

**WYROK**

**z dnia 23 listopada 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 listopada 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 listopada 2012 r. przez wykonawcę **D..... K....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Inter\_Edu D..... K....., ul. Sędzickiego 1/15, 84-100 Puck** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Kujawsko-Pomorskie, Plac Teatralny 2, 87-100 Toruń,**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **D..... K....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Inter\_Edu D..... K....., ul. Sędzickiego 1/15, 84-100 Puck** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez **D..... K....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Inter\_Edu D..... K....., ul. Sędzickiego 1/15, 84-100 Puck** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Toruniu.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Odwołanie zostało wniesione wobec odrzucenia na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp oferty Odwołującego – Inter\_ Edu D..... K..... z Pucka w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 ze zm.), [dalej: ustawa Pzp] przez Zamawiającego – Województwo Kujawsko-Pomorskie z Pucka. Przedmiotem tego postępowania jest zamówienie pn. „Zorganizowanie i przeprowadzenie cyklu warsztatów z zakresu fizyki dla uczniów szkół podstawowych z gmin Województwa Kujawsko-Pomorskiego, objętych Funduszem Wsparcia oraz zorganizowanie i przeprowadzenie konkursu skierowanego do wszystkich szkół podstawowych województwa kujawsko-pomorskiego szczegółowo określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia”. Zdaniem Odwołującego treść jego oferty jest zgodna ze specyfikacją [siwz], w tym Scenariusz doświadczeń naukowych – Konspekt dla klas I-III. Zamawiający, zatem bezpodstawnie uznał, że treść jego oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawa Pzp).

Zdaniem wykonawcy, Odwołujący załączył do oferty konspekt zgodnie z wymogami SWIZ dla dwóch grup wiekowych zawierający opis doświadczeń naukowych prezentowanych podczas warsztatów, obejmujących zagadnienia z zakresu fizyki, opisy materiałów, które zostaną wykorzystane w doświadczeniach naukowych, sposoby i formy interakcji z uczniami podczas warsztatów. Zgodnie z załącznikiem nr 3. Tym samym spełnił warunek SWIZ. Temat: Ciśnienie, — czyli co się stanie z balonem na Księżycu?" nie zawiera tylko jednego zagadnienia z fizyki, na co wskazał Zamawiający. Ciśnienie to temat przewodni, wokół którego prezentowane są inne zagadnienia z fizyki. Podkreślił, że ciśnienie jest tematem przewodnim, ale nie jedynym zagadnieniem z zakresu fizyki umieszczonym w konspekcie. W prezentowanych doświadczeniach podczas pokazu wykonawca będzie omawiał (1) Zagadnienia: ciśnienie, ciśnienie hydrostatyczne, ciśnienie atmosferyczne, siła, nacisk, powierzchnia, sprężanie, rozprężanie, temperatura, termometr, barometr, jednostki w fizyce, sposoby pomiaru temperatury, rodzaje ciśnień, woda, implozja, przemiany gazowe, grawitacja, a także (2) Działy fizyki: mechanika, fizyka atmosfera, fizyka molekularnej, pomiary w fizyce, hydrostatyka, a nawet astrofizyka. Wskazał również, że wybrał, jako temat przewodni ciśnienie ze względu na łatwość powiązania tej tematyki z innymi działami fizyki. Tym samym opowiadając dzieciom przy pomocy eksperymentów, czym jest ciśnienie, nawiązywaliśmy do przemian gazowych, mechaniki, sposobów dokonywania pomiarów.

Pokazując działanie pompy próżniowej nie tylko odniósł się do fizyki atmosfery, ale również ujął elementy astrofizyki. Podkreślił, że (...) Dzięki spójnie przygotowanemu tematowi, pomimo 45 minutowego czasu trwania lekcji, eksperymenty zyskują, na jakości, na długo pozostają w umysłach uczniów, podnosząc nie tylko, jakość nauczania w szkołach, ale również zachęcając do poznawania świata, eksperymentowania i nauki. Wskazał na przykłady obejmujące prezentację takie, jak: Czym możemy zmierzyć ciśnienie? Animator pokazuje dzieciom barometr oraz termometr. Czym się różnią? Co mierzy jedno a co drugie? Dzieci odczytują aktualnie panujące ciśnienie. W jakich jednostkach mierzone jest ciśnienie? Zagadnienia: temperatura, barometr, jednostki w fizyce, sposób pomiaru temperatury. Działy fizyki: pomiary w fizyce, fizyka molekularna, fizyka atmosfery. W ramach realizacji usługi obejmującej przeprowadzenie Warsztatów wykonawca zobowiązał się także do: przygotowania programu warsztatów zapewniającego zapoznanie się uczniów z ciekawymi zjawiskami fizycznymi, mając na uwadze dostosowanie programu do umiejętności uczniów szkoły podstawowej z podziałem na klasy I-III i IV - VI. Program warsztatów powinien obejmować zagadnienia z zakresu fizyki i chemii. Podkreślił, że (...) Na pierwszym poziomie edukacyjnym tj. klasy I-III nie ma wyszczególnionego przedmiotu fizyki. Dzieci poznają otaczający świat dzięki najczęściej jednemu nauczycielowi, który im towarzyszy od I do III klasy. Z nim poznaje fizykę, chemię, biologię, ogólnie przyrodę.” Stąd kierując się wyborem tematu wybrał zagadnienia najbliższe najmłodszym. Jeśli zamawiający chciał, aby przedstawić doświadczenia z wybranych przez niego działów fizyki, to powinien zawrzeć je w Siwz. Jednakże, takich informacji nie ma w specyfikacji tym samym pozostawił dowolność wykonawcy na wybór zagadnień. Podkreślił, że wybrane zagadnienie prezentuje od ponad 2 lat w zakresie przedszkoli, szkół podstawowych oraz gimnazjum. Jest ono ciekawe, pouczające i nowatorskie. Stwierdził również, że Zamawiający nie odrzucił Scenariusza doświadczeń naukowych - konspekt dla poziomu IV-VI pomimo tego, że tematem przewodnim jest w nim również ciśnienie: Ciśnienie - czyli co się stanie z balonem na Księżycu? Może stanowić to również podstawy do przyjęcia oferty. W konkluzji stwierdził, że wyrok KIO 1474/12 z dnia 25 lipca 2012 roku w niniejszej sprawie nie ma zastosowania, albowiem wykonawca złożył poprawny scenariusz, w którym umieścił o 5 więcej niż wymaganych doświadczeń z zakresu fizyki, opisaliśmy wykorzystywane materiały oraz sposoby interakcji z uczniami. Niezasadne jest, zatem powoływanie się w odrzuceniu przez Zamawiającego na ten wyrok. Stwierdził także, że Odwołujący się nie może ponosić negatywnych konsekwencji tego, że Zamawiający, na etapie przygotowywania dokumentacji postępowania, nie wskazał, w sposób szczególny) ‘ swoich wymagań. Brak należytej staranności zamawiającego nie może obciążać wykonawców, którzy działając w zaufaniu do wymagań SWIZ, złożyli ofertę zgodną z jej literalną treścią.

Wskazując na powyższe wniósł o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej ofert, dokonanie ponownego badania i oceny ofert, oraz uznanie oferty Interesu D..... K....., jako ważnej i spełniającej wszystkie kryteria SWIZ i wybór jego oferty, jako najkorzystniejszej

### **Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega oddaleniu.

Z ustaleń Izby wynika, że wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust.8 ustawy Pzp. Tak jak stwierdziła Izba, przedmiotem tego zamówienia są usługi, których wartość nie przekracza kwoty ustalonej przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot, albowiem stanowi kwotę 150.000 zł, co stanowi równowartość 37.317,15 euro. Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych. Zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp w postępowaniach o wskazanej wartości odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: (1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej reki lub zapytania o cenę; (2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu; (3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; oraz wobec (4) odrzucenia oferty odwołującego. Tym samym nie mogły podlegać rozpoznaniu przez Izbę zarzuty i argumenty odnoszące się do oferty Fundacji A..... J..... z Torunia - podnoszone w toku rozprawy - albowiem po pierwsze, ta argumentacja przede wszystkim nie była wskazane w odwołaniu, a po drugie – nie podlega zaskarżeniu, tak jak w tym przypadku, czynność oceny oferty innego wykonawcy, z uwagi na ograniczenia prawne wynikające ze wskazanego art. 180 ust.2 ustawy Pzp.

Rozpoznając zarzut podniesiony w odwołaniu, a dotyczący naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, Izba uwzględniła przede wszystkim dyrektywę wynikającą z art. 192 ust.7 ustawy Pzp zgodnie, z którą, Izba orzeka wyłącznie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu oraz z art. 190 ust.1 ustawy Pzp, w myśl, której strony i uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Izba miała także na uwadze, że dla oceny oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - tak jak podkreśla się w doktrynie i orzecznictwie - kluczowymi dokumentami w postępowaniu o zamówienie publiczne jest Ogłoszenie o zamówieniu i specyfikacja istotnych warunków zamówienia, określające wymagania

Zamawiającego, oraz treść oferty wykonawcy, w tym przypadku sporny Konspekt przedstawiony w ofercie przez Odwołującego dla klas I-III. Ważnym elementem postępowania są także wyjaśnienia wykonawcy, co do treści oferty, jednakże takie wyjaśnienia nie mogą prowadzić do zmiany jej treści. Także oświadczenia składane przez wykonawcę o zgodności treści oferty z ustalonymi warunkami nie mogą stanowić samodzielnej podstawy oceny, w sytuacji, gdy, pomimo oświadczenia, co do zgodności. treść oferty nie odpowiada wymaganiom siwz. W niniejszym postępowaniu załączony do oferty Konspekt dla klas I - III powinien pozwolić Zamawiającemu na ocenę, czy oferowany program warsztatów zapewnia zapoznanie się uczniów w wymaganym przedziale wiekowym [szkolnym] z ciekawymi zjawiskami fizycznymi, uwzględniając dostosowanie programu do umiejętności uczniów szkoły podstawowej z uwzględnieniem, co najmniej dwóch zagadnień z dziedziny fizyki. Zgodnie, bowiem z wymaganiami SIWZ [pkt V.1.2. oraz szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia w załączniku nr 3 do SIWZ] do oferty załączony miał być konspekt zawierający (...) szczegółowy opis doświadczeń naukowych dla każdej z dwóch grup wiekowych, prezentowanych podczas warsztatów, obejmujących zagadnienia z zakresu fizyki, opisy materiałów, które zostaną wykorzystane w doświadczeniach naukowych, sposoby i formy interakcji z uczniami podczas warsztatów. Wykonawca w Konspekcie dla uczniów klas I- III przedstawił doświadczenia dotyczące tylko jednego zagadnienia z zakresu fizyki tj. ciśnienia, co nie wyczerpuje wymagań specyfikacji. Ponadto zgodnie z SIWZ (załącznik nr 3) każdy z wykonawców zobowiązany był do przygotowania programu warsztatów zapewniającego zapoznanie się uczniów z ciekawymi zjawiskami fizycznymi, mając na uwadze dostosowanie programu do umiejętności uczniów szkoły podstawowej z podziałem na klasy I-III i IV-VI." Przedstawienie uczniom klas I-III tylko zagadnienia dotyczącego ciśnienia – tak jak stwierdził Zamawiający – nie jest wystarczające i powoduje, niezgodność treści tego Konspektu z wymaganiami SIWZ, a to w konsekwencji powoduje, że treść oferty wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji. Tym samym dokonując porównania opisu przedmiotu zamówienia z treścią zobowiązania wykonawcy zawartego w ofercie w spornym zakresie uznać należy, iż oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. Tak jak podał Zamawiający w specyfikacji podano pewne (...) konkretne wymagania wobec sposobu wykonania przedmiotu zamówienia, a wykonawcy w ofercie, w szczególności w konspekcie winni byli przedstawić jak zamierzają je zrealizować. Dlatego Zamawiający wymagał m.in., aby w szczególności wykonawca w konspekcie opisał doświadczenia naukowe dla każdej z dwóch grup wiekowych, prezentowane podczas warsztatów, obejmujące zagadnienia z zakresu fizyki". Także wnoszący odwołanie wykonawca potwierdził w odwołaniu, że (...) „Ciśnienie to temat przewodni, wokół którego prezentowane są inne zagadnienia z fizyki". Zdaniem Izby, wyjaśnienia i oświadczenia składane w odwołaniu stanowią de facto interpretację Konspektu, co do zjawisk fizycznych

niewymienionych w tym opracowaniu. Na marginesie Izba zauważa, że wskazywane w Konspekcie ciśnienie, jak to wynika z literatury przedmiotu, jest zagadnieniem z zakresu fizyki, a nie zjawiskiem fizycznym. Izba ponownie podkreśla, że Konspekt dla klas I - III powinien pozwolić Zamawiającemu na ocenę, czy oferowany program warsztatów zapewnia zapoznanie się uczniów w wymaganym przedziale wiekowym [szkolnym] z ciekawymi zjawiskami fizycznymi w zakresie, co najmniej dwóch zagadnień fizycznych, uwzględniając dostosowanie programu warsztatów do umiejętności uczniów szkoły podstawowej w danej grupie wiekowej. Izba podzieliła również pogląd Zamawiającego, że doświadczenia przedstawione w konspekcie dotyczące jedynie ciśnienia pokazują m.in. jego rodzaje, w jaki sposób je zmierzyć, w jaki sposób wpłynąć na nie, aby je zmienić, jednakże nie czyni to ciśnienia innym zagadnieniem z zakresu fizyki.

W konkluzji Izba stwierdza, że wykonawca uznając zgodność Konspektu dla klas I - III z wymaganiami specyfikacji oparł swój pogląd de facto na własnej interpretacji warunku określonego w siwz i której uwzględnienie – bez względu na [ewentualną] racjonalność przedstawionej argumentacji - prowadziłoby w konsekwencji do zmiany wymagania, a takie działanie na gruncie ustawy Pzp na obecnym etapie postępowania nie jest dopuszczalne.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji, uznając za niezasadny zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

.....