego usługi objętej przedmiotem tego zamówienia i była to tylko kwestia mo liwie szybkiego przeprowadzenia procedury udzielenia zamówienia publicznego, w trybie konkurencyjnym. Jednak e Izba wskazuje, e przeprowadzenie takiej procedury nie oznacza, i to odwołującemu takie zamówienie zostałoby udzielone. Przy mnogości podmiotów równie dobrze zamawiający mógłby zaprosić, w trybie negocjacji bez ogłoszenia, inne podmioty ni odwołujący, gdy zgodnie z przepisem art. 63 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający zaprasza do negocjacji wykonawców w liczbie zapewniającej konkurencję, nie mniejszej ni 5, chyba e ze względu na specjalistyczny charakter zamówienia liczba wykonawców mogących je wykonać jest mniejsza, jednak nie mniejsza ni 2. aden przepis ustawy Pzp, nie definiuje pojęcia, których

wykonawców (z *poprzedniego postępowania)* zamawiający ma obowiązek zaprosić.

W przedmiotowym postępowaniu nie znajduje zastosowania przepis art. 63 ust. 4 ustawy Pzp.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, odwołujący niezale nie od trybu, w jakim postępowanie byłoby prowadzone, nie posiada aktualnie zdolności technicznej do wykonywania zamówienia, zgodnie z jego zakresem opisanym w tym postępowaniu, tj. obejmującym etapy od I do V. Powy sze związane jest bowiem z terminem przekazania placu budowy (zabudowa tymczasowa I etap, realizowany do 2 października 2013 roku) i uzyskania w tym zakresie prawomocnej decyzji Wydziału Architektury i Budownictwa Urzędu m.st. Warszawa dla Dzielnicy Praga Południe.

Podkreślenia wymaga, i odwołujący w przedmiotowym postępowaniu kwestionuje wybór trybu postępowania oraz zaniechanie udzielenia zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego czy negocjacji bez ogłoszenia (choć w tym zakresie zarzutów bezpośrednich wskazujących naruszenie określonych przepisów ustawy Pzp nie stawia, powy sze wynika z treści uzasadnienia odwołania oraz stanowiska prezentowanego przez odwołującego na rozprawie), stawiając zarzuty naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 3, art. 93 ust. 1 pkt 7 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący stawia ądania uniewa nienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze trybu zamówienia z wolnej ręki oraz uniewa nienia umowy w sprawie zamówienia zawartej z wykonawcą MTP sp. z o.o.

Odwołujący nie kwestionuje innych elementów postępowania, w tym przede wszystkim przedmiotu zamówienia, szczególności czasu świadczenia usługi.

Krajowa Izba Odwoławcza, w myśl art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, nie mo e orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Konsekwentnie, Krajowa Izba Odwoławcza rozstrzyga o ądaniach stanowiących odzwierciedlenie zarzutów kierowanych wobec kwestionowanej czynności. Nie jest zatem dopuszczalnym wyjście poza zakres kwestionowanej czynności i postawionych wobec niej zarzutów. Na powy sze zwrócił uwagę Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w sprawie o sygn. akt I Ca 117/12: *„W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi, e odwołanie które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp KIO nie mo e orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie mo e orzekać co do zarzutów niezwartych w odwołaniu. (…) Z analizy powy szych przepisów mo na wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są* ściśle *określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu*

toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskar enia."

Ewentualne uwzględnienie zarzutów postawionych w odwołaniu i w następstwie tego uwzględnienia – uczynienie zadość postawionym ądaniom, które *de facto,* mimo nie wyra enia takiej woli przez odwołującego wprost, poprzez nakazanie przeprowadzenia tego postępowania w trybie konkurencyjnym (przetarg nieograniczony, przetarg ograniczony lub negocjacje bez ogłoszenia) nie mogłoby, przy niezmienionym przedmiocie tego zamówienia, zmienić sytuacji odwołującego w sposób, który pozwoliłby mu uzyskać zamówienie.

Aktualnie bowiem odwołujący nie ma zdolności wykonania danego zamówienia i zdolności tej nie jest w stanie uzyskać w terminie realnie dającym mo liwość ubiegania się o zamówienie, niezale nie od trybu tego postępowania, chocia by z uwagi na zakreślony termin (etap I) rozpoczęcia wykonywania zabudowy tymczasowej (od 3 października 2013 roku). W następstwie powy szego odwołujący nie mo e ponieść tak e szkody w wyniku

naruszenia zarzucanych w odwołaniu przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Powy sze decydowało o uznaniu braku przesłanek materialnoprawnych określonych w przepisie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, to jest interesu odwołującego w uzyskaniu danego zamówienia (to jest tego konkretnego *„Organizacja logistyczno-techniczna 19 Konferencji Stron Ramowej konwencji Narodów Zjednoczonych w sprawie zmian klimatu(UNFCCC COP19), 9 sesji Konferencji Stron słu* ącej *jako Spotkania Stron Protokołu z KIOTO (CMP9) oraz 39 sesji organów pomocniczych konwencji (11-22 listopada 2013 r.) wraz z kreacją i wizualizacją przestrzeni konferencyjnej"),* a tak e braku mo liwości poniesienia szkody w następstwie naruszenia przez zamawiającego zarzucanych przepisów ustawy.

Niezale nie od powy szego, w zakresie postawionych w odwołaniu zarzutów, nie uchylając się od rozpoznania istoty sprawy, poddano analizie zarzuty postawione w odwołaniu (za uzasadnieniem wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 5 maja 2008 r., sygn. akt: IX Ga 44/08).

Przepis art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, i zamawiający mo e udzielić zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki, je eli ze względu na wyjątkową sytuację niewynikającą z przyczyn le ących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia, a nie mo na zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

Odnosząc się do ww. przepisu, w zakresie wyjątkowej sytuacji niewynikającej z przyczyn le ących po stronie zamawiającego, której nie mógł on przewidzieć, zwrócić uwagę nale y na fakt, i wyjątkową sytuacją, jaka w przedmiotowym postępowaniu wystąpiła to konieczność krótkiego i nieprzekraczalnego terminu wykonania zamówienia. Sytuację powy szą wywołała okoliczność uniewa nienia przez zamawiającego postępowania

prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego. Izba wskazuje, e zamawiający udowodnił, i bez zbędnej zwłoki prowadził postępowanie w trybie przetargu ograniczonego, wybierając ten tryb, jako jeden z podstawowych trybów udzielania zamówienia (art. 10 ustawy Pzp).

Zamawiający wskazał bowiem, i za *„wyjątkową sytuacją"* przemawiał fakt, krótkiego i nieprzekraczalnego terminu wykonania zamówienia, spowodowany przede wszystkim trzema okolicznościami związanymi z mo liwością wszczęcia postępowania dopiero po ich zaistnieniu. Nale ały do nich:

1. uzyskanie zabezpieczenia finansowego realizacji zamówienia - stosowna umowa z Narodowym Funduszem Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej została podpisana 27 maja 2013 r. - a ostateczny kosztorys ustalony 6 czerwca br.,
2. podpisanie umowy na wynajem Stadionu Narodowego, co nastąpiło 14 czerwca 2013 r.,
3. uzyskanie ostatecznych wymagań technicznych i logistycznych przez Sekretariat Konwencji, co nastąpiło po kolejnych misjach technicznych jego pracowników w Warszawie i wizycie przedstawicieli zamawiającego w Bonn w dniach 9-12 czerwca br.

Biorąc powy sze pod uwagę, nale y stwierdzić e dopiero w dacie lipcowej zamawiający znając kwotę dofinansowania oraz dysponując stosownym prawem do obiektu i zakresem wymagań niezbędnych do opisania przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 29 i nast. ustawy Pzp, mógł wszcząć stosowne procedury. Dlatego te , w tym względzie zaistniała sytuacja o charakterze wyjątkowym. Tym bardziej, e jak wskazała w jednym z orzeczeń Główna Komisja Orzekająca o naruszenie dyscypliny finansów publicznych *„wcześniejsze rozpoczęcie procedur zamówienia bez zabezpieczenia* środków *na jego realizację byłoby niezgodne z prawem",* a przyczynienie się jakiegokolwiek innego podmiotu do takiej sytuacji jest *„wa nym elementem pozwalającym przyjąć, i wyjątkowa sytuacja, o której mowa w art. 67 ust 1 pkt 3 ustawy - Prawo o zamówieniach publicznych, nie była wynikiem okoliczności zale nych od zamawiającego i nie mógł jej przewidzieć".*

Izba nie podziela poglądu odwołującego, e zamawiający niejako świadomie wprowadził wykonawców w błąd, co do kwoty, jaką faktycznie zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację przedmiotu zamówienia, co w skutkach, zdaniem odwołującego doprowadziło do uniewa nienia poprzedniego postępowania.

W ocenie Izby odwołujący myli pojęcia określenia wartości szacunkowej zamówienia (art. 32 ust. 3 ustawy Pzp), w skład której wchodzi wartość zamówień uzupełniających, od kwoty

jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na wykonanie zamówienia (art. 86 ust. 3 ustawy Pzp). Izba odniosła wra enie, e odwołujący znając wartość szacunkową zamówienia (podaną przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu) składając swoją ofertę (w poprzednim postępowaniu) nie wziął pod uwagę faktycznych kosztów (z uwzględnieniem

zysku), z jakimi nale y się liczyć realizując zamówienie, a świadomie ustalił cenę ofertową, która tylko nieznacznie była ni sza od wartości szacunkowej zamówienia. Dlatego te , zdaniem Izby odwołujący niezasadnie podnosi argumentację o wprowadzeniu przez zamawiającego wykonawców w błąd.

Tym samym Izbę nie dziwi zachowanie zamawiającego, który zaprosił do negocjacji spółkę, która w pierwotnym postępowaniu nie została zaproszona do zło enia oferty (spełniła warunki udziału w postępowaniu uzyskując jedynie mniejszą liczbę punktów ni odwołujący), mając jednocześnie na uwadze zachowania wykonawców, którzy składając swoje oferty, zdaje się „celowali" pod wartość szacunkową zamówienia. Skoro bowiem mo liwe jest zrealizowanie zamówienia za kwotę zbli oną do kwoty jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia, to zachowanie odwołującego mo e budzić zdziwienie.

Izba zwraca uwagę, e odwołujący zaskar ył, wnosząc odwołanie, czynność zamawiającego dotyczącą uniewa nienia postępowania (przetarg ograniczony), jednak e zrezygnował z dochodzenia racji swoich zarzutów przed KIO, wycofując odwołanie w dniu wyznaczonej rozprawy. Tym samym podnoszenie zarzutów dotyczących wątpliwości odwołującego, co do wartości szacunkowej zamówienia i kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia (w konsekwencji podwa anie zasadność uniewa nienia prowadzonego w trybie przetargu poprzedniego postępowania ograniczonego) nale ało uznać za zarzuty spóźnione.

Biorąc powy sze pod uwagę, Izba stwierdziła, i brak jest podstaw do stwierdzenia, e wyjątkowa sytuacja wystąpiła z winy zamawiającego, który postępując w zgodzie z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp, nie miał innego wyjścia jak uniewa nić poprzednie zamówienie, a wina, w ocenie Izby, le ała po stronie wykonawców. Zamawiający powy szej sytuacji nie mógł przewidzieć, gdy określenie ceny oferty to suwerenna decyzja ka dego z wykonawców i zamawiający nie ma wpływu na politykę cenową wykonawców.

Tym samym, biorąc pod uwagę, e wykonanie zamówienia (organizacja presti owej konferencji ONZ) obwarowane jest określonymi i bardzo krótkimi terminami, zaistniała przesłanka do uznania, e wymagane jest natychmiastowe wykonanie zamówienia i nie mo na było zachować terminów określonych dla innych trybów udzielenia zamówienia.

W konsekwencji, za niezasadny, Izba uznała zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, gdy w ocenie Izby zamawiający działał z zgodzie z przepisem art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, przeprowadzając to konkretne postępowanie i udzielając zamówienia w trybie z wolnej ręki.

Biorąc powy sze pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący: ……

Członkowie: ……

……