

Sygn. akt: KIO 2073/11

WYROK
z dnia 7 października 2011 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 października 2011 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 września 2011 roku przez wykonawcę **Magdalenę Ugrewicz prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „Platon, Szkolenia i Konferencje” z siedzibą w Kudowie-Zdroju** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Skarb Państwa - Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Jarosława Głowackiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Fordewind Głowacki Jarosław Grzegorz z siedzibą w Rynie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, a także uwzględnienie innych okoliczności wynikających z uzasadnienia niniejszego orzeczenia;**
2. **Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Skarb Państwa - Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia w Warszawie i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **Magdalenę Ugrewicz prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „Platon, Szkolenia i Konferencje” z siedzibą w Kudowie-Zdroju** tytułem wpisu od odwołania

2.2. zasądza od Zamawiającego **Skarbu Państwa - Zakładu Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia w Warszawie** na rzecz Odwołującego się wykonawcy **Magdaleny Ugrewicz prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą „Platon, Szkolenia i Konferencje” z siedzibą w Kudowie-Zdroju** kwotę 19 503,00 gr (słownie: dziewiętnastu tysięcy pięciuset trzech złotych, zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, koszty dojazdu na posiedzenie i rozprawę przed Izbą oraz 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 z późn. 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:

Uzasadnienie

W dniu **26 września 2011 roku** (pismem z dnia 23 września 2011 roku) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, podstawie art. 179 ust 1 oraz art. 180 ust 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwana dalej „ustawą Pzp”, odwołanie złożył wykonawca **Magdalena Ugrewicz prowadząca działalność pod firmą ‘Platon, Szkolenia i Konferencje’ z siedzibą w Kudowie-Zdroju** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego **Skarb Państwa - Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia w Warszawie**.

Odwołanie wniesiono na niewłaściwą ocenę i brak podstaw odrzucenia oferty Odwołującego, pozbawienia Odwołującego zamówienia mimo, że jego oferta spełniała warunki udziału w postępowaniu oraz była ofertą najkorzystniejszą biorąc pod uwagę kryteria zawarte w SIWZ, naruszenie zasad i warunków określonych w SIWZ w związku z nadinterpretacją zapisów SIWZ przy dokonaniu oceny oferty Odwołującego, wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Jarosława Głowackiego prowadzącego działalność pod firmą Fordewind Głowacki Jarosław Grzegorz z siedzibą w Rynie, która dodatkowo złożyła nieprawdziwą informację mającą wpływ na wynik postępowania, zbyt krótki termin wyznaczony na zawarcie umowy, zmianę zasad oceny ofert bez zmiany ogłoszenia i zapisów SIWZ.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp w zakresie następujących przepisów: art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 91 ust. 1 Pzp, art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp, art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, art. 94 ust 1 pkt 1 Pzp, art. 12a i 38 ust 4a.

Odwołujący żąda:

- 1) uwzględnienia odwołania w całości,
- 2) nakazania Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty z udziałem oferty Odwołującego.
- 3) nakazania Zamawiającemu unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez firmę Fordewind Głowacki Jarosław Grzegorz i wykluczenia firmy z postępowania,
- 4) zmiany wyznaczonego terminu na podpisanie umowy z zachowaniem obowiązujących przepisów,
- 5) zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa według norm przypisanych, przedstawionego spisu oraz rachunków.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że w dniu 20 września 2011 roku (pismem dnia z dnia 19 września 2011 roku) Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez firmę Fordewind Głowacki Jarosław Grzegorz oraz przekazał informację o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp twierdząc, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ. W uzasadnieniu odrzucenia stwierdzono, iż „ocena oferty uzależniona jest od wskazania w jej treści proporcji zaoferowanych do wykorzystania pokoi jedno i dwuosobowych. Wykonawca (Platon) nie zadeklarował w treści swojej oferty odpowiednich proporcji, co wpływa bezpośrednio zarówno na jakąkolwiek możliwość oceny oferty (gdyż brak proporcji może być uznany jako nie złożenie oferty), ale również i przede wszystkim wpływa na brak możliwości przyznania takiej ofercie punktów w kryterium 2B ”

Odwołujący zaznaczył, że nie zgadza się z zapisami z informacji o odrzuceniu, które mogłyby sugerować, że są jeszcze jakieś inne przyczyny odrzucenia oferty, których Zamawiający nie wskazał i nie uzasadnił do czego był zobligowany. W uzasadnieniu wyszczególniona została tylko jedna podstawa. Nie zgadza się także z twierdzeniem, że „brak proporcji może być uznany jako nie złożenie oferty”, a także z zapisem „również i przede wszystkim wpływa na brak możliwości przyznania takiej ofercie punktów w kryterium 2B”, który jest nieuzasadniony ponieważ warunek zawarty w pkt 2.2 Rozdz. V jest jasny i czytelny, i wiadomo o jakim braku możliwości przyznania jego ofercie punktów Zamawiający pisze.

Odwołujący wskazał, że zasady oceny ofert według rozdziału V SIWZ były i są jednoznaczne:

- 1 kryterium ceny - 80% (max 80 pkt)
- 2 kryterium standardu bazy noclegowej - 20% (max 20 pkt)

Ponadto kryterium standardu bazy noclegowej, jako kryterium nr 2 podlegające indywidualnej ocenie członków komisji dzielono na kryterium:

Kryterium 2A - standard hotelu (0-10pkt)

L.p.	Kategoria hotelu	Liczba punktów
1	Trzy gwiazdki (minimum)	0 pkt
2	Cztery gwiazdki i więcej	10 pkt

Kryterium 2B - pokoje (0-10 pkt)

L.p.	Pokoje	Liczba punktów
1	dwuosobowe	0 pkt
2	jednosobowe lub dwuosobowe do pojedynczego wykorzystania dla każdego uczestnika szkolenia	10 pkt

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający dopuścił się własnej interpretacji lub nadinterpretacji złożonej przez Odwołującego oferty. Takie postępowanie Zamawiającego

niezgodne jest z obowiązującymi przepisami w tym szczególnie z art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp co potwierdza wiele wyroków zarówno KIO czy Sądów Okręgowych (wskazano na wyroki: wyrok KIO z dnia 05 maja 2011 r., sygn. akt KIO/UZP 809/2011 r.; wyrok KIO z dnia 28 lutego 2011 r., sygn. akt KIO/UZP 311/2011 r.; wyrok KIO z dnia 07 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO/UZP 1085/2011 r.).

W załączniku do SIWZ druk „OFERTA” nie było miejsca i nie widniała żadna formuła mówiąca o wymaganych proporcjach podziału pokoi na jedno lub dwuosobowe, które trzeba byłoby według Zamawiającego zadeklarować w ofercie.

W SIWZ pkt 2.2 kryterium 2B-pokoje ustalono liczbę punktów oceny w zależności od złożonego oświadczenia i propozycji rodzaju pokoi (jedno czy 2-osobowe). Dlatego oświadczenie, a zarazem sformułowanie Odwołującego, iż zapewnimy uczestnikom szkolenia „*pokoje 2 -osobowe, pokoje 1-osoba*” wskazuje bez żadnych wątpliwości, że proponuje on, zgodnie z Rozdz. V (zasady oceny ofert) pkt 2.2. (kryterium 2B) SIWZ, pokoje dwuosobowe do pojedynczego wykorzystania.

W udostępnionym druku oferty ani w żadnym innym nie było wskazanego miejsca dokonania takiego zapisu, stąd Odwołujący uzupełnił powyższą informację odręcznie, sygnując to właściwym podpisem.

Podaliśmy dane zgodnie z zapisem SIWZ, kryterium 2B, o możliwości zaproponowania pokoi dwuosobowych do pojedynczego wykorzystania. I takie właśnie pokoje Odwołujący zaproponował. Za powyższe kryterium (pokoje dwuosobowe do pojedynczego wykorzystania) Zamawiający winien przyznawać jego ofercie 10 punktów. Niezrozumiałym jest więc stwierdzenie Zamawiającego o braku jakichkolwiek deklaracji ze strony Odwołującego co do ilości pokoi do pojedynczego wykorzystania.

Zamawiający dokonując oceny złożonych ofert winien oceniać je zgodnie z zapisami zawartymi w SIWZ i ogłoszeniu, a nie nadinterpretować zapisy. Dlatego też oferta Odwołującego winna zostać oceniona zgodnie z zapisami tam zawartymi. Odwołujący podniósł, że za prawidłowe przygotowanie i przeprowadzenie postępowania, w tym za opracowanie SIWZ, odpowiada Zamawiający, a w przypadku opisanego przedmiotu zamówienia czy określenia warunków udziału w postępowaniu nieprecyzyjnie czy też nieprawidłowo, odpowiedzialności nie mogą ponosić Wykonawcy. Zamawiający winien oferty oceniać zgodnie z warunkami i zasadami zawartymi w SIWZ (wskazano na orzecznictwo, w tym: wyrok KIO z dnia 4 lipca 2011 r., sygn. akt KIO/UZP 1321/2011; wyrok KIO z dnia 21 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO/UZP 1188/2011 r.; wyrok KIO z dnia 26 maja 2011 r., sygn. akt KIO/UZP 997/2011 r.; wyrok KIO z dnia 4 maja 2011 r., sygn. akt KIO/UZP 817/2011 r.; wyrok KIO z dnia 28 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO/UZP 788/2011 r.; wyrok KIO z dnia 4 marca 2011 r., sygn. akt KIO/UZP 322/2011 r.; wyrok KIO z dnia 4 marca 2011 r., sygn. akt KIO/UZP 350/2011 r.; wyrok KIO z dnia 3 marca 2011 r., sygn. akt KIO/UZP 330/2011 r.;

wyrok KIO z dnia 2 marca 2011 r., sygn. akt KIO/UZP 314/2011 r.; wyrok KIO z dnia 18 lutego 2011 r., sygn. akt KIO/UZP 232/2011; wyrok KIO z dnia 18 luty 2011 r., sygn. akt KIO/UZP 204/2011; wyrok KIO z dnia 7 lipca 2011 r., sygn. akt KIO/UZP 1358/2011 r.). Zatem w ocenie Odwołującego brak jest podstaw do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W zakresie kolejnego zarzutu Odwołujący podniósł, że czynność wyboru oferty najkorzystniejszej została wykonana z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż Zamawiający nie wybrał oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odnosząc się do wyboru oferty firmy Fordewind Głowacki Jarosław Grzegorz wskazano, że wybrany wykonawca w treści oferty złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania i zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp powinien zostać wykluczony z postępowania.

W części IX oferty Zamawiający wyraźnie żądał, aby oferent wskazał zgodnie z art. 36 ust. 4 ustawy Pzp, część zamówienia, którą zamierza powierzyć podwykonawcom. Zgodnie z wymaganiami zamówienia opisanymi w SIWZ, a w szczególności Opisem przedmiotu zamówienia część III (miejsce prowadzenia szkoleń) jednoznacznie wynika, iż nie ma w kraju takiego podmiotu, który mógłby samodzielnie wykonać zadanie realizacji cyklu 120 szkoleń/konferencji w każdym mieście wojewódzkim, proponując własną bazę hotelową, usługi gastronomiczne oraz sale wykładowe. Dokumenty podmiotu Fordewind Głowacki Jarosław Grzegorz nie wskazują również na fakt, iż może on powyższe zamówienie zrealizować wyłącznie siłami własnymi. Dowodem na to jest także wiedza Zamawiającego, który w druku oferty przygotował jedyną propozycję 23% stawki podatku VAT dla podmiotów korzystających m.in. z usług realizowanych w danym zamówieniu przez podwykonawców. Gdyby była możliwość samodzielnego udziału w w/w postępowaniu jakiegokolwiek podmiotu hotelowego, spełniającego warunki posiadania bazy w każdym mieście wojewódzkim w kraju, stawka podatku VAT oferowana przez ten podmiot musiałaby się kształtować zgodnie z przepisami ustawy o podatku VAT i wynosić w zdecydowanej większości 8% (na usługi hotelowe i gastronomiczne).

Niestety, w części IX oferty, gdzie Zamawiający wyraźnie żądał, aby oferent wskazał zgodnie z art. 36 ust. 4 ustawy Pzp część zamówienia, którą zamierza powierzyć podwykonawcom. Firma Fordewind Głowacki Jarosław Grzegorz nie wykazała udziału podmiotów trzecich realizujących dla niej jakąkolwiek część zamówienia.

Oznacza to, iż Wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik postępowania i zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3, Zamawiający powinien wykluczyć go z postępowania, czego nie uczynił. Zamawiający także tego punktu nie wyjaśnił w trakcie oceny ofert. W przypadku gdyby firma Fordewind Głowacki Jarosław Grzegorz chciała po

otwarcu ofert zmienić oświadczenie i wskazać zakres, który powierzy podwykonawcy, oznaczałoby to zmianę złożonej oferty, co byłoby niezgodne z obowiązującymi przepisami (powyższe potwierdza orzecznictwo, np.: wyrok KIO z dnia 25 marca 2011 r., sygn. akt KIO/UZP 510/2011; wyrok KIO z dnia 14 marca 2011 r., sygn. akt KIO/UZP 322/2011; wyrok KIO z dnia 4 marca 2011 r., sygn. akt KIO/UZP 350/2011). W związku z powyższym Wykonawca ten winien zostać wykluczony a jego oferta uznana za odrzuconą.

Nadmieniono, że nawet gdyby Zamawiający nie wykluczył z postępowania wykonawcy to dokonując oceny złożonych ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i zgodnie z kryteriami zawartymi w SIWZ jego oferta winna być oceniana jako najkorzystniejsza i powinna otrzymać ogólną, najwyższą ilość punktów.

W przypadku kolejnego zarzutu Odwołujący wskazał, że w ogłoszeniu o wyborze oferty Zamawiający poinformował uczestników postępowania, że *„zamierza zawrzeć umowę z (...) wybranym Wykonawcą niezwłocznie (...), jednak nie wcześniej niż dnia 26 września 2011 r.”* Wyznaczony termin jest niezgodny z art. 94 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp, ponieważ termin ten nie powinien być krótszy niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający zmienił warunki udziału w postępowaniu określone w ogłoszeniu i SIWZ w udzielonych odpowiedziach na pytania z dnia 17.08.2011 r. nie dokonując zmiany ogłoszenia. Zmiany dokonano w odpowiedzi na pytanie: nr 1- odstąpiono od żądania dokumentu na potwierdzenie należytego wykonania umowy w zamian za oświadczenie; nr 5 zmieniono sposób oceny ofert- Kryteria punktacja za kategorię hotel, gdzie zmieniono Kryteria 2 ppk2. 2 lit A.

W związku z powyższym, mając na względzie zasady i przepisy Pzp, Odwołujący stwierdził, że w przedmiotowym postępowaniu przetargowym Zamawiający dokonał oceny ofert w sposób wadliwy, utrudniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz naruszający zasadę równego traktowania wykonawców, w efekcie czego oferta jego firmy została odrzucona, a w konsekwencji dokonano wyboru oferty zawierającą niższą punktację ogólną i wyboru wykonawcy, który winien być wykluczony.

Zgodnie z dyspozycją art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wskazano, że interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia został naruszony w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przywołanych powyżej zasad i przepisów ustawy. Jako uczestnik postępowania przetargowego o udzielenie zamówienia publicznego Odwołujący ma możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, ponieważ złożył ofertę zgodną z warunkami określonymi w: SIWZ i jednocześnie zawierającą najwyższą punktację ogólną. W związku z wadliwym oraz niezgodnym z prawem zachowaniem Zamawiającego w toku oceny ofert Odwołujący został przez Zamawiającego tej możliwości pozbawiony.

Wnoszący odwołanie powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania w dniu 20 września 2011 r. w związku z tym odwołanie zostało złożone w terminie określonym w art. 182 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp. Jednocześnie Odwołujący wskazał, że kopię odwołania przesłał Zamawiającemu w dniu 23 września 2011 r. za pośrednictwem faksu i listu poleconego.

W dniu 26 września 2011 roku do postępowania odwoławczego przystąpienie zgłosił wykonawca **Jarosław Głowacki prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Fordewind Głowacki Jarosław Grzegorz z siedzibą w Rynie**, w związku z wezwaniem Zamawiającego z dnia 23 września 2011 roku.

Wskazał on na istnienie interesu prawnego w przystąpieniu, ponieważ w przypadku uwzględnienia żądania odwołania, byłby on pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, natomiast Zamawiający naruszyłby przepisy ustawy Pzp i w konsekwencji dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z rażącym naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Zgłaszający przystąpienie wnosił o oddalenie odwołania w całości, z uwagi na niezasadność podniesionej argumentacji.

W dniu 28 września 2011 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wskazał, że uwzględnia zarzuty z odwołania w taki sposób, że unieważni wybór oferty najkorzystniejszej, unieważni czynność oceny ofert oraz unieważni odrzucenie oferty Odwołującego. Zgodnie z żądaniem Odwołującego, Zamawiający dokona ponownego badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego i dokona wyboru oferty najkorzystniejszej.

W odniesieniu do oferty wybranej, Zamawiający wskazał, że nie ma podstaw do stwierdzenia, że informacje podane przez wykonawcę są nieprawdziwe, dlatego wystąpi on do firmy wybranej o wyjaśnienie wątpliwości.

Zamawiający nie znalazł uzasadnienia w stanie faktycznym dla zarzutu nr IV, ponieważ nie nastąpiła żadna zmiana warunków zamówienia w stosunku do treści ogłoszenia. W odpowiedziach na zapytania wykonawców z dnia 17 sierpnia 2011 roku Zamawiający wyjaśnił bardziej szczegółowo sposób oceny ofert, jednak bez zmiany kryteriów i zasad tej oceny.

Na rozprawie strony i uczestnik postępowania podtrzymały stanowiska wyrażone pisemnie.

Skład orzekający Izby, na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, biorąc pod uwagę stanowiska i oświadczenia stron i uczestnika postępowania oraz pozostałej dokumentacji postępowania, a także stanowisk i oświadczeń stron oraz uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i ustnie w toku posiedzenia i rozprawy, ustalił i zważył, co następuje:

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie zadania pn. „Świadczenie usług hotelarskich i restauracyjnych. Wybór organizatora części technicznej szkoleń w latach 2011-2013.” Zamówienie jest współfinansowane ze środków Unii Europejskiej w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki.

Ogłoszenie opublikowano dnia 15 lipca 2011 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2011/S 134-223179.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił także, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w jego złożeniu. Izba z urzędu, w każdym rozpatrywanym przypadku zobowiązana jest do badania interesu wykonawcy we wnoszeniu środków ochrony prawnej. Jedną z przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp jest interes w uzyskaniu zamówienia. Stanowi on materialnoprawną przesłankę, co oznacza, że odwołanie (w przypadku braku takiego interesu) nie zostaje przez Izbę odrzucone, postępowanie odwoławcze jest prowadzone, jednakże w przypadku braku istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia (braku legitymacji do wniesienia odwołania) odwołanie zostaje oddalone. Zatem środki ochrony prawnej przysługują wyłącznie podmiotom, które w momencie skorzystania ze ścieżki odwoławczej mają ściśle skonkretyzowany w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp interes w ich wnoszeniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła, że wypełniono przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Uznano, że interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Oferta Odwołującego, zgodnie z przyjętym w postępowaniu kryteriami oceny ofert, zajmuje drugie miejsce w rankingu wykonawców, a więc w przypadku potwierdzenia się zarzutów dotyczących oceny ofert wybranej, ma on realną szansę na uzyskanie zamówienia. Odwołujący wykazał także, że nieuwzględnienie odwołania może skutkować

poniesieniem przez niego szkody. Tym samym, wypełnione zostały materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron Zamawiający oświadczył, że uwzględnił zarzuty zawarte w odwołaniu w takim zakresie, jaki wynika z jego odpowiedzi na odwołanie, a więc unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz unieważnienia czynności oceny ofert.

Wobec braku wyraźnego oświadczenia Zamawiającego, że uwzględni on zarzuty i żądania odwołania w całości, Izba uznała, że nie zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 186 ust. 3 ustawy i skierowała odwołanie na rozprawę, celem merytorycznego rozpoznania odwołania.

Izba ustaliła także w toku rozprawy, iż Zamawiający dokonał czynności ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, o czym powiadomił uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w dniu rozprawy.

Izba odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdza, że:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie, ponieważ potwierdził się jeden z zarzutów odwołania.

Na początku rozważań, zauważyć należy, iż Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego winien udzielić zamówienia wykonawcy zdolnemu do realizacji tegoż zamówienia. Weryfikacja zdolności wykonawcy dokonywana jest na podstawie przedłożonych przez wykonawcę wraz z ofertą dokumentów i oświadczeń żądanych przez Zamawiającego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i przez niego szczegółowo określonych. Ocena dokumentów następuje w oparciu o zamieszczony w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków zarówno w zakresie spełniania warunków podmiotowych, jak też w zakresie warunków podmiotowych. Aby skutek w postaci skutecznej weryfikacji wykonawców mógł zostać osiągnięty, „wymagania” stawiane wykonawcom muszą być skonkretyzowane (za wyrokiem z dnia 7 lipca 2008 r. Sądu Okręgowego w Warszawie, sygn. akt V Ca 984/08). Oczywistym jest również fakt, że to na wykonawcy ubiegającym się o zamówienie publiczne ciąży obowiązek wykazania, że jego oferta zgodna jest z wymogami określonymi SIWZ.

Dostrzeżenia wymaga, że podstawowym dokumentem w postępowaniu o zamówienie publiczne jest SIWZ wraz z załącznikami oraz ogłoszenie o zamówieniu zamieszczane w odpowiednim publikatorze. To na podstawie zapisów tych dokumentów wykonawcy

przygotowują składne następnie oferty. SIWZ i ogłoszenie o zamówieniu powinny określać szczegółowy sposób i wskazywać według jakich kryteriów oceniana będzie merytoryczna treść oferty. Są to dokumenty wiążące dla wykonawców, dlatego też powinny one być precyzyjne i czytelne, a postanowienia tych dokumentów nie mogą stwarzać wykonawcom problemu z ich rozumieniem. Dokumenty te wiążą również drugą ze stron postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Zamawiającego, który dokonując procesu badania i oceny ofert winien w pierwszej kolejności kierować się literalnym brzmieniem SIWZ oraz ogłoszenia oraz zasadą równego traktowania wykonawców, a więc do oceny każdej złożonej w postępowaniu oferty, zarówno w zakresie podmiotowym, jak też przedmiotowym, przyjmując jednakowe kryteria oceny wynikające z SIWZ. Wykonawcy nie mogą pozostawać w niepewności co do kryteriów, jakimi będzie kierował się Zamawiający przy ocenie złożonych ofert. Uznać zatem trzeba, że to Zamawiający wyznacza granice oceny ofert, a także zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia i podczas dokonywania czynności oceny granic tych nie może przekroczyć. Niedopuszczalna jest wobec tego ocena oparta o intencje Zamawiającego nie wyrażone wprost w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu.

Odnosząc się kolejno do poszczególnych zarzutów i żądań odwołania, Izba wskazuje, że zarzut dotyczący nieprawidłowego odrzucenia oferty Odwołującego został potwierdzony w toku przeprowadzonej rozprawy.

Oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ w przypadku, kiedy to merytoryczna treść oferty nie odpowiada postanowieniem SIWZ. Konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp następuje z zastrzeżeniem art. 87 ustawy Pzp.

Zgodnie z brzmieniem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w toku badania i oceny ofert Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Wszczęcie procedury wyjaśniającej następuje w wyniku powzięcia uzasadnionych wątpliwości co do treści złożonej oferty. Jeżeli takie wątpliwości nie istnieją lub możliwe jest ich wyjaśnienie na podstawie innych źródeł czy to własnych Zamawiającego lub dokumentów znajdujących się w ofercie, nie ma potrzeby zwracania się o wyjaśnienie do wykonawcy.

W rozpatrywanym przypadku informacje znajdujące się w ofercie były w ocenie składu orzekającego niewystarczające do podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty. Oferta w zakresie zakwestionowanym przez Zamawiającego powinna podlegać merytorycznej ocenie, zgodnie z kryteriami przyjętymi w SIWZ.

Zgodnie z drukiem oferty wykonawcy w punkcie drugim druku, składali oświadczenie, że zapewnią uczestnikom postępowania szkolenia: nocleg w hotelu..... gwiazdkowym,

pokoje..... osobowe. W przypadku standardu hotelu należało wpisać standard zgodnie z załącznikiem nr 1 do Rozporządzenia Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 19 sierpnia 2004 roku w sprawie obiektów hotelarskich i innych obiektów, w których są świadczone usługi hotelarskie. W przypadku pokoi należało podać ilość osób, które będą zakwaterowane w jednym pokoju.

Wykonawca w ofercie złożył oświadczenie następującej treści: „Oświadczamy, że zapewnimy uczestnikom postępowania szkolenia: nocleg w hotelu 3-gwiazdkowym, pokoje 2- osobowe, pokoje 1-osobo.”

Zgodnie z kryterium 2B – Pokoje – ustalonym w SIWZ, wykonawcy mogli otrzymać od 0 do 10 pkt. Kryteria w pkt 2 (2A i 2B) podlegały indywidualnej ocenie przez wszystkich członków komisji przetargowej. W przypadku zaoferowania w kryterium 2B pokoi dwuosobowych przyznawane było 0 pkt, natomiast w przypadku zaoferowania pokoi jednoosobowych lub dwuosobowych do pojedynczego wykorzystania dla każdego uczestnika postępowania można było otrzymać maksymalnie 10 pkt.

Nie są zatem prawdziwe twierdzenia Odwołującego, że niemożliwe było zaoferowanie zarówno pokoi jednoosobowych, jak też dwuosobowych. W ocenie składu orzekającego SIWZ taką możliwość przewidywała. Jednakże w przypadku zaproponowania pokoi dwuosobowych, należało podać ilość osób, które w takim pokoju będą zakwaterowane. Kwestią drugorzędną w rozpatrywanym przypadku byłaby metoda, według której wykonawcy należało przyznawać punkty za tak zaoferowany przedmiot świadczenia. Ponadto fakt nieprawidłowo przyznanej punktacji nie był przez Odwołującego kwestionowany, który odwołanie skierował przeciwko czynności odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Decyzja o odrzuceniu przez Zamawiającego oferty wykonawcy Odwołującego się była nieprawidłowa. Odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nastąpić może w przypadku ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta nie odpowiada celowi opisanemu w SIWZ, a oferowane świadczenie nie odpowiada wymaganiom wyrażonym w treści SIWZ. Wykonawca, w ocenie składu orzekającego, wskazał w ofercie, że zaoferował zarówno pokoje dwuosobowe, jak też jednoosobowe, co było dopuszczalne. Możliwa była zatem ocena oferty. Wbrew jednak twierdzeniom Odwołującego złożone oświadczenie nie wskazuje, że zaoferował on pokoje dwuosobowe do pojedynczego wykorzystania. Wyrażenia „pokoje 2- osobowe, pokoje 1-osobo.” nie sposób w ocenie Izby zinterpretować tak, jak uczynił to Odwołujący w odwołaniu, a mianowicie, że zaproponował on, zgodnie z kryterium z SIWZ, pokoje dwuosobowe do pojedynczego wykorzystania. Powyższe nie dawało jednak podstaw do odrzucenia oferty z powodu niezgodności jej treści z treścią

SIWZ, natomiast jak wskazano, kwestia przyznania odpowiedniej ilości punktów nie była objęta treścią złożonego odwołania.

W tym zakresie zatem, Zamawiający powinien unieważnić decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego i dokonać jej oceny zgodnie z określonymi w SIWZ kryteriami oceny ofert oraz przyznać odpowiednią ilość punktów.

Pozostałe zarzuty odwołania nie podlegały uwzględnieniu.

W zakresie zarzutu dotyczącego konieczności wykluczenia Przystępującego z powodu złożenia nieprawdziwych informacji zgodzić należało się ze stanowiskiem Zamawiającego i Przystępującego.

Niewątpliwie z druku oferty stanowiącego wzór przygotowany przez Zamawiającego, wynikało, iż wykonawcy wskazać mieli w punkcie IX druku część zamówienia, której wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom. Niewątpliwie również z oferty złożonej przez Przystępującego taka informacja nie wynika. Odwołujący podnosi, że w tym zakresie Przystępujący złożył nieprawdziwe informacje, bowiem „nie ma w kraju takiego podmiotu, który mógłby samodzielnie wykonać zadanie (...)”.

Dostrzeżenia wymaga fakt, że norma prawna wyrażona w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nakazuje Zamawiającemu bezwzględne wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców jeśli w toku postępowania złożyli oni nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Izba wskazuje, iż aby została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp musi zostać spełnione łącznie kilka przesłanek:

- musi dojść do złożenia nieprawdziwych informacji;
- informacje te winny zostać złożone przez wykonawcę w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp;
- złożenie nieprawdziwych informacji musi nastąpić w toku postępowania o udzielenie zamówienia w rozumieniu art. 2 pkt 7a ustawy Pzp;
- złożenie nieprawdziwych informacji musi mieć wpływ lub może mieć wpływ na wynik tego postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe, wypełnienie hipotezy art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. konieczności wykluczenia wykonawcy z postępowania ma miejsce jeżeli złożone w toku prowadzonego postępowania, przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia, informacje są niezgodne z faktami i ich złożenie ma lub może mieć wpływ na wynik postępowania. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem sądów oraz Krajowej Izby Odwoławczej, za nieprawdziwe mogą zostać uznane takie informacje, które są niezgodne z faktami i przedstawiają odmienny od rzeczywistości stan rzeczy. Tym samym informacje

nieprawdziwe to takie, które odmiennie prezentują istniejący stan rzeczy mogący wywołać u odbiorcy, do którego są kierowane, mylne wyobrażenie o istotnych dla tego podmiotu okolicznościach i faktach. Samodzielna analiza tych faktów lub pozyskanie informacji o nich z innego źródła powoduje, iż sądy o nich kształtują się w sposób odmienny od sądów uznanych za nieprawdziwe.

Izba uznała, iż Odwołujący w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie udowodnił, iż w przedmiotowym postępowaniu doszło do złożenia przez wykonawcę Fordewind Jarosław Głowacki nieprawdziwych informacji.

W tym przypadku ciężar udowodnienia niezgodności przedłożonych przez Przystępującego na etapie postępowania informacji spoczywa na Odwołującym. Odwołujący zaś swoją argumentację oparł na założeniu, że niewskazanie w punkcie IX druku oferty zakresu, który wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom jest równoznaczne z przedstawieniem nieprawdziwych informacji w złożonej w postępowaniu ofercie.

W ocenie składu orzekającego nieuprawnionym jest taki wniosek Odwołującego.

Dostrzeżenia wymaga fakt, że brak złożenia oświadczenia w przedmiocie podwykonawstwa uznać należy za zamiar wykonania zamówienia siłami własnymi. Samo niewypełnienie rubryki w druku oferty nie rodzi jakichkolwiek negatywnych konsekwencji dla wykonawcy, czy to opartych na art. 24 lub art. 89 ustawy Pzp. W tym zakresie Izba podziela linię orzeczniczą wskazaną w piśmie procesowym Przystępującego. Podanie lub brak informacji o podwykonawstwie ma jedynie charakter informacyjny, nie rodzi stosunku zobowiązaniowego co do sposobu wykonania zamówienia. W ocenie składu orzekającego w niepodaniu informacji o zakresie podwykonawstwa nie można upatrywać faktu złożenia informacji nieprawdziwych. Nie można wykluczyć możliwości wykonania zamówienia siłami własnymi wykonawcy, natomiast Odwołujący nie udowodnił tezy przeciwnej. Słuszności zarzutu nie dowodzi z pewnością odnośnienie się do określonej przez Zamawiającego stawki podatku VAT.

Ponadto zauważyć należy, że w rozpatrywanym przypadku Przystępujący wskazał, że złożył oświadczenie o kwestionowanej treści kierując się opisem przedmiotu zamówienia z SIWZ. Z opisu przedmiotu zamówienia wynika, że wykonawca odpowiedzialny będzie za organizację i obsługę techniczną szkoleń, ma on zapewnić transport dla uczestników postępowania, w każdym mieście, w którym odbywać się będą szkolenia. Do obowiązków wykonawcy należało będzie również zapewnienie organizacji szkolenia w hotelach (...) oraz zapewnienie noclegów i wyżywienia dla uczestników postępowania. Zatem w oparciu o brzmienie SIWZ uznać można, iż do obowiązków wykonawcy należało będzie zapewnienie sprawnego i kompleksowego zorganizowania szkoleń w takim zakresie, w jakim wymaga

tego Zamawiający. W ocenie Izby możliwe było niewskazywanie zakresu części zamówienia, które wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom biorąc pod uwagę charakter zamówienia. Przyjmując za słuszną argumentację Odwołującego, również dobrze można byłoby uznać, że podwykonawstwo należało wskazać nie tylko w przypadku bazy hotelowej i usług gastronomicznych (tak wywodził Odwołujący) ale również w przypadku zapewnienia transportu dla uczestników, przygotowania materiałów szkoleniowych oraz wszystkich innych usług niezbędnych do zrealizowania cyklu szkoleń. Nie taka jest natomiast istota i charakter pojęcia określanego mianem podwykonawstwa. Podwykonawca to taki podmiot, który realizował będzie część zobowiązań samego wykonawcy. Istotą podwykonawstwa jest wykonanie określonej części zamówienia. Wynika to z przepisu art. 36 ust. 4 ustawy Pzp, stanowiącego, że Zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom. Oznacza to, że podwykonawca jest podmiotem realizującym samodzielnie dającą się wyodrębnić część zamówienia. W rozpatrywanym przypadku opis przedmiotu zamówienia nie określał, że wykonawca ma zrealizować zadania w zakresie szkoleń wynikające z SIWZ, ale że ma zorganizować, zapewnić możliwość zrealizowania świadczenia. Przy takim rozumieniu zapisów SIWZ, możliwa jest realizacja zadania samodzielnie, a złożone oświadczenie o braku podwykonawstwa nie nosi znamion złożenia informacji nieprawdziwych bowiem nie można traktować podmiotów, które finalnie będą uczestniczyły w realizacji zamówienia jak podwykonawców realizujących część zobowiązania samego wykonawcy, lecz należy traktować podmioty te jako dostawców usługi niezbędnej do wykonania przedmiotu zamówienia przez samego wykonawcę, który ma zapewnić realizację cyklu szkoleń. W tym zakresie Izba podzieliła stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 maja 2010 roku, sygn. akt KIO/UZP 883/10.

Biorąc powyższe pod uwagę brak jest podstaw do stwierdzenia, iż informacje złożone przez Przystępującego w ofercie wypełniają hipotezę normy prawnej uregulowanej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Ogólna konstatacja o posiadanej wiedzy Odwołującego niewystarczająca jest do wykazania, a przede wszystkim udowodnienia zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji w ofercie. Zgodzić należało się z twierdzeniami Zamawiającego, że nie było podstaw do podważenia wiarygodności złożonych przez Przystępującego oświadczeń w ofercie.

Nie uwzględniono także zarzutów dotyczących nieprawidłowego wyznaczenia terminu na zawarcie oferty, tj. naruszenia art. 94 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz naruszenia art. 12a i art. 38 ust. 4a ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 12a i 38 ust. 4a ustawy Pzp uznano za spóźniony. Jeżeli w wyniku udzielanych odpowiedzi Zamawiający w ocenie Odwołującego dokonał modyfikacji SIWZ, a nie dokonał w tym zakresie niezbędnej zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, to wskazać należy, że upłynął już termin umożliwiający skorzystanie ze środków ochrony prawnej wynoszący 10 dni od momentu, w którym wykonawca powziął lub mógł powziąć przy zachowaniu należytej staranności wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania.

Na marginesie tylko, skład orzekający w przedmiotowej sprawie prezentuje pogląd, iż udzieloną odpowiedzią doprecyzowano jedynie sposób oceny ofert w ustalonych kryteriach. Nie prowadziło to jednak do konieczności zmiany ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień SIWZ.

W przypadku zarzutu naruszenia art. 94 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp uznano go za bezprzedmiotowy, ponieważ Zamawiający w prowadzonym postępowaniu nie zawarł jeszcze umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, a więc nie nastąpiło naruszenie 10 dniowego okresu standstill od przesłania uczestnikom informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Zamawiający zaznaczył ponadto, że „zawarcie umowy możliwe będzie po uprawomocnieniu się wyboru oferty najkorzystniejszej i akceptacji wyników postępowania (...) przez Ministra Zdrowia, jednak nie wcześniej niż od dnia 26 września 2011 roku” – ogłoszenie o wyborze oferty z dnia 19 września 2011 roku. Powołanie się na datę 26 września 2011 roku nie oznacza naruszenia art. 94 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Nie jest to dzień, który Zamawiający wyznaczył na zawarcie umowy, a jedynie pewna data, odniesienie w czasie, od którego zawarcie umowy będzie możliwe, co nie oznacza Zamawiający zamierza lub zamierzał naruszyć okres standstill w postępowaniu. Ponadto, nawet gdyby przyjąć, że Zamawiający zamierzał w tym dniu zawrzeć umowę, a wykonawca, któremu nie upłynął jeszcze termin na korzystanie ze środków ochrony prawnej, wniósłby odwołanie po tej dacie, Izba z urzędu bada ustalenie przesłanek unieważnienia umowy i uwzględniając odwołanie może unieważnić umowę.

Reasumując, w ocenie Izby, zarzuty Odwołującego w stosunku do czynności lub zaniechań Zamawiającego potwierdziły się w części. Biorąc zatem pod uwagę powyższe, skład orzekający stanął na stanowisku, że skoro Odwołujący udowodnił jeden z zarzutów zaprezentowanych w odwołaniu, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie, a czynności lub zaniechania Zamawiającego miały lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust 2 pkt 1 i § 5 ust 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania, zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego uzasadnione koszty strony w postaci opłaty za wpis od odwołania, koszty dojazdu na posiedzenie i rozprawę Izby, w tym koszty noclegu oraz koszt wynagrodzenia pełnomocnika w maksymalnej wysokości dopuszczonej rozporządzeniem, tj. 3 600,00 zł.

Przewodniczący: