

Sygn. akt KIO/KD 34/20

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 23 czerwca 2020 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

Województwo Lubuskie

Urząd Marszałkowski Województwa Lubuskiego ul. Podgórna 7

65-057 Warszawa

dotyczących informacji o wyniku kontroli uprzedniej znak **KND/42/19/DKZP**

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na:

„Kompleksową organizację wyjazdowej misji eksportowo — inwestycyjnej do Korei Południowej (Republika Korei) połączonej z udziałem w targach Korea Metal Week 2017 w Seulu oraz targach KOMAF Korea Machinery Fair w Goyang oraz do Chińskiej Republiki Ludowej, prowincji Hajnan”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Członkowie: Ryszard Tetzlaff

Justyna Tomkowska

postanawia podjąć uchwałę o nieuwzględnieniu zastrzeżeń zamawiającego z dnia 2 czerwca 2020r.

UZASADNIENIE

do uchwały z 23 czerwca 2020 r. sygn. akt KIO/KU 34/20

Jak wynika z informacji o wyniku postępowania z dnia 18 maja 2020r. zamawiający przygotowując dokumentację do wszczęcia postępowania na udzielenie zamówienia publicznego, pomiędzy dniem 25.05.2017 r. a dniem 30.06.2017 r. dokonał oszacowania wartości zamówienia, którego przedmiotem była kompleksowa organizacja wyjazdowej misji eksportowo — inwestycyjnej do Korei Południowej (Republika Korei) połączonej z udziałem w targach Korea Metal Week 2017 w Seulu oraz targach KOMAF Korea Machinery Fair w Goyang oraz do Chińskiej Republiki Ludowej, prowincji Hajnan. Polegało ono na złożeniu zapytania, do trzech różnych podmiotów, z prośbą o przedstawienie ceny usług zgodnych z przekazaną specyfikacją.

Z uzyskanych odpowiedzi wynika, iż Zachodnia Izba Przemysłowo — Handlowa (ZIPH), Lubuski Park Przemysłowo — Technologiczny (LPPT) oraz Polska Izba Gospodarcza Importerów, Eksporterów i Kooperacji (PIGIEK) oszacowała wykonanie wskazanych przez zamawiającego usług w następujący sposób:

Nazwa usługi	ZIPH	LPPT	PIGIEK
Transport kołowy i lotniczy	135.000 zł	130.000 zł	148.000 zł
Materiały informacyjno promocyjne	7.510 zł	6.700 zł	12.000 zł
Noclegi i wyżywienie	100.000 zł	97.000 zł	120.000 zł
Usługi tłumacza	8.000 zł	7.500 zł	9.100 zł
Organizacja seminarium	36.500 zł	38.000 zł	45.000 zł
Spotkanie przygotowujące i podsumowujące	4.500 zł	3.700 zł	5.380 zł
Razem	291.510	282.900	339.480

Na podstawie wyżej przedstawionych szacunków (wyrażonych w wartościach brutto), zamawiający uzyskał uśrednioną cenę opisaną przez niego usługi, która to cena wyniosła 304.640,00 zł brutto. Na podstawie tej ceny brutto zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 247.666,67 zł (netto) (59.322,78 euro).

Tym samym uśrednione wartości brutto poszczególnych usług zgodnie składających się na całe zamówienie kształtują się następująco:

Nazwa usługi	Uśredniona wartość usługi
Transport kołowy i lotniczy	137.666,67 zł
Materiały informacyjno - promocyjne	8.736,67 zł
Noclegi i wyżywienie	105.666,67 zł
Usługi tłumacza	8.200 zł
Organizacja seminarium	39.833,33 zł
Spotkanie przygotowujące i podsumowujące	4.526,67 zł
Razem	304.630,00 zł

Jak wynika z ręcznych adnotacji na notatce służbowej z dnia 19.07.2017 r., podczas szacowania wartości postępowania zamawiający zakwalifikował pozycje dotyczące „Usługi tłumacza” jako usługi społeczne i obliczył łączną wartość usług społecznych wchodzących w skład zamówienia.

Także z treści wniosku z dnia 19.07.2017 r. wynika, iż usługi tłumaczeń zostały zakwalifikowane jako usługi społeczne. Świadczy o tym wskazana w punkcie 4 a) średnia łączna wartość usług społecznych opisana jako „średnia netto: 128.639,57 zł”. Ta kwota odpowiada sumie uśrednionych wartości netto odpowiadającej pozycjom takim jak „Nocleg i wyżywienie”, „Usługi tłumacza”, Organizacja seminarium” oraz „Spotkanie przygotowujące i podsumowujące”.

Natomiast z pisma z dnia 29.11.2018 r. wynika, iż zamawiający także pozycje dotyczące „Materiałów informacyjno-promocyjnych” zakwalifikował jak usługi społeczne. Jednak ta informacja nie znajduje potwierdzenia w dokumentach dotyczących przygotowania i szacowania wartości zamówienia.

W ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (zwanego dalej Prezesem UZP, kontrolującym) oznacza to, że zamawiający uznał, iż szacunkowa wartość usług społecznych jest większa, niż pozostałych usług. Zamawiający zgodnie z przyjętą przez niego kwalifikacją prawną ww. usług oraz biorąc pod uwagę szacunkową wartość postępowania, wszczął przedmiotowe postępowanie w oparciu o art. 138o ustawy.

Zamawiający działając na podstawie art. 138o ustawy wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia społecznego publikując na własnej stronie internetowej w dniu 08.08.2017 r. Istotne Warunki Zamówienia (IWZ) wraz z załącznikami.

W rozdziale 2 pkt 3 IWZ zatytułowanym „Opis Przedmiotu Zamówienia” wskazał następujące Kody CPV:

55300000 - 3 - Usługi restauracyjne i dotyczące podawania posiłków

55110000-4 - Hotelarskie usługi noclegowe

79950000 - 8- Usługi w zakresie organizowania wystaw, targów i kongresów

79951000 - 5 - Usługi w zakresie organizowania seminariów

39294100 - 0 - Artykuły informacyjne i promocyjne

Jednocześnie zamawiający w rozdziale 2 pkt 2 Istotnych Warunków Zamówienia (IWZ) wskazał, iż Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia (SOPZ) określa załącznik nr 1 do IWZ. W załączniku nr 1 do IWZ zamawiający wskazał, iż „Oferta wykonawcy powinna obejmować w szczególności koszty:

- 1) Transport lotniczy uczestników misji: (preferowane połączenia bezpośrednio z lotnisk Warszawa/Berlin) — Seul — Haikou,
- 2) Transport osób na/z lotniska do dwóch wskazanych przez zamawiającego lokalizacji na terenie województwa lubuskiego oraz na lotniska na terenie Korei Południowej i Chin: Zielona Góra/Gorzów Wlkp. — Seul — Haikou — Zielona Góra/Gorzów Wlkp.,
- 3) transportu osobowego na terenie Republiki Korei i Chińskiej Republiki Ludowej,
- 4) transportu materiałów promocyjnych,
- 5) noclegów i wyżywienia uczestników,
- 6) przygotowania spotkań B2B, spotkań biznesowych o charakterze inwestycyjnym i spotkań z przedstawicielami WPHI/ZBH lub wskazanym przez zamawiającego partnerem wraz z wynajmem sali konferencyjnej,
- 7) tłumaczeń konsekutywnych i symultanicznych,
- 8) zapewnienia tłumaczy/opiekunów,
- 9) wykonania materiałów informacyjno-promocyjnych (drukowanych j multimedialnych),
- 10) zakupu biletów wstępu na targi Korea Metal Week w Seulu oraz na wydarzenia towarzyszące, np. match-making, giełdy kooperacyjne itp.,
- 11) pośredniczenia w uzyskaniu wymaganych dokumentów podróжных oraz ich opłacenia (np. wiza)
- 12) ubezpieczenia zdrowotnego i NNW na czas wyjazdu,
- 13) wypożyczenia telefonów komórkowych z kartami „sim” i limitem rozmów,
- 14) przygotowanie spotkania informacyjnego dla uczestników Misji w Zielonej Górze (przed misją), 15) przygotowanie w Zielonej Górze spotkania ewaluacyjnego po zakończonej Misji”.

Następnie zamawiający wskazał, iż: „Misja powinna trwać łącznie z wylotem, przylotem i przejazdami minimum 8 dni, z czego co najmniej 5 dni będą wypełnione merytorycznymi wydarzeniami wg planu uzgodnionego i zaakceptowanego przez zamawiającego. Program misji musi obejmować udział w międzynarodowych targach Korea Metal Week 2017 w Seulu oraz targach KOMAF Korea Machinery Fair w Goyang.

a) Zamawiający wymaga skoordynowania logistyki — przejazdów i przelotów z województwa lubuskiego do Seulu (Korea Południowa) oraz Haikou i Sanya (Chińska Republika Ludowa, prowincja Hajnan) i z powrotem dla wszystkich uczestników ze strony polskiej. Wykonawca w pierwszym dniu Misji zorganizuje co najmniej 2 miejsca odbioru uczestników, tzn. jedno miejsce w Zielonej Górze i jedno miejsce w północnej części województwa lubuskiego wskazane przez zamawiającego. Wykonawca zapewni po jednym pojeździe do każdej z lokalizacji i zapewni jak najkrótszy i najbardziej komfortowy dla uczestników kurs jazdy.

b) Przy organizacji wyjazdu Wykonawca zobowiązany jest ściśle współpracować z Zamawiającym, z Ambasadą RP w Seulu, Wydziałem Promocji Handlu i Inwestycji w Seulu (WPHI) lub Zagranicznym Biurem Handlowym (ZBH) Polskiej Agencji Inwestycji i Handlu lub wskazanym przez zamawiającego partnerem.

c) Wykonawca zobowiązany jest do pośredniczenia w uzyskaniu wymaganych dokumentów podróжных, takich jak wiza (wymagana do wjazdu na teren Chińskiej Republiki Ludowej).

Wykonawca zobowiązany jest do pokrycia kosztów przy ww. procedurach.

Na czas trwania całej Misji Wykonawca jest zobowiązany do zapewnienia obecności co najmniej dwóch osób: opiekuna i tłumacza, posiadających doświadczenie w organizacji i obsłudze wyjazdowych misji gospodarczych, w tym spotkań B2B. Opiekun grupy musi posługiwać się językiem angielskim na poziomie min. C1 wg kryteriów Rady Europy. Będzie odpowiedzialny za prawidłowe wykonanie usługi, rozwiązywanie ewentualnych problemów (zdarzenia losowe), jeśli takowe się pojawią w trakcie realizacji umowy.

Tłumacz/tłumacze ze znajomością języka koreańskiego, chińskiego oraz angielskiego na poziomie min. C1 wg kryteriów Rady Europy i polskiego będzie odpowiedzialny za przeprowadzenie tłumaczeń ustnych konsekwentnych. Zamawiający dopuszcza zaangażowanie różnych tłumaczy, tj. polsko — koreańskiego ze znajomością angielskiego w Korei Południowej oraz polsko-chińskiego ze znajomością angielskiego w Chińskiej Republice Ludowej.

Czas trwania Misji rozumie się od momentu wyjazdu z województwa lubuskiego do momentu powrotu na teren województwa.

e) Wykonawca poprzez obecność swoich przedstawicieli zapewni bezpośredni nadzór nad logistycznym przebiegiem całej Misji i pobytu grupy.

f) Językiem Misji jest język: koreański/chiński i polski. Dopuszcza się posługiwanie się językiem angielskim w sytuacjach, gdy przedsiębiorcy azjatyccy będą używali tego języka w stopniu komunikatywnym i umożliwiającym przeprowadzenie rozmów biznesowych. Na czas realizacji jego poszczególnych elementów, Wykonawca zapewni odpowiednią ilość tłumaczy konsekwentnych oraz symultanicznych z języka polskiego na język koreański (w Korei Płd.)

oraz na język chiński /dialekt hajnański (Chińska Republika Ludowa, prowincja Hajnan) oraz z języka koreańskiego, języka chińskiego/dialekt hajnański na język polski — ilość tłumaczy na poszczególne wydarzenia zostanie ustalona razem z zamawiającym i wymaga końcowej akceptacji Zamawiającego.

g) Nabór zagranicznych firm/partnerów na spotkania B2B przy współpracy z WPHI/ZBH lub innymi instytucjami otoczenia biznesu leży po stronie Wykonawcy.

h) Wykonawca opracuje i przedstawi do akceptacji szczegółowy program Misji, który będzie zawierać nazwę i adres hotelu, dokładne godziny i miejsca odbywających się wszystkich wydarzeń, harmonogram posiłków, szczegółowy harmonogram transferów osobowych (lotniczych i autokarowych) numery kontaktowe do opiekuna grupy oraz tłumaczy, telefony alarmowe".

Także w następnych fragmentach załącznika nr 1 do SIWZ zamawiający wskazywał, iż wykonawca jest zobowiązany „zapewnić obsługę tłumaczy konsekwentnych języka koreańskiego (w Korei Płd.), chińskiego (w Chińskiej Republice Ludowej) - polskiego przez cały czas trwania spotkania B2B, posiadających min. 2 lata doświadczenia w tłumaczeniu rozmów o charakterze biznesowym, w ilości zapewniającą płynną obsługę uczestników ze strony polskiej. Dopuszcza się posługiwanie się językiem angielskim w sytuacjach, gdy przedsiębiorcy azjatyccy będą używali tego języka w stopniu komunikatywnym i umożliwiającym przeprowadzenie rozmów biznesowych”.

Prezes UZP wskazał, że zgodnie z art. 5c ust. 1 ustawy „Jeżeli na przedmiot zamówienia składają się zamówienia, do których mają zastosowanie te same przepisy ustawy, jak zamówienia sektorowe albo zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa albo zamówienia udzielane na zasadach ogólnych, obejmujące co najmniej dwa rodzaje zamówień spośród zamówień na roboty budowlane, usługi lub dostawy, do jego udzielenia stosuje się przepisy dotyczące tego rodzaju zamówienia, który odpowiada jego głównemu przedmiotowi”. Natomiast zgodnie z art. 5c ust. 2 ustawy „Jeżeli zamówienie, o którym mowa w ust. 1, obejmuje usługi, określone w załączniku XIV do dyrektywy 2014/24/UE lub w załączniku XVII do dyrektywy 2014/25/UE oraz inne usługi albo usługi i dostawy, do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy dotyczące tych usług lub dostaw, których szacowana wartość jest większa”. Zgodnie z wyżej przytoczonymi przepisami poszczególne usługi można zakwalifikować jako usługi społeczne, tylko w przypadku, gdy zostały one wskazane w załączniku XIV do dyrektywy 2014/24/UE lub w załączniku XVII do dyrektywy 2014/25/UE.

Kontrolujący analizując zakres usług składających się na przedmiot kontrolowanego zamówienia w pierwszej kolejności zauważył, iż do kategorii usług społecznych należy zaliczyć usługi obejmujące usługi składające się na organizację noclegów i wyżywienia, organizację seminariów oraz spotkań przygotowujących i podsumowujących wyjazd. Powyższe

potwierdza, iż użyte do opisu przedmiotów zamówienia w powyższym zakresie kody CPV, tj.:

- 55300000-3 - Usługi restauracyjne i dotyczące podawania posiłków
- 55110000-4 - Hotelarskie usługi noclegowe
- 79950000-8 - Usługi w zakresie organizowania wystaw, targów i kongresów
- 79951000-5 - Usługi w zakresie organizowania seminariów; wymienione zostały w załączniku XIV do dyrektywy 2014/24/UE.

W pozostałym zakresie przedmiotu zamówienia nie sposób, w ocenie kontrolującego, zaliczyć do kategorii usług społecznych.

Prezes UZP zauważył bowiem, iż usługi w zakresie transportu kołowego i lotniczego (kody CPV obejmujące powyższe usługi to: 60100000-9, 60400000-2) nie zostały wymienione w załączniku XIV do dyrektywy 2014/24/UE.

Po drugie, również zapewnienie materiałów informacyjno — promocyjnych, o których mowa w pkt 8 SOPZ nie znajduje się wśród usług społecznych, których katalog zamknięty został wskazany w załączniku XIV do dyrektywy 2014/24/UE. Zamawiający musiał być tego świadomy ponieważ w IWZ opisał zapewnienie materiałów informacyjno — promocyjnych korzystając z kodu CPV 39294100-0 (Artykuły informacyjne i promocyjne), który nie znajduje się w ww. załączniku. Tym samym zamawiający nie mógł zakwalifikować zapewnienia materiałów informacyjno — promocyjnych jako usługi społecznej, co musiało skutkować zmniejszeniem wartości usług społecznych w stosunku do pozostałych usług składających się na całość zamówienia.

Wśród usług społecznych, których katalog zamknięty został wskazany w załączniku XIV do dyrektywy 2014/24/UE nie znajdują się również usługi tłumaczeń. Pomimo, iż zamawiający nie wskazał w IWZ żadnego kodu CPV, które odpowiadałby usługom tłumaczeń, to jednak w SOPZ dokładnie opisał w jaki sposób mają być one świadczone oraz jakie wymagania mają spełniać świadczący usługi tłumacze. Usługi te opisane przez zamawiającego w SOPZ odpowiadają kodowi: CPV 79540000-1 (Usługi w zakresie tłumaczeń ustnych) i nie znajdują się wśród usług wskazanych w załączniku XIV do dyrektywy 2014/24/UE. Tym samym zamawiający nie mógł zakwalifikować usług tłumaczeń jako usługi społecznej, co musiało skutkować zmniejszeniem wartości usług społecznych w stosunku do pozostałych usług składających się na całość zamówienia.

Zdaniem kontrolującego oznacza to, iż łączna wartość usług społecznych stanowi 49 23% wartości całego zamówienia (150 026,76 zł z 304 630,00 zł tj. uśrednionej wartości brutto całego zamówienia, które to wartości ustalone zostały na etapie szacowania przedmiotu zamówienia przed wszczęciem procedury o udzielenie zamówienia).

Udzielając wyjaśnień pismem z dnia 11.05.2020 r. w zakresie podstaw wyboru trybu postępowania, zamawiający powołał się na pismo z dnia 29.11.2018 r., stanowiące korespondencję wewnętrzną zamawiającego, w którym odnosił się do sugestii dotyczących

wyboru nieprawidłowego trybu postępowania. Zamawiający wskazał m.in., iż przeprowadził analizę, która „polegała na zakwalifikowaniu poszczególnych usług do grup określonych kodami CPV przez pryzmat przedmiotu zamówienia j celu jaki zamawiający chciał osiągnąć ogłaszając to postępowanie. (...) Zamawiający określając główny przedmiot zamówienia powinien w pierwszej kolejności zbadać cel zamówienia oraz określić te zobowiązania, bez których udzielenie zamówienia nie spełniłoby swojej funkcji. (...) Zamawiający zgodnie zatem z Dyrektywą jak również prawem krajowym analizował główny przedmiot zamówienia jak również możliwości podzielenia zamówienia na części. (...) głównym przedmiotem zamówienia są usługi w zakresie organizowania targów, seminariów i konferencji a celem osiągnięcia założonych rezultatów czyli promocji gospodarczej województwa lubuskiego, co potwierdza, że są to usługi społeczne. (...) Reasumując wszelkie usługi takie jak materiały informacyjno — promocyjne, usługi tłumaczenia, usługi logistyczne (zakwaterowanie, rezydent itp.) są elementem usług kompleksowej organizacji wyjazdu, konferencji czy seminarium. Przy takim przedmiocie zamówienia nie istniałyby samodzielnie, co więcej jako odrębne zamówienie z innym Wykonawcą mogłyby zakłócić poprawną realizację zamówienia (np. przez brak koordynacji obu Wykonawców). Jednocześnie są na tyle związane z głównym przedmiotem zamówienia, że świadczą je Wykonawcy zajmujący się usługami w zakresie organizowania tego typu zamówień.

Z powyższego w ocenie Prezesa UZP wynika, iż zamawiający decydując o wyborze właściwego trybu postępowania, zastosował normę wskazaną w art. 5c ust. 1 ustawy. Zdaniem zamawiającego, to jaki tryb postępowania należy zastosować, zależy od głównego przedmiotu zamówienia. Jednak zamawiający, zdaniem kontrolującego, nie uwzględnił normy zawartej w art. 5c ust. 2 ustawy, która stanowi normę szczególną względem normy zawartej w art. 5c ust. 1 ustawy. Zgodnie z nią o wyborze odpowiedniego trybu decyduje większa wartość usług społecznych lub innych usług składających się na przedmiot zamówienia. W analizowanym przypadku, usługi społeczne stanowiły część zamówienia o mniejszej wartości.

Tym samym, według Prezesa UZP, zamawiający nie był uprawniony do przeprowadzenia kontrolowanego postępowania za pomocą procedur opisanych w Rozdziale 6 Działu III ustawy. Oznacza to, iż zamawiający miał obowiązek zastosować jedną z procedur opisanych w Rozdziale III Działu I ustawy.

Zamawiający przeprowadzając postępowanie w trybie, o którym mowa w art. 138o ustawy w ocenie Prezesa UZP naruszył art. 138o w zw. z art. 5c ust. 2 ustawy.

Przedmiotowe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, ponieważ przez zaniechanie zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych, zamawiający ograniczył krąg potencjalnych wykonawców, którzy mogli złożyć swoje oferty w postępowaniu.

W dniu 2 czerwca 2020r. zamawiający wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli i podniósł, że uzasadnieniu wyniku kontroli nie odniesiono się w żaden sposób do stanowiska

zamawiającego, (Województwo Lubuskie - Urząd Marszałkowski województwa Lubuskiego) według którego omawiany przedmiot zamówienia jest niepodzielny. Podstawą prawną, którą kierował się zamawiający, jest art. 5f ustawy, który mówi, że w przypadku gdy przedmiot zamówienia nie może zostać podzielony, w szczególności ze względów technicznych, organizacyjnych, ekonomicznych lub celowościowych, do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy dotyczące tego rodzaju zamówienia, który odpowiada jego głównemu przedmiotowi, Obowiązkiem zamawiającego jest jedynie wykazanie, że przedmiot zamówienia nie może zostać podzielony na części, co zamawiający przedstawił w poniżej.

Zamawiający powołując się na swoje doświadczenie w organizacji wielu zagranicznych misji gospodarczych, zdecydował się zamówić kompleksową usługę (na co wskazuje tytuł przedmiotu zamówienia) i wymagał skoordynowania wszystkich działań w taki sposób, by zrealizować główny cel misji gospodarczej, tj. organizację seminarium biznesowego lubuskich, koreańskich i chińskich przedsiębiorców. Na całe zamówienie składało się wiele elementów, gdzie brak choćby jednego mógł spowodować fiasko całej wyprawy.

W potwierdzenia słuszności właściwego wyboru trybu, zamawiający zwrócił się do eksperta w dziedzinie Prawa zamówień publicznych, pana Krzysztofa Puchacza, który dokonał oceny możliwości rozdzielenia przedmiotu zamówienia na organizację misji na kilka postępowań obejmujących odrębnie usługi o charakterze społecznym jak i usługi pozostałe. W ekspertyzie opiniujący wskazał, że „podział zamówienia jest obiektywnie nieuzasadniony ze względów technicznych i ekonomicznych. Ponieważ organizacja wyjazdów powinna przebiegać sprawnie zamawiający powinien mieć możliwość wyboru jednego wykonawcy w jednym postępowaniu, żeby zapewnić wykonanie zamówienia bez opóźnień (...). Jednocześnie zamawianie poszczególnych elementów usługi u innych wykonawców naraziłoby zamawiającego na nieuzasadnione dodatkowe koszty pośrednie, które byłyby ujmowane każdorazowo w wycenach poszczególnych wykonawców. W przypadku, gdy zamawiający ustala, że dokonanie podziału przedmiotu zamówienia jest nieuzasadnione, w celu wyboru trybu postępowania, powinien stosować przepisy właściwe dla głównego przedmiotu zamówienia. Głównym przedmiotem zamówienia jest przedmiot zasadniczy, bez którego udzielenie danego zamówienia nie spełnia swojego celu i funkcji, jakiej ma służyć, zaś elementem pobocznym jest świadczenie akcesoryjne względem przedmiotu głównego. (...)

Zamówieniami głównymi, bez których cel zamówienia nie zostałby zrealizowany w obydwu postępowaniach są usługi w zakresie organizowania wystaw, targów i kongresów (kod CPV: 799500008) oraz usługi w zakresie organizowania seminariów (kod CPV: 79951000-5). Głównym celem organizacji wyjazdów będących przedmiotem ekspertyzy jest bowiem organizacja bilateralnych i multilateralnych spotkań o charakterze biznesowym będących cechą charakterystyczną dla usługi organizacji targów i kongresów oraz usługi organizacji seminariów. Przedmiotem zamówienia nie była sama usługa transportu osób w celu

zapewnienia im pobytu w określonym miejscu i czasie. Celem głównym zamówienia było zorganizowanie spotkań w formule odpowiadającej formule targów, konferencji czy też seminariów. Transport, zakwaterowanie i catering były jedynie świadczeniami pobocznymi, umożliwiającymi realizację usługi głównej, Wspólny Słownik Zamówień nie definiuje szczegółowo, co należy rozumieć przez „organizację” kongresu lub seminarium. W celu wykładni tego pojęcia należy posłużyć się Słownikiem Języka Polskiego, który wskazuje, że organizować oznacza „planować i koordynować poszczególne etapy jakichś działań”, Przedmiotem zamówień organizowanych przez zamawiającego było zaplanowanie i skoordynowanie działań mających na celu spotkanie seminaryjne lubuskich przedsiębiorców z przedsiębiorcami z innych krajów w formule targu, kongresu i seminarium. Powyższe argumenty kazały zamawiającemu uznać za uzasadnioną tezę, że „organizacja seminarium” lub „organizacja targów” obejmuje także usługę w ramach której wykonawca zaplanuje oraz skoordynuje (zorganizuje) spotkanie będące elementem charakterystycznym targów, seminariów lub konferencji.”

Niepodzielność omawianego zadania jest zdaniem zamawiającego widoczna przede wszystkim przy usłudze tłumaczeń, Jeżeli Prezes UZP uznaje, że z zakresu „organizacja seminarium” należy wyłączyć tłumaczenia, to u zamawiającego pojawia się pytanie, co wchodzi w zakres pojęcia „organizacji seminarium”? Jakie elementy są związane z konferencją a jakie nie? Kod 79950000-8 obejmuje szeroko rozumianą organizację wystaw, targów i kongresów. Nie znajduje żadnego uzasadnienia wyłączenie z zakresu świadczenia wykonawcy, który taką organizację realizuje usług niepodzielnie z nią związanych, tj. materiałów promocyjnych i tłumaczeń, a także transportu,

Dodatkowo, Puchacz odwołuje się do głównego celu realizacji projektu UE, w ramach którego zamawiający organizuje misje gospodarcze. Jest nim nawiązanie współpracy pomiędzy lubuskimi a zagranicznymi przedsiębiorcami i instytucjami zainteresowanymi ofertami eksportowymi lubuskich podmiotów, zainteresowanie potencjalnych inwestorów inwestycjami na terenie województwa lubuskiego oraz możliwość promocji walorów gospodarczych województwa lubuskiego. Cele te są realizowane przede wszystkim poprzez organizację spotkań, seminariów podczas targów gospodarczych. W ramach wyjazdów zamawiający zapewniał uczestnikom wyżywienie oraz noclegi (usługi społeczne) oraz organizował seminaria, co szczegółowo zostało opisane w Opisie Przedmiotu Zamówienia. Składowymi tego zadania są między innymi wynajęcie sali) organizacja poczęstunku, zapewnienie tłumacza, stolików do rozmów itp.”

W ocenie zamawiającego należy również wziąć pod uwagę, iż celem działalności firm organizujących podobne usługi o charakterze mieszanym nie jest sprzedawanie pojedynczych usług, lecz całych pakietów usług podobnych do tych objętym przedmiotem zamówienia.

Zamawiający przytoczył Polską Izbę Gospodarczą, która w ramach organizowanych przez siebie misji gospodarczych zapewnia następujące usługi doradcze:

zapewnienie zakwaterowania,
zabezpieczenie obsługi logistycznej)

- projekt materiałów reklamowo-promocyjnych,
- opracowanie strategii spotkań z potencjalnymi partnerami,
- aranżacja spotkań bilateralnych z wcześniej dobranymi partnerami,
- opracowanie strategii wejścia z eksportem towarów na dany rynek, kolejnych działań i najkorzystniejszych technik promocji,
- usługi tłumaczeniowe.

Reasumując, zamawiający stwierdził, że wszelkie usługi takie jak materiały informacyjno-promocyjne, usługi tłumaczenia, usługi logistyczne są elementami kompleksowej organizacji wyjazdu (zgodnie z tytułem zamówienia), mieszczącym się w katalogu usług społecznych, Ich wydzielenie byłoby nieuzasadnione ekonomicznie i organizacyjnie. Tym samym w ocenie zamawiającego dokonał on właściwego wyboru trybu wyboru wykonawcy zgodnie z art. 138o ustawy.

W dniu 17 czerwca 2020r. Prezes UZP podtrzymał stanowisko dotyczące naruszenia art. 138o w zw. z art. 5c ust. 2 ustawy, stwierdzonego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 18 maja 2020 r.

Kontrolujący wskazał, że w trakcie prowadzonej kontroli Prezes UZP poddał analizie wszelkie wyjaśnienia udzielone przez zamawiającego oraz całość przekazanej dokumentacji. W treści Informacji o wyniku kontroli bezpośrednio odwołano się do wyjaśnień zamawiającego udzielonych pismem z dnia 11.05.2020 r. w zakresie podstaw wyboru trybu postępowania, w ramach których zamawiający powołał się na pismo z dnia 29.11.2018 r.

Przytaczając treść ww. pisma z dnia 29.11.2018 r. (które nie odwołuje się bezpośrednio do podstawy prawnej z art. 5f ustawy) Prezes UZP stwierdził, że nie zgadza się z podniesioną w nim argumentacją, że to, jaki tryb postępowania należało zastosować w ramach przedmiotowej procedury jest uzależniony od głównego przedmiotu zamówienia, gdyż w odniesieniu do przedmiotowego postępowania zastosowanie znajduje dyspozycja zawarta w art. 5c ust. 2 ustawy, zgodnie z którą o wyborze odpowiedniego trybu decyduje większa wartość usług społecznych lub innych usług składających się na przedmiot zamówienia.

Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w dokumentacji postępowania (m.in. wniosku o wszczęcie postępowania z dnia 19.07.2017 r.), z której wynika, że zamawiający wybierając tryb postępowania, kierował się dyspozycją art. 5c ust. 2 ustawy. Również treść pisma z dnia 29.11.2018 r. zawierającego uzasadnienie do zastosowanego trybu odwołuje się bezpośrednio do dyspozycji ww. przepisu., cyt.: „...Departament Administracyjno-Gospodarczy, Wydział Zamówień Publicznych informuje, że po analizie postępowania pn.:

„Kompleksowa organizacja wyjazdowej misji eksportowo-inwestycyjnej do Korei Południowej (...)” potwierdza poprawność wyboru trybu postępowania oraz oszacowania zamówienia z uwzględnieniem art. 5c ust. 2 ustawy.”

Niezależnie od powyższego, jak zauważa sam zamawiający w dalszej części zastrzeżeń, art. 5f ustawy umożliwiający stosowanie przepisów odpowiadających głównemu przedmiotowi zamówienia dotyczy jedynie procedur, gdy nie można podzielić przedmiotu zamówienia, w szczególności ze względów technicznych, organizacyjnych, ekonomicznych lub celowościowych.

Sposób interpretacji dyspozycji art. 5f ustawy doprecyzowany został w pkt 11 preambuły do Dyrektywy 2014/24/UE, której transpozycję do krajowego porządku prawnego stanowią regulacje ustawy. W ww. punkcie wskazano: W przypadku zamówień mieszanych mające zastosowanie przepisy powinny być określone według głównego przedmiotu zamówienia, gdy poszczególne części składowe zamówienia nie są obiektywnie możliwe do rozdzielania. (...) Ustalenia należy dokonywać dla indywidualnych przypadków, uwzględniając nie tylko wyraźne lub domniemane zamiary instytucji zamawiającej co do traktowania poszczególnych aspektów składających się na zamówienie mieszane jako niemożliwych do rozdzielania, lecz także obiektywne dowody mogące uzasadnić te zamiary i potwierdzić potrzebę udzielenia jednego zamówienia publicznego. Taka uzasadniona potrzeba udzielenia jednego zamówienia publicznego może zaistnieć na przykład w przypadku budowy jednego budynku, którego część ma być użytkowana bezpośrednio przez daną instytucję zamawiającą, a inna część użytkowana na zasadzie koncesji - np. poprzez udostępnienie parkingu publicznego. Kontrolujący doprecyzował, że potrzeba udzielenia jednego zamówienia publicznego może wynikać zarówno ze względów o charakterze technicznym, jak i ekonomicznym.

Warunkiem skorzystania z dyspozycji przepisu art. 5f ustawy jest zatem obiektywna niepodzielność przedmiotu zamówienia, która musi zostać udowodniona.

Z dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz udzielonych przez zamawiającego wyjaśnień nie wynika, aby w odniesieniu do kontrolowanego postępowania zachodziła powyższa okoliczność. Jak zostało bowiem wskazane w informacji o wyniku kontroli, już na etapie przygotowania postępowania, zamawiający w celu ustalenia wartości zamówienia, zwrócił się do 3 niezależnych podmiotów o przedstawienie ceny usług zgodnych z przekazaną przez siebie specyfikacją. Uzyskane w ten sposób wyceny przedstawiały nie tylko cenę za realizację całej usługi zgodnie z przedstawioną specyfikacją, ale także ceny z podziałem na poszczególne części zamówienia, takie jak:

- 1) Transport kołowy i lotniczy;
- 2) Materiały informacyjno-promocyjne;
- 3) Nocleg + wyżywienie;
- 4) Usługi tłumacza;

5) Organizacja seminarium (spotkanie z WPHI, Izbą Przemysłowo — Handlową, spotkania b2b); 6) Spotkanie przygotowujące przed wyjazdem i podsumowujące po wyjeździe. Powyższy podział na poszczególne rodzaje usług został przez zamawiającego powielony oraz doprecyzowany w opisie przedmiotu zamówienia.

Jednocześnie w dokumentacji postępowania oraz udzielonych wyjaśnieniach zamawiający nie wykazał, że wydzielenie którejkolwiek z ww. usług byłoby obiektywnie niemożliwe, powodowałoby wykonanie zamówienia z opóźnieniami, czy też skutkowało by poniesieniem nieuzasadnionych dodatkowych kosztów pośrednich (jak zostało to wskazane w opinii powołanego przez zamawiającego eksperta).

Wręcz przeciwnie, w ocenie Prezesa UZP można stwierdzić, że wydzielając przykładowo z zakresu przedmiotu zamówienia usługę transportu kołowego i lotniczego zamawiający byłby w stanie uzyskać oferty wykonawców specjalizujących się w świadczeniu tego rodzaju usług oraz spełniające wszystkie pozostałe wymagania określone w dokumentacji postępowania. Co więcej, rezygnacja z dodatkowego pośrednika na etapie zlecenia usług w niniejszym zakresie mogła spowodować, że zamawiający uzyskałby oferty przedstawiające korzystniejszy bilans cenowy. Tym samym argumentacja odwołująca się do dodatkowych kosztów pośrednich nie znajduje żadnego uzasadnienia w okolicznościach faktycznych opisywanego przypadku. Analogiczne spostrzeżenia zdaniem kontrolującego można sformułować do pozostałych zakresów usług, które składają się na całość przedmiotu zamówienia. Nie sposób również stwierdzić, że w przypadku zapewnienia prawidłowej koordynacji ze strony zamawiającego, wydzielenie którejkolwiek z usług mogłoby negatywnie wpłynąć na realizację przedmiotu zamówienia jako całości.

Prezes UZP podkreślił również, że twierdzenia zamawiającego o niepodzielności przedmiotu zamówienia nie zostały poparte żadnymi dowodowymi. Tym samym subiektywna ocena zamawiającego co do niepodzielności przedmiotu zamówienia nie mogła stanowić podstawy do zastosowania w ramach przedmiotowej procedury dyspozycji art. 5f ustawy.

Odnosząc się do kwestii dysponowania przez zamawiającego ekspertyzą, która jego zdaniem potwierdza, że nie mógł dokonać podziału zamówienia ze względów ekonomicznych i technicznych kontrolujący zauważył, że Zamawiający pozyskał także drugą ekspertyzę, która stanowi dokumentację kontrolowanego postępowania, przedstawioną przez Grupę Doradczą Sienna Sp. z o.o., z której wynika, że zamawiający powinien zastosować normę zawartą w art. 5c ust. 2 ustawy, a tym samym wybrać tryb postępowania w oparciu o stosunek wartości usług społecznych względem innych usług.

Powyższe w ocenie Prezesa UZP dodatkowo potwierdza, że przedmiot niniejszego zamówienia był podzielny, co wyłączało zastosowanie w ramach przedmiotowej procedury art. 5f ustawy oraz obligowało zamawiającego do zastosowania dyspozycji art. 5c ust. 2 ustawy.

Odnosząc się do twierdzeń zamawiającego, że „Kod 79950000-8 obejmuje szeroko rozumianą organizację wystaw targów i kongresów. Zdaniem kontrolującego nie znajduje żadnego uzasadnienia wyłączenie z zakresu świadczenia wykonawcy, który taką organizację realizuje usług niepodzielenie z nią związanych tj. materiałów promocyjnych i tłumaczeń, a także transportu” należy wskazać, że stanowisko Prezesa Urzędu zgodnie, z którym wskazane usługi powinny zostać przyporządkowane do kategorii usług społecznych, a inne z tej kategorii wyłączone, zostało szeroko opisane i uzasadnione w informacji o wyniku kontroli z dnia 18 maja 2020 r. Zgodnie z powyższymi ustaleniami opartymi na metodologii szacowania przyjętej przez zamawiającego łączna wartość wszystkich usług społecznych stanowiła 49,23% wartości całego zamówienia (150 026,76 zł z 304 630,00 zł tj. uśrednionej wartości brutto całego zamówienia, które to wartości określone zostały na etapie szacowania przedmiotu zamówienia przed wszczęciem procedury o udzielenie zamówienia), a zatem nie przekracza połowy wartości zamówienia. Tym samym ustalenia wskazane w informacji o wyniku kontroli w powyższym zakresie uznać należy w ocenie Prezesa UZP za aktualne oraz wiążące.

Niemniej jednak w tym miejscu dodatkowo kontrolujący podkreślił, że unijny prawodawca w załączniku XIV do Dyrektywy 2014/24/UE wyznaczył zamknięty katalog usług, które są usługami społecznymi. Ratio legis utworzenia zamkniętego katalogu usług, zakwalifikowanych jako usługi społeczne jest wprowadzenie łagodniejszego rygoru przewidzianego dla ich udzielania. Daje on zamawiającemu większą swobodę, odformalizuje postępowanie oraz zwiększa progi, do których zamawiający nie jest zobowiązany do stosowania dyrektywy. Polski ustawodawca przeniósł unijne przepisy do ustawy także pozostawiając zamawiającemu większą swobodę udzielania zamówień na usługi społeczne. Ze względu na wartość przedmiotowego postępowania, zamawiający stosując przepisy dotyczące usług społecznych nie był zobowiązany do opublikowania ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, inaczej niż w przypadku zamówień klasycznych.

Powyzsza okoliczność stanowiła, zdaniem Prezesa UZP, ograniczenie możliwości zapoznania się z ogłoszeniem o zamówieniu przez potencjalnych wykonawców, a tym samym również ograniczenie konkurencji. Takie ograniczenie konkurencji mogło z kolei doprowadzić do niezłożenia oferty, przez wykonawców, którzy mogli swobodnie zapoznać się z treścią ogłoszenia, a następnie złożyć swoją ofertę (na marginesie należy przypomnieć, że w przedmiotowym postępowaniu została złożona tylko jedna oferta).

Dlatego też zamawiający nie może swobodnie, w nieograniczony sposób rozszerzyć zakresu jednej z usług społecznych na inne usługi niebędące usługami społecznymi. Taki tok rozumowania prowadzi do obejścia przepisów zarówno ustawy, jak i Dyrektywy 2014/24/UE poprzez udzielanie zamówień w odformalizowanym trybie przewidzianym dla usług społecznych w sytuacji, gdy dane usługi de facto nie zaliczają się do tej kategorii.

Jednocześnie Prezes UZP zauważył, że zamawiający miał świadomość, że nie wszystkie usługi składające się na całość zamówienia stanowią usługi społeczne, ponieważ na etapie przygotowania postępowania wyraźnie rozdzielił części składowe zamówienia na usługi społeczne oraz inne usługi. W sposób jasny i niepodważalny wynika to z przytoczonych już dokumentów, tj. z notatki służbowej z rozeznania rynku z dnia 19.07.2017 r. oraz z wniosku o przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia z dnia 19.07.2017 r. Dlatego też próbę uzasadnienia przeprowadzenia postępowania w trybie, o którym mowa w art. 138o ustawy w oparciu o art. 5f ustawy należy uznać jedynie za działanie post factum. Prezes UZP podtrzymał zatem swoje stanowisko, że zamawiający powinien zastosować normę zawartą w art. 5c ust. 2 ustawy, jako normę odpowiadającą stanowi faktyczne kontrolowanego postępowania i poinformował, że zastrzeżenia zostaną przekazane do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Izba zważyła, co następuje:

Izba podziela stanowisko Prezesa UZP i nie uwzględnia wniesionych przez zamawiającego zastrzeżeń z następujących względów:

Przede wszystkim istotą sporu nie jest kwestia podzielności, bądź niepodzielności zamówienia, ale łącznie udzielenie usług społecznych i innych usług, tym samym wywody zamawiającego i powoływanie się na pozyskaną opinię Pana Puchacza nie może odnieść skutku oczekiwanego przez zamawiającego. Zasadą wyrażoną w art. 5 b ustawy jest zakaz łączenia zamówień, które odrębnie udzielane wymagają zastosowania różnych przepisów, tym samym przepisy kolejne art. 5c-5g ustawy stanowią o wyjątkach od tej zasady i dlatego muszą być stosowane ściśle. W niniejszej kontroli niesporne było, że zamawiający łącznie udzielił zamówienia na usługi o których mowa w załączniku XIV do dyrektywy 2014/24 UE i inne usługi. Zamawiający nie kwestionował wyliczeń kontroli, co do procentowego udziału szacowanej wartości zamówień na usługi społeczne, a jedynie oczekiwał kompleksowego spojrzenia na zamawiany przedmiot, jako przedmiot niepodzielny z punktu widzenia ekonomicznego, organizacyjnego i celowościowego. Jednakże nawet gdyby przyjąć, że przedmiot zamówienia był niepodzielny (choć Izba nie przychyliła się do takiego stanowiska zamawiającego), to przepisem, który wprost opisuje wyjątek łączenia zamówień na usługi społeczne i inne usługi jest przepis art. 5c ust. 2 ustawy, a nie przepis art. 5f ustawy – który dotyczy świadczeń niepodzielnych bez względu na typ zamówienia (zamówienia na zasadach ogólnych, sektorowe, obronne, społeczne) i jego rodzaj (roboty budowlane, dostawy, usługi). Jeśli przepis stanowi wyjątek od zasady, to należy szukać dla jego zastosowania najbardziej zbliżonego stanu faktycznego, który pod dany wyjątek podpada. Przy doborze właściwego wyjątku należy kierować się tym, aby dostrzec specyficzność badanego stanu faktycznego. Jeśli zamawiający kwalifikował zamówienie jako niepodzielne, to nie mógł poprzestać tylko na tym ustaleniu, ale rozważyć, czy ta cecha dostatecznie identyfikuje wyjątek, do którego

zamawiający powinien się zastosować. Wiele jest bowiem świadczeń niepodzielnych, ale jedynie nieliczne z nich łączą w sobie zamówienia na usługi społeczne i inne usługi. Zatem cechą szczególną zamówienia, o które zabiegał zamawiający, był fakt łączenia usług podlegających pod różne reżimy ustawy, a nie teoretyczna niepodzielność świadczenia. W przedmiotowej sprawie przypadek zamówienia na usługi mieszane – społeczne i inne bez względu na to, czy zamówienie jest podzielne czy też nie, wypełnia hipotezę normy art. 5c ust. 2 ustawy, czyli „jeżeli zamówienie, o którym mowa w ust. 1, obejmuje usługi, określone w załączniku XIV do dyrektywy 2014/24/UE lub w załączniku XVII do dyrektywy 2014/25/UE oraz inne usługi” Zatem zamawiający powinien był zastosować się do dyspozycji, która stanowi, że do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy dotyczące tych usług lub dostaw, których szacowana wartość jest większa. W przedmiotowej sprawie wartość szacunkowa usług społecznych była mniejsza niż innych usług, a mimo to zamawiający zastosował przepisy dotyczące zamówień na usługi społeczne, co stało w sprzeczności z dyspozycją art. 5 c ust. 2 ustawy. Sankcją za niezastosowanie się do dyspozycji art. 5c ust. 2 ustawy i zastosowanie wadliwie przypisanego do stanu faktycznego wyjątku jest naruszenie zasady zakazu łączenia równych rodzajów zamówień co stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy. Słusznie dostrzegł kontrolujący, że zamawiający miał świadomość konieczności stosowania art. 5c ust. 2 ustawy, gdyż posiadał w tym przedmiocie opinię Grupy Doradczej Sienna, tym bardziej zatem powinien z dużą dozą ostrożności oceniać drugą z uzyskanych opinii. Tym samym wynik kontroli ustalony przez Prezesa UZP był prawidłowy. Izba podziela także argumentację kontrolującego, co do tego, że zamawiający w żaden sposób nie wykazał, że łącząc usługi, rzeczywiście był w stanie osiągnąć korzyść ekonomiczną czy organizacyjną.

Krajowa Izba Odwoławcza zgodnie z art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wydaje w formie uchwały opinię w sprawie zastrzeżeń zamawiającego zgłoszonych do informacji o wyniku kontroli.

Wobec powyższego, wyrażono opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....