

Sygn. akt KIO 1427/10,

KIO 1430/10

WYROK
z dnia 20 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 lipca 2010 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **12 lipca 2010 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. Konsorcjum firm Konsorcjum: Deloitte Business Consulting Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła II 19 (Lider Konsorcjum - Pełnomocnik) , Deloitte Advisory spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła II 19

B. Konsorcjum: CASE-Doradcy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Sienkiewicza 12, Domański Zakrzewski Palinka spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, Rondo ONZ 1 (Lider Konsorcjum - Pełnomocnik)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Ministra Gospodarki Ministerstwo Gospodarki w Warszawie Plac Trzech Krzyży 3/5,**

przy udziale **Konsorcjum Centrum Promocji Informatyki spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Międzyborskiej 50 (Lider Konsorcjum - Pełnomocnik), Mobilna Kooltura spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Jagiellońskiej 88** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w zakresie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm Konsorcjum: Deloitte Business Consulting Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła II 19 (Lider Konsorcjum - Pełnomocnik) , Deloitte Advisory spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła II 19**

i przy udziale **Konsorcjum Centrum Promocji Informatyki spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Międzyborskiej 50 (Lider Konsorcjum - Pełnomocnik)**, **Mobilna Kooltura spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Jagiellońskiej 88** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w zakresie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: CASE-Doradcy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Sienkiewicza 12)**, **Domański Zakrzewski Palinka spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, Rondo ONZ 1(Lider Konsorcjum - Pełnomocnik**

orzeka:

1a. oddała odwołanie o sygn. akt KIO 1427/10 wniesione przez Konsorcjum firm Konsorcjum: Deloitte Business Consulting Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła II 19 (Lider Konsorcjum - Pełnomocnik), Deloitte Advisory spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła II 19

1b. Oddała odwołanie o sygn. akt KIO 1430/10 wniesione przez Konsorcjum firm Konsorcjum: CASE-Doradcy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Sienkiewicza 12, Domański Zakrzewski Palinka spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, Rondo ONZ 1(Lider Konsorcjum - Pełnomocnik)

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: Deloitte Business Consulting Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła II 19 (Lider Konsorcjum - Pełnomocnik), Deloitte Advisory spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła II 19 oraz Konsorcjum: CASE-Doradcy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Sienkiewicza 12, Domański Zakrzewski Palinka spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, Rondo ONZ 1(Lider Konsorcjum - Pełnomocnik) i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości **15 000 zł 00gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm Konsorcjum: Deloitte Business Consulting Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła II 19 (Lider Konsorcjum - Pełnomocnik) , Deloitte Advisory spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła II 19**
 - B** koszty w wysokości **15 000 zł 00gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero

groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: CASE-Doradcy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Sienkiewicza 12 (Lider Konsorcjum - Pełnomocnik), Domański Zakrzewski Palinka spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, Rondo ONZ 1,**

2) dokonać wpłaty kwoty zł gr (słownie:.....) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:

A kwoty zł gr (słownie:.....) przez na rzecz stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu

B kwoty zł gr (słownie:.....) przez na rzecz stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 **Warszawie**.

Skład orzekający Izby

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługę szkolenia dla pracowników i kadry kierowniczej administracji rządowej w zakresie Oceny Skutków Regulacji zostało wszczęte przez zamawiającego Ministra Gospodarki – Ministerstwo Gospodarki w Warszawie, Pl. Trzech Krzyży 3/5 ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 kwietnia 2010r. za numerem 2010/S 84 126402.

W dniu 28 czerwca 2010r. zamawiający poinformował o wynikach postępowania i wskazał, że uznał za ofertę najkorzystniejszą ofertę Konsorcjum Centrum Promocji Informatyki spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Międzyborskiej 50 (Lider Konsorcjum - Pełnomocnik), Mobilna Kooltura spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Jagiellońskiej 88 – zwanego dalej przystępującym, na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta Konsorcjum: CASE-Doradcy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Sienkiewicza 12, Domański Zakrzewski Palinka spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, Rondo ONZ 1 (Lider Konsorcjum - Pełnomocnik)- zwanego dalej odwołującym Case, a na trzecim Konsorcjum firm Konsorcjum: Deloitte Business Consulting Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła II 19 (Lider Konsorcjum - Pełnomocnik), Deloitte Advisory spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła II 19 – zwanego dalej odwołującym Deloitte.

Sygn. akt KIO 1427/10

Od tej czynności wniósł odwołanie odwołujący Deloitte w dniu 8 lipca 2010r. (wpływ bezpośredni) zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 8, art. 14, art. 26 ust. 4, art. 20 ust. 1 i ust. 3, art. 36 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 2, art. 91 ust. 1, art. 96 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 - dalej ustawy) oraz innych przepisów wymienionych w uzasadnieniu odwołania lub z niego wynikających poprzez:

- 1) zaniechanie udostępnienia Deloitte części oferty przystępującego, której treść nie może być w ogóle zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa i/lub treść jej nie została w sposób prawidłowy i zobowiązujący zastrzeżona;
- 2) zaniechanie wystąpienia do przystępującego w sprawie wyjaśnień dotyczących objęcia załączników do oferty tajemnicą przedsiębiorstwa;
- 3) niezgodnie z kryteriami opisanymi w siwz raz ustawą dokonanie oceny oferty odwołującego Case,
- 4) z ostrożności procesowej, niezgodnie z kryteriami opisanymi w siwz oraz ustawą dokonanie oceny oferty przystępującego;
- 5) zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, której treść nie odpowiada treści siwz

- 6) dokonanie z naruszeniem ustawy wyboru oferty przystępującego;
- 7) zaniechanie sporządzenia lub udostępnienia druków ZP-20 (indywidualne karty oceny ofert);
- 8) zaniechanie wyboru oferty wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu - Deloitte jako najkorzystniejszej i nie podlegającej odrzuceniu.

Odwołujący Deloitte wniósł o spowodowanie przeprowadzenia czynności:

1. odtajnienia części oferty przystępującego, która nie stanowi i/lub nie może stanowić w tym konkretnym przypadku, tajemnicy przedsiębiorstwa zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.);
2. udostępnienia odwołującemu Deloitte indywidualnych kart oceny ofert w postaci faksu (według stanu na dzień wyboru najkorzystniejszej oferty) lub po dokonaniu powtórnej oceny - sporządzenie ich przez członków komisji przetargowej i udostępnienie odwołującemu Deloitte w postaci faksu;
3. dokonania odrzucenia oferty przystępującego;
4. powtórzenia czynności oceny ofert;
5. dokonania wyboru oferty wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu - Deloitte, jako oferty najkorzystniejszej pod względem kryteriów określonych w SIWZ i nie podlegającej odrzuceniu.

W uzasadnieniu odwołujący Deloitte wskazał, że zamawiający poprzez wadliwe badanie i ocenę oferty przystępującego uniemożliwił odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, czym naruszył jego interes prawny. Odwołujący Deloitte odbył wgląd w siedzibie zamawiającego, w dniu 2 lipca 2010 r. i otrzymał do wglądu następujące dokumenty: wszystkie strony oferty DZP wraz z wyjaśnieniem kwestii zastosowania stawki VAT; sześć stron oferty przystępującego (strony oznaczone odpowiednio w górnej części każdej kartki numerami: 1, 2, 3, 4, 5, 6) wraz z wyjaśnieniem kwestii zastosowania stawki VAT; protokół postępowania, w postaci wypełnionych druków: 1. Załącznik nr 1 DRUKZP-1 (sześć stron); 2. DRUKZP-1/PN (trzy strony); 3. Załącznik nr 3 DRUK ZP-11 dla: Pani Otylii T. Pana Artura K., Pana Pawła C., Pana Ireneusza M., Pana Michała K., Pana Janusza K.; 4. DRUKZP-12; 5. Protokół z posiedzenia komisji przetargowej z dnia 14 czerwca 2010 r. (dwie strony); 6. DRUKZP-17; 7. DRUKZP-21 (dwie strony). Wskazał, że nie otrzymał do wglądu od zamawiającego oferty przystępującego poza stronami oznaczone numerami od 1 do 6, tj.: pismo przewodnie (strona nr 1), potwierdzenie wniesienia wadium (strona nr 2), formularz ofertowy (strony 3 i 4), informacja uzupełniająca (strona nr 5), kopia oświadczenia Pana dr Grzegorza S. (strona nr 6). Przedstawiciel zamawiającego oświadczył, iż pozostała część oferty objęta jest tajemnicą przedsiębiorstwa i nie zostanie udostępniona Deloitte. Ze stanowiskiem tym nie zgodził się odwołujący Deloitte, gdyż przepis art. 8 w związku z art. 14

ustawy określa, co nie może podlegać zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa, a ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji precyzuje zakres informacji, które mogą zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający w ogóle nie zweryfikował w oparciu o art. 26 ust. 4 ustawy, czy treść omawianej części oferty wykonawcy przystępującego może zostać w ogóle uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, a na stronach od 1 do 6 jawnej części oferty wykonawcy przystępującego w żadnym miejscu nie zostało złożone zastrzeżenie do części oferty po stronie oznaczonej nr 6, co według odwołującego Deloitte oznacza, że zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy oraz na podstawie § 10 ust. 11 SIWZ nie dokonano w ogóle zastrzeżenia lub dokonano je w sposób nieskuteczny.

Odwołujący otrzymał do wglądu od Zamawiającego pełną treść oferty odwołującego CASE oraz DRUKZP-21 „Streszczenie oceny i porównania złożonych ofert. Ofercie tej w kryterium oceny ofert „Liczba wykonanych zamówień polegających na usługach szkoleniowych z zakresu analizy społeczno-ekonomicznych skutków aktów prawnych ocenionych pozytywnie przez Zamawiającego w okresie ostatnich trzech lat" przyznano maksymalną liczbę punktów. Zdaniem Odwołującego Deloitte, na podstawie przeanalizowania treści oferty odwołującego Case, a w szczególności Załącznika 6 - Wykaz zamówień szkoleniowych dla potrzeb punktacji w kryterium oceny ofert, ocena dokonana przez Zamawiającego została przeprowadzona nieprawidłowo, niezgodnie z art. 91 ust 1 ustawy oraz § 13 ust. 4 SIWZ. W tabeli wykazu zamówień szkoleniowych znajduje się 10 pozycji (towarzyszą temu referencje od klientów, z czego dwie referencje dotyczą szkoleń (w tym jedna szkolenia próbnego w ramach projektu polegającego na opracowaniu materiałów i metodyki szkoleń). Pozostałe referencje dotyczą: analiz, opinii prawnych, doradztwa prawnego. Ponadto jedna z referencji szkoleniowych nie dotyczy odwołującego Case, a Pana Wojciecha R. - członka zespołu projektowego. Wśród ww. pozycji są dwie pozycje, w stosunku do których stwierdzono, że „należyte wykonanie powierzonej pracy potwierdza wydanie drukiem Barometru Legislacyjnego (publikacje w zał.)", a odwołujący Deloitte uważa, że nie można uznać takich dokumentów za odpowiadające SIWZ i za równoznaczne z pozytywną oceną Zamawiającego (w sensie formalnym - bo nie ma referencji, ani protokołu odbioru).

Odwołujący zauważył także w ofercie odwołującego Case, iż Załącznik 6a - Wykaz zamówień doradczych dla potrzeb punktacji w kryterium oceny ofert, w tabeli, wskazuje pośród 10 pozycji jedną usługę dotyczącą szkolenia z zakresu OSR. Z treści dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi wynika, że „usługa" dotyczyła prezentacji dotyczącej OSR oraz, że usługę wykonały osoby fizyczne, a nie którykolwiek z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Według odwołującego w tym kryterium można odwołującemu Case uznać dwie maksymalnie trzy usługi jako spełniające wymogi zamawiającego, a zatem odwołujący Case nie powinien był otrzymać

maksymalnej liczby punktów.

Odwołujący nie otrzymał do wglądu od Zamawiającego wykazów usług ujętych w ofercie przystępującego. Jednak na podstawie przeprowadzonej oceny oferty odwołującego Case, Odwołujący Deloitte wnioskuje, iż oferta przystępującego została podobnie oceniona, w związku z tym uważa, że zamawiający dokonał oceny także tej oferty niezgodnie z kryteriami określonymi w § 13 ust. 4 siwz, czym naruszył art. 91 ust 1 ustawy. Ponadto według odwołującego Deloitte oferta przystępującego powinna być także odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, gdyż przystępujący samodzielnie zmienił treść załącznika nr 1 do SIWZ poprzez usunięcie informacji dotyczących Regonu, NIP, nr konta bankowego. Usunięcie treści z formularza ofertowego, który nie podlega wyjaśnieniu ani uzupełnieniu, powoduje, iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ a oferta podlega odrzuceniu. Dodatkowo podniósł, że oferta przystępującego zawiera nieodpowiadające treści siwz informacje w zakresie podwykonawstwa. Zamawiający żądał wskazania części zamówienia, której wykonanie powierza się podwykonawcom, a przystępujący wskazał, że nie zamierza powierzyć podwykonawstwa w zakresie przedmiotu zamówienia, na które Zamawiający nie wyraził zgody w SIWZ. Należy uznać, według odwołującego Deloitte, iż przystępujący nie wskazał części zamówienia, które powierzy podwykonawcom, co potwierdza niezgodność oferty z § 2 ust. 10 SIWZ oraz art. 36 ust. 4 ustawy. Odwołujący na odbytym wglądzie nie otrzymał od Zamawiającego indywidualnych kart oceny ofert (druki ZP-20). W przypadku, kiedy Zamawiający w ogóle nie sporządził wymaganych kart indywidualnej oceny ofert lub też nie okazał ich, należy uznać taki fakt, zdaniem odwołującego Deloitte, za działanie niezgodne z art. 96 ust. 2 i 3 ustawy oraz z art. 20 ust. 1 i 3 ustawy. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika Konsorcjum, działającego na podstawie pełnomocnictw udzielonych przez obu członków konsorcjum podpisanych w przypadku Deloitte Business Consulting SA przez dwóch członków zarządu upoważnionych do reprezentacji łącznej zgodnie z odpisem z KRS załączonym do pisma z dnia 9 lipca 2010r., a w przypadku Deloitte Advisory sp. z o.o. przez wiceprezesa zarządu upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji z odpisem z KRS załączonym do pisma z dnia 9 lipca 2010r. Kopia odwołania została zamawiającemu przekazana w dniu 8 lipca 2010r.

W dniu 9 lipca 2010r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania i wezwał ich do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 12 lipca 2010r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił przystępujący wnosząc o oddalenie odwołania oraz wskazując, że ma interes w tym, aby zamawiający nie był obowiązany do odrzucenia oferty przystępującego ani ujawnienia zastrzeżonych fragmentów tej oferty i aby utrzymał w mocy swoją decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty przystępującego. W uzasadnieniu przystępujący podniósł, że

załącznik nr 1 wg SIWZ nie został przez przystępującego zmieniony, a jedynie wypełnienie go treścią spowodowało, że informacja o numerach Regon i NIP znalazła się w innym miejscu. Jeżeli chodzi o informację o rachunku bankowym, to Zamawiający jak i Odwołujący się posiadają o nim pełne dane bowiem, za jego pośrednictwem dokonują się rozliczenia pomiędzy Stronami w związku z realizacją I części projektu, którego kontynuacja jest przedmiotem postępowania przetargowego, którego niekorzystne dla Odwołującego się rozstrzygnięcie doprowadziło do wniesienia przez niego odwołania. Tak więc należy wyraźnie stwierdzić, że Zamawiający dysponował wszystkimi wymaganymi przez SIWZ informacjami o ofercie, co oznacza, że mógł w sposób właściwy dokonać oceny oferty i uznać, że spełnia ona postawione wobec oferentów wymogi formalno - informacyjne. Podnoszone więc w odwołaniu argumenty nie mają istotnego znaczenia i są wyłącznie natury formalnej oraz jako takie, nie mają żadnego wpływu na ocenę merytoryczną oferty złożonej przez Przystępującego. To samo stwierdzenie odnosi się do rzekomo nie udostępnionych przez Zamawiającego dokumentów takich jak wyciąg z KRS, zaświadczenie z ZUS i US o niezaleganiu w uiszczaniu składek i podatków, które znalazły się w dokumentacji w części objętej zakazem ujawniania. To zastrzeżenie ma dla przystępującego walor daleko idącego zaskoczenia, ponieważ, przystępujący przygotowywał z Odwołującym się wspólną ofertę do przetargu na I część projektu i obecnie w taki sam sposób dokonał utajnienia informacji tj. poprzez zastosowanie przekładki oddzielającej trwale odpowiednie dokumenty od reszty w ramach całości zamkniętej w segregator z ponumerowanymi stronami, co jest całkowicie zgodne z wymaganiami SIWZ. Podniósł, że hipoteza o rzekomo niewłaściwie przeprowadzonej ocenie oferty przystępującego przez zamawiającego opiera się na ocenie wyniku oceny dokumentacji innego oferenta, a przecież odwołującemu Deloitte jest doskonale znana wiedza i doświadczenie jakie posiada przystępujący. Firma Deloitte współpracuje z powodzeniem z firmą Mobilna Kooltura przy realizacji projektów doradczych od ponad dwóch lat, a konsorcjum które zrealizowało I część szkoleń powstało z inicjatywy Mobilnej Kooltury. Podkreślił, że fakt, iż obaj członkowie konsorcjum przystępującego działają aktywnie m.in. na polu dydaktyki, z racji prowadzonej działalności w żadnym wypadku nie uprawniała do formułowania hipotezy, która stoi w sprzeczności z posiadaną wiedzą o tym, że Przystępujący posiadali i posiadają maksymalną liczbę wymaganych referencji. Przystępujący załączył dowody przekazania kopii przystąpienia odwołującemu Deloitte i zamawiającemu w dniu 12 lipca 2010r. Przystąpienie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego w oparciu o pełnomocnictwo udzielone mu przez lidera konsorcjum przystępującego oraz w oparciu o pełnomocnictwo konsorcjalne dla lidera konsorcjum. Oba pełnomocnictwa zostały podpisane przez osoby upoważnione zgodnie z załączonymi do przystąpienia odpisami z KRS dla obu członków Konsorcjum.

Sygn. akt KIO 1430/10

W dniu 8 lipca 2010r. wniósł odwołanie odwołujący Case zarzucając zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 1 ustawy tj. zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który zapewnia równe traktowanie wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia; art. 89 ust. 6 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum spółek w składzie: Centrum Promocji Informatyki sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Mobilna Kooltura sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w związku ze złożeniem przez spółkę oferty, która zawiera błędy w obliczaniu ceny.

Wniósł o unieważnienie czynności Zamawiającego z 28 czerwca 2010 r. dotyczącej wyboru najkorzystniejszej oferty; ponowne dokonanie badania oraz oceny złożonych ofert; odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w składzie: Centrum Promocji Informatyki sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Mobilna Kooltura sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie ze względu na błędy w obliczaniu ceny, które nie podlegają sanacji na podstawie obowiązujących przepisów ustawy; uznanie, iż oferta złożona przez Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu wskazał, że w postępowaniu złożono 3 oferty. W każdej ze złożonych ofert wykonawcy odmiennie wyliczyli kwoty podatku należnego, stosując odmiennie stawki VAT dotyczące przedmiotu zamówienia. Odwołujący Case złożył ofertę, w której wykazał, że przedmiot zamówienia jest zwolniony z podatku VAT. Z treści otrzymanego przez Odwołującego Case 28 czerwca 2010 r. zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty wynika, że w toku Postępowania złożono 3 oferty. Zamawiający nie wykluczył żadnego z wykonawców z postępowania ani nie odrzucił żadnej oferty. Stosownie do art. 43 ust. 1 pkt 1 w związku z poz. 7 załącznika nr 4 do ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2004 r. nr 54, poz. 535 ze zm., zwanej dalej: „ustawą o VAT”) usługi będące przedmiotem postępowania przetargowego (tj. usługi szkoleniowe) powinny być objęte zwolnieniem z opodatkowania podatkiem VAT. Zgodnie z ofertą złożoną przez przystępującego kwota netto wynagrodzenia za świadczoną usługę wyniosła -2.580.312 zł podczas gdy kwota brutto była równa - 2.885.870,40 zł. A zatem podatek VAT należny z tytułu świadczenia usług szkoleniowych przez ten podmiot wyniósł 305.558,40 zł, czyli około 12% (11,84%) kwoty netto. Mając na uwadze, iż w Polskim systemie prawnym nie ma takiej stawki podatku VAT, w opinii Odwołującego Case, taka kwota podatku VAT może wynikać z rozbicia świadczonej usługi szkoleniowej na poszczególne elementy np. usługę stricte szkoleniową i pomocniczą w stosunku od niej usługę cateringową, a następnie zastosowanie do nich różnych stawek podatku VAT. Zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy o VAT w przypadku gdy świadczenie stanowi jedną ekonomicznie całość nie jest możliwy jego podział na poszczególne

elementy dla potrzeb opodatkowania podatkiem VAT. Oznacza to, iż w sytuacji gdy świadczona usługa składa się z kilku różnych świadczeń, wszystkie one powinny być potraktowane dla potrzeb podatku VAT jako jedno świadczenie (tj. jedna usługa) i opodatkowane zgodnie z zasadami dotyczącymi opodatkowania usługi głównej (zasadniczej), przesądzającej o charakterze danej usługi. Dlatego świadczenia uzupełniające wobec usługi głównej, powinny być na gruncie podatku VAT traktowane w ten sam sposób jak usługa zasadnicza. W szczególności będzie do nich miała zastosowanie ta sama stawka podatku VAT, która ma zastosowanie do usługi zasadniczej. Takie stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie ETS. Na potwierdzenie powyższej tezy wskazał wyrok ETS z dnia 25 lutego 1999 r. w sprawie C-349/96 Card Protection Plan Ltd, wyrok z dnia 27 października 2005 r. w sprawie C041/O4 Levob Verzekeringen BV, wyroku z dnia 29 marca 2007 r. w sprawie C-111/05 Aktiebolaget NN v. Skatteverket. W ocenie ETS jedno świadczenie występuje w przypadku, gdy co najmniej dwa elementy albo co najmniej dwie czynności dokonane przez podatnika na rzecz klienta są ze sobą tak ściśle związane, że tworzą obiektywnie tylko jedno nierozzerwalne świadczenie gospodarcze, którego rozdzielenie miałoby charakter sztuczny. Wskazał także na orzecznictwo sądów polskich w tym przedmiocie – wyrok SN z dnia 21 maja 2002 r. (sygn. akt RN 66/01), wyrok WSA w Warszawie z dnia 10 grudnia 2009 r. (sygn. akt III SA/Wa 1022/09), wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 8 grudnia 2008 r. sygn. akt I SA/Wr 881/08). Według odwołującego Case, celem podmiotu nabywającego usługi szkoleniowe jest uzyskanie rezultatu w postaci przeszkolenia określonych osób. Dlatego w przypadku gdy takiej usłudze towarzyszą dodatkowe usługi pomocnicze takie jak np. catering, są one jedynie świadczeniami pomocniczymi do usługi szkoleniowej. Nie można natomiast uznać, iż podmiot zlecający wykonanie szkolenia, podczas którego powinien być zapewniony catering dla osób biorących udział w szkoleniu, chce nabyć dodatkowo usługi cateringu. Takie usługi mają jedynie na celu poprawienie jakości usługi szkoleniowej. Usługi te uzupełniają świadczoną usługę szkoleniową będąc jednym z elementów przeprowadzanego szkolenia, nierozzerwalnie z nim związanym. Ich wydzielenie, byłoby sztucznym podziałem usługi szkoleniowej, nieoddającym należycie jej charakteru a przez co wpływającym negatywnie na funkcjonowanie systemu podatku VAT. W konsekwencji usługi pomocnicze razem z usługą szkoleniową stanowią jedną ekonomicznie całość, która nie powinna być sztucznie rozdzielana. Błąd w stawce podatku VAT u wykonawcy wybranego – przystępującego powoduje błąd w obliczeniu ceny. Według odwołującego Case, powszechnie przyjmuje się, iż kwalifikowaną przesłanką odrzucenia oferty na podstawie przepisu stanowiącego obowiązek odrzucenia oferty w związku z popełnionym przez wykonawcę błędem w obliczaniu ceny jest zastosowanie niewłaściwej stawki podatku VAT. Na potwierdzenie tego wskazuje orzeczenia KIO z 7 stycznia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1845/09; z 18 lutego 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 681/09; z 9 czerwca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1940/09; z 24 marca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 282/09; z 21 listopada 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1258/08; z 15 lipca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 668/08. Odwołujący Case wskazał, że jego interes prawny w ubieganiu się o przedmiotowe zamówienie

doznał uszczerbku w wyniku niezgodnej z prawem czynności Zamawiającego w postaci dokonania oceny złożonych ofert. Uszczerbek odwołującego Case polega na tym, iż wskutek rażącego naruszenia powołanych przepisów ustawy, pozbawiony został możliwości uzyskania zamówienia. Gdyby zamawiający dokonał oceny ofert stosując się do postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferta Odwołującego Case uznana zostałaby za najkorzystniejszą. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika Konsorcjum – radcę prawnego zgodnie z pełnomocnictwami udzielonymi przez obu członków konsorcjum załączonymi do odwołania i podpisanymi, zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS dla obu spółek, z którego odpisy załączono do odwołania,. Kopia odwołania została zamawiającemu przekazana w dniu 8 lipca 2010r.

W dniu 9 lipca 2010r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania i wezwał ich do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 12 lipca 2010r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił przystępujący wnosząc o oddalenie odwołania oraz wskazując, że ma interes w tym, aby zamawiający nie był obowiązany do odrzucenia oferty przystępującego. Wniósł o o oddalenie odwołania w całości z uwagi na brak podstawy prawnej do odrzucenia oferty oraz bezzasadność zawartych w nim zarzutów. W uzasadnieniu wskazał, że Zamawiający nie był i nie jest uprawniony do weryfikowania stawek VAT, ani tym bardziej do dokonywania interpretacji prawa podatkowego na gruncie ustawy o podatku od towarów i usług. Zdaniem Przystępującego, znajdującym oparcie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 sierpnia 2009r. sygn. akt KIO/UZP 987/09, za nieuprawnione należy uznać reprezentowane w części doktryny stanowisko, iż przyjęcie różnych stawek VAT w ofertach przez wykonawców w ramach tego samego postępowania nie można pogodzić z wyrażoną w art. 7 ust. 1 U p. z. p. zasadą równego traktowania wykonawców. Zasada ta nie doznaje uszczerbku również w analizowanej sprawie, gdyż każdy z oferentów podał Zamawiającemu cenę brutto zaś sposób obliczenia podatku (lub zastosowania zwolnienia z opodatkowania) będzie wiązał się z ryzykiem wyłącznie po stronie wykonawcy. W powoływanym wyroku podkreślono również, iż zgodnie z art. 103 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. nr 54 poz. 535 ze zm.) to na wykonawcy ciąży obowiązek obliczania i wpłacania podatku w odpowiednim terminie. Dlatego zamawiający, który w specyfikacji nie przedstawił swoich wymogów dotyczących stawek podatku powinien oprzeć się na wyliczeniach wykonawcy. W przypadku wystąpienia ewentualnych błędów w zastosowaniu stawki VAT to na podatniku (wykonawcy) będzie ciążył obowiązek właściwego uregulowania podatku oraz będzie odpowiadał za jego niewłaściwe naliczenie (lub brak naliczenia jak to może mieć miejsce w przypadku zastosowania zwolnienia) i przekazanie organowi skarbowemu. Dodatkowo w wyroku tym Krajowa Izba Odwoławcza zaznaczyła, że takie stanowisko jest uprawnione

także w świetle art. 14a ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2005r. nr 8 poz. 60 ze zm.), zgodnie z którym Minister właściwy do spraw finansów publicznych dąży do zapewnienia jednolitego stosowania prawa podatkowego przez organy podatkowe oraz organy kontroli skarbowej, dokonując w szczególności jego interpretacji, przy uwzględnieniu orzecznictwa sądów oraz Trybunału Konstytucyjnego lub Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (interpretacje ogólne). Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej potwierdza to, że zamawiający nie jest uprawniony do dokonywania wiążącej interpretacji w zakresie właściwej stawki VAT. W konsekwencji zamawiający nie jest uprawniony do weryfikowania tej stawki w ofercie wykonawcy a tym bardziej nie jest uprawniony do dokonywania interpretacji zagadnień podatkowych w świetle ustaw podatkowych, orzecznictwa krajowych sądów administracyjnych oraz Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Właściwe do weryfikacji i przeprowadzania kontroli w tym zakresie są bowiem organy kontroli skarbowej (organy podatkowe), zaś stawkę określa jedynie wykonawca (podatnik) zgodnie z przytaczanym wyżej art. 103 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług. Przystępujący podniósł, że gdyby nawet uznać stanowisko odwołującego Case za zasadne, to zamawiający byłby również zobowiązany do przeprowadzenia analizy czy pozostali wykonawcy (w tym Odwołujący Case) dokonali prawidłowego rozliczenia VAT w odniesieniu do usług, o których mowa w projekcie umowy oraz czy zastosowali prawidłowe stawki VAT. Dopiero po takiej analizie prawno - podatkowej wszystkich ofert Minister mógłby odrzucić oferty zawierające błędy. Zdaniem przystępującego, zamawiający, który nie wydał jednoznacznych dyspozycji co do obliczania ceny ofertowej w zakresie naliczenia podatku, nie miał prawa na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy odrzucić oferty, w której cena została obliczona w inny sposób, niż choćby zakładał zamawiający lub w inny sposób niż przyjęli pozostali oferenci. W konsekwencji za nieuzasadniony i nie znajdujący oparcia w ustawie należy uznać zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 89 ust 1 pkt 6 ustawy. Według przystępującego, odwołujący Case popełnia zasadniczy błąd w zakresie ustalenia przedmiotu opodatkowania. Przedmiotem zamówienia jest „zadanie polegające na przygotowaniu i przeprowadzeniu szkoleń (...) a także inne czynności wskazane w umowie”. A zatem § 1 projektu umowy nie pozostawia wątpliwości, iż zakresem tej umowy, i tym samym, przedmiotem zamówienia objętych będzie szereg różnych usług. Kolejne paragrafy umowy precyzują te poszczególne usługi, do których świadczenia zobowiązanych jest wykonawca. W szczególności usługami takimi są: usługa obsługi cyklu szkoleniowego (polegająca m.in. na zainicjowaniu i przeprowadzeniu rekrutacji wskazanych urzędów czy przygotowaniu materiałów szkoleniowych); usługa hotelowa i gastronomiczna według szczegółowych wymogów Zamawiającego; usługa edukacyjna polegająca na przeprowadzenia szkolenia przez zespół specjalistów, posiadających odpowiednie kwalifikacje i doświadczenie. Według przystępującego, każda z

zamawianych przez Zamawiającego usług mogłaby stanowić odrębny przedmiot zlecenia i byłaby to sytuacja typowa w obrocie gospodarczym, nie budząca kontrowersji. Przystępujący zastosował stawki podatku VAT w sposób prawidłowy, tzn. zgodnie z aktualnie obowiązującą ustawą z 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług. W szczególności do usługi edukacyjnej (dydaktycznej, symbol PKWiU 80.42) zastosował zwolnienie, do usług gastronomicznych czy hotelowych zastosował stawkę 7%, zaś w stosunku do pozostałych usług polegających na kompleksowej realizacji obsługi cyklu szkoleniowego stawkę w wysokości 22%. Przystępujący wskazał, że twierdzenie odwołującego Case o rzekomej powszechności poglądu, iż zastosowanie niewłaściwej stawki podatku VAT jest błędem w obliczeniu ceny i rzekomej jednolitości orzecznictwa w tym zakresie. Dowodem bezpodstawności takich twierdzeń jest chociażby powołany już wyżej wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 sierpnia 2009 r. Przystępujący z pełną stanowczością stwierdził, iż w przedmiotowym postępowaniu stawki podatku VAT zostały zastosowane w sposób prawidłowy, a zatem o żadnym błędzie w obliczeniu ceny nie może być mowy. Zgodnie z wymogami przedmiotowego postępowania przystępujący był zobowiązany do takiego obliczenia ceny, aby zamawiający miał możliwość porównania wszystkich ofert w całkowitych kwotach brutto. Zgodnie z § 9 projektu umowy przedstawione powinno zostać łączne wynagrodzenie z tytułu prawidłowej i kompleksowej realizacji całej umowy, która swym zakresem dotyczy szeregu różnych usług. Dowodem na to jest chociażby § 9 pkt 5 projektu umowy nakładający na wykonawcę obowiązek dołączenia do każdej faktury specyfikacji uwzględniającej różne kategorie wydatków, poniesionych w związku z realizacją umowy. Z jednej bowiem strony zamawiający chciał znać całkowite potencjalne obciążenie z tytułu wszystkich usług objętych projektowaną umową, zaś z drugiej chciał otrzymywać informacje o wartości poszczególnych, świadczonych usług. Do przystąpienia przystępujący załączył jako dowód na okoliczność wykazania faktu, iż prawidłowo dokonał zastosowania stawki podatku VAT opinię podatkowa KPMG z dnia 12 lipca 2010r. Przystępujący załączył dowody przekazania kopii przystąpienia odwołującemu Case i zamawiającemu w dniu 12 lipca 2010r. Przystąpienie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego w oparciu o pełnomocnictwo udzielone mu przez lidera konsorcjum przystępującego oraz w oparciu o pełnomocnictwo konsorcjalne dla lidera konsorcjum. Oba pełnomocnictwa zostały podpisane przez osoby upoważnione zgodnie z załączonymi do przystąpienia odpisami z KRS dla obu członków Konsorcjum.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Izba dopuściła jako dowód sprawie dowód z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, wyjaśnień do

siwz, oferty przystępującego, oferty odwołującego Case, protokołu postępowania wraz z załącznikami, informacji o wyniku postępowania oraz pisma odwołującego Case do zamawiającego z dnia 23 października 2009r. w sprawie BDG – II – 281 – 31 –IM/09 i na tej podstawie ustaliła, co następuje :

Zgodnie z § 2siwz - Informacje ogólne dla wykonawców pkt. 10 zamawiający żądał wskazania przez wykonawcę w ofercie, części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom. Wykonawca nie mógł powierzyć podwykonawcom:

- a. przygotowania programów i harmonogramów szkoleń,
- b. opracowania materiałów informacyjnych,
- c. prowadzenia szkoleń,
- d. gromadzenia i przetwarzania danych osobowych zawartych w kwestionariuszach PEFS 2007,
- e. tworzenia sprawozdań miesięcznych z realizacji działań.

W § 3 siwz - Opis Przedmiotu Zamówienia wskazano, że przedmiotem zamówienia jest Szkolenie dla pracowników i kadry kierowniczej administracji rządowej w zakresie Oceny Skutków Regulacji. Kod Wspólnego Słownika Zamówień (CPV) dla zamówienia: 80500000-9 Usługi szkoleniowe, a szczegółowy opis przedmiotu zawiera Załącznik 3 do umowy.

W § 5 siwz - Warunki udziału w postępowaniu, opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, oraz wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, oraz dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24, zamawiający postanowił dopuścić do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy posiadają wiedzę i doświadczenie w zakresie analizy społeczno – ekonomicznych skutków aktów prawnych.

Zamawiający uznawał warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykazał, że:

- a) zorganizował w okresie ostatnich 3 lat co najmniej 1 cykl szkoleniowy o wartości co najmniej 300.000,00 zł;
- b) zorganizował w okresie ostatnich 3 lat co najmniej 1 cykl szkoleniowy dla co najmniej 300 osób;
- c) wykonał w okresie ostatnich 3 lat co najmniej 1 usługę doradczą z zakresu analizy społeczno- ekonomicznych skutków aktów prawnych o wartości co najmniej 100.000,00 zł.

Wykonawcy na potwierdzenie spełnienia warunku mieli przedłożyć wykaz usług wykonanych, a dla usług o charakterze ciągłym także wykonywanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentów (np. referencji), potwierdzających że te usługi zostały wykonane lub są

wykonywane należycie - na Załączniku nr 3 do SIWZ.

Zamawiający miał dokonać oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu metodą „spełnia – nie spełnia”, w oparciu o informacje zawarte w dokumentach i oświadczeniach wymaganych przez Zamawiającego w niniejszej SIWZ. Z treści załączonych dokumentów i oświadczeń musiało wynikać jednoznacznie, iż Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W myśl § 10 siwz - opis sposobu przygotowania oferty w pkt 11 zamawiający postanowił, że w przypadku, gdy informacje zawarte w ofercie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r., o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. jedn. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz.1503 ze zm.), Wykonawca powinien to wyraźnie zastrzec w ofercie i odpowiednio oznaczyć zastrzeżone informacje. Wskazane jest wyodrębnienie dokumentów zawierających zastrzeżone informacje. Nie podlegały zastrzeżeniu informacje obejmujące: nazwę (firmę) oraz adres Wykonawcy, cenę oferty, termin wykonania zamówienia i warunki płatności.

W § 12 siwz - opis sposobu obliczenia ceny oferty zamawiający wskazał, że wykonawca ma podać cenę oferty w sposób wskazany w formularzu ofertowym (załącznik nr 1 do SIWZ).

Stawka podatku VAT powinna być określana zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535 z późn. zm.). Wszystkie wartości powinny być podane w złotych polskich. Cena oferty powinna być wyrażona cyfrowo i słownie oraz podana z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Cena podana w ofercie powinna zawierać wszystkie koszty Wykonawcy związane ze świadczeniem przedmiotu umowy oraz uwzględniać inne opłaty, a także podatki wynikające z realizacji umowy, jak również ewentualne upusty i rabaty.

W § 13 siwz zamawiający zawarł kryteria oceny ofert i postanowił, że oferty zostaną ocenione przez Zamawiającego w oparciu o następujące kryteria

1. Cena 50%
2. liczba wykonanych zamówień polegających na usługach szkoleniowych z zakresu analizy społeczno-ekonomicznych skutków aktów prawnych ocenionych pozytywnie przez zamawiającego w okresie ostatnich trzech lat 25%
3. liczba wykonanych Zamówień polegających na usługach doradczych z zakresu analizy społeczno-ekonomicznych skutków aktów prawnych ocenionych pozytywnie przez zamawiającego w okresie ostatnich trzech lat 10%
4. prowadzenie sesji szkoleniowej przez dwóch trenerów jednocześnie 15%

Kryterium „liczba wykonanych zamówień polegających na usługach szkoleniowych z zakresu analizy społeczno-ekonomicznych skutków aktów prawnych ocenionych pozytywnie przez

Zamawiającego w okresie ostatnich trzech lat” miało zostać ocenione w oparciu o dokumenty wymienione w zał. nr 6 do SIWZ. Do punktacji Zamawiający kwalifikował tylko prace odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia wraz z dokumentami potwierdzającymi, że usługi te zostały wykonane należyście. Wykonawca może przedstawić w zał. nr 6 do SIWZ maksymalnie 10 usług szkoleniowych. Brak deklaracji nie powodował odrzucenia oferty.

Kryterium „liczba wykonanych zamówień polegających na usługach doradczych z zakresu analizy społeczno-ekonomicznych skutków aktów prawnych ocenionych pozytywnie przez Zamawiającego w okresie ostatnich trzech lat” miało zostać ocenione w oparciu o dokumenty wymienione w zał. nr 6a do SIWZ. Do punktacji Zamawiający kwalifikował tylko prace odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia wraz z dokumentami potwierdzającymi, że usługi te zostały wykonane należyście. Wykonawca mógł przedstawić w zał. nr 6a do SIWZ maksymalnie 10 usług doradczych. Brak deklaracji nie powodował odrzucenia oferty.

Kryterium „prowadzenie sesji szkoleniowej przez dwóch trenerów jednocześnie” miało zostać ocenione w oparciu o oświadczenie Wykonawcy złożone w Formularzu ofertowym (Zał. nr 1 do SIWZ) – waga 15 % zgodnie z następującym rozumowaniem:

- 15 punktów otrzymuje Wykonawca, który zobowiąże się do prowadzenia sesji szkoleniowej przez dwóch trenerów jednocześnie,
- 0 punktów otrzyma Wykonawca, który nie zobowiąże się do prowadzenia sesji szkoleniowej przez dwóch trenerów jednocześnie.

W tym kryterium Wykonawca mógł uzyskać maksymalnie 15 punktów.

Brak deklaracji prowadzenia sesji szkoleniowej przez dwóch trenerów jednocześnie nie powodował odrzucenia oferty.

W formularzu ofertowym pod adresem siedziby wykonawcy zamawiający wymagał wskazania nr REGON i nr NIP oraz nr konta bankowego:

W formularzu tym wykonawcy mieli złożyć oświadczenie, że zapoznali się z wymaganiami zamawiającego, dotyczącymi przedmiotu zamówienia, zamieszczonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz we wzorze umowy i nie wnoszą do nich żadnych zastrzeżeń.

Mieli zaoferować wykonanie niniejszego zamówienia za kwotę netto . zł, plus należny podatek VAT ,co łącznie stanowi kwotę brutto zł Mieli także oświadczyć, że cena ofertowa zawiera wszystkie koszty wykonania przedmiotu zamówienia i związane z jego realizacją.

Ponadto w pkt 4 formularza należało zaznaczyć odpowiednią opcję w sformułowaniu „Oferuję prowadzenie sesji szkoleniowej przez jednego/dwóch* trenera/ów jednocześnie.”

Ponadto w pkt 6 formularza należało zaznaczyć odpowiednią opcję w sformułowaniu „Oświadczam, że nie zamierzam/ zamierzam* powierzyć podwykonawcom wykonanie

następujących części zamówienia”:

W załączniku nr 3 stanowiącym opis przedmiotu zamówienia zamawiający wskazał, że zadaniem Wykonawcy będzie przeprowadzenie w latach 2010-2011 szkoleń dla kadry zarządzającej, pracowników urzędów biorących udział w procesie stanowienia prawa, łącznie dla 2408 osób. Cały cykl szkoleniowy zostanie podzielony na dwie ścieżki edukacyjne, uwzględniające zróżnicowane potrzeby pracowników administracji tj. Kurs dla pracowników administracji obejmujący Moduł podstawowy i Moduł zaawansowany oraz Kurs informacyjny dla szczebla kierowniczego administracji. Ponadto w ramach wymagań szczegółowych dotyczących organizacji szkoleń zamawiający postanowił:

Szkolenia mogą być organizowane w Warszawie lub jej okolicach (do 50 km). Szkolenia powinny się odbywać w zapewnionych przez Wykonawcę salach, o wielkości dostosowanej do liczby uczestników, wyposażonych w miejsca siedzące dla uczestników odpowiednio do liczby uczestników, dostęp do światła dziennego z możliwością zaciemnienia i zapewnienia oświetlenia sztucznego; klimatyzację; projektor multimedialny, ekran, tablicę typu „flipchart”, laptop; kabinę dla tłumaczy symultanicznych oraz słuchawki dla uczestników w przypadku prowadzenia zajęć w języku obcym, zaplecze sanitarne.

W przypadku zorganizowania szkolenia poza Warszawą wykonawca był zobowiązany zapewnić uczestnikom szkolenia transport do miejsca szkolenia i z powrotem, a także – jeżeli odległość miejsca zamieszkania danego uczestnika od Warszawy lub innego miejsca, w którym szkolenie ma się odbyć – przekracza 30 km, zakwaterowanie i pełne wyżywienie (3 posiłki) na miejscu szkolenia. Ponadto wykonawca miał powielić materiały szkoleniowe i publikacje w celu ich przekazania uczestnikom.

Wykonawca miał ponadto zapewniać uczestnikom szkolenia:

- zimne napoje tj. soki i wodę mineralną,
- w trakcie przerw kawowych :
 - świeżo parzoną, gorącą kawę i herbatę,
 - 3 rodzaje ciastek,
 - serwis gastronomiczny (zastawa, przygotowanie i sprzątnięcie),
- obiad – rozumie się przez to zapewnienie przez Wykonawcę obiadu w formie bufetu obejmującego: dania ciepłe (rybne, mięsne i warzywne), sałatki, zakąski zimne, desery (wyroby cukiernicze, owoce), sok pomarańczowy i jabłkowy, wodę mineralną gazowaną i niegazowaną, a także stoliki koktajlowe i serwis gastronomiczny (przygotowanie, obsługa kelnerska, nakrycie stołów/obrussy, zastawa oraz przygotowanie i sprzątnięcie),
- w przypadku noclegów – całodzienne wyżywienie (3 posiłki) – rozumie się przez to zapewnienie obiadu oraz kolacji poprzedzającej nocleg i śniadania rano po noclegu,
- w przypadku noclegu, zakwaterowania – rozumie się przez to zakwaterowanie w pokojach jednoosobowych o standardzie co najmniej hotelu dwugwiazdkowego.

Wykonawca zobowiązany był do prowadzenia ewidencji osób przeszkolonych, w formie list obecności ze wskazaniem urzędu, imienia i nazwiska oraz stanowiska danej osoby oraz do gromadzenia danych do PEFS oraz do przeprowadzenia wśród uczestników szkolenia ankiety oceniającej szkolenie i do przekazania Zamawiającemu ankiet wraz z raportem końcowym, podsumowującym zebrane opinie. Wykonawca był także odpowiedzialny za rekrutację uczestników szkolenia.

W dniu 17 maja 2010r. Zamawiający udzielił wyjaśnień do siwz na pytanie „zgodnie z par. 5 SIWZ, Zamawiający określił, iż w postępowaniu mogą brać udział Wykonawcy, którzy (pkt. 3) cytuję:

„Posiadają wiedzę i doświadczenie w zakresie analizy społeczno- ekonomicznych skutków aktów prawnych. Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że:

a) zorganizował w okresie ostatnich 3 lat co najmniej 1 cykl szkoleniowy o wartości co najmniej 300.000,00 zł;

b) zorganizował w okresie ostatnich 3 lat co najmniej 1 cykl szkoleniowy dla co najmniej 300 osób;

c) wykonał w okresie ostatnich 3 lat co najmniej 1 usługę doradczą z zakresu analizy społeczno- ekonomicznych skutków aktów prawnych o wartości co najmniej 100.000,00 zł.”

Czy powyższy zapis w SIWZ należy czytać łącznie czy jako wybór jednego z podpunktów?”, odpowiedział

Powyższy zapis w SIWZ należy czytać łącznie. Zamawiający nie dopuszcza wyboru tylko jednego z podpunktów. Wykonawca musi przedstawić/ wykazać spełnienie powyższego zgodnie z Załącznikiem nr 3 do SIWZ.

W projekcie umowy w § 4 zamawiający postanowił, że wykonawca zobowiązany będzie

1) zainicjowania i przeprowadzenia rekrutacji wskazanych w pkt. 3.5 OPZ urzędów, zwanych dalej „urzędami”, do udziału w szkoleniach, w tym w szczególności Wykonawca wykona następujące czynności:

a) opracuje i przedstawi do akceptacji Zamawiającemu w terminie 10 dni roboczych od dnia zawarcia umowy w formie papierowej i elektronicznej informację do urzędów o planowanych szkoleniach wraz z prośbą o wytypowanie pracowników na szkolenia, a następnie – po uzyskaniu w tym przedmiocie akceptacji Zamawiającego – powieli i roześle do urzędów, w terminie 5 dni roboczych od dnia uzyskania oświadczenia Zamawiającego o ich akceptacji, te informacje wraz z prośbą o wytypowanie pracowników na szkolenia;

b) sporządzi w formie papierowej i elektronicznej listę urzędów, które zgłosiły chęć udziału ich pracowników i kadry kierowniczej w szkoleniach, i przekaże tę listę Zamawiającemu celem jej zaakceptowania – w terminie 10 dni roboczych od dnia wskazanego w informacji, o której mowa w lit. a, jako terminu ostatecznego zgłaszania uczestnictwa w szkoleniu;

c) sporządzi w formie papierowej i elektronicznej listę pracowników i kadry kierowniczej z

urzędów, o których mowa w lit. b powyżej, którzy potwierdzili udział w szkoleniu, i przekaże tę listę Zamawiającemu celem jej zaakceptowania;

d) sporządzi w formie papierowej i elektronicznej listę rezerwową ewentualnych uczestników szkoleń obejmującą nie więcej niż 50 (pięćdziesięciu) pracowników urzędów, o których mowa w lit. b powyżej, chętnych do udziału w szkoleniach, którzy – z różnych względów – nie zostali zakwalifikowani do udziału w szkoleniach, i przekaże tę listę Zamawiającemu celem jej zaakceptowania;

e) opracuje i przedstawi do akceptacji Zamawiającemu w formie papierowej i elektronicznej w terminie 3 dni roboczych od dnia uzyskania oświadczenia Zamawiającego o akceptacji listy, o której mowa w lit. c, zaproszenia na szkolenia, a następnie – w terminie 3 dni roboczych od dnia uzyskania oświadczenia Zamawiającego o akceptacji tych zaproszeń – powieli i roześle te zaproszenia na szkolenie osobom z listy, o której mowa w lit. c.

2) organizacji szkoleń, w tym w szczególności Wykonawca wykona następujące czynności:

a) zapewni posiłki, noclegi i transport pracowników i kadry kierowniczej urzędów oraz posiłki i noclegi dla przedstawicieli Zamawiającego. Transport uczestników szkoleń zorganizowany będzie bez wykorzystania środków transportu publicznego. Zakwaterowanie uczestników szkoleń zorganizowane będzie w pokojach jednoosobowych, o standardzie hotelu minimum dwugwiazdkowego. Posiłki obejmują ciepłe obiady i poczęstunek podczas przerw kawowych dla uczestników szkoleń. Szczegółowe wymagania w przedmiocie, o którym mowa w niniejszym punkcie, określa OPZ.

3) przygotowania materiałów szkoleniowych, zwanych dalej „materiałami szkoleniowymi”, potrzebnych do przeprowadzenia szkoleń, w tym w szczególności Wykonawca wykona następujące czynności:

a) przygotuje do rozpowszechnienia materiały szkoleniowe do modułów opisanych w pkt 2 OPZ, przekazane przez Zamawiającego, stanowiące Załącznik nr 4 do umowy i przedstawi je do akceptacji Zamawiającego – w terminie 10 dni roboczych od dnia zawarcia umowy, oraz powieli je – w terminie 5 dni roboczych od uzyskania oświadczenia Zamawiającego o akceptacji tych materiałów – zgodnie z parametrami określonymi w pkt 3.2.OPZ;

b) dostarczy materiały szkoleniowe wszystkim uczestnikom wszystkich sesji szkoleniowych przed rozpoczęciem szkolenia;

c) jeżeli na poszczególnych etapach realizacji umowy zajdzie potrzeba dokonania korekty materiałów szkoleniowych, Wykonawca jest zobowiązany do dokonania tych zmian i do uwzględnienia w tym zakresie wszelkich sugestii i uwag ze strony Zamawiającego, oraz do uzyskania ponownej akceptacji tych materiałów szkoleniowych przez Zamawiającego. W tym celu Wykonawca przedstawia Zamawiającemu poprawione materiały szkoleniowe w terminie 10 dni roboczych od dnia ich zmiany, oraz ich ponownego powielenia w wymaganej umową ilości – w terminie 5 dni roboczych od dnia uzyskania oświadczenia Zamawiającego o

akceptacji zmian.

4) przygotowania i przedłożenia Zamawiającemu, do jego akceptacji, najpóźniej w terminie 10 dni przed każdą planowaną sesją szkoleniową, o której mowa w § 5 umowy, odrębnie dla każdej sesji szkoleniowej, informacji o:

- a) proponowanych terminach sesji szkoleniowych i szkoleń, z tym zastrzeżeniem, że rozpoczęcie dwudniowych sesji szkoleniowych, o których mowa w umowie i OPZ, nastąpi w terminie nie późniejszym niż 20 dni roboczych od dnia rozesłania zaproszeń na szkolenie;
- b) lokalizacji poszczególnych sesji szkoleniowych i szkoleń;
- c) warunkach szkolenia (sale dydaktyczne, posiłki, itp.);
- d) programie szkoleń;
- e) osobach prowadzących dane szkolenie oraz
- f) przygotowanych materiałach szkoleniowych.

Na stronie 1 oferty w nagłówku znajdują się dane dotyczące nr REGON i nr NIP dla Centrum Promocji Informatyki, na stronie 2 stanowiącej potwierdzenie wpłaty wadium przelewem na konto zamawiającego znajduje się numer konta bankowego Centrum Promocji Informatyki sp. z o. o., a na dole widnieje pieczęć firmowa CPI z nr NIP i REGON, również na stronie 3 i 4 w pieczęci firmowej CPI znajduje się nr NIP, a na stronie 6 w dolnym prawym rogu pieczęć firmowa z numerem NIP i REGON.

W ofercie przystępującego na stronie 3 znajduje się formularz ofertowy, w którym w pkt 2 przystępujący zaoferował wykonanie zamówienia za kwotę netto 2 580 312zł. plus należny podatek VAT, co łącznie stanowi kwotę brutto 2 885 870,40zł., a poniżej wskazał na usługi dydaktyczne zgodne z zakresem określonym szczegółowo w OPZ- (usługa w zakresie edukacji ew. 80 zgodnie z art. 43 ust.1 pkt 1 ustawy o podatku od towarów i usług – Dz. U. z 2004r. nr 54 poz. 535 z 2005 z późn. Zm) – kwota brutto 974 592,00zł., podatek VAT – zw. Z VAT, kwota netto 974 592,00zł., oraz wymagane usługi towarzyszące dydaktyce zgodne z zakresem określonym szczegółowo w OPZ – kwota brutto 1 911 278,40zł., podatek VAT 305 558,40zł., kwota netto 1 605 720,00zł., co daje razem kwotę brutto 2 885 870,40zł., podatek VAT 305 558,40zł. i kwotę netto 2 580 312,00zł. W punkcie 3 przystępujący złożył także oświadczenie, że cena ofertowa zawiera wszystkie koszty wykonania przedmiotu zamówienia i związane z jego realizacją. W pkt 6 przystępujący zawarł oświadczenie, że nie zamierza powierzyć podwykonawcom wykonania następujących części zamówienia :

- a. przygotowania programów i harmonogramów szkoleń,
- b. opracowania materiałów informacyjnych,
- c. prowadzenia szkoleń,
- d. gromadzenia i przetwarzania danych osobowych zawartych w kwestionariuszach PEFS 2007,

e. tworzenia sprawozdań miesięcznych z realizacji działań.

Na stronie 7 oferty przystępującego sporządzono kartę oddzielającą pozostała część oferty i zawarto informację „nie udostępniać – informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003r. nr 153 poz. 1503 ze zm.)” oraz podpis osoby upoważnionej do złożenia oferty.

Na stronach 10-23 znajdują się odpisy z KRS dla obu członków konsorcjum przystępującego.

Na stronie 67 – 69 oferty przystępującego znajduje się wykaz Zamówień – załącznik nr 6 do siwz, w którym przystępujący podał 10 pozycji, gdzie zamawiającymi były zarówno podmioty prawa publicznego np. poz. 2, 7, 9 jak i podmioty prawa prywatnego np. poz. 1, 3, 4, 5, 6, 9, 10 w opisie przedmiotu zamówienia we wszystkich pozycjach wskazano, że dotyczą one szkoleń, cykli szkoleniowych, cykli warsztatów szkoleniowych, warsztatów szkoleniowych. Każdemu zamówieniu przyporządkowaną konkretną referencję, a w ramach opisu podano ilość osób przeszkolonych, często tematykę, czy cel szkolenia, wskazano także czy szkolenia były objęte programem operacyjnym. We wszystkich wskazanych pozycjach czasookres realizacji odpowiadał okresowy trzyletniemu wymaganemu przez zamawiającego. Wszystkie załączone referencje (str. 70 – 81) potwierdzają terminowość i należyte wykonanie usług i referencje od 3-10 wskazują, że były wykonane przez jednego z partnerów konsorcjum przystępującego tj. CPI, zaś referencja nr 1 jest wystawiona dla drugiego konsorcjanta Mobilnej Kooltury, zaś referencja nr 2 dla obu członków konsorcjum we współpracy z jeszcze jednym podmiotem. Jedynie referencja nr 7 pochodzi od osoby prowadzącej szkolenia, ale z ramienia wskazanego jako zamawiający podmiotu w pozycji 7 wykazu.

Na stronach 82-83 oferty znajduje się wykaz Zamówień – załącznik nr 6a do siwz, gdzie wskazano 10 pozycji, , gdzie zamawiającymi były zarówno podmioty prawa publicznego np. poz. 4 i 9 jak i podmioty prawa prywatnego np. poz. 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8, 10, w opisie przedmiotu zamówienia we wszystkich pozycjach wskazano, że dotyczą one wprowadzenia analizy skutków stosowania aktów prawnych, analizy ekonomicznej, analizy ocen wpływu, mapowania obowiązków informacyjnych, pomiaru obciążeń. We wszystkich wskazanych pozycjach czasookres realizacji odpowiadał okresowy trzyletniemu wymaganemu przez zamawiającego. Każdemu zamówieniu przyporządkowaną konkretną referencję. Wszystkie zamówienia były realizowane przez konsorcjanta – Mobilną Koolturę.

Każda z referencji potwierdza należyte wykonanie i terminowość świadczonej usługi. Przy czym referencja nr 8 zawarta na stronach 91 i 92 wskazuje jako wykonawcę nie konsorcjanta, ale osobę fizyczną wraz z zespołem, jednakże z referencji nr 9 wynika, że ta osoba była w okresie wystawiania referencji tak nr 8 jak i 9 szefem projektu, zespołu u

konsorcjanta Mobilnej Kooltury, a nadto ta osoba została wskazana w bieżącym postępowaniu w załączniku nr 4 do siwz w pozycji 1 jako osoba, która będzie uczestniczyć w wykonaniu zamówienia i w stosunku do niej nie załączono zobowiązania podmiotu trzeciego o udostępnieniu potencjału kadrowego.

Dodatkowo Izba ustaliła, że pozycje podane w załącznikach nr 6 i 6a nie pokrywają się z pozycjami wskazanymi w załączniku nr 3. W szczególności poz. 3 załącznika nr 3 nie pokrywa się z pozycją nr 9 wykazu zawartego w załączniku nr 6a do siwz, gdyż pomimo podobnie brzmiącego opisu przedmiotu zamówienia oraz tożsamości zamawiającego, wykonanie zamówień nastąpiło przez inne podmioty oraz w innym czasookresie, a do tych pozycji wykazów przedstawiono oddzielne referencje.

W ofercie odwołującego Case Izba stwierdziła, że w załączniku nr 6 wskazano 10 pozycji, w tym :

poz. 1 dotyczy opracowania założeń metodyki szkolenia oraz propozycji materiałów dydaktycznych z zakresu oceny skutków regulacji oraz przeprowadzenia szkolenia próbnego,

poz. 2 – dotyczy analizy realizacji planu legislacyjnego przez Radę Ministrów, analizę jakości rządowych projektów ustaw wraz z uzasadnieniami i OSR za okres od stycznia do czerwca 2008r.,

poz. 3 – dotyczy przygotowania opinii prawnej w przedmiocie oceny projektu ustawy pod kątem zgodności/spójności z obowiązującymi przepisami prawa wraz z oceną OSR projektu,

poz. 4 – dotyczy prac nad opinią prawną dotyczącą rządowego projektu ustawy o sporcie oraz oceny OSR projektu,

poz. 5 – dotyczy analizy realizacji planu legislacyjnego przez Rade Ministrów, analizy jakości rządowych projektów ustaw wraz z uzasadnieniami i OSR za okres od lipca do grudnia 2008r.,

poz. 6 – dotyczy realizacji projektu polegającego na doradztwie obejmującym pomoc przy prywatyzacji Stoczni Szczecińskiej Nowa sp. z o.o. wraz z oceną wpływu regulacji wspólnotowej na procesy prywatyzacyjne i oceną skutków społeczno-ekonomicznych dla funkcjonowania przedsiębiorcy,

poz. 7 – dotyczy szkolenia pt. Poprawna Ocena Skutków Regulacji warunkiem lepszego prawa referencje wystawiono dla dr. Wojciecha Rogowskiego

poz. 8 – dotyczy doradztwa prawnego przy organizacji we Wrocławiu Mistrzostw Europy w Piłce Nożnej 2012 i wystawy EXPO 2012, ocena wpływu regulacji na społeczno-ekonomiczne warunki przygotowań do wskazanych wyżej przedsięwzięć,

poz. 9 – dotyczy doradztwa prawnego w ramach zespołu pracującego nad wytycznymi dla rozwoju projektów związanych z miejskim transportem publicznym w Polsce,

poz. 10 – dotyczy stałego doradztwa prawnego obejmującego m. In. opinie prawne dotyczące wpływu nowych aktów prawnych na działalność gospodarczą prowadzoną przez klienta.

Wszystkie referencje załączone do wykazu dotyczą Kancelarii Domański, Zakrzewski, Palinka sp. k. przy czym nie dotyczą wszystkich pozycji z wykazu, inne referencje załączono do wykazu na załączniku 6a, co Izba wskazała przy pozycji 7

W ofercie odwołującego Case Izba stwierdziła, że w załączniku nr 6a wskazano 10 pozycji, w tym :

Poz. 1 – dotyczy opracowania raportu Pt. Analiza i ocena ukraińskiej gospodarki i sytuacji społecznej w celu rozwoju działalności handlowej, referencję wystawiono dla Case – Doradcy sp. z o.o.,

Poz. 2 poz. 2 – dotyczy analizy realizacji planu legislacyjnego przez Radę Ministrów, analizę jakości rządowych projektów ustaw wraz z uzasadnieniami i OSR za okres od stycznia do czerwca 2008r., wskazano stronę barometru legislacyjnego, na której widnieją nazwiska R. Z., M. M., A. C., T. Z.

Poz. 3 – dotyczy przeprowadzenia szkolenia z zakresu prawidłowej Oceny Skutków Regulacji wedle standardów Impact Assessment Guidelines, referencje wystawiono dla dr Tomasza B. i Piotra P.

Poz. 4 – dotyczy opracowania raportu Pt. Przeprowadzenie analizy, przeglądu i oceny obowiązujących regulacji prawnych mających wpływ na rozwój turystyki oraz opracowanie propozycji założeń rozwiązań legislacyjnych, referencję wystawiono dla Kancelarii Domański, Zakrzewski, Palinka sp. k.

Poz. 5 – dotyczy – analizy realizacji planu legislacyjnego przez Radę Ministrów, analizy jakości rządowych projektów ustaw wraz z uzasadnieniami i OSR za okres od lipca do grudnia 2008r., wskazano stronę barometru legislacyjnego, na której widnieją nazwiska R. Z., M. M., A. C., T. Z.

Poz. 6 – dotyczy przeprowadzenia analizy w zakresie opisu i oceny polskiego systemu impact assessment widzianego przez pryzmat standardów prowadzenia oceny skutków regulacji w Unii Europejskiej,

Poz. 7 – dotyczy realizacji projektu Wzmocnienie zdolności monitoringowych i ewaluacyjnych, referencję wystawiono dla Case-Doradcy sp. z o.o.

Poz. 8 – dotyczy opracowania opinii prawnej dotyczącej aspektów prawnych rozwiązań przyjętych we Regionalnych Programach Operacyjnych i Programie Operacyjnym Innowacyjna Gospodarka w zakresie wsparcia udzielanego instytucjom otoczenia biznesu referencję wystawiono dla Kancelarii Domański, Zakrzewski, Palinka sp. k..

Poz. 9 – dotyczy doradztwa w procesie opracowywania przez Ministerstwo Rozwoju Regionalnego wytycznych ministerstwa w zakresie zasad dofinansowania programów

operacyjnych,

Poz. 10 – dotyczy opracowania opinii prawnej na temat projektu ustawy o wspieraniu rozwoju usług sieci szerokopasmowych w telekomunikacji oraz ekspertyzy prawnej dotyczącej możliwości zastosowania ustawy o pp oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane przy podejmowaniu przez jednostki samorządu terytorialnego działalności w zakresie telekomunikacji referencję wystawiono dla Kancelarii Domański, Zakrzewski, Palinka sp. k..

W dniu 14 czerwca 2010r. zamawiający zwrócił się do odwołującego Case, odwołującego Deloitte oraz przystępującego o wyjaśnienie zastosowanych stawek podatku VAT. W dniu 14 czerwca 2010r. przystępujący wyjaśnił, że w odniesieniu do usług dydaktycznych zastosował zwolnienie podatkowe przewidziane w art. 43 ust. 1 pkt 1 ustawy o podatku od towarów i usług, które odnosi się do działania określonego zgodnie z PKD 2004 jako kształcenie ustawiczne dorosłych i pozostałe formy kształcenia, gdzie indziej niesklasyfikowane (symbol podklasy 80.42.B). Ponadto podniósł, że planuje uzyskać akredytację Ministerstwa Edukacji Narodowej, co stanie się możliwe po uzyskaniu zamówienia i pozwoli na ustabilizowanie sytuacji podatkowej, także w świetle zapowiadanych zmian legislacyjnych w zakresie podatku VAT. W zakresie usług towarzyszących dydaktyce wskazał, że na kwotę 305 558,40zł. wskazaną jako podatek VAT składają się kwoty podatku należnego od usług gastronomicznych opodatkowanych 7% podatkiem w wysokości 22 260,00zł., oraz najem sal wykładowych opodatkowany 22% stawki podatku w kwocie 283 298,40zł.

W dniu 16 czerwca 2001r. odwołujący Deloitte wyjaśnił, że zastosował stawkę podstawową 22% z uwagi na to, że firma Deloitte zajmuje się komercyjną działalnością doradczą, a usługi szkoleniowe realizowane w ramach usług doradczych nie mogą korzystać ze zwolnienia przewidzianego w art. 43 ust. 1 pkt 1 ustawy o podatku od towarów i usług.

W dniu 16 czerwca 2010r. odwołujący Case wyjaśnił, że do całości usługi zastosował zwolnienie wynikające z art. 43 ust. 1 pkt 1 ustawy o podatku od towarów i usług, w związku z poz. 7 załącznika nr 4 do ustawy. Podkreślił jednocześnie, że zdaje sobie sprawę z wadliwej implementacji dyrektywy 2006/112/WE Rady z dnia 28 listopada 2006r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej i dlatego zastrzegł w swojej ofercie, że w przypadku zmiany ustawy wyłączonej zwolnienie z opodatkowania usług cena usługi może zostać powiększona o należny zgodnie z przepisami podatek VAT. Wskazał, że gdy świadczenie stanowi ekonomicznie jedną całość, to nie ma podstaw do stosowania różnych stawek VAT i w tym zakresie powołał się na orzeczenie ETS z 25 lutego 1999r. w sprawie C – 349/96 CARD Protection Plan LTD, oraz z 27 października 2005r. w sprawie sygn. akt C-41/04 Levob Verzerkeringen BV.

Z DRUKU ZP-21 wynika, że zarówno przystępujący jak i odwołujący CASE w kryteriach innych niż cena uzyskali maksymalną ilość punktów.

W dokumentacji nadesłanej do Izby nie załączono druków ZP-20, co nie stoi na przeszkodzie dokonaniu oceny zarzutów odwołującego Deloitte.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie sygn. akt KIO 1427/10

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 8, art. 14 ustawy poprzez zaniechanie udostępnienia Deloitte części oferty przystępującego, której treść nie może być w ogóle zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa i/lub treść jej nie została w sposób prawidłowy i zobowiązujący zastrzeżona oraz art. 26 ust. 4 ustawy zaniechanie wystąpienia do przystępującego w sprawie wyjaśnień dotyczących objęcia załączników do oferty tajemnicą przedsiębiorstwa

Zarzut zasługuje na uwzględnienie częściowo tj. w takim zakresie w jakim przystępujący utajnił odpisy z Krajowego Rejestru Sądowego dla obu członków konsorcjum. Zgodnie z art. 8 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz.U.07.168.1186 j.t. Dz.U.2010.28.146) Krajowy Rejestr Sądowy jest jawny i każdy ma prawo dostępu do danych zawartych w Rejestrze za pośrednictwem Centralnej Informacji, a także każdy ma prawo otrzymać, również drogą elektroniczną, poświadczone odpisy, wyciągi, zaświadczenia i informacje z Rejestru. A także co do zaświadczeń z KRK, ZUS i US oraz pełnomocnictwa konsorcjalnego, tj. w takim zakresie, w jakim przystępujący na rozprawie uznał, że dokumenty te nie stanowią tajemnicy jego przedsiębiorstwa. Zarzut zasługuje także na uwzględnienie co do poz. 2 i 9 załącznika nr 6 oraz 4 i 9 załącznika nr 6a do siwz, tj., także w zakresie uznanym na rozprawie przez przystępującego za dokument nie stanowiący tajemnicy jego przedsiębiorstwa.

Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.03.153.1503 j.t. Dz.U.2009.201.1540) przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Natomiast, co do pozostałych informacji ujętych w ofercie przystępującego od strony 7 to należy stwierdzić, że przystępujący poczynił działania niezbędne w celu zachowania ich poufności, tj. na stronie 7 dokonał oddzielenia części tajnej oferty od części jawnej oraz oznaczył część tajną jako zawierającą informację stanowiącą jego tajemnicę i złożył w tym zakresie swój podpis wykazując wolę zachowania informacji w poufności. Nastąpiło to w sposób zgodny z wymogami zamawiającego zawartymi w § 10 pkt 11 siwz. Przedmiotem działalności obu członków konsorcjum przystępującego jest działalność usługowa polegająca głównie na świadczeniu usług edukacyjnych i dydaktycznych, zatem dla takiego

przedsiębiorcy najistotniejsze znaczenie dla budowania swojej marki na rynku ma potencjał kadrowy, posiadane doświadczenie oraz organizacja przedsiębiorstwa, stąd też wszelkie informacje dotyczące pracowników czy osób zarządzających przedsiębiorstwami członków przystępującego sposób świadczenia usługi posiadane zaplecze dydaktyczne, logistyka, są informacjami, które mieszczą się w definicji tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z tego względu Izba uznała, że przystępujący miał prawo zastrzec jako tajemnicę przedsiębiorstwa tak informacje z załącznika nr 4 tj. osób, które będą uczestniczyły w wykonaniu zamówienia, jak i dane w wykazach doświadczenia na załącznikach nr 3, 6 i 6a z wyłączeniem poz. 2 i 9 załącznika nr 6 i 4 i 9 załącznika nr 6a. Dane te nie tylko obrazują całokształt posiadanego doświadczenia nabywanego w okresie ostatnich 3 lat, ale także wskazują na ilość osób przeszkolonych, a więc na posiadane zdolności organizacyjne. Ponadto wykazy dotyczą w przeważającej mierze kontraktów z podmiotami niepublicznymi, a więc i umowy z tymi podmiotami nie podlegają upubliczeniu w rozumieniu ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej. Dz.U.01.112.1198 Dz.U.2005.132.1110, a zatem wiedza o nich nie jest powszechnie dostępna. Izba uznała zatem, że zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 8 i art. 14 ustawy potwierdził się jedynie częściowo tj. w odniesieniu do odpisów z KRS, zaświadczeń z KRK, US i ZUS oraz pełnomocnictwa konsorcjalnego poz. Nr 2 i 9 załącznika nr 6 oraz poz. 4 i 9 załącznika nr 6a do siwz. W pozostałym zakresie zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Również Izba uznała, że zamawiający nie naruszył art. 26 ust. 4 ustawy poprzez nie zwrócenie się do przystępującego o wyjaśnienia dotyczące poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Przepis ten bowiem nie jest podstawą uprawniającą do żądania wyjaśnienia dlatego dany wykonawca uważa poszczególne dokumenty za tajemnicę swojego przedsiębiorstwa. Przepis art. 8 dotyczący jawności postępowania nie zawiera odesłania do art. 26 ust. 4 ustawy, ale biorąc pod uwagę treść ust. 2 art. 8 zamawiający ma prawo ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem tylko w przypadkach określonych w ustawie. Taki przypadek opisuje art. 8 ust. 3 ustawy, który zezwala zamawiającemu na odmowę ujawnienia części informacji udzielonych przez wykonawcę w przypadku gdy zajądą łącznie dwie okoliczności – pierwsza to, to że informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a druga, to poczynienie przez wykonawcę zastrzeżenia, że informacja nie może być udostępniona. Z powyższego wynika, że zamawiający nie ma prawa odmówić ujawnienia informacji dostarczonych mu przez wykonawcę ani wtedy gdy stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy ale wykonawca nie zastrzegł, że nie mogą być udostępniane, ani wtedy gdy takie zastrzeżenie poczynił, ale zastrzeżone informację nie są tajemnicą przedsiębiorstwa. Zatem w sytuacji, gdy zamawiający odmawia ujawnienia informacji, nie spełniających wymogów art. 8 ust. 3 ustawy dopuszcza się

naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy, nie zaś art. 256 ust. 4 ustawy. W przedmiotowej sprawie Izba stwierdziła, że zamawiający naruszył art. 8 ust. 1 ustawy poprzez odmowę ujawnienia informacji niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa przystępującego, a wadliwie przez niego zastrzeżonych jako taka tajemnica czy zaświadczeń z ZUS, US, KRK oraz odpisów z KRS, pełnomocnictwa konsorcjalnego oraz poz. 2 i 9 załącznika nr 6 oraz poz. 4 i 9 załącznika nr 6a. W ocenie Izby twierdzenia zamawiającego, że zamierzał udostępnić odpisy z KRS nie zostały udowodnione, a to na zamawiającym w tym zakresie ciążył obowiązek wykazania, że odwołującemu Deloitte odmówił udostępnienia wyłącznie wykazów osób i usług.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 ustawy poprzez niezgodnie z kryteriami opisanymi w siwz oraz ustawą dokonanie oceny oferty odwołującego Case

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający w § 13 siwz określił jako kryteria oceny oferty liczbę wykonanych zamówień polegających na usługach szkoleniowych z zakresu analizy społeczno-ekonomicznych skutków aktów prawnych ocenionych pozytywnie przez zamawiającego w okresie ostatnich trzech lat o wadze 25% oraz liczbę wykonanych zamówień polegających na usługach doradczych z zakresu analizy społeczno-ekonomicznych skutków aktów prawnych ocenionych pozytywnie przez zamawiającego w okresie ostatnich trzech lat o wadze 10%. Do punktacji Zamawiający kwalifikował tylko prace odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia wraz z dokumentami potwierdzającymi, że usługi te zostały wykonane należycie. Wykonawca mógł przedstawić w zał. nr 6 do SIWZ i odpowiednio w załączniku nr 6a maksymalnie 10 usług szkoleniowych i maksymalnie 10 usług doradczych. Brak deklaracji nie powodował odrzucenia oferty. W ofercie odwołującego Case w załączniku nr 6 usług szkoleniowych dotyczą wprost poz. 1 o 7. Natomiast pozostałe wskazane usługi dotyczą analizy realizacji planu legislacyjnego, opinii prawnej, doradztwa, a więc nie są to usługi, które zamierzał w tym kryterium punktować zamawiający. Nadto w poz. Nr 7 referencja została wystawiona na osobę fizyczną, co do której nie wiadomo, czy jest to osoba, które wykonywała to szkolenie w imieniu któregośkolwiek z członków konsorcjum odwołującego Case, a więc nie potwierdza należytego wykonania przez odwołującego Case zamówienia. W ofercie odwołującego w załączniku nr 6a odwołujący Case w pozycji 3 zawarł usługę szkoleniową, zamiast wymaganej usługi doradztwa. Pozostałe pozycje wykazu odnoszą się do szeroko rozumianych usług doradczych, a ponieważ zamawiający nie zdefiniował, co należy rozumieć pod pojęciem usług doradczych, to za takowe należało uznać zarówno analizy realizacji planu legislacyjnego, jak i opinie prawne czy raporty. Jednakże, co do tego wykazu Izba stwierdziła, że nie do wszystkich pozycji wykazu załączono dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usług. W ocenie Izby za taki dokument nie można uznać strony tytułowej barometru legislacyjnego.

Do pozycji nr 6, 9 nie załączono w ogóle referencji, zaś do pozycji nr 3 załączono referencję wystawioną dla dr T. B. i Piotra P., a w dokumentach oferty brak jest wskazania, że w ramach tej pozycji osoby te działały na rzecz któregoś z konsorcjantów odwołującego Case. Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, że skoro wszystkie 20 pozycji z obu wykazów spełniało wymagania zamawiającego, to zamawiający nie miał obowiązku badać, czy wykazywane usługi są usługami szkoleniowymi czy doradczymi i odpowiednio ocenia wyniki tego badania przekładając je na przyznawaną punktację. Izba zauważa, że kryterium liczby usług szkoleniowych było wyżej punktowane od kryterium usług doradczych, a zatem dla oceny oferty nie było obojętne czy dana usługa jest usługą szkoleniową czy doradczą, a ponadto zamawiający dopuszczał maksymalnie po 10 usług szkoleniowych i 10 usług doradczych, a więc jeżeli stwierdził nadwyżkę któryś usług do oceny powinien był zakwalifikować tylko 10 usług danego rodzaju spełniających jego wymogi, a nie uznawać, że nadwyżkę tę można zaliczyć na poczet drugiego rodzaju usług. Zamawiający zatem chcąc dokonać prawidłowo oferty odwołującego Case powinien był wyjaśnić w trybie art. 87 ust. 1 ustawy czy wykazane w załączniku nr 6 usługi są usługami szkoleniowymi oraz wezwać do wyjaśnienia czy usługa wskazana w poz. 3 załącznika nr 6a obejmowała także usługę doradczą. Nadto należy zauważyć, że stanowisko zamawiającego, co do zasadności przyznanej punktacji z powodu wykazania 20 usług jest niesłuszne także z tego względu, że w załączniku nr 6 i 6a powtarzają się usługi np. analiza realizacji planu legislacyjnego przez Radę Ministrów, a więc de facto wykonawca wykazał mniej niż 20 usług. Ponadto jak Izba wskazała nie wszystkie usługi zostały potwierdzone dokumentami wskazującymi na ich należyte wykonanie, lub też nie wszystkie usługi zostały wystawione dla któregoś z członków konsorcjum. To także powinno zostać wyjaśnione w trybie art. 87 ust. 1 ustawy. Izba stoi na stanowisku, że dokumenty z załączników nr 6 i 6a do siwz nie są dokumentami w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy, gdyż nie służą one potwierdzeniu warunku udziału w postępowaniu, ale mają na celu ocenę oferty w przyjętych kryteriach oceny ofert, a zatem mogą podlegać jedynie wyjaśnieniom w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, a nie w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy.

Izba zatem uznała, że zamawiający naruszył art. 87 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie wyjaśnień do treści złożonej oferty, natomiast nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy, gdyż przyznanie bądź odmowa przyznania punktacji w ramach przyjętych przez zamawiającego kryteriach oceny ofert nie były podstawą do odrzucenia oferty. Odwołujący Deloitte nie wykazał z jakim przepisem ustawy jest sprzeczna oferta odwołującego Case, a Izba nie dopatrzyła się takiej sprzeczności, ani Izba nie znalazła podstaw do uznania, że treść oferty odwołującego Case nie odpowiada treści siwz. Izba natomiast uznała, że ocena oferty odwołującego Case budzi wątpliwości, co do zakwalifikowania podanych w wykazach usług oraz, co do złożonych referencji i w tym zakresie, zamawiający zaniechując wyjaśnień treści złożonej oferty dokonał oceny tej oferty niezgodnie z przyjętymi kryteriami oceny ofert. Wprawdzie art. 87 ust. 1 ustawy stanowi uprawnienie zamawiającego, a nie jego obowiązek, ale w ocenie Izby w przypadku, w którym niedokonanie wyjaśnień może skutkować

naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy i dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej wbrew przyjętym kryteriom oceny ofert, to zamawiający powinien ze swojego uprawnienia skorzystać.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 ustawy, poprzez niezgodnie z kryteriami opisanymi w siwz oraz ustawą dokonanie oceny oferty przystępującego, a w konsekwencji naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 91 ust. 1 ustawy poprzez dokonanie z naruszeniem ustawy wyboru oferty przystępującego.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący Deloitte nie wykazał, że treść oferty przystępującego jest sprzeczna z jakimkolwiek przepisem ustawy oraz, że podlega odrzuceniu z uwagi na sprzeczności jej treści z treścią siwz. Izba nie podziela stanowiska odwołującego Deloitte, że zmiana formularza ofertowego poprzez usunięcie miejsca na wpis nr NIP, REGON czy nr konta stanowi sprzeczność z treścią siwz. Bezsporne jest, że przystępujący nie zawarł tych informacji w miejscu przewidzianym przez zamawiającego na formularzu ofertowy. Niemniej jednak, o zgodności treści oferty z treścią siwz nie decyduje miejsce wskazania wymaganych przez zamawiającego informacji, ale to czy zostały one zamawiającemu podane zgodnie z żądaniem. Jak wynika z ustaleń stanu faktycznego poczynionych przez Izbę nr NIP, REGON oraz nr konta znajdują się w ofercie przystępującego, a więc zostały podane zamawiającemu zgodnie z żądaniem. Uchybienie, co do miejsca wskazania informacji, jest na pewno utrudnieniem dla zamawiającego, który musiał zbadać całość oferty, aby sprawdzić czy informacje zostały zawarte, ale uchybienie to można traktować wyłącznie jako uchybienie co do formy, nie mające wpływu na zakres zobowiązania przystępującego. Informacje dotyczące nr NIP, Regonu czy nr konta nie stanowią essentialia negotii oświadczenia woli składanego w ofercie. Ich brak nie miałby jakiegokolwiek wpływu na ważność zobowiązania przystępującego i skuteczność złożonej oferty, nie byłby także przeszkodą do zawarcie ważnej umowy. Brak taki w przedmiotowej sprawie nie występuje, a informacje są zawarte na pieczęciach przystępującego oraz na stronie 2 oferty.

W zakresie zarzutu wadliwej oceny oferty przystępującego w przyjętych kryteriach, to po pierwsze zamawiający miał prawo odmówić odwołującemu Deloitte wglądu do wykazu nr 6 i 6a zgodnie z treścią art. 8 ust. 3 ustawy, co Izba przesądziła ustosunkowując się do pierwszego z zarzutów odwołującego Deloitte. Informacje zawarte w załączniku nr 6 i 6a zostały zbadane przez Izbę i Izba nie dopatrzyła się błędów w ocenie dokonanej przez zamawiającego informacji przedstawionych przez przystępującego. Przystępujący w sposób niebudzący wątpliwości w załączniku nr 6 wskazał 10 pozycji dotyczących usług szkoleniowych obejmujących OSR w rozumieniu zaakceptowanym przez odwołującego Deloitte na rozprawie tj. w zakresie oceny skutków regulacji ex post i ex ante i podobnie w

takim zakresie w załączniku nr 6a przedstawił 10 usług doradczych z zakresu OSR. Wszystkie usługi zostały potwierdzone dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, a w sytuacji dwóch referencji pochodzących od osób fizycznych istnieje możliwość zidentyfikowania tych osób odpowiednio jako przedstawiciela zamawiającego oraz jako osobę, za pomocą której przystępujący wykonywał wskazane w wykazie zamówienie i ma zamiar wykonać przedmiotowe zamówienie. W tej sytuacji nie ma wątpliwości, że referencje te dotyczą należytego wykonania usług przez członków konsorcjum. Izba stwierdza, że błędy w ocenie oferty przystępującego, nawet jeżeliby wystąpiły nie stanowiłyby podstawy do odrzucenia oferty przystępującego, ale do odmiennej od dokonanej, oceny tej oferty. W tej sytuacji Izba nie dopatryła się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy. Izba uznała, że wobec braku błędów w ocenie oferty przystępującego Izba nie dopatryła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 91 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 4, art. 36 ust. 4 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, której treść nie odpowiada treści siwz

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przystępujący w formularzu ofertowym skreślił słowo "zamierza" w pkt 6 formularza, a nadto wskazał części zamówienia, co do których zamawiający zawarł w siwz zakaz powierzania wykonania zamówienia podwykonawcom. Nadto przystępujący na rozprawie złożył oświadczenie, że zamierza wykonać zamówienie samodzielnie, gdyż po to zawierał konsorcjum. Izba dała wiarę wyjaśnieniom przystępującego, gdyż nie pozostawały one w sprzeczności z oświadczeniem złożonym w ofercie, a nadto niwelowały wątpliwość podnoszoną przez odwołującego Deloitte, co do tego, czy poza częściami, które zamawiający objął zakazem podwykonawstwa, przystępujący powierzy inne części zamówienia podwykonawcom. W ocenie Izby postanowienia pkt 6 formularza oferty wskazywały na wolę samodzielnego wykonania zamówienia, brak bowiem było informacji przeciwnej, a oświadczenie woli przystępującego wyrażone na rozprawie dodatkowo ten stan potwierdziło. Wskazać należy, że zamawiający ma obowiązek wymagać od wykonawców wskazania, którą część zamierzają powierzyć podwykonawcom (art. 36 ust. 4 ustawy), a nie ma prawa żądać brak wskazania części, którą zamierza wykonać samodzielnie, zatem oświadczenie, takie jak złożone przez przystępującego, może być wykładane jedynie jako oświadczenie o samodzielnym wykonaniu zamówienia. W ocenie Izby zamawiający nie naruszył art. 36 ust. 4 ustawy, gdyż w siwz w § 2 pkt 10 zażądał od wykonawców wskazania w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom, a także nie naruszył art. 26 ust. 4 ustawy, gdyż przepis ten nie dotyczy podwykonawstwa, ale wyjaśnień dotyczących dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, a nadto stanowi o uprawnieniu, a nie obowiązku zamawiającego.

Mając to na uwadze Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 26 ust. 4 i art. 36 ust. 4 ustawy przez zamawiającego.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 20 ust. 1 i 3, art. 96 ust. 2 i 3 ustawy zaniechanie sporządzenia lub udostępnienia druków ZP-20 (indywidualne karty oceny ofert)

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający w § 13 siwz opisał wszystkie kryteria oceny ofert wzorami. Zgodnie z pkt 13.1 druku ZP-1/PN do protokołu nie załącza się druków ZP-20, jeśli zastosowano kryteria oceny ofert opisane wzorami. W tej sytuacji, skoro zamawiający nie miał obowiązku sporządzenia druku ZP-20, to nie miał możliwości jego udostępnienia odwołującemu Deloitte, a zatem Izba stwierdziła, że zamawiający nie naruszył art. 20 ust. 1 i 3 oraz art. 96 ust. 2 i 3 ustawy.

Nadto Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy zbadła, czy zarzuty odwołującego Deloitte w zakresie takim, w jakim Izba je uwzględniła, potwierdzają naruszenie przepisów, które miało lub może mieć wpływ na wynik sprawy. Izba stwierdziła, że potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego 8 ust. 1 ustawy poprzez odmowę udostępnienia odwołującemu Deloitte informacji z oferty przystępującego zawartych w odpisach z KRS, zaświadczeniach z ZUS, US i KRK oraz w pełnomocnictwie konsorcjalnym i poz. 2 i 9 załącznika nr 6 oraz poz. 4 i 9 załącznika nr 6a, jednakże naruszenie to nie miało wpływu na wynik postępowania, gdyż odwołujący Deloitte z faktu nieudostępnienia mu powyższych dokumentów nie wywodził, że zamawiający zaniechał odrzucenia oferty przystępującego pomimo tego, że wykonawca ten podlegał wykluczeniu w rozumieniu art. 24 ustawy, ani nie wywodził zaniechania odrzucenia oferty przystępującego jako nieważnej na podstawie odrębnych przepisów w tym przypadku np. uchybienia w reprezentacji przystępującego. Odwołujący Deloitte wywodzi natomiast zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 i 2 ustawy przede wszystkim z tego powodu, że zamawiający nieprawidłowo dokonał oceny ten oferty i nieprawidłowo przyznał maksymalną ilość punktów w kryteriach liczby szkoleń i liczby usług doradczych. Ten zarzut jednak tak w zakresie naruszenia art. 8 ust. 1 jak i naruszenia art. 89 ust. 1 i 2 ustawy nie potwierdził się. Izba uznała, że przystępujący skutecznie zastrzegł wykazy z załączników nr 6 i 6a z wyjątkiem poz. 2 i 9 wykazu nr 6 i poz. 4 i 9 wykazu nr 6a, a nadto zamawiający prawidłowo ocenił podane w tych wykazach doświadczenie i prawidłowo dokonał przyznania punktacji. W tej sytuacji Izba uznała, że mimo potwierdzenia się zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy nie miał on wpływu na prawidłowość wyboru oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej, a zatem nie miał i nie może mieć wpływu na wynik postępowania. Nadto Izba uznała, że potwierdzenie się zarzutu błędnej oceny oferty odwołującego Case także nie miał wpływu na wynik postępowania, gdyż odwołujący nie zakwestionował skutecznie wyboru oferty najkorzystniejszej, a więc uznanie zasadności zarzutów

zaniechania wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy i wadliwej oceny oferty odwołującego Case nie miał wpływu na prawidłowość wyboru oferty przystępującego, ani na sytuację odwołującego Deloitte, jako wykonawcy, którego oferta nie została uznana za najkorzystniejszą. W tej sytuacji Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia odwołania i orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy.

Sygn. akt KIO 1430/10

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art. 89 ust. 6 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego w związku ze złożeniem przez niego oferty, która zawiera błędy w obliczaniu ceny.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny. Zgodnie ze słownikiem ustawy zawartym w art. 2 ustawy cena w rozumieniu ustawy z dnia 5 lipca 2001r. o cenach (Dz.U.01.97.1050, Dz.U.2009.118.989) jest to wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym, a więc jej elementem składowym jest podatek VAT. Jednakże należy rozważyć, czy w świetle nowelizacji ustaw, a w szczególności uchylenia art. 88 oraz dodania art. 87 ust. 2 ustawy nie uległo zmianie dotychczasowe stanowisko doktryny oraz praktyki prawa, co do pojęcia błędu w obliczeniu ceny. Przede wszystkim należy odnieść się do definicji językowej pojęcia błąd czyli niezgodność pomiędzy rzeczywistością, a jej odbiciem w świadomości człowieka, a także do błędu jako wady oświadczenia woli – czyli błędu uzasadniającego przypuszczenie, że gdyby składający oświadczenie woli nie działał pod wpływem błędu i oceniał sprawę rozsądnie, nie złożyłby oświadczenia tej treści. Postępująca liberalizacja przepisów ustawy wskazuje na konieczność ścisłego wykładania treści przepisów ograniczających udział w postępowaniu, a do takich przepisów należy art. 89 ust. 1 ustawy. Zarówno w definicji językowej jak i definicji zawartej w art. 84 ust. 2 kc stosowanym odpowiednio poprzez art. 14 ustawy przy definicji błędu zwraca uwagę brak świadomości dokonującego czynności w momencie jej dokonywania o rzeczywistym stanie rzeczy. Przy zastosowaniu stawki podatku VAT w przedmiotowej sprawie wszyscy wykonawcy składając wyjaśnienia jednoznacznie uznawali, że nie popełniają błędu, że dokonywania przez nich klasyfikacja rodzaju usługi nakazuje zastosowanie stawki podatku VAT, na podstawie której podano wartość podatku w ofercie, a zatem mieli świadomość rzeczywistego stanu faktycznego i prawnego. Niewątpliwie także cena jest elementem

przedmiotowo istotnym złożonego przez wykonawców w tym przypadku oświadczenia woli, elementem świadczącym o wysokości wynagrodzenia, którego zapłaty wykonawcy oczekują w przypadku wykonania usługi. W ocenie Izby błęd w obliczeniu ceny należy odnosić się do omyłek rachunkowych lub rzeczowych związanych ze sposobem wyceny przedmiotu świadczenia (podstawy wyliczenia, objęcia nim wszystkich elementów, kompletności i prawidłowości wyliczeń... etc...), a nie do wynikającej z przepisów prawa stawki VAT, co do której zastosowania, naliczenia i odprowadzenia sprzedawcy towarów i usług będący płatnikami tego podatku, czyli przedsiębiorcy prowadzących profesjonalną działalność gospodarczą, podejmują świadome decyzje, bezpośrednio obciążające ich konsekwencjami nieprawidłowości w tym zakresie (z odpowiedzialnością karnoskarbową włącznie).

Zgodnie z art. 172 ust. 1 ustawy Izba jest właściwa do rozpoznawania odwołań wnoszonych w postępowaniach o udzielenie zamówienia, zaś odwołanie przysługuje w myśl art. 180 ust. 1 ustawy wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu lub zaniechania czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy. Zatem kompetencje orzecznicze Izby ograniczają się do badania zgodności czynności lub zaniechań dokonania czynności przez zamawiającego z ustawą i tylko i wyłącznie Izba może orzekać w tych granicach. Izba nie ma w tej sytuacji kompetencji do badania zgodności czynności wykonawców z przepisami prawa innego niż ustawa, a w tym przypadku zgodności czynności wykonawców z przepisami prawa podatkowego. Izba wskazała, że podanie nieprawidłowej stawki podatku VAT nie stanowi błędu w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, a zatem nie może być podstawą odrzucenia oferty przystępującego i w tym zakresie zarzut nie zasługuje na uwzględnienie jako nie mieszczący się w kompetencjach Izby, gdyż mimo wskazania na naruszenie przepisów ustawy, w rzeczywistości odwołujący Case zarzuca zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy o podatku od towarów i usług poprzez zaniechanie kontroli wskazania wysokości stawki podatkowej. Izba stoi na stanowisku, iż również zamawiający nie jest organem kompetentnym do rozstrzygania o wysokości stawki podatku, jaka ma być zastosowana dla opodatkowania usług stanowiących przedmiot postępowania. Zgodnie bowiem z art. 103 ustawy o podatku od towarów i usług podmiotem wyłącznie uprawnionym i zobowiązanym do określenia stawki podatku VAT jest podatnik, a więc wykonawca. To on odpowiada za obliczenie i odprowadzenie należnego podatku, to również on zgodnie z art. 106 ustawy o podatkach od towarów i usług jest odpowiedzialny za wystawienie faktury i wskazanie na niej kwoty i stawki podatku. Organem uprawnionym do dokonywania interpretacji przepisów prawa podatkowego jest Minister właściwy do spraw finansów publicznych oraz organy kontroli skarbowej zgodnie z art. 14a ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz.U.05.8.60 j.t., Dz.U.2010.40.230). Jednakże nawet

uzyskanie przez podatnika – wykonawcę interpretacji indywidualnej nie obliguje go do zastosowania się do interpretacji. Nadto zgodnie z § 14 ust. 1 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 28 listopada 2008 r. w sprawie zwrotu podatku niektórym podatnikom, wystawiania faktur, sposobu ich przechowywania oraz listy towarów i usług, do których nie mają zastosowania zwolnienia od podatku od towarów i usług (Dz.U. z 2008 nr 212 poz. 1337 z późn. zm.), w razie stwierdzenia pomyłki w stawce lub kwocie podatku wystawia się fakturę korygującą. W myśl natomiast art. 81 – 81c Ordynacji podatkowej, korekcie podlegają także deklaracje podatkowe, w tym te dotyczące podatku od towarów i usług.

Skoro zatem przystępujący w złożonej ofercie zaoferował wykonanie zamówienia za określoną w ofercie cenę, w przypadku stwierdzenia pomyłki w stawce podatku i uznania, że objęte zamówieniem usługi podlegają opodatkowaniu lub podlegają wyższej stawce podatku niż wskazana w ofercie nie będzie mógł żądać podwyższenia swego wynagrodzenia i działa w tym zakresie na własne ryzyko. Zamawiający w siwz nie żądał podania stawek podatku VAT, a jedynie wartość podatku i wskazał, że do oceny ofert weźmie cenę brutto i tak powinien być uczynić oceniając oferty. Izba nie znalazła podstaw do zakwestionowania w tym zakresie czynności zamawiającego.

Izba co do błędu w obliczeniu ceny jako podstawy odrzucenia oferty oraz stawki podatku VAT i kompetencji orzeczniczych Izby i zamawiającego podziela w pełni poglądy wyrażone w wyrokach Izby z dnia 28 kwietnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 629/10, z dnia 16 marca 2010 r. sygn. akt: KIO/UZP 144/10, z dnia 7 lipca 2010r. sygn. akt KIO 1280/10, z dnia 12 sierpnia 2009r. sygn. akt KIO/UZP 987/09, 29 marca 2010r. sygn. akt KIO/UZP 260/10 uznając je za własne.

Mając powyższe na uwadze Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i § 5 ust. 2 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący składu orzekającego:

.....