

Sygn. akt: KIO 350/12

KIO 357/12

WYROK

z dnia 6 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Anna Packo

Katarzyna Ronikier-Dolańska

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 marca 2012 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 20 lutego 2012 roku przez 4system Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zielonej Górze

B. w dniu 20 lutego 2012 roku przez Young Digital Planet Spółkę Akcyjną w Gdańsku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości w Warszawie

przy udziale:

- A. wykonawcy **Online-Skills Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poznaniu** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 350/12 po stronie odwołującego
- B. wykonawcy **Jacka Michalskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą GALAXY Jacek Michalski w Zielonej Górze** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 350/12 po stronie odwołującego
- C. wykonawcy **Young Digital Planet Spółka Akcyjna w Gdańsku** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 350/12 po stronie zamawiającego
- D. wykonawcy **ComArch Spółka Akcyjna w Krakowie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 350/12 po stronie

zamawiającego i do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 357/12 po stronie odwołującego

- E. wykonawcy **CA Consulting Spółka Akcyjna w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 350/12 po stronie zamawiającego i do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 357/12 po stronie odwołującego
- F. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Instytut Edukacji Interaktywnej estakada.pl Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Warszawa, Betacom Spółka Akcyjna w Warszawie** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 350/12 po stronie zamawiającego i do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 357/12 po stronie odwołującego
- G. wykonawcy **EUROSYSTEM Spółka Akcyjna w Chorzowie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: 357/12 po stronie odwołującego

orzeka:

- 1. oddala obydwie odwołania
- 2. Kosztami postępowania obciąża **4system Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** i **Young Digital Planet Spółkę Akcyjną w Gdańsku** i:
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **4system Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością** (15 000 zł 00 gr) oraz **Young Digital Planet Spółkę Akcyjną w Gdańsku** (15 000 zł 00 gr) tytułem wpisów od odwołań

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

.....
.....
.....

Sygn. akt: KIO 350/12

KIO 357/12

Uzasadnienie

Zamawiający – Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Akademia PARP 2012”.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 754 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

KIO 350/12

W dniu 20 lutego wykonawca 4System Polska sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze przy ul. Botanicznej 70 wniósł odwołanie od czynności zamawiającego polegających na:

- 1) wykluczeniu z postępowania odwołującej spółki na podstawie art. 24 ust 2 pkt 3 Ustawy,
- 2) błędnej ocenie oświadczenia złożonego przez 4System Polska sp. z o.o. w formularzu wykaz wykonanych zamówień,
- 3) błędnej i nieuprawnionej ocenie wyjaśnień złożonych przez Prezesa Warmińsko Mazurskiej Agencji Rozwoju Regionalnego w Olsztynie w odniesieniu do pkt 18 wykazu wykonanych zamówień,
- 4) błędnej i nieuprawnionej ocenie wyjaśnień złożonych przez Komendanta Wojewódzkiej Policji w Lublinie w odniesieniu do pkt 14 wykazu wykonanych zamówień,
- 5) zaniechania przez zamawiającego wezwania do złożenia wyjaśnień dot. formularza wykaz wykonanych zamówień w pkt 14 oraz pkt 18,
- 6) oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z pominięciem 4System Polska sp. z o.o.,
- 7) zaproszenia do dialogu konkurencyjnego wykonawców wskazanych w pkt. IV pisma z dnia 09.02.2012 r. z pominięciem 4System Polska sp. z o.o.

Odwołujący się zarzucił naruszenie przez zamawiającego w toku postępowania przepisów ustawy Pzp:

- > art. 24 ust 2 pkt 3 poprzez jego błędne zastosowanie i przyjęcie, iż odwołujący złożyła w toku postępowania nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania i przez to wykluczenie jej z postępowania,

- > art. 26 ust. 4 poprzez zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących pkt 14 i 18 wykazu wykonanych usług,
- > art. 60 d ust. 1 i 2 poprzez zaniechanie dokonania oceny spełnienia warunków uczestnictwa w postępowaniu oraz zaniechanie zaproszenia odwołującego spółki do dialogu konkurencyjnego,
- > art. 7 ust 1 poprzez nierówne traktowanie wykonawców na skutek błędnego zastosowania art. 24 ust 2 pkt 3, art. 60 d ust 1 i2.
- > art. 92 ust. 1 pkt 3 - poprzez lakoniczne i ogólnikowe uzasadnienie faktyczne podejmowanych czynności, co uniemożliwia wykonawcy weryfikację decyzji zamawiającego w toku procedury odwoławczej.

Jednocześnie odwołujący się wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
 - 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania,
 - 3) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i zaproszenia do dialogu konkurencyjnego wykonawców wskazanych w pkt IV pisma z dnia 09.02.2012 r.,
 - 4) powtórzenia czynności oceny spełnienia warunków uczestnictwa w postępowaniu a w konsekwencji nakazanie zamawiającemu zaproszenia spółki 4 System sp. z o.o. do dialogu konkurencyjnego
- ponadto w trybie art. 190 ust 2 i 3 Ustawy
- 5) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w treści niniejszego odwołania,

W uzasadnieniu odwołujący się podniósł, że w dniu 10.02.2012 r. otrzymał drogą elektroniczną pismo o wykluczeniu firmy 4System Polska sp. z o.o. z postępowania, dokonaniu oceny spełnienia warunków uczestnictwa w postępowaniu i zaproszeniu do dialogu konkurencyjnego wykonawców skazanych w pkt IV pisma.

W uzasadnieniu prawnym zamawiający wskazał, iż wyklucza odwołującą spółkę z postępowania na podstawie art. 24 ust 2 pkt 3, za złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania.

Z uzasadnienia faktycznego wynika, iż zamawiający zwrócił się do podmiotów publicznych o przekazanie informacji na temat prac wskazanych w wykazie zamówień. W przypadku referencji nr 14 zdaniem zamawiającego z oświadczenia jednostki wynika, iż do dnia 20.06.2011 r. żaden uczestników nie ukończył szkoleń, gdyż ich zakończenie planowane jest na dzień 31.12.2011 r.

W odniesieniu do referencji nr 18 Zamawiający uznał, iż szkolenia e-learningowe nie stanowiły przedmiotu zamówienia, a zatem nie zostały wykonane.

Zgodnie z wymaganiami opisanymi w sekcji III.2.3. ogłoszenia - zdolność techniczna, o udzielnie zamówienia mogli ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniali warunki dotyczące posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia tj. w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonali na zlecenie zewnętrznych w stosunku do siebie podmiotów należycie, co najmniej dwie usługi szkoleń e-learningowych prowadzonych w formule on-line które

- a) ukończyło co najmniej 500 osób w każdej usłudze,
- b) w ramach co najmniej jednej z tych usług realizowane były szkolenia typu blended learning (czyli szkolenia składające się z części e-learning oraz części realizowanej w formie tradycyjnego szkolenia stacjonarnego) lub w ramach jednej z tych usług zapewniony był kontakt z opiekunem szkolenia (tzw. mentoring) dla uczestników szkoleń e-learningowych,
- c) w ramach realizacji każdej usługi Wykonawcy realizowali, co najmniej przygotowanie merytoryczne, wdrożenie techniczne szkoleń e-learningowych oraz osadzenie i uruchomienie szkoleń na platformie e-learningowej,
- d) wartość każdej usługi nie może być niższa niż 650 000,00 zł (netto).

Spółka 4 System Polska sp. z o.o. w załączniku nr 3 - wykaz wykonanych zamówień, w pkt 14 wskazała usługę realizowaną na rzecz Komendy Wojewódzkiej Policji w Lublinie.

Odwołujący się zaznaczył fakt, iż usługa jest w trakcie realizacji.

Zamówienie zgodnie z oświadczeniem obejmowało zrealizowanie usług szkoleń e-learningowych prowadzonych w formule on-line, które ukończyło ponad 500 osób każdą oraz w ramach realizacji każdej z usług wykonane zostało przygotowanie merytoryczne i wdrożenie techniczne szkoleń, przeniesienie szkoleń na formułę szkoleń e-learningowych oraz osadzenie i uruchomienie szkoleń na platformie e-learningowej. W ramach usługi zapewniony był kontakt z opiekunem szkolenia.

W punkcie 18 odwołujący wymienił usługę realizowaną na rzecz Warmińsko Mazurskiej Agencji Rozwoju Regionalnego S.A. w Olsztynie.

Zamówienie zgodnie z oświadczeniem obejmowało zrealizowanie usług szkoleń e-learningowych prowadzonych w formule on-line, które ukończyło ponad 500 osób każdą oraz w ramach realizacji każdej z usług wykonane zostało przygotowanie merytoryczne i wdrożenie techniczne szkoleń, przeniesienie szkoleń na formułę szkoleń e-learningowych oraz osadzenie i uruchomienie szkoleń na platformie e-learningowej. W ramach usługi zapewniony był kontakt z opiekunem szkolenia.

Odwołujący się nie zgodził się z zarzutem przekazania nieprawdziwych informacji w pkt 14. Zamawiający zarzucił Wykonawcy, iż żaden z uczestników nie zakończył szkoleń ponieważ ich koniec zaplanowany jest na dzień 31.12.2011 r.

Odwołujący się wskazał na zakres realizowanego zadania. Przedmiotem spornego zamówienia była organizacja i przeprowadzenie szkoleń językowych dla 900 funkcjonariuszy

garnizonu lubelskiego z uwzględnieniem słownictwa typowego dla służb mundurowych przydatnego w kontakcie z kibicami i turystami, którzy będą przemieszczać się przez teren województwa lubelskiego oraz granicę w trakcie rozgrywek Euro 2012 w ramach projektu „Komunikacja bez granic - szkolenia językowe dla służb mundurowych garnizonu lubelskiego” finansowanego ze środków Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki na lata 2007-2013. Projekt był realizowany etapami. Pierwszy z nich polegał na przeprowadzeniu tzw. testów poziomujących, za pomocą szkoleń e-learningowych.

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienie zawartym w SIWZ:

„Zakres zamówienia:

Wykonawca opracuje i przeprowadzi testy poziomujące i kwalifikujące do odpowiednich grup, w celu dostosowania poziomu i programów kursów językowych do potrzeb i umiejętności uczestników, Wykonawca przeprowadzi dokładną analizę potrzeb szkoleniowych na podstawie testów i opracuje szczegółowe Programy szkolenia zawierające informacje dotyczące tematyki szkoleń podzielonych na poszczególne jednostki szkoleniowe ujęte w wymiarze godzinowym wraz ze wskazaniem metod szkolenia oraz harmonogramem realizacji szkoleń,

Przed rozpoczęciem szkolenia programy szkoleń muszą być zatwierdzone przez Zamawiającego, Programy szkoleń będą tak skonstruowane, by uczestnicy po zakończonym kursie byli w stanie posługiwać się językiem angielskim lub rosyjskim lub niemieckim, dla grup o poziomie podstawowym i początkującym przynajmniej w najprostszych sytuacjach dnia codziennego oraz w związku z wykonywaną pracą w rutynowych sytuacjach zawodowych. Program kursu musi mieć charakter konwersacyjny i kłaść nacisk na praktyczne używanie języka, nabranie biegłości w poprawnym formułowaniu pytań czy też udzielania na nie odpowiedzi. Program powinien zakładać poznanie niezbędnych struktur gramatycznych, tj. takich, które umożliwią funkcjonalne używanie języka angielskiego lub rosyjskiego lub niemieckiego w kontaktach z obcokrajowcami.

Wykonawca opracuje raport z przeprowadzonej analizy potrzeb szkoleniowych i przekaże Zamawiającemu." (SIWZ strona 13).

Powyższy etap przeprowadzania szkoleń i testów poziomujących zakończono w październiku 2010 r. Uczestniczyła w nich wskazana przez odwołującego się ilość osób.

W tym okresie odwołujący się musiał, wdrożyć i utrzymywać platformę e-learningową, stworzyć, zamieścić, a następnie prowadzić testy i szkolenia językowe. Podkreślenia wymaga, iż 4 System Polska sp. z o.o. w wykazie usług zawarła stwierdzenie, iż usługa w jest w trakcie realizacji. Tym samym przekazała zamawiającemu informacje zgodne ze stanem rzeczywistym.

W odniesieniu do drugiej z zakwestionowanych usług 4 System Polska sp. z o.o. realizowała na rzecz Warmińsko Mazurskiej Agencji Rozwoju Regionalnego w Olsztynie

projekt w ramach umowy o dofinansowanie nr Z/2.28/11/2.6/00027/06/U/17/07. Projekt obejmowała szereg czynności począwszy od przygotowania zaplecza technicznego, przygotowania dokumentacji, zakupienia licencji, uruchomienia oprogramowania, a także przygotowania zaplecza merytorycznego niezbędnego do realizacji projektu. W jego ramach przeprowadzonych zostało szereg szkoleń e-learningowych na rzecz podmiotów indywidualnych oraz instytucji, które stanowiły integralną część projektu. Czynności te były od początku zaplanowane w jego budżecie.

W pismach z dnia 18.08.2011 r. i z dnia 11.10.2011 r. Warmińsko Mazurska Agencja Rozwoju Regionalnego w Olsztynie wskazała:

„W wyniku rekrutacji Beneficjentów Ostatecznych - użytkowników portalu beneficjent przedstawił deklarację uczestnictwa łącznie 60 instytucjonalnych użytkowników oraz przeszło 80 indywidualnych użytkowników systemu (...)” W piśmie na które w swoim uzasadnieniu powołuję się zamawiający instytucja wskazała jedynie, iż głównym założeniem projektu było utworzenie portalu i bazy. Nie wykluczyła jednak, iż przeprowadzono szkolenia e-learningowe, co więcej wskazała na konieczność przedłożenia w ramach projektu deklaracji uczestnictwa. W kolejnym piśmie z dnia 11.10.2011 r. wskazano, że „dla każdego zarejestrowanego użytkownika IS udostępnione zostały na portalu m.in. multimedialne kursy komputerowe”. Tym samym ww. wskazano, iż były one przeprowadzane. Natomiast również tutaj wskazano, iż nie było to główne założenie projektu. Nie wyklucza to jednak wbrew twierdzeniom zamawiającego faktu przeprowadzenia szkoleń e-learningowych.

Mając na uwadze przekazane informacje, zdaniem odwołującego się w celu prawidłowego ustalenia stanu faktycznego konieczne było wezwanie go, w trybie art. 26 ust 4 do złożenia stosownych wyjaśnień i dokumentów potwierdzających fakt przeprowadzenia szkoleń zgodnie z wymaganiami ogłoszenia. Wyjaśnienia złożone przez instytucje publiczne, na które powołuje się zamawiający nie mogą stanowić podstawy jego wykluczenia z postępowania, nie potwierdzają bowiem bez wątpliwości fakt złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych informacji.

Jednocześnie odwołujący się zaznaczył, że poza usługami z pozycji 14 i 18 co do których wątpliwości wskazał zamawiający, odwołujący się zamieścił w wykazie usług jeszcze 43 usługi, co do których zamawiający nie wskazał wątpliwości. Zgodnie z warunkami oceny wniosków, zapisanym w ogłoszeniu z dnia 09.05.2011 r. z późniejszymi zmianami, Wykonawca 4system Polska powinien otrzymać 43 punkty. Mając na uwadze:

- > dowolność interpretacji, przez Zamawiającego, przedłożonych dokumentów,
- > nie wezwanie Wykonawcy do złożenia wyjaśnień
- > fakt, że zgodnie z pismem z dnia 09.02.2012, pkt II, konsorcjum, które zajęło pozycję 1 przy ocenie, zdobyło zaledwie 10 pkt, a Wykonawca powinien zdobyć co najmniej 40 punktów,

Wykonawca uważa, że przedłożenie ww. referencji nie miało wpływu na wynik postępowania, a więc Wykonawca nie powinien być z niego wykluczony.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z wymaganiami opisanymi w sekcji III.2.3. ogłoszenia - zdolność techniczna, o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniali warunki dotyczące posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia tj. w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonali na zlecenie zewnętrznych w stosunku do siebie podmiotów należycie, co najmniej dwie usługi szkoleń e-learningowych prowadzonych w formule on-line, które

- a) ukończyło co najmniej 500 osób w każdej usłudze,
- b) w ramach co najmniej jednej z tych usług realizowane były szkolenia typu blended learning (czyli szkolenia składające się z części e-learning oraz części realizowanej w formie tradycyjnego szkolenia stacjonarnego) lub w ramach jednej z tych usług zapewniony był kontakt z opiekunem szkolenia (tzw. mentoring) dla uczestników szkoleń e-learningowych,
- c) w ramach realizacji każdej usługi Wykonawcy realizowali, co najmniej przygotowanie merytoryczne, wdrożenie techniczne szkoleń e-learningowych oraz osadzenie i uruchomienie szkoleń na platformie e-learningowej,
- d) wartość każdej usługi nie może być niższa niż 650 000,00 zł (netto).

Odwołujący się wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożył wykaz wykonanych zamówień. W pkt. 14 wykazu wskazał usługę wykonywaną na rzecz Komendy Wojewódzkiej Policji w Lublinie o wartości 1.708.189,70 zł. Wskazał, że usługa trwa nadal oraz że zamówienie obejmowało m.in. zrealizowanie usługi szkoleń e-learningowych prowadzonych w formule on-line, które ukończyło ponad 500 osób każdą oraz w ramach realizacji każdej z usług wykonane zostało przygotowanie merytoryczne i wdrożenie techniczne szkoleń, przeniesienie szkoleń na formułę szkoleń e-learningowych oraz osadzenie i uruchomienie szkoleń na platformie e-learningowej; w ramach usługi zapewniony był kontakt z opiekunem szkolenia (tzw. mentoring) dla uczestników szkoleń e-learningowych oraz w ramach realizacji usługi zrealizowane zostały szkolenia blended-learning.

W pkt. 18 odwołujący się wskazał usługę wykonywaną na rzecz Warmińsko-Mazurskiej Agencji Rozwoju Regionalnego SA w Olsztynie o wartości 807.933,66 zł. zamówienie obejmowało m.in. zrealizowanie usługi szkoleń e-learningowych prowadzonych

w formule on-line, które ukończyło ponad 500 osób każdą oraz w ramach realizacji każdej z usług wykonane zostało przygotowanie merytoryczne i wdrożenie techniczne szkoleń, przeniesienie szkoleń na formułę szkoleń e-learningowych oraz osadzenie i uruchomienie szkoleń na platformie e-learningowej; w ramach usługi zapewniony był kontakt z opiekunem szkolenia (tzw. mentoring) dla uczestników szkoleń e-learningowych oraz w ramach realizacji usługi zrealizowane zostały szkolenia blended- learning.

Na potwierdzenie rzetelnego wykonania wskazanych usług odwołujący się złożył referencje wystawione przez Warmińsko-Mazurską Agencję Rozwoju Regionalnego SA w Olsztynie oraz Komendy Wojewódzkiej Policji w Lublinie.

W pierwszej ze wskazanych referencji wskazano, że w ramach projektu została wdrożona platforma e-learningowa „Inteligentny system”, na której umieszczono 54 kursy e-learningowe. Druga referencja zawierała informacje, że firma 4systeem Polska Sp. z o.o. realizuje Projekt „Komunikacja bez granic – szkolenia językowe dla służb mundurowych garnizonu lubelskiego”.

W dniu 2 sierpnia 2011 roku zamawiający zwrócił się z pytaniem do Komendy Wojewódzkiej Policji w Lublinie oraz do Warmińsko-Mazurskiej Agencji Rozwoju Regionalnego SA w Olsztynie z następującymi pytaniami:

1. Czy przedmiotem zamówienia było:
 - przygotowanie merytoryczne i wdrożenie techniczne szkoleń e-learning,
 - przeniesienie szkoleń na formułę szkoleń e-learningowych oraz
 - osadzenie i uruchomienie szkoleń na platformie e-learningowej?
2. Jaki był zakres szkoleń e-learningowych realizowanych w ramach przedmiotowego zamówienia oraz do kogo były one skierowane?
3. Ile osób ukończyło szkolenia e-learningowe realizowane w ramach ww. zamówienia i czy osoby te ukończyły szkolenia w czasie trwania ww. zamówienia?
4. Jaka była wartość ww. zamówienia lub prosimy o potwierdzenie, że jej wartość była nie niższa niż 65.000,00 PLN netto.
5. Czy w ramach ww. zamówienia zapewniony był kontakt z opiekunem szkolenia (tzw. mentoring) dla uczestników?

6. Czy szkolenia w ramach ww. zamówienia realizowane były w formie szkoleń typu blended-learning (czyli szkoleń składających się z części e-learningowej oraz części realizowanej w formie tradycyjnych szkoleń stacjonarnych)?

7. Czy w ramach ww. zamówienia realizowane były jeszcze jakieś inne działania aniżeli opisane w pytaniu nr 1, np. zakup sprzętu? Jeżeli tak to jaką kwotę zamówienia stanowiły te dodatkowe działania?

8. Czy przedmiotowe czynności realizowane były na podstawie wniosku o dofinansowanie projektu współfinansowanego ze środków UE czy też na podstawie umowy realizacji zamówienia? Kto zgodnie z umową/wnioskiem o dofinansowanie projektu współfinansowanego ze środków UE był wykonawcą przedmiotowych czynności – Partner czy Lider?

Pismem z dnia 8 sierpnia 2011 roku KWP w Lublinie udzieliła odpowiedzi, że przedmiotem zamówienia była „organizacja i przeprowadzenie szkoleń językowych dla 900 funkcjonariuszy garnizonu lubelskiego z uwzględnieniem słownictwa typowego dla służb mundurowych. Przedsięwzięcie obejmuje organizację i przeprowadzenie 240 godzin szkolenia stacjonarnego oraz 40 h godzin szkolenia e-learningowego w zakresie nauki języków obcych. Zgodnie z SIWZ jednym z zadań Wykonawcy było: „Przygotowanie i uruchomienie oraz prowadzenie platformy e-learningowej, zawierającej, zawierającej ćwiczenia leksykalne i gramatyczne dostosowane do poziomu uczestników (...). Z platformy w trakcie realizacji projektu musi mieć możliwość korzystania 900 uczestników jednocześnie, a zamieszczone ćwiczenia leksykalne i gramatyczne mają umożliwić przeprowadzenie 40 godzin lekcyjnych e-learningu dla uczestników szkoleń językowych...”.

Platforma e-learningowa stanowi więc uzupełnienie programów szkoleniowych realizowanych stacjonarnie. W tej chwili z platformy e-learningowej korzystają funkcjonariusze Policji i Straży Granicznej, do 31.12.2011 roku każdy z uczestników (min. 720 osób) ma przejść 40 godzinny kurs dostosowany do odpowiedniego poziomu nauczania.

Warmińsko-Mazurska Agencja Rozwoju Regionalnego SA w Olsztynie pismem z dnia 18.08.2011 roku poinformowała m.in, że projekt realizowany przez odwołującego się zakładał utworzenie Inteligentnego Systemu (IS) wspomagającego regionalną i lokalną sieć współpracy w zakresie transferu wiedzy i technologii, w tym:

- opracowanie analizy funkcjonalno-graficznej bazy,

- utworzenie systemu (dokonano implementacji, testów, korekt i modyfikacji oraz wdrożono i udostępniono portal).

W wyniku procesu rekrutacji Beneficjentów Ostatecznych – użytkowników portalu beneficjent przedstawił deklaracje uczestnictwa łącznie od początku projektu 60 instytucjonalnych użytkowników oraz przeszło 80 indywidualnych użytkowników systemu (łącznie od początku projektu ponad 150). Ponieważ w przypadku użytkowników instytucjonalnych z bazy mogli korzystać pracownicy danego użytkownika (w nieokreślonej liczbie) nie można odpowiedzieć, jakie szkolenia były przeprowadzone oraz ile dokładnie osób z nich skorzystało. Ponieważ głównym zakresem projektu było utworzenie portalu i bazy, ewentualne szkolenia e-learningowe mogły być za pośrednictwem portalu prowadzone, nie stanowiły jednak zasadniczych działań w projekcie i brak szczegółowych danych na ten temat.

Pismem z dnia 3 października 2011 roku zamawiający zwrócił się do Warmińsko-Mazurskiej Agencji Rozwoju Regionalnego SA w Olsztynie o udzielenie następujących informacji:

1. Jaki zakres działań do realizacji przez 4system Polska Sp. z o.o. został określony we wniosku o dofinansowanie w ramach Działania 2.6 ZPORR złożonego przez ten podmiot?
2. Czy zostało przewidziane w ramach realizacji tego projektu zrealizowanie szkoleń e-learningowych prowadzonych w formule on-line, przy czym:
 - a. Czy ukończyło je co najmniej 500 osób?
 - b. Czy w ramach realizacji tych szkoleń 4system Sp. z o.o. realizował co najmniej przygotowanie merytoryczne i wdrożenie techniczne szkoleń, przeniesienie szkoleń na formułę szkoleń e-learningowych oraz osadzenie i uruchomienie szkoleń na platformie e-learningowej,
 - c. Czy był zapewniony kontakt z opiekunem szkolenia (tzw. mentoring) dla uczestników?
 - d. Czy w ramach realizacji projektu zostały zrealizowane szkolenia blended-learning?

W odpowiedzi z dnia 11.10.2011 roku Warmińsko-Mazurska Agencja Rozwoju Regionalnego SA w Olsztynie poinformowała, że projekt obejmował przygotowanie zaplecza technicznego, niezbędnego do realizacji projektu oraz poszczególnych zadań, w tym:

- przygotowanie dokumentacji niezbędnej do zakupu licencji, sprzętu, oprogramowania itp. (opracowanie założeń odnośnie wymagań sprzętu oraz oprogramowania potrzebnego do zrealizowania rezultatów projektu),
- zakupienie licencji, sprzętu, oprogramowania itp.,
- wynajęcie pomieszczeń i zakup lub wynajęcie wyposażenia biurowego,
- uruchomienie i przetestowanie licencji, sprzętu oprogramowania itp.

Przygotowanie zaplecza merytorycznego, niezbędnego do realizacji projektu oraz poszczególnych zadań, w tym:

- opracowanie szczegółowej instrukcji zarządzania i procedury zarządzania i procedury postępowania w trakcie realizacji projektu (opracowanie kompletu niezbędnych dokumentów do dostarczenia dla BO: wzoru deklaracji uczestnictwa, oświadczenia, formularza danych osobowych),

- przeprowadzenie spotkania z osobami zaangażowanymi w projekt, poinformowanie o sposobie korzystania z przygotowanej instrukcji, przekazanie niezbędnej informacji na temat zadań przypisanych w projekcie.

Utworzenie Inteligentnego Systemu wspomagającego regionalną i lokalną sieć współpracy, w tym:

- opracowanie analizy funkcjonalno-graficznej bazy,
- utworzenie systemu (dokonanie implementacji, testów, korekt i modyfikacji oraz wdrożenie i udostępnienie portalu).

Zgodnie z wnioskiem dla każdego zainteresowanego użytkownika IS udostępnione zostały na portalu m.in. multimedialne kursy komputerowe. Szkolenia e-learningowe jako takie nie stanowiły przedmiotu projektu.

W dniu 3 października 2011 roku zamawiający zwrócił się do KWP w Lublinie z prośbą o udzielenie odpowiedzi na pytania:

- 1) Ile osób ukończyło szkolenia e-learningowe realizowane w ramach ww. zamówienia do dnia 20.06.2011 roku (data wystawienia listu referencyjnego)?
- 2) Jaka była wartość zrealizowanych w ramach projektu szkoleń typu blended-learning (czyli szkolenia składające się z części e-learningowej oraz części realizowanej w formie tradycyjnego szkolenia stacjonarnego) do dnia 20.06.2011 roku?

W odpowiedzi KWP w Lublinie w piśmie z dnia 24.10.2011 roku stwierdziła, że 4system Polska Sp. z o.o. realizuje szkolenie e-learningowe w ramach projektu „Komunikacja bez granic – szkolenia językowe dla służb mundurowych garnizonu lubelskiego”. W szkoleniu uczestniczy 900 osób. Do dnia 20.06.2011 r. żaden z uczestników nie ukończył szkolenia, gdyż jego zakończenie planowane jest na dzień 31.12.2011 r., niemniej jednak na platformie e-learningowej dostępnych jest 40h kursu języka angielskiego, niemieckiego, rosyjskiego na różnych poziomach zaangażowania.

Pismem z dnia 9 lutego 2012 roku zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków.

Zamawiający poinformował m.in., że odwołujący się został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania. W uzasadnieniu wskazał, że w związku z wątpliwościami co do zakresu i wartości zamówień zrealizowanych przez wykonawcę na rzecz podmiotów publicznych zamawiający zwrócił się w trybie ustawy z dnia 6 września 2001 roku o dostępie do informacji publicznej o uzyskanie informacji na temat wskazanych w wykazie zamówień, realizowanych przez wykonawcę na rzecz sektora publicznego. W dniu 24.10.2011 roku zamawiający uzyskał odpowiedź od jednostki zamawiającej będącej (zgodnie z informacją zawartą w wykazie) odbiorcą zamówienia, które wykonawca wskazał i opisał w pozycji 14 wykazu zamówień. Zgodnie z oświadczeniem tej jednostki we wskazanym zamówieniu do upływu terminu objętego przedstawioną przez wykonawcę referencją, tj. do dnia 20.06.2011 r. żaden z uczestników nie ukończył szkoleń, gdyż ich zakończenie zaplanowane jest na dzień 31.12.2011 roku. Ponadto w dniu 11.10.2011 roku zamawiający uzyskał odpowiedź od innej jednostki zamawiającej będącej (zgodnie z informacją zawartą w wykazie) odbiorcą zamówienia, które wykonawca wskazał i opisał w pozycji 18 wykazu zamówień. Powyższy podmiot oświadczył, że szkolenia e-learningowe nie stanowiły przedmiotu projektu realizowanego przez wykonawcę. W ocenie zamawiającego odwołujący się zawarł w wykazie zamówień nieprawdziwe informacje oświadczając, że ww. zamówienia są pod względem wymaganego zakresu zgodne z

wymogiem nie tylko spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale również wypełniają wymogi określone w sekcji IV.1.2 ust. 3 ogłoszenia o zamówieniu, pozwalające na uzyskanie punktów, co zagwarantowałyby wykonawcy zakwalifikowanie się do grona 5 wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do udziału w dalszym etapie przedmiotowego postępowania (w szczególności na tle ilości przyznanych punktów wykonawcom, którzy zostali zakwalifikowani do tego grona).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 2 marca 2012 roku wniósł o oddalenie odwołania. Na rozprawie podtrzymał zgłoszony wniosek.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się ma interes w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby zasadnym jest stanowisko zamawiającego, że do upływu terminu objętego przedstawioną przez wykonawcę referencją wystawioną przez Komendę Wojewódzką Policji w Lublinie, tj. do dnia 20.06.2011 r. żaden z uczestników nie ukończył szkoleń, gdyż ich zakończenie zaplanowane było na dzień 31.12.2011 roku.

Izba przeanalizowała treść umowy z dnia 8 września 2010 roku zawartej pomiędzy Komendą Wojewódzką Policji w Lublinie a odwołującym się i stwierdziła, że przedmiotem umowy było zorganizowanie i przeprowadzenie szkoleń językowych dla 900 funkcjonariuszy Policji i Straży Granicznej garnizonu lubelskiego. Czas realizacji szkolenia przez 1 grupę szkoleniową/1 osobę: 240 godzin (w jednym semestrze 60 godzin lekcyjnych) oraz 40 godzin learningu w ciągu 4 semestrów. Stosownie do harmonogramu realizacji zadań stanowiącego załącznik do umowy do zadań odwołującego należało między innymi przeprowadzenie sprawdzianów wiedzy oraz ankiet oceny szkolenia nie później niż 5 dni od zakończenia danego miesiąca (sprawdziany wiedzy) oraz nie później niż 15 dni od zakończenia semestru (ankiety oceny szkolenia). Zgodnie z pkt. 13 harmonogramu wykonawca obowiązany był przygotować zaświadczenia o ukończeniu szkolenia. Ponadto do 31 grudnia 2011 roku lub do zakończenia szkolenia odwołujący się miał przeprowadzić test końcowy i wytypować 100 osób do udziału w egzaminie certyfikującym oraz zapewnić udział wytypowanym osobom w egzaminie certyfikującym i dokonać rozliczenia finansowego z centrum egzaminacyjnym.

Dodatkowo odwołujący się przedstawił Izbie raporty ze szkolenia, z których wynika między innymi przeprowadzenie semestralnych i końcowych sprawdzianów wiedzy.

W ocenie Izby z przedstawionych dokumentów nie wynika, że przedmiotowe szkolenie ukończyła wymagana liczba uczestników. Zgodnie z klauzulą zawartą na stronie 7 umowy z dnia 8 września 2010 roku wykonawca (odwołujący się) wyda uczestnikom szkolenia zaświadczenia o ukończeniu kursu wraz z informacją, na jakim poziomie jest uczestnik po ukończeniu szkolenia, w ilu godzinach uczestniczył i jak został oceniony w trakcie prowadzenia zajęć. Izbie nie zostały przedstawione takie zaświadczenia, a byłyby one niewątpliwie dowodem na ukończenie szkolenia. Ponadto z określenia czasu realizacji szkolenia wynika, że przewidziano 240 godzin na godzin (60 na semestr), co oznacza, że jedno szkolenie przewidziane jest na 4 semestry. Potwierdza to informacja, że szkolenie obejmuje 40 godzin e-learningu w ciągu 4 semestrów. Przeczy to stanowisku odwołującego się, że uczestnik szkolenia mógł je zakończyć po jednym semestrze, po czym kontynuować naukę na innym poziomie lub też wziąć udział w szkoleniu z innego języka. Z przedłożonych dokumentów wynika, że zakończenie szkolenia po jednym semestrze nie jest równoznacznie z ukończeniem nauki. Fakt, że wykonawca obowiązany był przeprowadzić sprawdziany wiedzy po zakończeniu miesiąca oraz ankiety oceny szkolenia po zakończeniu semestru również nie oznacza zakończenia szkolenia. Złożone zaś na rozprawie raporty wyników testów kończących kurs dotyczą jedynie kilkudziesięciu osób.

Zdaniem Izby odwołujący się nie udowodnił, że zrealizowane przez niego szkolenie e-learningowe ukończyło ponad 500 osób. Izba zwraca uwagę, że to na odwołującym spoczywał ciężar dowodu wykazania, że w istocie wymagana ilość osób ukończyła szkolenie. Wynika to wprost z art. 190 ust. 1 zd. 1 ustawy Pzp. Stanowisku odwołującego się niewątpliwie zaprzecza informacja zawarta zarówno w referencji, jak i pismach Komendy Wojewódzkiej Policji w Lublinie potwierdzająca, że do dnia 20 czerwca 2011 roku żaden z uczestników nie ukończył szkolenia. Odwołujący się nie obalił twierdzenia zawartego we wskazanych dokumentach, a zatem Izba uznała, że w tym zakresie odwołujący się istotnie złożył nieprawdziwe informacje.

W myśl art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Z przepisu tego wynika, że czynność wykluczenia jest możliwa w sytuacji, gdy wystąpią dwie wskazane w nim przesłanki: po pierwsze kiedy wykonawca złoży nieprawdziwe informacje i – po drugie – kiedy informacje te mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Obie te przesłanki muszą wystąpić kumulatywnie.

Przez wynik postępowania należy rozumieć – co do zasady – wybór oferty najkorzystniejszej, niemniej jednak wpływ na ten wybór nie musi mieć charakteru bezpośredniego, ale także pośredni. W przedmiotowym przypadku o wyniku tym przesądza

również kwalifikacja podmiotowa wykonawców i ustalenie kręgu wykonawców zapraszanych do dalszego etapu postępowania, albowiem to oferta jednego z nich zostanie uznana za najkorzystniejszą.

Izba zgadza się z odwołującym się, iż zamawiający winien był również zwrócić się do niego o wyjaśnienie treści złożonego wykazu w zakresie spornych punktów na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Rolą zamawiającego jest wyjaśnić wątpliwości w zakresie złożonych dokumentów podmiotowych przy wykorzystaniu przysługujących mu środków prawnych. Izba uznała więc, że zamawiający naruszył w tym zakresie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, jednakże w ocenie Izby uchybienie to nie miało wpływu na wynik postępowania. Zgodnie zaś z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględniła odwołanie wówczas, gdy stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Tymczasem ocena stanu faktycznego i jego subsumpcja do treści przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp pozwala na wniosek, iż w istocie odwołujący się złożył nieprawdziwe informacje i informacje te mogły mieć wpływ na wynik postępowania. Ewentualne wyjaśnienia złożone przez odwołującego się w wyniku wezwania na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp nie zmieniłyby sytuacji odwołującego się w postępowaniu.

Wskazując na powyższe Izba uznała za uzasadnioną czynność wykluczenia odwołującego się z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba uznała za niezasadne stanowisko zamawiającego, iż odwołujący się złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania również w przypadku usług wykonywanych dla Warmińsko-Mazurskiej Agencji Rozwoju Regionalnego w Olsztynie. Zamawiający uznał, że nieprawdziwe informacje polegały na tym, że szkolenia e-learningowe nie stanowiły projektu realizowanego przez wykonawcę.

Z pism Warmińsko-Mazurskiej Agencji Rozwoju Regionalnego wynika, że szkolenia e-learningowe nie były przedmiotem zamówienia, ale nie stwierdził, iż w ramach zamawianej usługi w ogóle nie były przeprowadzane. Wręcz przeciwnie – WMARR przyznała, że ewentualne szkolenia mogły być za pośrednictwem utworzonego portalu prowadzone. W ocenie Izby zamawiający nie wyjaśnił w sposób dostateczny, czy takie szkolenia odwołujący się przeprowadził, a tym samym nie udowodnił, że w tym zakresie odwołujący się złożył nieprawdziwe informacje.

KIO 357/12

Odwołujący Young Digital Planet S.A. w dniu 20 lutego 2012 roku wniósł odwołanie wobec:

1) czynności zamawiającego polegającej na ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu niezgodnej z określonymi kryteriami w pkt IV.1.2) ogłoszenia o zamówieniu tj. przyznaniu odwołującemu 2 pkt, podczas gdy powinien on uzyskać 45 pkt.;

2) niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego polegającej na zakwalifikowaniu do grona pięciu wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu wykonawców: 1) Konsorcjum: Instytut Edukacji Interaktywnej „estakada.pl” sp. z o.o., Betacom S.A., 2) COMBIDATA Poland sp. z o.o., 3) Inter IT sp. z o.o., 4) Konsorcjum: Fundacja Obserwatorium Zarządzania, Konsorcjum Doradczo - Szkoleniowe S.A., GroMar sp. z o.o., w sytuacji gdy wskazani powyżej wykonawcy nie powinni zostać zakwalifikowani do grona pięciu wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji nie powinni zostać zaproszeni do dialogu i powinni zostać potraktowani jako wykonawcy wykluczeni z postępowania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1) naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na nieuwzględnieniu w pełnym zakresie przez Zamawiającego dokumentów przedłożonych przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów;

2) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez:

a) jego niewłaściwe zastosowanie polegające na uznaniu, że uwzględnienie przy tworzeniu rankingu wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wszystkich usług podanych przez odwołującego w Wykazie wykonanych zamówień, naruszałoby zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

b) prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

3) naruszenie art. 60d ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie wskutek niewłaściwej oceny spełniania przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu w oparciu o kryteria określone w pkt IV.1.2) ogłoszenia o zamówieniu, polegające na nieuwzględnieniu wszystkich usług zawartych w przedstawionym przez odwołującego Wykazie wykonanych zamówień (załączonym do pisma z dnia 12 sierpnia 2011r. a w konsekwencji poprzez sporządzenie błędnego rankingu wykonawców).

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;

- 2) powtórzenia oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w tym oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz oceny punktowej wniosków;
- 3) przyznania odwołującemu prawidłowej ilości punktów oraz właściwego miejsca w rankingu wykonawców, poprzez uwzględnienie wszystkich usług podanych przez odwołującego w Wykazie wykonanych zamówień (załączonym do pisma z dnia 12 sierpnia 2011r.);
- 4) ponownego sporządzenia rankingu pięciu wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 5) zaproszenia do dialogu wykonawców zajmujących pięć najwyższych pozycji w ponownie sporządzonym rankingu.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że w dniu 27 czerwca 2011 r. złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w dialogu.

W dniu 5 sierpnia 2011 r. zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia m.in. dokumentów potwierdzających spełnianie przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu, wymienionych w sekcji III.2.3) ust. 1 pkt 1 ogłoszenia o zamówieniu. Powyższe wezwanie wynikało z tego, że odwołujący nie załączył do wniosku o dopuszczenie do udziału w dialogu Wykazu wykonanych zamówień.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie odwołujący w dniu 12 sierpnia 2011r. dokonał uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w tym m.in. złożył Wykaz wykonanych zamówień wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie.

W dniu 10 lutego 2012 r. odwołujący otrzymał od zamawiającego drogą elektroniczną „Informację o wynikach oceny spełniania warunków*udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków". Zamawiający w pkt II powyższego pisma przedstawił wykaz wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu wraz z oceną punktową spełniania tych warunków, zgodnie z którą:

- 1) Wniosek złożony przez Konsorcjum: Instytut Edukacji Interaktywnej „estakada.pl" sp. z o.o., Betacom S.A. - otrzymał 10 pkt -1 pozycja na liście rankingowej;
- 2) Wniosek złożony przez COMBIDATA Poland sp. z o.o. - otrzymał 8 pkt - 2 pozycja na liście rankingowej;
- 3) Wniosek złożony przez Inter IT sp. z o.o. - otrzymał 7 pkt - 3 pozycja na liście rankingowej;
- 4) Wniosek złożony przez Konsorcjum: Fundacja Obserwatorium Zarządzania, Konsorcjum Doradczo - Szkoleniowe S.A., GroMar sp. z o.o. - otrzymał 3 pkt - 4 pozycja na liście rankingowej;

5) Wniosek Odwołującego, jak również wnioski złożone przez Comarch S.A., TECHELON sp. z o.o.,

FIRMA 2000 sp. z o.o., EUROSISTEM S.A. oraz CA Consulting S.A. - otrzymały 2 pkt - 5 pozycja *ex aequo* na liście rankingowej. Z kolei z wykazu zamieszczonego w pkt IV pisma wynika, iż wszyscy ww. wykonawcy zostaną zaproszeni przez zamawiającego do dialogu konkurencyjnego.

W dniu 15 lutego 2012 r. zamawiający udostępnił odwołującemu do wglądu „Uzasadnienie do przyznanej punktacji” stanowiące załącznik do rekomendacji komisji przetargowej. W powyższym uzasadnieniu zamawiający wskazał, iż w toku oceny wniosków wykonawców sklasyfikowanych na piątej pozycji na liście rankingowej - tj. wniosków Odwołującego, Comarch S.A., TECHELON sp. z o.o., FIRMA 2000 sp. z o.o., EUROSISTEM S.A. oraz CA Consulting S.A. - przyznając punkty w ramach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, brał pod uwagę jedynie po 2 usługi zrealizowane przez każdego z tych wykonawców, czyli najmniejszą liczbę usług, jaka była niezbędna do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Ze sporządzonego uzasadnienia wynika, że mimo iż odwołujący wykazał należyte wykonanie 45 zamówień (tak samo inni wskazani wyżej wykonawcy, z wyjątkiem TECHELON sp. z o.o. - która wykazała realizację 8 zamówień) Zamawiający dokonując oceny nie przyznał punktów za realizację 43 dodatkowych zamówień z uwagi na fakt, że Wykaz wykonanych zamówień został załączony po wezwaniu Odwołującego do uzupełnienia tego dokumentu. Zamawiający stwierdził, iż przyznanie punktacji służącej do określenia kręgu 5 wykonawców najlepiej spełniających warunek udziału w postępowaniu, na podstawie wykazu zamówień uzupełnionego po terminie składania wniosków stanowiłoby „rażące naruszenie przez Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji”. Zamawiający wskazał ponadto, iż w jego ocenie „w dialogu konkurencyjnym (tak jak w przetargu ograniczonym) niedopuszczalne jest po terminie składania wniosków uzupełnienie ich w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w sposób, który wpływa na podwyższenie otrzymanej oceny, w stosunku do tej, którą wykonawca uzyskałby, gdyby nie było potrzeby wzywania go do uzupełnienia dokumentów”. W dalszej części pisma zamawiający argumentuje m.in., że branie pod uwagę zamówień ponad te, które spełniają warunek udziału w postępowaniu, stanowiłoby nierówne traktowanie wykonawców, którzy nie mieli możliwości przedstawienia dodatkowych zamówień po terminie złożenia wniosku i przez to poprawienia swojej pozycji w rankingu ocenianych wniosków, jak również, że art. 26 ust. 3 ustawy nie może być „podstawą do kreowania zawartości wniosku odbiegającej w tak znaczący sposób od pierwotnej, że w istocie to zupełnie inny wniosek”. W ocenie odwołującego się zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ograniczając zakres uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu

dotyczącego wiedzy i doświadczenia, wyłącznie do dokumentów potwierdzających wykonanie tylko 2 usług niezbędnych do wykazania spełnienia warunku.

Konsekwencją naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp było naruszenie również art. 60d ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający w pkt IV.1.2) ogłoszenia o zamówieniu wskazał, iż wykonawcy za każdą usługę, spełniającą warunki wskazane w tym punkcie otrzymają 1 pkt oraz że oceniane będą tylko te zrealizowane usługi, co do których załączono dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie. W świetle powyższego zapisu ogłoszenia należy przyjąć, iż w przedmiotowym postępowaniu kluczowe znaczenie dla pozycji wykonawców na liście rankingowej miała ilość wykazanych zamówień. Odmowa uwzględnienia przez zamawiającego 43 spośród 45 wykazanych przez odwołującego zamówień zadecydowała o odległej, piątej pozycji odwołującego na liście rankingowej. Naruszenie art. 60d ust. 3 Ustawy doprowadziło do niewłaściwej oceny spełniania przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu w oparciu o kryteria określone w pkt IV.1.2) ogłoszenia o zamówieniu, czego konsekwencją było sporządzenie błędnego rankingu wykonawców, w którym wyższe pozycje zajmują wykonawcy, którzy wykazali realizację nieporównywalnie mniejszej liczby zamówień niż odwołujący.

Odwołujący wskazał również na fakt, iż w przepisie art. 60d ust. 3 ustawy Pzp (analogicznie jak w art. 51 ust. 2 ustawy) ustawodawca posłużył się pojęciem „warunków udziału w postępowaniu” w rozumieniu art. 22 ust. 1 Pzp oraz pojęciem „najwyższej oceny spełniania tych warunków”. Zatem „najwyższa ocena” przyznana wykonawcy (dodatkowa punktacja) musi wynikać ze spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w stopniu przekraczającym minimalny zakres wymaganego w danym postępowaniu doświadczenia. Powyższe oznacza, że opis sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu, określony przez zamawiającego w ogłoszeniu, stanowi podstawę zarówno oceny, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, jak i oceny - w jakim stopniu wykonawca przewyższa wymagania minimalne (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 czerwca 2011 sygn. akt KIO 1099/11).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 2 marca 2012 roku wniósł o oddalenie odwołania. Na rozprawie podtrzymał zgłoszony wniosek.

Izba ustaliła, że stan faktyczny sprawy jest zgodny ze stanem przedstawionym przez odwołującego się w odwołaniu.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że odwołujący się ma interes w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Istotą sporu jest ocena, czy informacje zawarte w dokumentach uzupełnianych przez wykonawcę w wyniku wezwania wystosowanego przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp mogą być brane pod uwagę przy przyznawaniu ocen spełniania warunków na podstawie art. 60d ust. 3 ustawy Pzp. Zajmując stanowisko w powyższej sprawie Izba dokonała analizy przepisów prawnych i uznała, że dane zawarte w dokumentach uzupełnianych mogą służyć wyłącznie potwierdzeniu spełniania warunku udziału w postępowaniu, nie mogą natomiast oddziaływać na sytuację wykonawcy w rankingu wykonawców zapraszanych do dalszego etapu postępowania o zamówienie publiczne.

Przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w trybie dialogu konkurencyjnego, który regulowany jest przepisami 60a – 60e ustawy Pzp. W myśl art. 60d ust. 2 ustawy Pzp. zamawiający zaprasza do dialogu konkurencyjnego wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu o zamówieniu, zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 3, a jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, nie mniejszej niż 5. Zgodnie zaś z ust. 3, jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest większa niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do dialogu wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania tych warunków. Wykonawcę niezaproszonego do dialogu traktuje się jak wykluczonego z postępowania. Z powyższego wynika, że kwalifikacja wykonawców odbywa się w dwóch etapach. Najpierw zamawiający dokonuje oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, następnie zaś – w przypadku, gdy liczba wykonawców jest większa niż liczba wykonawców, którzy mają zostać zaproszeni do dialogu – dokonuje czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wybierając tych wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania tych warunków. Warunki, których ocena spełniania będzie podlegała wartościowaniu powinny być wskazane w ogłoszeniu, a określony warunek powinien mieć przypisaną wagę. Zaproszeni do dialogu powinni być wykonawcy, którzy spełniają warunki w najlepszym stopniu, a więc otrzymali największą ilość punktów. W przedmiotowym przypadku punktowane było doświadczenie wykonawcy, które powinno wynikać ze złożonych wraz z wnioskiem dokumentów.

Punktem wyjściowym dokonanych rozważań jest art. 26 ust. 1 *in principio* ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W przypadku udzielania zamówienia w trybie

dialogu konkurencyjnego dokumenty potwierdzające spełnianie warunków składa się wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w dialogu. Wynika to z art. 50 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 60c ust. 2 ustawy Pzp.

Z powyższego wynika, iż składanie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu razem z wnioskiem należy traktować jako zasadę. Przepis nakładający na wykonawców obowiązek jednoczesnego złożenia dokumentów wymaganych w postępowaniu stanowi realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Dopuszczalność uzupełnienia brakujących dokumentów i oświadczeń po otwarciu wniosków stanowi poważny wyłom od tej zasady, a zatem może nastąpić wyłącznie w sytuacjach przewidzianych przez ustawę i nie może być interpretowana rozszerzająco.

Możliwość uzupełnienia dokumentów po wyznaczonym terminie wynika z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający wzywa wykonawców, którzy nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia lub dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 zawierające błędy do ich złożenia w wyznaczonym terminie. Złożone oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Celem przepisu art. 26 ust. 3 jest ograniczenie sytuacji, w których wykonawcy składają korzystną cenowo i merytorycznie ofertę, ale muszą być wykluczeni z powodu braków lub błędów w złożonych dokumentach, mających potwierdzać spełnianie warunków podmiotowych. Zamawiający dokonując oceny dokumentów złożonych w wyniku wezwania nie może nie brać pod uwagę celu, jaki chciał osiągnąć ustawodawca stanowiąc ten przepis, a ponadto nie może zastosować przepisu w sposób, który naruszyłby zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu.

Wskazując na powyższe stwierdzić należy, że zamawiający wzywa wykonawcę do uzupełnienia dokumentów po to, by nie dopuścić do jego wykluczenia z powodu nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zapobieżenie wykluczeniu wymaga wykazania, że wykonawca spełnia minimalne warunki udziału w postępowaniu. W przedmiotowym postępowaniu minimalne standardy polegały na wykonaniu należycie dwóch usług szkoleń e-learningowych prowadzonych w formule on-line, a zatem celem wezwania było wykazanie, że odwołujący się te minimalne wymagania spełnia. Zamawiający uczynił

więc zadość obowiązkowi wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że posiada on wymagane doświadczenie i – otrzymawszy taki dokument – nie wykluczył odwołującego się z postępowania oraz przyznał mu punkty za minimalne spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby brak jest podstaw do uznania, że dokumenty złożone w wyniku uzupełnienia mogą powodować przyznanie punktacji służącej do określenia listy wykonawców najlepiej spełniających warunków w zakresie wiedzy i doświadczenia. Powodowałyby to bowiem uprzywilejowaną sytuację dla wzywanego wykonawcy, który uzyskałby dodatkowy termin na złożenie dokumentu powodującego korzystną zmianę jego położenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Co prawda Izba zdaje sobie sprawę z tego, że wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz ocena warunków pod względem ich najlepszego spełniania dokonuje się poprzez te same dokumenty, niemniej jednak należy dokonać rozróżnienia funkcji, dla której dokument taki jest składany. W ocenie Izby funkcją tą jest zapobieżenie wykluczeniu wykonawcy z postępowania, a nie wzmocnienie jego pozycji w postępowaniu. Możliwość złożenia w dodatkowym terminie dokumentu, dzięki któremu wykonawca otrzyma kolejne punkty i zmieni swą pozycję w rankingu, godzi w sposób rażący w zasadę równego traktowania wykonawców i premiuje w sposób nieuzasadniony wykonawcę, który w terminie wyznaczonym na złożenie wniosków nie złożył wszystkich wymaganych dokumentów. Z kolei wykonawcy, który w sposób rzetelny przygotowali i złożyli kompletny wniosek takiej możliwości są pozbawieni. Zamawiający, chcąc przeprowadzić postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców musiałby bowiem wezwać wszystkich wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w dialogu, do złożenia jeszcze jednego wykazu w celu jego ponownej oceny. Takie działanie pozbawione byłoby jednak podstawy prawnej. Brak jest bowiem możliwości wezwania wykonawcy do złożenia dokumentu, który został złożony wraz z wnioskiem.

Powyższe stanowisko wielokrotnie prezentowane było w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej. Przykładowo wskazać można na wyroki wydawane w sprawach: KIO 742/11, KIO 2256/10, KIO 232/12 czy KIO 133/12.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyników postępowania.

.....
.....
.....