

Sygn. akt: KIO 1193/11

WYROK

z dnia 16 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 czerwca 2011 r.** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **6 czerwca 2011 r.** przez wykonawcę **LANG LTC. Sp. z o.o., ul. Sędziowska 5, 02-081 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PL.2012 Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 4, 01-531 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Learning Systems Poland Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 123A, 02-017 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1193/11 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **LANG LTC. Sp. z o.o., ul. Sędziowska 5, 02-081 Warszawa** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **LANG LTC. Sp. z o.o., ul. Sędziowska 5, 02-081 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **LANG LTC. Sp. z o.o., ul. Sędziowska 5, 02-081 Warszawa** na rzecz **PL.2012 Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 4, 01-531 Warszawa** kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiące koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Zorganizowanie i przeprowadzenie kursów z języka angielskiego w ramach projektu Akademia Euro” (nr ref.: 09/UM/AE/2011), zostało wszczęte przez PL.2012 Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 4, 01-531 Warszawa zwaną dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2011/S 85-139567 w dniu 03.05.2011 r.

W dniu 27.05.2011 r. Zamawiający faxem przekazał na podstawie art. 92 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej Learning Systems Poland Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 123A, 02-017 Warszawa zwany dalej: „Learning Systems Poland Sp. z o.o.” albo „Przystępującym”. Przedostatnią w rankingu złożonych ofert była oferta LTC. Sp. z o.o., ul. Sędziowska 5, 02-081 Warszawa zwana dalej: „LANG LTC. Sp. z o.o.” albo „Odwołującym”. Uzyskała ona łącznie 85 pkt, w tym 50 pkt w ramach kryterium – cena (50%), 30 pkt w ramach kryterium – doświadczenie w realizacji kursów języka angielskiego (40%), a 10 pkt w ramach kryterium – posiadanie akredytacji potwierdzającej wysokie standardy nauczania języka angielskiego (10 %).

W dniu 06.06.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło odwołanie LANG LTC. Sp. z o.o., ul. Sędziowska 5, 02-081 Warszawa zwana dalej: „LANG LTC. Sp. z o.o.” albo „Odwołującym” na podstawie art. 180 ust.1 Pzp. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 06.06.2011 r. (wpływ bezpośredni do Zamawiającego). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 1 - 2 Pzp i tym samym rażące naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp. Zażądał: 1) unieważnienia decyzji Zamawiającego w zakresie oceny oferty Odwołującego, 2) powtórzenia badania i oceny tej oferty z uwzględnieniem żądań Odwołującego zawartych w niniejszym odwołaniu, 3) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej złożonej w postępowaniu.

Przedmiotem zamówienia objętego postępowaniem jest zorganizowanie i przeprowadzenie kursu z języka angielskiego dla ok. 2,5 tys. osób, w ramach 4 projektów regionalnych „Akademii Euro” realizowanych w 4 województwach: Mazowieckim, Wielkopolskim, Pomorskim, Dolnośląskim. Zamawiający określił w SIWZ, oprócz kryterium „cena”, również następujące kryteria oceny ofert:

„b) Doświadczenie w realizacji kursów języka angielskiego - waga 40% (maksymalna ilość

punktów 40 pkt). W ramach tego kryterium Zamawiający przyzna punkty za przeszkolenie dodatkowych osób (powyżej 200 osób) w ramach usług wpisanych w Wykazie usług, stanowiącym załącznik nr 5 b) do SIWZ, spełniających warunki opisane w rozdz. IV SIWZ ust. 1. pkt 2 lit. b) zgodnie z poniższym schematem:

- za przeszkolenie 201-300 osób - Zamawiający przyzna 10 pkt
- za przeszkolenie 301-400 osób - Zamawiający przyzna 20 pkt
- za przeszkolenie 401-500 osób - Zamawiający przyzna 30 pkt
- za przeszkolenie powyżej 500 osób - Zamawiający przyzna 40 pkt

c) Posiadanie akredytacji potwierdzającej wysokie standardy nauczania języka angielskiego - waga 10% (maksymalna liczba punktów - 10 pkt.)

Zamawiający przyzna punkty za posiadanie przynajmniej jednej z niżej wymienionych akredytacji: EAQUALS, PASE, ELL, Akredytacja Kuratorium Oświaty, System Zarządzania Jakości ISO 9001: 2000 w zakresie nauki języków obcych

- za jedną akredytację - zamawiający przyzna 5 pkt
- za 2 lub więcej akredytacji - zamawiający przyzna 10 pkt".

Zamawiający przekazał Wykonawcom informację nt. wyboru oferty najkorzystniejszej zawierającej punktację przyznaną wszystkim ofertom. Z informacji tej wynika, że Zamawiający, po pierwsze, przyznał w kryterium oceny ofert „doświadczenie (...)” za wykazanych 669 przeszkolonych osób (spełniających warunki opisane w rozdz. IV ust. 1 pkt 2 lit. b) jedynie 30 pkt, a nie jak to wynika z opisu sposobu dokonywania oceny ofert w tym kryterium zawartego w SIWZ - i jak spodziewał się Odwołujący - 40 pkt; po drugie, w kryterium oceny ofert „akredytacja” nie uwzględnił ważnej certyfikacji ISO 9000:2009 przedstawionej przez Odwołującego i tym samym nie przyznał Odwołującemu w tym kryterium należnych mu kolejnych 5 pkt.

Dokonana przez Zamawiającego ocena oferty Odwołującego w kryterium doświadczenie, w taki sposób, że od wykazanej przez Odwołującego w Wykazie doświadczenia łącznej przeszkolonej liczby osób Zamawiający odjął „obowiązkowe” 200, i dopiero resztę, tj. jedynie 469 wziął pod uwagę stosując zasady przyznawania punktów, zawiera oczywisty błąd logiczny w świetle opisu sposobu dokonywania oceny ofert w przedmiotowym kryterium, z którego wynika, że Wykonawca otrzyma punkty za potwierdzenie przeszkolenia liczby osób większej od 200 w ramach szkoleń wskazanych w Wykazie usług, a jako osoby „dodatkowe” należy rozumieć każdą osobę przeszkoloną ponad liczbę 200 osób, począwszy od pierwszej. Jednoznacznie potwierdza to pierwszy wers schematu przyznawania punktów: „za przeszkolenie 201-300 osób - Zamawiający przyzna 10 pkt”. Oznacza to, że za przeszkolenie 200 osób Zamawiający nie przyzna punktów, ale za przeszkolenie 201 osób Zamawiający przyzna 10 pkt. Taką samą liczbę

punktów Zamawiający przyzna za przeszkolenie 300 osób. W tym przedziale najmniejsza liczba dodatkowych osób, którą Zamawiający bierze pod uwagę przydzielając punkty stanowi różnicę liczb 201 i 200 (201-200), a największa - to 100 (różnica 300-200). Liczba dodatkowych osób w tym przedziale, za które Zamawiający przyzna punkty, wynosi więc 1-100 osób.

W następnym wersie schematu Zamawiający podnosi próg punktacji o 100 osób i określa, że: „za przeszkolenie 301-400 osób - Zamawiający przyzna 20 pkt.”. Analogicznie oznacza to, że Zamawiający przyzna 20 pkt. Wykonawcy, który przeszkolił o 100 osób więcej, niż ten, który przeszkolił 201-300 osób, czyli 301-400 osób. W następnym wersie schematu Zamawiający podnosi próg punktacji o następne 100 osób: „za przeszkolenie 401- 500 osób - Zamawiający przyzna 30 pkt.” Oznacza to, że Zamawiający przyzna 30 pkt. Wykonawcy, który przeszkolił od 1 do 100 osób więcej, niż ten, który przeszkolił jakąkolwiek liczbę osób w przedziale 301-400, czyli 401-500 osób. W ostatnim wersie schematu Zamawiający określa, że przyzna maksymalną liczbę punktów - 40 pkt - za przeszkolenie większej liczby osób niż w poprzednim przedziale, przy czym ostatni punktowany przedział został ograniczony liczbą 500. Oznacza to, że Zamawiający przyzna 40 pkt. Wykonawcy, który przeszkolił choćby jedną osobę ponad 500 osób, lub więcej - już bez względu na to, jak duża była to liczba osób. Tymczasem Zamawiający stosuje sporządzony przez siebie w taki sposób schemat tak, jakby punktacja należała się dopiero od dodatkowych 201 osób w stosunku do „obowiązkowych” 200, i dalej przyznaje punkty już tylko za każde kolejne 100 osób aż do progu 500. Tym samym - zdaniem Zamawiającego na etapie dokonywania oceny ofert - aby uzyskać max. liczbę punktów należało wykazać minimum 701 przeszkolonych osób. Odwołujący zauważył, że gdyby tylko wynikało to jasno z zamieszczonego w SIWZ sposobu dokonywania oceny ofert Wykonawca bez problemu wykazałby taką liczbę osób, aby uzyskać max. liczbę punktów w tym kryterium, gdyż posiada odpowiednie doświadczenie. Nie przedstawił wszystkich zrealizowanych przez siebie projektów referencyjnych w wymaganym okresie jedynie z tej przyczyny, że był przekonany, że wykazanie uwzględnionej w Wykazie doświadczenia liczby osób (tj. 669) jest absolutnie wystarczające dla uzyskania maksymalnej liczby punktów w przedmiotowym kryterium, więc wykazywanie większej liczby było bezprzedmiotowe.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO wszelkie ewentualne niejasności zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia opisów, które ujawnią się dopiero na etapie oceny ofert należy rozpatrywać na korzyść Wykonawcy, który wskutek niekorzystnej dla niego interpretacji poniósłby szkodę w postaci otrzymania gorszej oceny przedstawionych przez siebie informacji. Przywołał na poparcie stosowne orzecznictwo. Abstrahując od powyższego Odwołujący zauważył, że w rozpatrywanym w niniejszym odwołaniu przypadku Odwołujący *de facto* posiada rzekomo wymagany przez

Zamawiającego poziom doświadczenia dla uzyskania max. liczby punktów w przedmiotowym kryterium (tj. ponad 700 osób przeszkolonych w wymaganym okresie), i gdyby tylko Zamawiający zawarł w SIWZ opis sposobu dokonywania kryteriów, któryby w przejrzysty sposób artykułował takie wymaganie, Wykonawca bez problemu wykazałby, iż je spełnia. Jednocześnie Odwołujący nadmienił, iż w momencie kiedy skontaktował się z Zamawiającym telefonicznie celem uzyskania wyjaśnień odnośnie takiego a nie innego sposobu przyznania punktów oraz z prośbą o przedstawienie szczegółowego opisu w jaki była ta punktacja ustalana, został poinformowany, że Zamawiający nie dysponuje ustandaryzowanym protokołem oceny ofert, a punktacja przyznawana była na podstawie roboczych notatek. Oficjalne zawiadomienie w tej sprawie Odwołujący otrzymał dopiero w dniu 03.06.2011 r.

Ponadto, fakt, iż Odwołujący nie otrzymał należnych mu punktów za certyfikat ISO 9001:2009 oznacza, iż Zamawiający nie uwzględnił w ocenie tego kryterium stanu faktycznego norm certyfikacji ISO, tzn. faktu, iż symbol „ISO 9001:2000” został zastąpiony przez symbol normy ISO 9001:2008 oraz opublikowany w lutym 2009 r. przez Polski Komitet Normalizacyjny, jej polski odpowiednik PN-EN ISO 9001:2009 i nie wziął pod uwagę nowelizacji systemu certyfikacji od czasu wprowadzenia w Polsce norm ISO. Dotychczas miały miejsce dwie zmiany normy definiującej wymagania odnośnie systemu jakości. Pierwsza miała miejsce w 2000 r., kiedy normy ISO 9001:1994, ISO 9002:1994 oraz ISO 9003:1994 zastąpiono jedną normą ISO 9001:2000. Druga zmiana nastąpiła w 2008 r., kiedy normę ISO 9001:2000 zastąpiło nowe jej wydanie jako „ISO 9001:2008” i polski odpowiednik „PN-EN ISO 9001:2009”. O ile w przypadku pierwszej nowelizacji zmiany były bardzo radykalne (zastosowano np. po raz pierwszy procesowe podejście do zarządzania), tak w przypadku nowelizacji z 2008 r. nie wprowadzono w ogóle zmian odnośnie wymagań (jak twierdzi sama Międzynarodowa Organizacja Normalizacyjna). Jedyne różnice w ISO 9001:2008 i polskiego odpowiednika „PN-EN ISO 9001:2009”. w stosunku do jej wcześniejszego wydania wynikały z potrzeby wprowadzenia dodatkowych wyjaśnień do wymagań już zdefiniowanych w ISO 9001:2000 w celu zapewnienia jednakowej ich interpretacji. Z tego też względu przedsiębiorstwa, które posiadały wdrożony system zarządzania jakością zgodny z wymaganiami ISO 9001:2000 (w tym LANG LTC Sp. z o.o.) musiały jedynie zidentyfikować, czy wprowadzone wyjaśnienia są zgodne z ich interpretacją wymagań i zastosowanymi w związku z tym rozwiązaniami systemowymi. W przypadku rozbieżności przedsiębiorstwa musiały wprowadzić odpowiednie zmiany do swoich systemów, jednak jak się okazało - duża część systemów nie wymagała żadnych istotnych zmian. Od listopada 2009 r. nie istnieje już możliwość przeprowadzenia żadnego auditu na zgodność z ISO 9001:2000 realizowanego w systemie akredytacji. Dotyczy to auditów certyfikujących, nadzorczych, jak również re-certyfikujących. Zgodnie z regulacjami odnośnie

certyfikacji mówiącymi, iż audyty nadzorcze muszą być realizowane co najmniej raz w roku, okres 12 miesięcy do listopada 2010 to czas, kiedy wszystkie przedsiębiorstwa posiadające certyfikat jakości ISO 9001 i pragnące utrzymać jego ważność musiały przejść audit na zgodność z ISO 9001:2008 i polski odpowiednik „PN-EN ISO 9001:2009”. Potwierdzenie tych informacji można znaleźć pod adresem:

http://www.pihz-ceftyfikacja.pl/www/index.php?option=com_content&view=article&id=5:joomla-license-guidelines&catid=30:komunikaty&Itemid=50

Tak więc oczywistym staje się fakt, że w trakcie postępowania żadna jednostka organizacyjna nie mogła wykazać się aktualnie obowiązującym certyfikatem ISO określonym w SIWZ jako „ISO 9001:2000”, gdyż została ona zastąpiona „ISO 9001:2008” i polskim odpowiednikiem „PN-EN ISO 9001:2009”. Z uwagi na fakt, że „nowe” ISO nie zawiera żadnych dodatkowych lub innych wymagań w stosunku do ISO 9001:2000, co do zasady wymagania Zamawiającego zawarte w SIWZ nie wprowadzało wykonawców w błąd, gdyż *de facto* jest to tym samym. Jednakże przy dokonywaniu oceny spełniania tego wymagania Zamawiający winien brać aktualne certyfikaty potwierdzające. Tym samym wykazanie przez Odwołującego aktualnie obowiązującej normy ISO 9001 oznacza spełnienie warunku niezbędnego do uzyskania punktacji w kryterium „certyfikacja” w zakresie określonym przez Zamawiającego w rozdz. VII pkt 1 c. SWIZ, co z kolei skutkować powinno przyznaniem Odwołującemu dodatkowych 5 pkt do punktacji za legitymowanie się przez Odwołującego aktualnym Certyfikatem PASE (5 pkt.) - tak więc łącznie w przedmiotowym kryterium Odwołujący powinien otrzymać 10 pkt.

Zamawiający w dniu 07.06.2011 r. wezwał (faxem) w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 10.06.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Learning Systems Poland Sp. z o.o., zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Wskazał, że zastrzeżenia odwołującego dotyczyły oceny w zakresie kryteriów:

- 1) doświadczenie w realizacji kursów języka angielskiego (max liczba punktów - 40 pkt.)
- 2) posiadanie akredytacji potwierdzającej wysokie standardy nauczania języka angielskiego (max liczba punktów - 10 pkt).

W pierwszym wypadku, podniósł, że w SIWZ Zamawiający podał kryterium dotyczące spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz określił szczegółowe wymogi w zakresie przyznania dodatkowych punktów za posiadane doświadczenie w realizacji szkoleń językowych. Zgodnie z określonymi przez Zamawiającego warunkami udziału

w postępowaniu Przystępujący przedstawiła Wykaz wykonanych usług wraz z referencjami w zakresie przekraczającym znacząco liczbę 700 uczestników, w związku z czym otrzymała maksymalną liczbę punktów za wskazane kryterium. Podobnie kryterium mogła rozumieć większość uczestników postępowania przetargowego, czego potwierdzeniem jest uzyskanie maksymalnej możliwej do otrzymania liczby punktów przez sześciu spośród ośmiu nieodrzuconych potencjalnych Wykonawców. W złożonym odwołaniu Odwołujący wskazał, że jako Wykonawca była w stanie przedstawić wymaganą liczbę osób, aby uzyskać maksymalną liczbę punktów, gdyż posiadli niezbędne doświadczenie, jednakże nie uczynił tego, gdyż inaczej zinterpretowała zapisy SIWZ. Wskazał na uzasadnione wątpliwości na podstawie przedstawionego przez Lang LTC sp. z o.o. Wykazu wykonanych usług, czy firma ta rzeczywiście posiada niezbędne doświadczenie umożliwiające otrzymanie maksymalnej oceny oferty w kryterium doświadczenie. Stwierdził, że w niemal wszystkich referencjach przedstawionych do wykazu usług przedstawionych przez Lang LTC sp. z o.o. brak jest informacji w zakresie: a) liczby przeszkolonych uczestników zajęć z j. angielskiego, b) liczby zrealizowanych godzin zajęć, c) miejsc realizacji, d) minimalnej liczebności grup. Na tej podstawie można wnosić, iż Zamawiający w praktyce nie miał żadnej możliwości zweryfikowania prawdziwości danych zawartych w Wykazie wykonanych usług przedstawionym przez Odwołującego się, zwłaszcza w sytuacji w której referencje poświadczają realizację zajęć także z innych języków niż j. angielski. W tym kontekście należy wskazać, że z części referencji przedstawionych przez Przystępującego (referencje wystawione przez KSSiP, Instytut Rozwoju Zasobów Ludzkich) można wyciągnąć większość niezbędnych informacji (pozostałe znajdują się na ogólnie dostępnych stronach internetowych instytucji publicznych - KSSiP, WUP w Wałbrzychu) potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu oraz dotyczące dodatkowego doświadczenia w realizacji kursów j. angielskiego w zakresie wymogów określonych w SIWZ. Zastrzeżenia budzić mogą w szczególności dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usług wystawione na rzecz Lang LTC sp. z o.o. przez firmę Budimex S.A. Wskazał, że na podstawie informacji zawartych w obu referencjach Budimex S.A. stanowiących część oferty Odwołującego można wnioskować, że zostały one wystawione dla jednego zamówienia, jakie Lang LTC Sp. z o.o. realizuje od 2001 r. W tym zakresie wydaje się działaniem niewłaściwym przedstawienie przez Odwołującego w jednym postępowaniu większej liczby referencji dla pojedynczej usługi (realizowanej na podstawie jednej umowy). Ponadto wskazał, iż referencji nie wynika bezpośrednio jaka liczba osób uczęszczała na zajęcia, jak również w jakiej formie prowadzone były zajęcia, w szczególności, czy były one realizowane w grupach określonych minimalną liczbą osób. Wątpliwości budzić mogą również daty wydania dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług oraz terminy realizacji usług podanych w Wykazie wykonanych usług. Zgodnie z zapisami SIWZ w przypadku usług

wykonanych w okresie trzech ostatnich lat przed upływem terminu składania ofert Wykonawca do wykazu usług powinien załączyć stosowne dokumenty potwierdzające, że usługi zostały należycie wykonane. Z Wykazu wykonanych usług oraz przedstawionych dokumentów potwierdzających jakość ich wykonania można jednakże wnosić, że część referencji na rzecz Lang LTC sp. z o.o. została wystawiona jeszcze w trakcie realizacji szkoleń (referencje Siemens sp. z o.o.), nie mogą zatem stanowić one potwierdzenia, że całość usługi wykonano z należytą starannością. Z kolei w przypadku usług wykonanych na rzecz Atos Origin IT Service sp. z o.o. oraz Budimex S.A. wątpliwości budzą daty realizacji aplikacji. We wskazanych przypadkach w Wykazie wykonanych usług przedstawiono konkretny termin rozpoczęcia i zakończenia szkoleń, jednakże z przedstawionych referencji wynika, że usługi te nie zakończyły się w podanych terminach, tylko były nadal kontynuowane.

W SIWZ Zamawiający określił kryterium potwierdzające wysokie standardy nauczania języka angielskiego. W ramach kryterium stwierdzono, że dodatkowe punkty otrzyma Wykonawca za posiadanie przynajmniej jednej z niżej wymienionych akredytacji: EAQUALS, PASE, ELL, Akredytacja Kuratorium Oświaty, System Zarządzania Jakości ISO 2001: 2000 w zakresie nauki języków obcych. W swoich zastrzeżeniach Lang LTC sp. z o.o. zauważono, że żaden Wykonawca nie ma obecnie możliwości legitymowania się certyfikatem Systemu Zarządzania Jakości ISO 2001:2000, gdyż został on zastąpiony przez ISO 2001:2008, które jest z nim zasadniczo zgodne. W związku z przedstawionym stanowiskiem podmiotu wnoszącego odwołanie uzasadnionym wydaje się jednak wskazanie, że miał on sposobność - podobnie jak inni Wykonawcy - zadać Zamawiającemu pytania w zakresie wszelkich kwestii budzących uzasadnione wątpliwości w zakresie interpretacji zapisów z SIWZ. Z możliwości tej Wykonawca nie skorzystał, mimo iż musiał posiadać wiedzę odnośnie najnowszych regulacji dotyczących systemu zarządzania jakością ISO, czego przykładem jest składane odwołanie. Ponadto, wydaje się, że Międzynarodowa Organizacja Normalizacyjna, nadając nowe oznaczenia normie ISO pragnęła podkreślić różnice pomiędzy certyfikatem ISO 2001: 2000, a certyfikatem ISO 2001: 2008. W innym przypadku zmiana numeracji systemu zarządzania jakością byłaby działaniem całkowicie bezzasadnym, nie byłoby również koniecznym potwierdzanie spełniania wymogów dotyczących nowej normy (co Odwołujący musiał uczynić). Należy także stwierdzić, że uznanie innego certyfikatu niż wymienione w SIWZ powinno skutkować dopuszczeniem w postępowaniu kolejnych istniejących i uznanych na rynku tego typu dokumentów. O ewentualnej możliwości składania certyfikatu ISO 2001: 2008 powinni zostać poinformowani także inni oferenci, celem zachowania równego traktowania w ramach postępowania.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami SIWZ, odwołaniem wraz z załącznikami (informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 27.05.2011 r., kopią oferty Odwołującego, w tym wykazem wykonanych usług wraz z referencjami oraz certyfikatem ISO z dnia 17.05.2011 r., sprostowaniem informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 03.06.2011 r.), dodatkowymi pismami Odwołującego złożonym na rozprawie (kopią certyfikatu ISO Nr 2033/1/2008 z dnia 18.02.2008 r. oraz kopią certyfikatu ISO Nr 2033/3/2011 z dnia 17.05.2011 r., 2 – stronicowym wydrukiem Komunikatu nr 52 z dnia 06.01.2009 r. Polskiego Centrum Akredytacji w sprawie okresu przejściowego związanego z opublikowaniem normy PN-EN ISO 9001:2008, pisemnym stanowiskiem Polskiego Centrum Badań i Certyfikacji S.A. z dnia 15.06.2011 r. oraz wydrukami pierwszych stron polskiej i europejskiej normy – PN-EN ISO 9001:2009; EN ISO 9001:2008), po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia odwołania, przy założeniu potwierdzenia się zarzutów. Mimo, że oferta Odwołującego uzyskała w rankingu złożonych ofert przedostatnią pozycję, tj. łącznie 85 pkt, w tym 50 pkt – cena (50%), 30 pkt – doświadczenie w realizacji kursów języka angielskiego (40%), a 10 pkt – posiadanie akredytacji potwierdzającej wysokie standardy nauczania języka angielskiego (10 %). W konsekwencji uwzględnienia odwołania, tzn. wszystkich postawionych zarzutów, oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody: z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 1193/11, postanowień SIWZ, odwołania wraz z załącznikami (informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 27.05.2011 r., kopii oferty Odwołującego, w tym wykazu wykonanych usług wraz z referencjami oraz certyfikatu ISO z dnia 17.05.2011 r., sprostowania informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 03.06.2011 r.), dodatkowych pism Odwołującego złożonych na rozprawie (kopii certyfikatu ISO Nr 2033/1/2008 z dnia 18.02.2008 r. oraz kopii certyfikatu ISO Nr 2033/3/2011 z dnia

17.05.2011 r., 2 – stronicowego wydruku Komunikatu nr 52 z dnia 06.01.2009 r. Polskiego Centrum Akredytacji w sprawie okresu przejściowego związanego z opublikowaniem normy PN-EN ISO 9001:2008, pismem stanowiska Polskiego Centrum Badań i Certyfikacji S.A. z dnia 15.06.2011 r. oraz wydruku pierwszych stron polskiej i europejskiej normy – PN-EN ISO 9001:2009; EN ISO 9001:2008).

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu w toku rozprawy.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Względem zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 - 2 Pzp i tym samym rażąco naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, z uwagi na przyznanie po pierwsze, w kryterium oceny ofert „doświadczenie (...)” za wykazanych 669 przeszkolonych osób (spełniających warunki opisane w rozdz. IV ust. 1 pkt 2 lit. b) jedynie 30 pkt, a nie jak to wynika z opisu sposobu dokonywania oceny ofert w tym kryterium zawartego w SIWZ - 40 pkt; po drugie, nie uwzględnienie ważnej certyfikacji ISO 9000:2009 przedstawionej przez Odwołującego w kryterium oceny ofert „akredytacja” i tym samym nie przyznanie Odwołującemu w tym kryterium kolejnych 5 pkt, Izba uznała, co następuje.

W zakresie pierwszego aspektu zarzutu, uznać należy zasadność argumentacji Odwołującego, jednakże z uwagi na art. 192 ust. 2 Pzp oraz nie potwierdzenie trafności wykazywanego naruszenia w drugim wypadku, Izba oddaliła odwołanie.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Zamawiający w rozdz. VII ust. 1 lit. b-c opisał inne kryteria niż cena, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposobu oceny i wyboru oferty: „b) *Doświadczenie w realizacji kursów języka angielskiego - waga 40% (maksymalna ilość punktów 40 pkt). W ramach tego kryterium Zamawiający przyzna punkty za przeszkolenie dodatkowych osób (powyżej 200 osób) w ramach usług wpisanych w Wykazie usług, stanowiącym załącznik nr 5 b) do SIWZ, spełniających warunki opisane w rozdz. IV SIWZ ust. 1. pkt 2 lit. b) („w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie zrealizowali łącznie dla min. 200 osób dorosłych (dla pracowników firm lub organizacji w ramach umów szkoleniowych zawartych z tymi firmami/organizacjami) co najmniej 60 godzinne (lekcyjne) kursy języka angielskiego, w grupach minimum czteroosobowych, przeprowadzonych wg określonego programu nauczania, na poziomie zaawansowania podstawowym, średnim i/lub zaawansowanym. Zamawiający wymaga by powyższe usługi*

były zrealizowane w więcej niż jednym województwie objętym projektem lub by przynajmniej jedna z powyższych usług była zrealizowana poza województwem, w którym Wykonawca ma siedzibę/oddział główny”) zgodnie z poniższym schematem:

- za przeszkolenie 201-300 osób - Zamawiający przyzna 10 pkt
- za przeszkolenie 301-400 osób - Zamawiający przyzna 20 pkt
- za przeszkolenie 401-500 osób - Zamawiający przyzna 30 pkt
- za przeszkolenie powyżej 500 osób - Zamawiający przyzna 40 pkt

c) Posiadanie akredytacji potwierdzającej wysokie standardy nauczania języka angielskiego - waga 10% (maksymalna liczba punktów - 10 pkt.)

Zamawiający przyzna punkty za posiadanie przynajmniej jednej z niżej wymienionych akredytacji: EAQUALS, PASE, ELL, Akredytacja Kuratorium Oświaty, System Zarządzania Jakości ISO 9001: 2000 w zakresie nauki języków obcych

- za jedną akredytację - zamawiający przyzna 5 pkt
- za 2 lub więcej akredytacji - zamawiający przyzna 10 pkt”.

Ponadto, Zamawiający określił w SIWZ (rozdz. V ust. 2 pkt 3), tzn. w ramach wykazu oświadczeń i dokumentów, jakie mają złożyć Wykonawcy w celu wykazania spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp należy złożyć m.in. Wykaz wykonanych usług, o których mowa w części IV SIWZ ust. 1 pkt 2 lit. b) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie. Do ww. wykazu należy załączyć stosowne dokumenty potwierdzające, że usługi wymienione w wykazie zostały wykonane należyście. Dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usług lub ich należyte wykonywanie muszą być wystawione przez odbiorców wskazanych w ww. wykazie (wg wzoru wykazu stanowiącego załącznik nr 5 b) do SIWZ). Informacje zawarte w niniejszym wykazie były podstawą przyznania punktacji w ramach kryterium - Doświadczenie w realizacji kursów języka angielskiego - waga 40% (maksymalna ilość punktów 40 pkt).

W ramach złożonej oferty Odwołujący przedłożył wykaz wykonanych usług wraz z referencjami (str. od 5 do 11 oferty) oraz certyfikat ISO Nr 2033/3/2011 z dnia 17.05.2011 r. odnośnie spełnienia wymagań normy: PN-EN ISO 9001:2009 – identycznej z ISO 9001:2008 (str. 39 oferty).

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba wskazuje, że na rozprawie Zamawiający przyznał *de facto* niejasny charakter postanowień SIWZ, w zakresie postanowień z rozdz. VII ust. 1 lit. b, a ściśle sprzeczność treści dotyczącej przedstawionego schematu z pozostałymi jego elementami. Izba także podzieliła niniejsze stanowisko również w kontekście odwołania się w postanowieniach SIWZ w rozdz. VII ust. 1 lit. b do rozdz. IV ust. 1. pkt 2 lit. b. Należy

także podkreślić logiczny i nie budzący wątpliwości wywód Odwołującego w tym zakresie. Jednakże, Izba oddaliła odwołanie, mimo uznania zasadności pierwszego aspektu zarzutu dotyczącego sposobu punktacji oferty Odwołującego w kryterium - Doświadczenie w realizacji kursów języka angielskiego - waga 40% (maksymalna ilość punktów 40 pkt), z uwagi na art. 192 ust.2 Pzp. Przyznanie bowiem maksymalnej ilości punktów w ramach niniejszego kryterium (tzn. 40 pkt) nie będzie miało wpływu, ani nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania, tzn. oferta Odwołującego nie zostanie wybrana, jako najkorzystniejsza.

Odnośnie argumentacji Przystępującego zawartej w przystąpieniu wykracza ona poza zakres zarzutu zawartego w odwołaniu, a niniejsze okoliczności nie były podnoszone przez Zamawiającego w stosunku do Odwołującego. Powyższe zostało potwierdzone na rozprawie przez Zamawiającego, w konsekwencji nie będą one rozpatrywane przez Izbę.

Po drugie, odnośnie nie uwzględnienia ważnej certyfikacji ISO 9000:2009 przedstawionej przez Odwołującego w raz z ofertą (str. 39) w ramach punktacji w kryterium oceny ofert - Posiadanie akredytacji potwierdzającej wysokie standardy nauczania języka angielskiego - waga 10% (maksymalna liczba punktów - 10 pkt.), Izba uznała wiążący charakter istniejących postanowień SIWZ zawartych w ramach niniejszego kryterium „(..)Zamawiający przyzna punkty za posiadanie przynajmniej jednej z niżej wymienionych akredytacji: EAQUALS, PASEĘ, ELL, Akredytacja Kuratorium Oświaty, System Zarządzania Jakości ISO 9001: 2000 w zakresie nauki języków obcych

- za jedną akredytację - zamawiający przyzna 5 pkt
- za 2 lub więcej akredytacji - zamawiający przyzna 10 pkt”.

Wśród wymienionych punktowanych akredytacji (przedstawiony katalog ma charakter katalogu zamkniętego) nie ma takiej, jaką przedłożył Odwołujący (certyfikat ISO Nr 2033/3/2011 z dnia 17.05.2011 r. odnośnie spełnienia wymagań normy: PN-EN ISO 9001:2009 – identycznej z ISO 9001:2008). Izba uznała prymat wykładni językowej nad celowościową, w tym zakresie, z tych względów uznając dowody Odwołującego przedłożone na rozprawie (kopię certyfikatu ISO Nr 2033/1/2008 z dnia 18.02.2008 r. oraz kopię certyfikatu ISO Nr 2033/3/2011 z dnia 17.05.2011 r., 2 – stronicowy wydruk Komunikatu nr 52 z dnia 06.01.2009 r. Polskiego Centrum Akredytacji w sprawie okresu przejściowego związanego z opublikowaniem normy PN-EN ISO 9001:2008, pisemne stanowiska Polskiego Centrum Badań i Certyfikacji S.A. z dnia 15.06.2011 r. oraz wydruk pierwszych stron polskiej i europejskiej normy – PN-EN ISO 9001:2009; EN ISO 9001:2008) za nie mające znaczenia dla przedmiotu sporu.

Izba wyjaśnia, że działanie Odwołującego i uznanie zasadności jego argumentacji

skutkowałyby faktyczną zmianą postanowień SIWZ po terminie składania ofert (sprzeczne z art. 38 ust. 4 Pzp). Niniejsza okoliczność, w ocenie Izby była decydująca i przesądzająca dla przedmiotu sporu. Uznanie argumentacji Odwołującego prowadziłoby do relatywizacji jednoznacznych postanowień SIWZ w zakresie sposobu przyznawania punktów w tym kryterium. Pewność prowadzonego postępowania i zasada równego traktowania jego uczestników wymaga oddalenia zarzutu Odwołującego - nie uwzględnienia ważnej certyfikacji ISO 9000:2009 przedstawionej przez Odwołującego w raz z ofertą (str. 39) w ramach punktacji w kryterium oceny ofert - Posiadanie akredytacji potwierdzającej wysokie standardy nauczania języka angielskiego - waga 10% (maksymalna liczba punktów - 10 pkt.), a w konsekwencji całego odwołania.

Argumentacja Odwołującego winna zostać przedstawiona na wcześniejszym etapie postępowania, także po to aby dać szansę także innym potencjalnym Wykonawcą, w razie jej uznania przez Zamawiającego na etapie SIWZ. Zamawiający jako gospodarz postępowania ma prawo ukształtowania kryterium oceny ofert w sposób zgodny z jego preferencjami oraz art. 7 ust. 1 Pzp. Wszelkie zmiany w tym zakresie, z uwagi na etap oceny złożonych ofert, są spóźnione. Postanowienia SIWZ na etapie przed składaniem ofert nie zostały zakwestionowane, ani zmienione i stały się wiążące dla wszystkich uczestników postępowania.

Należy także zauważyć, jak podnosił zasadnie, na rozprawie Zamawiający, że nie oceniano w ramach niniejszego kryterium *stricte* jakości świadczonych usług, ale tylko i wyłącznie fizyczne przedłożenie jednej lub więcej z wymienionych wprost akredytacji, stąd także Izba uznała brak potwierdzenia się zarzutu w tym zakresie. Wszelkie zmiany w tym zakresie naruszałoby istniejący stan rzeczy i powodowałyby konieczność rozważenia przez Zamawiającego unieważnienia całego postępowania, ponieważ możliwość uznania przez Zamawiającego certyfikatu Odwołującego przedmiotowej treści nie byłaby okolicznością powszechnie znaną uczestnikom postępowania przed złożeniem ofert.

Jednocześnie, brak jest możliwości zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp, z uwagi na przedmiot sporu, opis sposobu przyznawania punktacji w ramach jednego z kryterium oceny ofert. Zaś wszelkie wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, przedłożonego certyfikatu ISO (str. 39 oferty) skutkowałyby *de facto* zmianą oferty i przekładałyby się na ilość przyznanej punktacji w kryterium - Posiadanie akredytacji potwierdzającej wysokie standardy nauczania języka angielskiego - waga 10% (maksymalna liczba punktów - 10 pkt.).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Odwołujący o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący :

.....