

**WYROK**  
z dnia 5 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Anna Packo**

Protokolant: **Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 października 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 września 2011 r. przez wykonawcę

**Ekotrade Sp. z o.o. ul. Melomanów 4, 00-712 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez

**Narodowe Centrum Sportu Sp. z o.o.**

**Al. ks. Józefa Poniatowskiego 1, 03-901 Warszawa**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Narodowemu Centrum Sportu Sp. z o.o. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i dokonanie dalszych czynności w postępowaniu zgodnie z procedurą określoną w ustawie Prawo zamówień publicznych,
2. kosztami postępowania obciąża Narodowe Centrum Sportu Sp. z o.o. Al. ks. Józefa Poniatowskiego 1, 03-901 Warszawa i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Ekotrade Sp. z o.o. ul. Melomanów 4, 00-712 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Narodowego Centrum Sportu Sp. z o.o. Al. ks. Józefa Poniatowskiego 1, 03-901 Warszawa na rzecz Ekotrade Sp. z o.o. ul. Melomanów 4,

**00-712 Warszawa kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) 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:** .....

**Sygn. akt: KIO 2047/11**

### **U z a s a d n i e**

Zamawiający – Narodowe Centrum Sportu Sp. z o.o. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „zapewnienie Służb Informacyjnych podczas imprez na Stadionie Narodowym w Warszawie” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE 28 lipca 2011 r., a wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

16 września 2011 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania powołując się na art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, bez wyboru najkorzystniejszej oferty. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że wchodząca w zakres przedmiotu zamówienia usługa została opisana, w formie zamkniętego katalogu czynności, jako obejmująca działania mające na celu zapewnienie bezpieczeństwa uczestników imprez masowych przez członków „służb Informacyjnych”. Zakres przedmiotu zamówienia został określony tak, aby w pełni odpowiadać na potrzeby społeczne (tzw. interes publiczny) związane

z prowadzeniem imprez masowych na terenie Stadionu Narodowego, w oparciu o wiedzę Zamawiającego uzyskaną podczas dotychczas prowadzonych imprez masowych na obiektach stadionowych. Jednak w trakcie prowadzonego postępowania okazało się, że wymogi te nie stanowią wystarczającego zabezpieczenia potrzeb społecznych związanych z zapewnieniem przez „służby Informacyjne” pełnego wsparcia w zakresie organizacji i bezpieczeństwa podczas imprez masowych organizowanych na Stadionie Narodowym i konieczne jest istotne zmodyfikowanie przedmiotu zamówienia poprzez poszerzenie katalogu zamawianych usług, tak, aby interes społeczny był należycie zabezpieczony. W konsekwencji realizacja zamówienia w zakresie określonym postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, których na obecnym etapie postępowania nie można już zmienić lub zmodyfikować, godzić będzie w interes społeczny. Zamawiający nie mógł uprzednio przewidzieć konieczności innego, szerszego sformułowania opisu przedmiotu zamówienia, gdyż dopiero imprezy stadionowe organizowane w ostatnim okresie, na nowo wybudowanych stadionach na terenie kraju, ukazały konieczność istotnego zmodyfikowania przedmiotu zamówienia. Zatem na gruncie obowiązujących przepisów prawa rozstrzygnięcie przetargu i zawarcie umowy prowadzące do wydatkowania środków publicznych w zakresie nie odpowiadającym potrzebom społecznym nie może nastąpić i postępowanie musi zostać unieważnione.

23 września 2011 r. Odwołujący – Ekotrade Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 6 i art. 93 ust. 3, a tym samym rażące naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz żądając: unieważnienia decyzji Zamawiającego w zakresie unieważnienia przedmiotowego postępowania, przeprowadzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu i dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając odwołanie Odwołujący stwierdził, że przedmiotowa usługa miała polegać na zapewnieniu „służb Informacyjnych” działających na rzecz bezpieczeństwa uczestników imprez masowych odbywających się na stadionie w szczególności poprzez:

1. informowanie uczestników o udogodnieniach oraz wymogach bezpieczeństwa określonych przez organizatora imprezy lub służby ratownicze, umiejscowieniu punktów medycznych, gastronomicznych, sanitarnych i innych elementach infrastruktury stadionu przeznaczonych dla uczestników imprezy, przyjętych rozwiązaniach informacyjnych,
2. sprawdzanie i stwierdzanie uprawnień osób do uczestniczenia w imprezie masowej, a w przypadku stwierdzenia braku takich uprawnień, wezwania ich do opuszczenia imprezy,
3. legitymowanie osób,
4. sprawdzanie zawartości bagaży i odzieży osób,
5. wydawanie poleceń porządkowych osobom zakłócającym porządek publiczny lub zachowującym się niezgodnie z regulaminem,

6. ujęcie, w celu przekazania Policji, osób stwarzających bezpośrednie zagrożenie dla dóbr powierzonych ochronie oraz dopuszczających się czynów zabronionych,
  7. nadzorowanie bezpiecznego wejścia i wyjścia osób uczestniczących w imprezie,
  8. niedopuszczanie osób do miejsc nieprzeznaczonych dla publiczności,
  9. reagowanie na incydenty i zagrożenia oraz podejmowanie niezbędnych działań zaradczych, w szczególności poprzez informowanie o nich służb porządkowych,
  10. obserwowanie wszystkich obszarów potencjalnego zagrożenia i przeciwdziałania nadmiernemu zagęszczeniu osób,
  11. pilnowanie przestrzegania postanowień regulaminu obiektu i regulaminu imprezy,
  12. reagowanie na skargi składane przez osoby uczestniczące w imprezie,
- zgodnie z odpowiednimi przepisami i specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Wybrany wykonawca zobowiązany jest też przeprowadzić we współpracy z Zamawiającym szkolenia osób wchodzących w skład „służb informacyjnych” na zasadach określonych specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący powołał się na orzecznictwo dotyczące podstaw do unieważnienia postępowania, z którego wynika m.in., że art. 93 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, iż zamawiający w toku prowadzonego postępowania jest zobligowany do unieważnienia prowadzonego postępowania w przypadku wystąpienia któregokolwiek ze zdarzeń enumeratywnie wymienionych w tym przepisie ustawy, a działanie zamawiającego powinno być pozbawione w odniesieniu do instytucji unieważnienia postępowania jakiegokolwiek uznaniowości. Nadużycie instytucji unieważnienia postępowania stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Sam fakt ogłoszenia postępowania lub przekazania wykonawcom zaproszenia do składania ofert i złożenie w danym postępowaniu oferty nie podlegającej odrzuceniu przez wykonawcę nie podlegającego wykluczeniu z postępowania powinno skutkować zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nie jest możliwe unieważnienie postępowania bez wskazania wystąpienia istotnej przyczyny, zwłaszcza w sytuacji, gdy cel ten jest możliwy do osiągnięcia, a jedynie nie ma woli do zawarcia umowy. Dla zastosowania przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych należy stwierdzić, że zmiana okoliczności faktycznie wystąpiła, a nie powstała jedynie możliwość jej wystąpienia oraz, iż jest to zmiana istotna, czyli na tyle znacząca, że zarówno prowadzenie postępowania, jak też wykonanie zamówienia nie leży już w interesie publicznym. Zamawiający powołując się na tę przesłankę musi udowodnić, że wcześniej, czyli w momencie wszczęcia postępowania, przy zachowaniu odpowiedniej staranności, nie można było przewidzieć, że nastąpi zmiana okoliczności, w wyniku której kontynuowanie postępowania nie będzie leżało w interesie publicznym. Interes publiczny nie może być utożsamiany z interesem zamawiającego. 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 uprawnień wykonawców. Zarówno istnienie interesu publicznego, jak i jego znaczenie, a także przesłanki powodujące konieczność przedłożenia w konkretnym przypadku interesu publicznego nad interes indywidualny podlegać muszą zawsze wnikliwej kontroli. Zmiana okoliczności musi mieć przy tym charakter istotny, a więc znaczący i niebagatelny. Istotna zmiana okoliczności to kategoria obiektywna, ściśle powiązana z przedmiotem i terminem wykonania zadania objętego postępowaniem o zamówienie publiczne, która w określonych warunkach powoduje, iż kontynuowanie postępowania przetargowego narusza interes publiczny, któremu miało służyć to postępowanie.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie udowodnił, a także nie wykazał przesłanki dla unieważnienia postępowania, na którą się powołuje, w szczególności na czym miałyby polegać zmiana dotycząca zakresu rzeczowego zamawianych usług, jak również nie wskazuje konkretnego czasu uzyskania informacji stanowiących podstawę do podjęcia takiej wiedzy.

Zaoferowane przez Odwołującego usługi są zgodne z wymaganiami zarówno przepisów w zakresie obowiązków „służb informacyjnych”, jak również uwzględniają realne potrzeby zapewnienia bezpieczeństwa uczestników imprez. Odwołujący, jako podmiot profesjonalnie prowadzący od wielu lat usługi analogiczne do objętych przedmiotem zamówienia, uważa, iż zakres ten odzwierciedla rzeczywiste potrzeby tego typu imprez oraz ich uczestników, a ostatnio prowadzone imprezy nie ujawniły nowych, koniecznych do uwzględnienia w opisie przedmiotu zamówienia czynności lub usług, a już z pewnością nie w sposób uniemożliwiający dalsze prowadzenie przedmiotowego postępowania, czy zawarcie i realizację umowy o zamówienie publiczne.

Próba interpretacji przesłanki unieważnienia postępowania przez Zamawiającego stanowi także oczywiste naruszenie art. 93 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem nie zawiera uzasadnienia faktycznego decyzji, nie powołuje się na jakiegokolwiek konkretne fakty wyczerpujące znamiona przesłanki unieważnienia postępowania.

Tym samym decyzja w przedmiocie unieważnienia postępowania została podjęta przez Zamawiającego z oczywistym naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Podczas rozprawy Odwołujący dodał, że okoliczności, na które powołał się Zamawiający, musiały zaistnieć pomiędzy dniem składania ofert, który był wyznaczony na 7 września, przed którym mógłby jeszcze zmodyfikować specyfikację istotnych warunków zamówienia, a 16 września, kiedy unieważniono postępowanie. Zmianie nie uległ stan prawny, a jeśli zaistniałyby nowe okoliczności, związane byłyby one z organizacją, a zatem leżałyby po stronie organizatora imprezy albo ochrony fizycznej, natomiast nie dotyczą one niniejszego przedmiotu zamówienia, czyli usługi „służby informacyjnej”. Przesłanka wskazana przez Zamawiającego podczas rozprawy nie jest podstawą do unieważnienia postępowania,

a dotyczy jedynie konkretnego przeszkolenia konkretnych osób, które mają pełnić funkcję podczas imprez masowych. Załącznikiem do specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest pakiet szkoleniowy PZPN, określony ogólnie, który można dostosować do konkretnych potrzeb.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Podczas rozprawy stwierdził, iż unieważnienie postępowania wiąże się ze zmianą koncepcji działania służb informacyjnych ze względu na doświadczenia uzyskane podczas meczu na stadionie w Gdańsku, który odbył się 6 września oraz walki bokserskiej na stadionie we Wrocławiu 11 września, co wskazało na różnice w działaniu nowo wybudowanych stadionów w stosunku do dotychczasowych doświadczeń. W związku z tym stwierdzono nieprzydatność usługi opisanej w tym zamówieniu, a tym samym nieprzydatność tego zakresu zamówienia, zatem jego realizacja godziłaby w interes publiczny, gdyż taki zakres usług jest nieprzydatny z punktu widzenia celu społecznego. Specjalnie powołany zespół do spraw bezpieczeństwa Mistrzostw Europy w Piłce Nożnej UEFA Euro 2012 wskazał na konieczność wprowadzenia istotnych zmian w zakresie działalności służb informacyjnych, w tym w szczególności w obszarach dotyczących sposobu zatrudnienia osób – na podstawie umowy o pracę lub w innej formie, zostanie zmieniony zakres ich kompetencji, forma szkolenia, wymagania stawiane osobom, które będą pełniły funkcję służb informacyjnych. Jego decyzja o unieważnieniu postępowania jest spowodowana okolicznościami, o których nie wiedział w chwili składania ofert i nieprzydatność usługi w zamawianym zakresie powoduje brak interesu publicznego w jej zamawianiu.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz na podstawie oświadczeń złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła też, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest sporny.

Izba w całości przyznaje rację zarzutom i argumentacji Odwołującego oraz podziela dotychczasowe poglądy orzecznictwa dotyczące zarówno możliwości unieważnienia

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i podstaw takiego unieważnienia z powołaniem się na art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli wystąpienie istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć.

Polski system prawa przewiduje ochronę prawną zobowiązań, zarówno na gruncie kodeksu cywilnego, jak i ustawy Prawo zamówień publicznych, której wyrazem jest m.in. niemożność bezpodstawnego i autorytarnego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jedynie po zaistnieniu podstaw enumeratywnie wskazanych przez ustawodawcę. Wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający *de facto* zobowiązuje się do zawarcia z wykonawcą, którego oferta, zgodnie z przewidzianą procedurą udzielania zamówień, będzie ofertą najkorzystniejszą, umowy, a wykonawcy przysługuje w stosunku do zamawiającego takie roszczenie wyrażające się m.in. możliwością żądania wydania przez sąd orzeczenia, o którym mowa w art. 64 kodeksu cywilnego. Nie bez przyczyny ogłoszenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest często porównywane ze złożeniem przyrzeczenie publicznego, o którym mowa w art. 919 § 1 kodeksu cywilnego ze wskazaniem, że przyrzeczenia tego należy dotrzymać. Tym samym oczywiste jest, iż zamawiający nie może unieważnić postępowania wyłącznie z tego powodu, iż zmienił – a w zasadzie dopiero być może zmieni w jeszcze nie do końca sformułowany sposób – koncepcję wykonania przedmiotu zamówienia.

Pomijając fakt, że przyczyny faktyczne wskazane podczas rozprawy niezupełnie pokrywają się z argumentacją zawartą w informacji o unieważnieniu postępowania (choć tu Izba przyznaje rację Odwołującemu, iż uzasadnienie to jest tak niedookreślone, że w zasadzie trudno stwierdzić, na jakie konkretne przyczyny się powołano), to Izba uznaje za dalece niespełniające przesłanek wskazanych w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych podstawy, że przedmiotowe zamówienie nie może być zrealizowane, gdyż są to tak rozległe obiekty, że na stadionach w Gdańsku i Wrocławiu personel „szkół informacyjnych” nie był odpowiednio przygotowany do pełnienia funkcji, nie potrafiąc wskazać odpowiednich punktów czy kierunków i samemu gubiąc się na stadionie.

Oznacza to jedynie, że przy realizacji przedmiotowego zamówienia należy położyć szczególny nacisk na ten aspekt przygotowania personelu wykonawcy i odpowiednio opracować program szkolenia (sama konieczność szkolenia została w zasadach realizacji zamówienia przewidziana).

Co zaś do zakresu zamówienia należy zwrócić uwagę, że Zamawiający rzeczywiście, jak wskazał Odwołujący, określił go jako katalog otwarty, o czym świadczy określenie „w szczególności”. Poza tym Zamawiający przewidział w specyfikacji istotnych warunków zamówienia możliwość udzielenia zamówień uzupełniających, tym samym, jeśli wystąpiłaby

konieczność podjęcia dodatkowych czynności, a spełniałyby one przesłanki wskazane w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych (co trudno w chwili obecnej stwierdzić, gdyż Zamawiający nie wskazał żadnych konkretnych czynności dodatkowych), mógłby takie czynności wykonawcy zlecić.

Nie jest tym bardziej podstawą do unieważnienia postępowania ewentualna przyszła decyzja Zamawiającego, aby „służby informacyjne” nie wykonywały pewnych wskazanych czynności, np. nie przeszukiwały bagażu osób wchodzących na stadion, zwłaszcza przy przyjętym sposobie obliczania wynagrodzenia wykonawcy.

Tym samym Izba stwierdziła, że Zamawiający nie wykazał zaistnienia podstaw do unieważnienia postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, tym samym jego decyzja o unieważnieniu postępowania powinna zostać unieważniona, a postępowanie kontynuowane od momentu, w którym zostało przerwane.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji odwołanie uwzględniając.



O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....