

**WYROK**  
**z dnia 18 marca 2019 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz**

**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 marca 2019 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 marca 2019 roku przez wykonawców T. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Ośrodek Szkolenia Spawaczy „WELDER” – J. T. z siedzibą w Gliwicach, A. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Ośrodek Szkolenia Spawaczy „WELDER” – A. N. z siedzibą w Gliwicach, M. U. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M. U. Zakład Elementów Kotłowych „ZELKOT” Ośrodek Szkolenia Spawaczy „WELDER” s.c. z siedzibą w Gliwicach, – prowadzący wspólnie działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej Ośrodek Szkolenia Spawaczy „WELDER” S.C. z siedzibą w Zabrze

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Starostwo Powiatowe w Mikołowie

**orzeka**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wykonawców T. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Ośrodek Szkolenia Spawaczy „WELDER” – J. T. z siedzibą w Gliwicach, A. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Ośrodek Szkolenia Spawaczy „WELDER” – A. N. z siedzibą w Gliwicach, M. U. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M. U. Zakład Elementów Kotłowych „ZELKOT” Ośrodek Szkolenia Spawaczy „WELDER” s.c. z siedzibą w Gliwicach, – prowadzący wspólnie działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej Ośrodek Szkolenia Spawaczy „WELDER” S.C. z siedzibą w Zabrze:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców T.

J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Ośrodek Szkolenia Spawaczy „WELDER” – J. T. z siedzibą w Gliwicach, A. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Ośrodek Szkolenia Spawaczy „WELDER” – A. N. z siedzibą w Gliwicach, M. U. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M. U. Zakład Elementów Kotłowych „ZELKOT” Ośrodek Szkolenia Spawaczy „WELDER” s.c. z siedzibą w Gliwicach, – prowadzący wspólnie działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej Ośrodek Szkolenia Spawaczy „WELDER” S.C. z siedzibą w Zabrze tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od wykonawców T. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Ośrodek Szkolenia Spawaczy „WELDER” – J. T. z siedzibą w Gliwicach, A. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Ośrodek Szkolenia Spawaczy „WELDER” – A. N. z siedzibą w Gliwicach, M. U. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M. U. Zakład Elementów Kotłowych „ZELKOT” Ośrodek Szkolenia Spawaczy „WELDER” s.c. z siedzibą w Gliwicach, – prowadzący wspólnie działalność gospodarczą jako wspólnicy spółki cywilnej Ośrodek Szkolenia Spawaczy „WELDER” S.C. z siedzibą w Zabrze na rzecz Zamawiającego Starostwa Powiatowego w Mikołowie kwotę 289 zł 00 gr (słownie: dwieście osiemdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem dojazdu jednego pełnomocnika na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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 Katowicach.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający – Starostwo Powiatowe w Mikołowie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Zorganizowanie i przeprowadzenie kursu zawodowego pn. „Kurs spawanie metodą MAG135” i kurs pn. „Uprawnienia SEP w zakresie do 1 kV” w ramach projektu „Efektywne Funkcjonalne Szkoły - Program Rozwoju Szkół Zawodowych i Technicznych Powiatu Mikołowskiego” współfinansowanym ze środków Europejskiego Funduszu Społecznego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego na lata 2014 - 2020r.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień publicznych 18 stycznia 2019 roku pod numerem 504845-N-2019.

6 marca 2019 roku działając na podstawie art. 180 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego wyboru ofert w przedmiotowym postępowaniu, co do zadania nr 1 „Zorganizowanie i przeprowadzenie kursu zawodowego Spawanie metodą MAG 135” , które to nastąpiło w dniu 1 marca 2019 roku. Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty.

### Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Odwołujący podał, że zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) warunkiem udzielenia zamówienia było zapewnienie przez Wykonawcę odpowiednio wykwalifikowanej kadry instruktorskiej do przeprowadzenia kursu (pkt.1.8 SIWZ). Warunkiem udziału w postępowaniu jest m.in. skierowanie do realizacji jednej osoby, która w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert prowadziła co najmniej 1 kurs spawania metodą MAG135. (pkt.II.1.2.3.1. SIWZ). Możliwość zapewniania odpowiednio wykwalifikowanej kadry przez Wykonawcę jest istotnym elementem oceny ofert. Zgodnie z pkt XII Ad.2) SIWZ do oceny bierze się pod uwagę doświadczenie osoby skierowanej do realizacji zamówienia przy czym jeżeli Wykonawca nie wykaże doświadczenia osoby skierowanej do realizacji zamówienia ponad wymagane minimum otrzyma 0 punktów, podobnie jak w sytuacji, w której opis doświadczenia będzie niejednoznaczny lub niezezwalający na jego ocenę Zamawiający nie będzie przyznawał punktów za taki opis. (pkt

XII Ad.2 pkt.2.4 SIWZ).

Odwołujący składając ofertę wskazał dane czterech zatrudnionych u niego osób, tj. jednego instruktora zajęć teoretycznych oraz trzech stale pracujących u Odwołującego instruktorów zajęć praktycznych, z których każdy legitymuje się doświadczeniem w przeprowadzeniu, więcej niż 4 kursów spawania metodą MAG 135 w ostatnich 3 latach. W tabeli wypełnionej zgodnie z wymaganiami podano dane wszystkich czterech instruktorów wraz ze skonkretyzowanymi szkoleniami, które prowadzili.

Zamawiający po otwarciu ofert wskazał, że Odwołujący złożył ofertę cenową na poziomie 165.120 zł, a odnośnie doświadczenia osoby skierowanej do realizacji zamówienia podano: 1 osoba - instruktor zajęć teoretycznych 6 kursów,; 3 osoby - instruktorzy zajęć praktycznych, każda osoba po 6 kursów. Następnie oceniając ofertę (ogłoszenie o wyniku postępowania z dnia 1 marca 2019 r.) Zamawiający podał, że za spełnienie kryterium doświadczenie osoby skierowanej do realizacji zamówienia Odwołujący uzyskał 0 punktów, gdyż opis doświadczenia osoby został uznany za niejednoznaczny lub niepozwalający na jego ocenę.

Odwołujący zarzuciła Zamawiającemu, że ocena oferty dokonana przez Zamawiającego sprzeczna jest z samym SIWZ. Faktem jest, że Zamawiający oczekiwał wskazania jednej osoby prowadzącej kurs, przewidując (vide umowa § 4 ust.3.) procedurę zmiany osoby wskazanej w ofercie. Oferta Zamawiającego wskazywała cztery osoby, które miały być oddelegowane do przeprowadzenia szkolenia. Należy zwrócić uwagę, że kurs ma na celu przygotowanie kandydata do teoretycznego i praktycznego egzaminu państwowego (zgodnie z normą PN-EN ISO 9609-1: 2014-02) przed komisją powołaną przez Instytut Spawalnictwa. Wymogi Instytutu Spawalnictwa wskazane w wytycznych W-14/1S-41 przewidują, aby zajęcia wyróżniały część teoretyczną i praktyczną i oczywiste jest, że zajęcia w obu tych zakresach prowadzone są przez różne osoby, których kwalifikacje szczegółowo określają powyższe wytyczne (pkt 4.1 Kwalifikacje personelu szkolącego). Sam Zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 25 stycznia 2019 r. przywołał wymóg przygotowania kandydata do egzaminu przez Komisją powołaną przez Instytut Spawalnictwa powołując, jako załącznik wytyczne W-14/1S-02 przewidujące 25 godzin szkolenia teoretycznego i 120 godzin szkolenia praktycznego.

W ocenie Odwołującego nie jest zasadne, by podanie 4 osób, które miały prowadzić ponad roczne szkolenie uniemożliwiło przyznanie punktów w kryterium doświadczenie osoby skierowanej do realizacji zamówienia, bowiem w konkretnym przypadku Odwołującego przy jednorakim doświadczeniu wszystkich osób oddelegowanych do wykonania kursu dokonanie punktacji w tym kryterium jest oczywiste i nie nastęrcza trudności. Tym samym podstawowy zarzut sprowadza się do naruszenia art.91 ust. 1 ustawy, bowiem wybór najkorzystniejszej

oferty powinien nastąpić według kryteriów wskazanych w SIWZ, podczas gdy udzielenie zerowej punktacji kryterium doświadczenie opiera się na błędnym założeniu, że opis doświadczenia wskazany przez Odwołującego jest niejednoznaczny, bądź nie pozwala na ocenę tego kryterium. Jeżeli Zamawiający uznawał tę część oferty Odwołującego za niejednoznaczną winien wyczerpać tryb przewidziany w art. 87 ust. 1 ustawy, czego nie uczynił. Widoczna jest w ocenie Odwołującego sprzeczność, bowiem z jednej strony Zamawiający nie odrzuca oferty, w której wskazano kilka, a nie jedną osobę realizującą szkolenia, następnie przy otwarciu ofert nie ma wątpliwości, że każdy z zatrudnionych przez Odwołującego instruktorów legitymuje się przeprowadzeniem sześciu kursów, po czym za to kryterium przyznaje 0 punktów uznając ofertę za niejednoznaczną.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zmianami; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 6 marca 2019 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

II.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o oddalenie odwołania z uwagi na niewykazanie interesu we wniesieniu dowołania. W przepisie art. 179 ust. 1 ustawy określono zarówno katalog podmiotów uprawnionych do złożenia odwołania jak również przesłanki jakie musi kumulatywnie spełnić Odwołujący. Środki ochrony prawnej przewidziane w Dziale VI ustawy przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu a także

innemu podmiotowi. Ustawodawca w art. 2 pkt 11 ustawy zdefiniował pojęcie wykonawcy – ilekroć w ustawie jest mowa o: (...) wykonawcy – należy przez to rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Tak więc, wykonawcą w rozumieniu ustawy mogą być zarówno osoby fizyczne, osoby prawne i jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, jednakże niezależnie od formy organizacyjnej zawsze status wykonawcy łączy się z jego uczestnictwem w procedurze udzielania zamówienia publicznego. Nie jest więc możliwe uznanie za wykonawcę podmiotu, który nie jest związany z danym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, nie uczestniczy w danym zamówieniu w żaden sposób. Tak więc, warunkiem sine qua non uznania danego podmiotu za wykonawcę jest jego powiązanie z danym, konkretnym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, powiązanie nie pozorne oraz nie takie, które już ustało w wyniku innych okoliczności. Zgodnie z regulacją art. 179 ust. 1 uprawnionym do wniesienia odwołania jest wykonawca (i inne wskazane w przepisie podmioty), jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę. Niezbędnym dla oceny skuteczności wniesienia odwołania jest wykazanie kumulatywnego spełnienia wymienionych przesłanek. Ocenie podlega zatem spełnienie przez Odwołującego przesłanek posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody. Jednakże aby możliwe było dokonanie oceny spełnienia tych przesłanek Odwołujący winien się do nich odnieść. Pokreślenia wymaga, że są to przesłanki materialnoprawne, a ich ocena dokonywana jest w wyroku. Drugą przesłanką legitymacji czynnej, której spełnienie musi nastąpić kumulatywnie wraz z przesłanką interesu w uzyskaniu danego zamówienia jest wykazanie przez Odwołującego, że poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Przez szkodę rozumie się uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy, jakiego doznaje poszkodowany w wyniku określonego działania lub zaniechania. W świetle art. 179 ust. 1 ustawy podkreślenia wymaga, iż szkoda musi być wynikiem naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego, co oznacza, iż wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez Zamawiającego przepisom ustawy. Konieczne jest tym samym wykazanie przez Odwołującego, iż Zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania czynności wbrew przepisom ustawy, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie. Odwołujący, może w sposób nieudolny, ale wskazał naruszenie przepisów jakie w jego ocenie nastąpiło w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty w tym postępowaniu. W ocenie Izby wskazanie tych elementów, w tym stanie faktycznym było wystarczające. Jednocześnie

mając na uwadze, że postępowanie prowadzone jest w procedurze „odwróconej” w trybie art. 24aa ustawy zasadnym jest stanowisko wyrażone w opinii Urzędu Zamówień Publicznych, że „zgodnie z treścią art. 24aa ustawy Pzp zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu. Powyższy przepis stanowi transpozycję do polskiego porządku prawnego art. 56 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE, w świetle którego w procedurach otwartych instytucje zamawiające mogą podjąć decyzję o rozpatrzeniu ofert przed sprawdzeniem, że nie ma podstaw wykluczenia, i przed weryfikacją spełnienia kryteriów kwalifikacji. Procedura ta polega zatem na tym, że zamawiający w toku czynności oceny ofert nie dokonuje podmiotowej oceny wszystkich wykonawców (ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu, braku podstaw do wykluczenia), nie badając nawet wszystkich wstępnych oświadczeń wykonawców, składanych w szczególności w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia. W pierwszej kolejności dokonuje on oceny ofert pod kątem przesłanek odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 ustawy Pzp) oraz kryteriów oceny ofert opisanych w SIWZ, po czym dopiero wyłącznie w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza (uplasowała się na najwyższej pozycji rankingowej), dokonuje oceny podmiotowej wykonawcy, tj. bada oświadczenie wstępne, a następnie żąda przedłożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp.”. Odwołujący nie zgodził się z wynikiem postępowania wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, a z treści odwołania wynika, że w jego ocenie powinien być otrzymać punkty w ocenie kryteriów oceny ofert za doświadczenie czterech wskazanych do realizacji zamówienia osób. Zamawiający nie kwestionował tego stanowiska Odwołującego w odniesieniu do badania przesłanki interesu w uzyskaniu zamówienia.

Izba ustaliła, że odwołanie złożono w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Kurs spawanie metodą MAG135” i kurs pn. „Uprawnienia SEP w zakresie do 1 kV” w ramach projektu „Efektywne Funkcjonalne Szkoły - Program Rozwoju Szkół Zawodowych i Technicznych Powiatu Mikołowskiego” współfinansowanym ze środków Europejskiego Funduszu Społecznego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego na lata 2014 - 2020r.” w zakresie Zadania I – Zorganizowanie i przeprowadzenie kursu zawodowego pn. „Spawanie metodą MAG135”.

III.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

IV.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Mając na uwadze, że stosunki z zakresu prawa zamówień publicznych mają charakter cywilnoprawny, powołując w tym miejscu na regulację art. 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, zgodnie z którym kodeks reguluje stosunki cywilnoprawne między osobami fizycznymi i osobami prawnymi, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat* (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego



między Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...)

V.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, w skład których zgodnie z par. 8 ust. 1 rozporządzenia z Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092) wchodzi odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu jak również stanowisko Zamawiającego zawarte w piśmie z dnia 13 marca 2019 roku „Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie”.

VI.

W zakresie zarzutów odwołania:

W zakresie podniesionego zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy przez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu z naruszeniem kryteriów oceny ofert określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SWIZ) oraz przyznanie zerowej punktacji w kryterium doświadczenie, która to czynność opiera się na błędnym założeniu, że opis doświadczenia wskazany przez Odwołującego jest niejednoznaczny, bądź nie pozwala na ocenę tego kryterium – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba wskazuje, że Odwołujący stawiając zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy (jak wyżej podano), wbrew twierdzeniu Zamawiającego, zakwestionował wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu przez dokonanie tej czynności z naruszeniem kryteriów oceny ofert.

Izba uznała za zasadne stanowisko Zamawiającego zaprezentowane na rozprawie jak również w piśmie z dnia 13 marca 2019 roku w zakresie odnoszącym się do argumentacji związanej ze sposobem przyznania punktów w kryterium oceny ofert „Kdo-doświadczenie osoby skierowanej do realizacji zamówienia – waga 40%”.

Izba wskazuje, że zgodnie z SIWZ rozdział II pkt 1 – Warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia dla zadania I, pkt 1.2.3.1 Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca „skieruje do realizacji zamówienia następujące osoby: - jedną osobę, która w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert przeprowadziła co najmniej 1 kurs spawania metodą MAG 135”. Następnie w rozdziale XII - Kryteria oceny ofert, w pkt 1 Zamawiający wskazał, że przy wyborze oferty będzie kierował się kryteriami:

- 1) Kc- cena – waga 60%, oraz
- 2) Kdo- doświadczenie osoby skierowanej do realizacji zamówienia – waga 40%.

W rozdziale XII w pkt 3 Zamawiający podał sposób przyznawania punktów w poszczególnych kryteriach i w ppkt Ad2) w ppkt 2.1 uszczegółowił, że „w przypadku kryterium „doświadczenie osoby skierowanej do realizacji zamówienia” do oceny będzie brane pod uwagę doświadczenie osoby skierowanej do realizacji zamówienia powyżej minimum, wymaganego przez Zamawiającego na potwierdzenie spełnienia warunku, o którym mowa w punkcie II.1 ppkt 1.2.3.1 SIWZ. Wykonawca w formularzu oferty powinien wskazać doświadczenie osoby skierowanej do realizacji zamówienia ponad wymagane minimum”. W ppkt Ad2) w ppkt 2.2 Zamawiający szczegółowo określił sposób przyznawania punktów za doświadczenie „osoby” skierowanej do realizacji zamówienia.

W Formularzu Ofertowym (zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ – dot. Zadanie I) w punkcie 4 należało podać dane wymagane do oceny kryterium oceny ofert w kryterium doświadczenie osoby skierowanej do realizacji zamówienia.

Z powyższego wynika w sposób jednoznaczny, że do spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wbrew twierdzeniu Odwołującego, Zamawiający wymagała wskazania jednej osoby, która posiada doświadczenie w realizacji kursów spawania metodą MAG 135. Izba wskazuje, że również sam Odwołujący potwierdził to w odwołaniu: „faktem jest, że Zamawiający oczekiwał wskazania jednej osoby prowadzącej kurs, przewidując (...) procedurę zmiany osoby wskazanej w ofercie”. Podkreślenia wymaga, że wymagania w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu były jednoznaczne i precyzyjne. Nie można w ocenie Izby uznać za zasadną argumentacji Odwołującego referującej do postanowienia SIWZ - „skieruje do realizacji zamówienia następujące osoby:”

bowiem fragment ten został wyrwany z kontekstu całego zdania zawartego w ppkt 1.2.3.1 SWIZ. Dalsza część zdania w sposób jednoznaczny wskazuje, że Zamawiający wymagał na potwierdzenie warunku wykazania jednej osoby do realizacji zamówienia („skieruje do realizacji zamówienia następujące osoby: - jedną osobę, która w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert przeprowadziła co najmniej 1 kurs spawania metodą MAG 135”). Jednocześnie, wbrew twierdzeniu Odwołującego wielokrotnie w SIWZ Zamawiający wskazywał, że osoba wskazana do realizacji zamówienia to jedna osoba – np.: w rozdział XII pkt 1 ppkt 2 „Kdo – doświadczenie osoby skierowanej do realizacji zamówienia”; w rozdziale XII pkt 3 ppkt Ad2) 2.1 – „do oceny będzie brane pod uwagę doświadczenie osoby skierowanej do realizacji zamówienia(...) wskazać doświadczenie osoby skierowanej (...)”; w rozdziale XII pkt 3 ppkt Ad2) 2.2 – „(...) że osoba skierowana (...)”; w rozdziale XII pkt 3 ppkt Ad2) 2.4 – „(...) wsadzać doświadczenie osoby skierowanej do realizacji zamówienia (...)”. Również, co należy podkreślić w Formularzu Ofertowym w punkcie 4 Zamawiający zawarł treść: „Oświadczam, iż osoba (...)” natomiast w Formularzu Ofertowym złożonym przez Odwołującego dokonał on zmiany i w sposób odmienny od wymagania Zamawiającego dokonał modyfikacji i wpisał: „osoby”. Jednocześnie w tabeli w punkcie 4 Formularza Ofertowego Odwołujący podał zgodnie z wymaganiem Zamawiającego: „Funkcja / rola jaką pełniła osoba wskazana w punkcie 4” – tu Odwołujący nie zmienił treści oświadczenia, która pozostaje w sprzeczności z powyższą treścią jak również z złożonym w tabeli oświadczeniem.

Izba podkreśla, że pomiędzy stronami postępowania odwoławczego nie było kwestionowane, jak również nie było wątpliwe, że przeprowadzenie ww. kursu wymaga prowadzenia zajęć teoretycznych jak również zajęć praktycznych. Mając na uwadze, że Zamawiający wymagał na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykazania jednej osoby, która w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert przeprowadziła co najmniej 1 kurs spawania metodą MAG 135, prowadzi to do logicznego wniosku, że osoba taka musiała posiadać doświadczenie w przeprowadzeniu kursu w części teoretycznej i części praktycznej. Tym samym, aby wykazać spełnienie warunku niezbędne było wskazanie do realizacji zamówienia jednej osoby, a co za tym idzie, aby otrzymać punkty w kryterium doświadczenie osoby skierowanej do realizacji zamówienia wykonawca winien był dla tej jednej osoby podać informacje o przeprowadzonych przez nią, ponad minimum wymagane dla potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu, doświadczenie w prowadzeniu kursów obejmujących część teoretyczną i część praktyczną. Odwołujący w złożonej ofercie w Formularzu oferty w punkcie 4, który sam zmodyfikował, podał cztery osoby, z których jedna wykazała doświadczenie w prowadzeniu zajęć teoretycznych natomiast pozostałe trzy osoby w prowadzeniu zajęć praktycznych. Słusznie wskazał

w trakcie rozprawy Odwołujący, że „tabela, jaka została zawarta w ofercie w formularzu oferty jednoznacznie wskazuje osoby i kursy, w których brały one udział”. Z tabeli wynika w sposób jednoznaczny, że żadna ze wskazanych osób nie legitymuje się doświadczeniem w przeprowadzeniu kursu spawania metodą MAG135, kursu złożonego z niekwestionowanych zajęć teoretycznych i praktycznych. Bez znaczenia dla rozpoznania tej sprawy pozostaje argumentacja Odwołującego odnosząca się do kwalifikacji, uprawnień i certyfikatów jakie muszą posiadać osoby prowadzące poszczególne zajęcia w ramach tego kursu. Zamawiający jednoznacznie określił wymagania, które nie były kwestionowane przez żadnego wykonawcę i w ramach tych wymagań zobowiązany był dokonać oceny w kryteriach oceny ofert. Również argumentacja odnosząca się do egzaminów państwowych przez Komisję powołaną przez Instytut Spawalnictwa oraz wskazanie na Normę zgodnie z którą ma być przeprowadzony ten egzamin nie wpływa na ocenę doświadczenia jednej osoby w prowadzeniu kursów. Podkreślić należy, że Odwołujący nie wykazał, że nie jest możliwym prowadzenie takiego kursu przez jedną osobę w odniesieniu do zajęć praktycznych i teoretycznych. Natomiast w postępowaniu zostały złożone oferty, w których wykazano doświadczenie jednej osoby w realizacji kursu w części praktycznej i teoretycznej. W ocenie Izby Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny oferty Odwołującego w kryterium „doświadczenie osoby skierowanej do realizacji zamówienia” i prawidłowo przyznał „0” punktów, ponieważ Odwołujący nie wykazał żadnej osoby, która posiadała doświadczenie wymagane przez Odwołującego w realizacji kursu zarówno w części teoretycznej jak i praktycznej.

W odniesieniu do argumentacji budowanej przez Odwołującego w oparciu o „Informację z otwarcia ofert (...)” pismo z dnia 4 lutego 2019 roku Izba podkreśla, że dokument ten ma jedynie walor informacyjny, a w treści zawiera odzwierciedlenie treści zawartych przez wykonawcę w ofercie. Nie stanowi informacji o ocenie ofert w postępowaniu. Jednocześnie z dokumentu tego jednoznacznie wynika, że Odwołujący nie wskazał w kryteriach oceny ofert żadnej osoby (jednej osoby), która posiadała wymagane przez Zamawiającego doświadczenie.

W zakresie podniesionego zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy – Izba uznała, że nie doszło do naruszenia tego przepisu przez Zamawiającego. Zamawiający, dokonując oceny oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, posiada uprawnienia wynikające z poszczególnych przepisów ustawy, ale i obowiązki jakie nakłada na niego ustawodawca – jednakże realizacja tych prerogatyw musi mieścić się w granicy obowiązującego przepisu prawa. Właśnie takim przepisem jest art. 87 ustawy, gdzie ustawodawca przyznał Zamawiającemu prawo ale i nałożył

na Zamawiającego obowiązek. Izba zaznacza, że w myśl art. 87 ust. 1 ustawy zostało ukształtowane prawo Zamawiającego do żądania w trakcie badania i oceny ofert od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Biorąc pod uwagę, że ustawodawca nie wiąże skutku w postaci konieczności odrzucenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień nie można mówić o bezwzględny obowiązkowi wzywaniu wykonawców do składania wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Jednakże nie można pominąć w tym miejscu obowiązku, jaki ciąży na Zamawiającym, czyli rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Dokonując zestawienia uprawnień wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty oraz należytej oceny ofert wydaje się słusznym, że regulacja art. 87 ust. 1 powinna być rozpatrywana w kategoriach kompetencji Zamawiającego – czyli prawa Zamawiającego do żądania wyjaśnień jednakże połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień celem wypełnienia obowiązku przeprowadzenia oceny ofert w sposób staranny i należyty. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że Zamawiający korzystając z tego uprawnienia wyjaśnia złożone przez wykonawcę oświadczenie woli – czyli treść oferty, czyli to, co było w niej zawarte na moment otwarcia ofert. Sama instytucja wyjaśnienia treści oferty stanowi swoiste „narzędzie” Zamawiającego, dzięki któremu ma możliwość pozyskania dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości pozwala mu na należyłą ocenę sytuacji (oferty). Uprawnienie Zamawiającego żądania od wykonawcy wyjaśnień nie może prowadzić do żadnych negocjacji z wykonawcą, którego to treść oferty podlega wyjaśnieniu, a także dokonania jakiegokolwiek zmiany w treści złożonej oferty, z wyłączeniem przypadków uregulowanych w art. 87 ust. 2. Istotnym i znamionym jest również fakt, że wyjaśnienia treści złożonej oferty nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty, a ograniczać się mogą jedynie do wskazania sposobu rozumienia treści jakie zawiera złożona oferta. Zamawiający nie może więc na podstawie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego dokonywać zmian w treści pierwotnie złożonego przez wykonawcę oświadczenia woli (oferty). Jak uzasadnił Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z dnia 30 marca 2010 r. (X Ga 7/2010) Artykuł 87 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych odnosi się do możliwości żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Dotyczy to więc tej części oferty, która jest nieprecyzyjna, niejasna, dwuznaczna, budząca wątpliwości interpretacyjne, jest niedopatrzeniem, lub błędem niezamierzonym, opuszczeniem, lecz wyrażona w treści oferty. Nie dotyczy to tej części oferty, co do której wykonawca powinien był wskazać konkretne dane pozwalające na ocenę oferty lecz tego zaniechał. (...)W przypadku zupełnego braku danych wskazanie ich w terminie późniejszym jest uzupełnieniem oferty o nową treść, która ma istotny wpływ na ocenę oferty wskazującą na standard i jakość materiałów (wyrok Sądu Okręgowego

w Nowym Sączu z dnia 7 kwietnia 2009 r. III CA 88/2009), a nie jej poprawieniem (por. też wyrok Sądu Okręgowego w Tarnowie z dnia 25 czerwca 2009 r. V GA 40/2009)”.

W rozpoznawanym przypadku podkreślenia wymaga, że sam Odwołujący w trakcie rozprawy podał, „że tabela, jaka została zawarta w ofercie w formularzu oferty jednoznacznie wskazuje osoby i kursy, w których brały one udział”. Izba podziela to stanowisko Odwołującego, tabela w punkcie 4 Formularza Ofertowego zawierała treści jednoznaczne, zrozumiała i czytelne. Jednoznacznie podał Odwołujący nazwiska i imiona czterech osób oraz jednoznacznie wskazał, które z wymienionych osób są instruktorami zajęć praktycznych, a która instruktorem zajęć teoretycznych. Zamawiający nie odrzucił oferty Odwołującego z postępowania na tym etapie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ ocena w kryteriach została tak skonstruowana przez Zamawiającego, że nie przyznawał Zamawiający punktów za brak wykazania dodatkowego doświadczenia – bo o takim mowa w kryteriach. Natomiast nie oceniał Zamawiający w przypadku tego wykonawcy wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, bowiem postępowanie prowadzone jest w procedurze z art. 24aa ustawy. Tym samym nie zaistniały w postępowaniu żadne sprzeczności w podejmowanych przez Zamawiającego czynnościach.

Izba podkreśla, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, stanowi ono szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu – obowiązujące regulacje prawne są bardzo szczegółowe i nakładają na podmioty starające się o udzielenie zamówienia publicznego sztywną regulację postępowania, w zamian natomiast pozwalającą zawrzeć kontrakt z podmiotem publicznym, czyli podmiotem istniejącym i gwarantującym wypłatę środków finansowych.

Izba zaznacza, że choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy – to odstępianie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i wymaganiami SWIZ, a w konsekwencji prowadzić do wyboru w postępowaniu oferty, która nie jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego, które to Zamawiający zdefiniował w dokumentacji postępowania. To zadaniem wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu jest złożenie oferty zgodnej z wymaganiami SWIZ. Każdy z wykonawców składających ofertę w postępowaniu chce wygrać zamówienie, chce zawrzeć kontrakt ale nie jest to wystarczającym uzasadnieniem dla sanowania błędów jednego wykonawcy kosztem możliwości uzyskania zamówienia przez innego wykonawcę, bowiem naruszenie zasad

określonych w ustawie zawsze należy odnosić do wszystkich podmiotów będących uczestnikami postępowania, bowiem wszystkie zasady te obowiązują.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie *wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. z 2018 r. poz. 972)

**Przewodniczący:** .....