Sygn. akt: KIO 811/10

POSTANOWIENIE
z dnia 24 maja 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Agnieszka Bartczak-Żuraw**

Członkowie: **Anna Chudzik**
Katarzyna Brzeska

Protokolant: **Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 21 maja 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Grupa Doradcza Sienna Sp. z o.o. (lider), Centrum Obsługi Zamówień Publicznych Sp. z o.o., 00-443 Warszawa, ul. Górnośląska 1/188 (adres dla lidera)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Ministerstwo Rozwoju Regionalnego, 00-926 Warszawa, ul. Wspólna 2/4,**

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.

2. kosztami postępowania obciąża **Ministerstwo Rozwoju Regionalnego, 00-926 Warszawa, ul. Wspólna 2/4**

i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Grupa Doradcza Sienna Sp. z o.o. (lider), Centrum Obsługi**

Zamówień Publicznych Sp. z o.o., 00-443 Warszawa, ul. Górnośląska 1/188 (adres dla lidera),

2) dokonać wpłaty kwoty wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez **Ministerstwo Rozwoju Regionalnego, 00-926 Warszawa, ul. Wspólna 2/4** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Grupa Doradcza Sienna Sp. z o.o. (lider), Centrum Obsługi Zamówień Publicznych Sp. z o.o., 00-443 Warszawa, ul. Górnośląska 1/188 (adres dla lidera)** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący:

……

Członkowie:

……

……

Sygn. akt: KIO 811/10

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający - Ministerstwo Rozwoju Regionalnego, ul. Wspólna 2/4, 00-926 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) (dalej ustawa Pzp) na „Zorganizowanie i przeprowadzenie szkoleń dla osób reprezentujących beneficjentów indywidualnych projektów kluczowych z zakresu prawa zamówień publicznych" (znak postępowania BDG-V-281-56-KB/10). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane dnia 29 kwietnia 2010 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 201 O/S 83-124858. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej siwz) została zamieszczona na stronie http://www.mrr.gov.pl w tej samej dacie.

Odwołującym w niniejszej sprawie są wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Grupa Doradcza Sienna Sp. z o.o. ul. Górnośląska 1 lok. 188, 00-443 Warszawa (lider) oraz Centrum Obsługi Zamówień Publicznych sp. z o.o., ul. Tkaczy 14a, 01-346 Warszawa (dalej Odwołujący).

Dnia 6 maja 2010 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (wpływ bezpośredni) wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i postanowień siwz w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący podnosił, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, a czynności Zamawiającego naruszają zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, uniemożliwiając Odwołującemu złożenie oferty w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. W jego opinii, oznacza to, że Odwołujący w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może ponieść szkodę. Kopia odwołania została przekazana Odwołującemu dnia 6 maja 2010 r., co Zamawiający potwierdził na posiedzeniu Izby.

Zamawiający w dniu 10 maja 2010 r. na swojej stronie internetowej zamieścił zawiadomienie o wniesieniu odwołania wraz kopią odwołania oraz wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej

konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

2. naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust 4 ustawy Pzp przez dokonanie opisu sposobu spełniania warunków niezgodnie z ustawą Pzp, w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia oraz nieproporcjonalnie w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3. naruszenie art. 91 ust 1 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp przez przyjęcie kryteriów oceny ofert uniemożliwiających dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej;
4. oraz wszystkich innych przepisów wskazanych w treści uzasadnienia niniejszego odwołania.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosił o zmianę treści siwz i treści ogłoszenia o zamówieniu poprzez:

1. wykreślenie postanowienia zawartego w pkt 4.1.1 siwz odnoszącego się do uprawnień, jakimi ma legitymować się wykonawca ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia z uwagi na fakt, że do zorganizowania i przeprowadzenia szkoleń z zakresu zamówień publicznych nie są wymagane ustawami żadne uprawnienia;
2. modyfikację postanowienia zawartego w pkt 4.1.2 siwz poprzez wskazanie, iż Zamawiający uzna ww. warunek za spełniony jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie), wykonał (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje) należycie: dwie usługi, z których każda polegała na zorganizowaniu szkoleń i/lub warsztatów oraz cztery usługi, z których każda polegała na przeprowadzeniu szkoleń i/lub warsztatów z zakresu zamówień publicznych i w ramach tych usług przeszkolono co najmniej 100 osób;

   lub inny nienaruszający prawa przytaczany w uzasadnieniu odwołania sposób;
3. a także wykreślenie z powyższego postanowienia zdania „Wykonanie jednej usługi jest równoznaczne z wykonaniem jednej umowy (jednego zamówienia dla tego samego zamawiającego), nawet jeśli obejmuje ona realizację kilku oddzielnych szkoleń;
4. modyfikację postanowienia zawartego w pkt 4.1.3 siwz poprzez usunięcie fragmentu wskazującego, że „każdy wskazany trener musi spełniać warunek udziału w postępowaniu";
5. wykreślenie postanowienia zawartego w pkt 10.5 siwz;
6. modyfikację postanowienia zawartego w pkt 12.4.1) siwz poprzez usunięcie z tego postanowienia kryterium wartości usługi;
7. wykreślenie postanowienia zawartego w pkt 12.4.2) siwz;
8. modyfikację załącznika nr 7 do siwz poprzez usunięcie z jego treści tabeli wyrazów: „odbiorca usługi".

Odnosząc się do dokonanego przez Zamawiającego opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku Odwołujący podnosił, że naruszeniem zasad uczciwej konkurencji jest wskazanie obowiązku spełniania warunku bez skonkretyzowania opisu warunku w sytuacji, gdy norma prawna wprowadza jedynie postanowienie ogólne, które nie może stanowić jednoznacznej podstawy do oceny spełniania warunku. Zamawiający dopuścił się tego naruszenia w pkt 4.1.1 siwz, żądając przedstawienia uprawnień, bez wskazania o jakie uprawnienia chodzi. Wymienione w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp warunki, o ile są przez Zamawiającego stawiane, powinny być opisane w sposób nie budzący po stronie wykonawców wątpliwości i stanowić jednoznaczną informację, czy, ubiegając się o udzielenie zamówienia, zostaną przez Zamawiającego zakwalifikowani jako wykonawcy wiarygodni i dający rękojmię należytego wykonywania zamówienia dzięki spełnieniu warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący argumentował, że od 22 grudnia 2009 r., czyli dnia wejścia w życie nowej normy umieszczonej w art. 22 ust. 3 ustawy Pzp, nie budzi wątpliwości, że opis sposobu oceny spełniania warunku, czyli wskazanie, jakie konkretnie cechy winien posiadać wykonawca, musi być zamieszczony w ogłoszeniu o zamówieniu, a w przypadku trybów bez ogłoszenia w zaproszeniu do negocjacji. Opis ten w przypadku warunku wskazującego na obowiązek wykazania się uprawnieniami będzie polegał na wskazaniu, jakich konkretnie uprawnień oczekuje Zamawiający. Sporządzając siwz i ogłoszenie, Zamawiający musi więc przesądzić, jakie uprawnienia będą niezbędne do wykonania przyszłej umowy. Dodać należy, że wymagać można jedynie posiadania uprawnień wymaganych odpowiednimi ustawami. Zamawiający nie może więc wskazać, że profesjonalna wiedza posiadana przez wykonawcę pozwala, aby to on określił konieczny zakres uprawnień. Po pierwsze zachowanie profesjonalne wymagane jest od obu stron postępowania, w tym od organizatora przetargu czyli Zamawiającego, który nie może się zwolnić z zachowania należytej staranności w kształtowaniu dokumentacji postępowania. Po wtóre pozostawienie decyzji o rodzaju i zakresie niezbędnych uprawnień stoi w rażącej sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców dozwalając, aby de facto każdy z nich sam dla siebie określił warunek udziału w postępowaniu.

Konstrukcja przepisu odnoszącego się do warunku posiadania ustawowych uprawnień nie różni się od pozostałych norm zawartych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Stanowią one pewne aspekty prawne lub ekonomiczne, które są podstawą kształtowania warunków udziału w postępowaniu, jednak ze względu na ich niekonkretną „blankietową" postać, nie mogą stanowić bez ich skonkretyzowania warunków udziału w postępowaniu, gdyż nie sposób byłoby jednoznacznie przesądzić kiedy są one spełnione. Odwołujący wskazywał, że taka wada np. zdaniem SO w Łodzi mogłaby prowadzić do uznaniowego

wyboru wykonawcy już po złożeniu ofert (Wyrok SO w Łodzi z dnia 8 listopada 2007 r. sygn. akt X Ga 337/07) O niecelowości przytaczania w siwz wyłącznie brzmienia przepisu art. 22 wypowiedział się SO w Toruniu, wskazując, że gdy przepis ten ma charakter ogólny, żeby nie powiedzieć abstrakcyjny (...) przytaczanie w treści siwz unormowania ustawowego jest, więc tyleż niedopuszczalne, co bezcelowe. Działanie takie może wprowadzać w błąd wykonawców i powodować ich rezygnację z udziału w postępowaniu ze względu na niemożność ustalenia, czy spełniają warunki wymagane przez zamawiającego. (Wyrok SO w Toruniu z dnia 06 grudnia 2007 r. sygn. akt VI Ga 87/07). Odwołujący wskazywał, że o obowiązku konkretyzacji warunków udziału w postępowaniu przypomina również KIO i przywołał orzecznictwo Izby.

Konsekwencje braku jasnego i jednoznacznego sformułowania warunku udziału w postępowaniu powodują obowiązek modyfikacji treści ogłoszenia i siwz, a w konsekwencji przedłużenia terminów na składanie ofert zgodnie z art. 12a ustawy Pzp, zaś w przypadku gdy doszło już do złożenia wniosków lub ofert, zaniechanie opisu sposobu oceny spełniania warunku w przypadku jakichkolwiek rozbieżności w rozumieniu warunku przez wykonawców staje się wadą niemożliwą do usunięcia. Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jest więc obligatoryjną przesłanką unieważnienia umowy, gdyż prowadzi do zawarcia umowy podlegającej unieważnieniu ze względu na brzmienie art. 146 ust. 6 ustawy Pzp.

Odwołujący powołał także stanowisko komisji orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Orzeczenie RKO w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy RIO Lublin z 2 października 2008 r. sygn. akt RIO-51/DFP-85/2008), zgodnie z którym takie postawienie warunków może, choćby przypadkowo, sprawiać wrażenie, że zamawiający jednak żąda jakiegoś sposobu spełniania warunku i może wprowadzać w błąd wykonawców. Ich potencjalna rezygnacja z udziału w postępowaniu może natomiast mieć wpływ na jego wynik.

Odwołujący podkreślał, że zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu jest ono finansowane ze środków Programu Operacyjnego Pomoc Techniczna na lata 2007-2013, co skutkuje, w przypadku naruszenia przez Zamawiającego warunków i kryteriów oceny ofert, wymierzeniem korekt finansowych za naruszenie ustawy od 5% do 25 %

W związku z powyższą argumentacją, z uwagi na fakt, że do wykonywania działalności objętej przedmiotem zamówienia nie są wymagane żadne ustawowe uprawnienia, Odwołujący wnosił o wykreślenie tego warunku.

Odwołujący podnosił również, że Zamawiający, opisując sposób dokonywania oceny spełniania warunku zawartego w pkt 4.1.2 siwz, naruszył art. 7 ust 1 i art. 22 ust 4 ustawy Pzp. W pkt 4.1.2 siwz Zamawiający wskazał bowiem, że *o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunek określony w art. 22 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia, Zamawiający uzna ww. warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie), wykonał (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje) należycie: cztery usługi, z których każda polegała na zorganizowaniu i przeprowadzeniu w co najmniej 3 różnych miastach szkoleń i/lub warsztatów z zakresu zamówień publicznych, i w ramach każdej z tych usług przeszkolono co najmniej 100 osób. Wykonanie jednej usługi jest równoznaczne z wykonaniem jednej umowy (jednego zamówienia dla tego samego zamawiającego), nawet jeśli obejmuje ona realizację kilku oddzielnych szkoleń".* Przytoczony wyżej warunek udziału w postępowaniu i jego opis w istotny sposób ograniczają konkurencję i naruszają zasady uczciwej konkurencji.

W pierwszej kolejności Odwołujący zauważał, że brak jest podstaw faktycznych i prawnych do żądania Zamawiającego, aby szkolenia były zorganizowane i przeprowadzone w co najmniej 3 różnych miastach, ponieważ bez znaczenia dla oceny doświadczenia wykonawcy pozostaje, czy organizuje się i przeprowadza szkolenia w mieście czy też na wsi. Pod względem logistycznym organizacja, czy też przeprowadzenie szkolenia w mieście czy we wsi nie różnią się, a zatem brak jest podstaw do opisu sposobu dokonywania oceny tego warunku w sposób w jaki to uczynił Zamawiający.

Ponadto dla oceny doświadczenia wykonawcy nie ma również znaczenia fakt prowadzenia szkoleń i ich organizacji w 3 różnych miastach (miejscowościach). Nie ma różnicy pomiędzy przeprowadzeniem i przygotowaniem 3 szkoleń w jednym czasie w tym samym mieście, a w różnych miastach. Zawsze bowiem do przeprowadzenia 3 szkoleń w tym samym czasie niezbędnych będzie 3 różnych wykładowców, a pod względem logistycznym organizacja takich szkoleń będzie zawsze identyczna, czy to dla 3 różnych miast, czy też 3 szkoleń w tym samym czasie, ale w jednej miejscowości.

Z uwagi na powyższe żądał modyfikacji poprzez usunięcie z treści opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku zwrotu: „w co najmniej 3 różnych miastach".

Równocześnie podnosił, że część powyższego opisu, a mianowicie *sformułowanie „ (…) i w ramach każdej z tych usług przeszkolono co najmniej 100 osób. Wykonanie jednej usługi jest równoznaczne z wykonaniem jednej umowy (jednego zamówienia dla tego samego zamawiającego), nawet jeśli obejmuje ona realizację kilku oddzielnych szkoleń"* również wskazuje na naruszenie przez Zamawiającego podstawowych zasad udzielenia zamówienia publicznego. Brak jest uzasadnienia dla żądania, aby w ramach jednej usługi

przeszkolono co najmniej 100 osób. Zdaniem Odwołującego, nie da się ocenić doświadczenia wykonawcy i dokonać na tej podstawie wyboru wykonawcy dającego gwarancję należytego wykonania umowy, żądając od wykonawców, aby wykazali się faktycznie zawarciem umowy na przeszkolenie 100 osób. Z treści opisu zawartego w pkt 4.1.2 siwz wynika, że dla Zamawiającego faktycznie nie ma znaczenia, czy organizacja szkolenia miała dotyczyć jednocześnie 100 osób, gdyż dopuszcza możliwość potwierdzenie spełniania tego warunku poprzez wykazanie realizacji kilku oddzielnych szkoleń (czyli np. 100 szkoleń dla 1 osoby).

Według Odwołującego bez znaczenia dla oceny umiejętności organizacji szkoleń i radzenia sobie z określoną ilością czynności organizacyjnych w danym czasie jest czy będą zorganizowane na podstawie jednej czy wielu umów. Zamawiający natomiast zażądał aby były one realizowane w ramach jednej umowy, ale mogła ona obejmować nawet trzy lata (treść warunku). Istotą oceny zdolności organizacyjnych jest natomiast radzenie sobie z zakresem prac w jednostce czasu, a bez znaczenia pozostaje podstawa prawna ich dokonywania. Nieistotne jest więc, aby te szkolenia zostały zorganizowane i przeprowadzone w ramach jednej umowy. Przy tak opisanym sposobie dokonywania oceny spełniania warunku nie znajduje żadnego uzasadnienia brak możliwości wykazania się przez wykonawcę organizacją i przeprowadzeniem szkoleń dla 100 osób w określonym czasie dla różnych zamawiających (klientów). Mając powyższe na uwadze żądanie modyfikacji w tym zakresie jest również uzasadnione.

Ponadto Odwołujący podnosił, że dla oceny czy wykonawca posiada wystarczające doświadczenie w logistycznym i organizacyjnym aspekcie przygotowywania i prowadzenia szkoleń nie ma znaczenia czy szkolenia dotyczyły zamówień publicznych, czy też innej - dowolnej tematyki. Zamawiający w ramach jednego warunku próbuje ocenić zdolność wykonawcy zarówno do merytorycznego przeprowadzenia szkoleń, jak i ich organizacji. Są to odrębne wymagania i ich połączenie ma charakter nadmierny i jako takie jest warunkiem o charakterze dyskryminującym.

Zadaniem Odwołującego dla oceny spełniania warunku doświadczenia celowe jest odrębne ustalenie warunku doświadczenia organizacyjnego poprzez np. żądanie wykazania się doświadczeniem w organizacji określonej (np. 2) liczby szkoleń z dowolnej tematyki w okresie ostatnich 3 lat dla określonej liczby osób. Odrębnym warunkiem winno być żądanie doświadczenia w przeprowadzeniu szkoleń w określonej liczbie lokalizacji (miejscowości). Warunkiem kolejnym - przygotowanie i przeprowadzenie wskazanej liczby szkoleń z zakresu zamówień publicznych dla określonej liczby osób. Tak sformułowane warunki nie będą różnicować wykonawców ze względu na umowne podstawy zdobywania doświadczenia co ustawowo jest zabronione, a pozwolą ocenić faktyczne posiadane i niezbędne dla zrealizowania zamówienia doświadczenie. Odwołujący wnosił o modyfikację tego warunku, z

uwzględnieniem argumentacji zawartej w treści uzasadnienia np. w sposób opisany w pkt 2 i 3 odwołania.

W pkt 4.1.3 siwz Zamawiający wskazał, że dopuszcza możliwość wskazania jednego trenera spełniającego jednocześnie dwa z ww. warunków (tj. posiadającego łącznie doświadczenie w przeprowadzeniu szkoleń z zakresu zamówień publicznych w wymiarze 120 dni szkoleniowych, w tym 60 dni szkoleniowych z zakresu robót budowlanych). Wykonawca mógł zaproponować większą liczbę trenerów uczestniczących w realizacji zamówienia, jednak każdy wskazany trener musiał spełniać warunek udziału w postępowaniu.

W powyższym postanowieniu siwz odnoszącym się do warunków udziału w postępowaniu, zdaniem Odwołującego, pojawił się błąd logiczny. Otóż Wykonawca, który wskaże większą liczbę trenerów od wymaganej zmuszony jest do wykazania, że każda z tych osób spełnia warunki. Natomiast w przypadku wskazania tylko wymaganej liczby trenerów istnieje możliwość potwierdzenia spełnienia tego warunku przez jednego trenera posiadającego łącznie doświadczenie w przeprowadzeniu szkoleń z zakresu zamówień publicznych w wymiarze 120 dni szkoleniowych, w tym 60 dni szkoleniowych z zakresu robót budowlanych. Ocena spełnienia warunku udziału w niniejszym postępowaniu opisana przez Zamawiającego wskazuje zatem, iż z postępowania zostanie wykluczony wykonawca, który zaproponuje większą od wymaganej liczby trenerów i np. jeden z nich nie będzie spełniał warunków. Brak logiki polega zatem na tym, że z postępowania może potencjalnie zostać wykluczony wykonawca spełniający warunki poprzez fakt że wśród wskazanych trenerów znajdują się w wystarczającej liczbie osoby potwierdzające spełnianie warunku, ale osoba dodatkowa tych warunków nie spełnia. Ponadto wymaganie aby jeden dzień szkoleniowy równy był 6 godzinom zegarowym jest nieadekwatne do sposobu wykonywania usług szkoleniowych, gdzie zwykle sam zlecający określa dzienną liczbę godzin lub standardowo na rynku oferuje się szkolenia w wymiarze 6 godzin lekcyjnych. Z uwagi na wyżej wykazaną nielogiczność wnoszę do Zamawiającego o dokonanie modyfikacji tego opisu z uwzględnieniem argumentacji przytoczonej wyżej. W opinii Odwołującego miarą doświadczenia trenera jest liczba przepracowanych godzin szkoleniowych a nie ich wymiar dzienny czy miesięczny. Odwołujący podnosił, że jest dysponuje bardzo, jak nie najbardziej doświadczonymi wykładowcami z zakresu zamówień publicznych, którzy nawet po połączeniu swoich potencjałów nie są w stanie spełnić tak postawionych warunków. Warunki udziału w postępowaniu winny uwzględniać nie tylko sam przedmiot zamówienia ale odwoływać się do funkcjonujących na rynku wykonawców i uwzględniać ich profesjonalne doświadczenia zwłaszcza w sytuacji gdy mamy do czynienia z tak specjalistycznym rynkiem i wąską problematyką.

W zakresie opisu kryteriów oceny ofert, Odwołujący wskazywał na następujące naruszenia.

Zamawiający w pkt 12.4 siwz postanowił, iż dokona wyboru oferty najkorzystniejszej m.in. w oparciu o kryterium doświadczenie wykonawcy, które zostanie ocenione, na podstawie następujących elementów:

1. ilość usług polegających na należytym zorganizowaniu i przeprowadzeniu w latach 2007-2010 szkoleń z zakresu zamówień publicznych, o wartości każdej usługi co najmniej 100.000,00 zł brutto, (...).
2. ilość usług polegających na należytym zorganizowaniu i przeprowadzeniu w latach 2007-2010 szkoleń z zakresu zamówień publicznych na roboty budowlane, o wartości każdej usługi co najmniej 50.000,00 zł brutto.

Odnosząc się do żądania wykazania się w tych kryteriach realizacją usługi szkoleniowej o określonej wartości Odwołujący zauważał, iż kryterium to nie daje możliwości wyboru oferty najkorzystniejszej, gdyż nie świadczy o faktycznym zakresie doświadczenia wykonawcy. Nie można na podstawie tak postawionego kryterium dokonać wyboru wykonawcy, który jest faktycznie korzystniejszy (lepszy) od innego wykonawcy mającego realizować niniejsze zamówienie publiczne. Trudno bowiem ocenić, że wykonawca, który zorganizował szkolenie dla 10 osób za cenę 100.000,00 zł, na którą składały się: koszt pracy wykładowcy, catering, nocleg, koszty wydarzenia jest potencjalnie lepszym wykonawcą mającym realizować przedmiot niniejszego zamówienia, od wykonawcy, który zorganizował i przeprowadził szkolenie dla 300 osób za cenę 100.000,00 zł na którą składały się tylko koszty pracy wykładowców, bo szkolenie było organizowane i prowadzone w sali Zamawiającego. Co najwyżej można powiedzieć, że jest droższy od innych, a nie lepszy. Mając powyższe na uwadze Odwołujący żądał modyfikacji kryteriów oceny ofert poprzez usuniecie z ich treści wartości zrealizowanej usługi, gdyż w żaden sposób na tej podstawie nie można dokonać wyboru oferty istotnie najkorzystniejszej.

Odwołujący podnosił, iż nie ma uzasadnienia faktycznego ani prawnego dla postawienia kryterium opisanego w pkt 12.4.2). Nie da się bowiem wybrać wykonawcy korzystniejszego od pozostałych, dokonując oceny jego doświadczenia na podstawie wartości zrealizowanej usługi szkoleniowej. Zamawiający formułując w ten sposób kryteria oceny ofert nie jest w stanie wybrać oferty najkorzystniejszej bowiem nie uzyskuje wiedzy o doświadczeniu wykonawcy odnoszącym się do organizacji i przeprowadzenia szkoleń, a jedynie o stawkach, jakie są stosowane na rynku. Tym samym Zamawiający weryfikuje i dokonuje klasyfikacji wykonawców nie na podstawie ich faktycznego doświadczenia, a wysokości uzyskiwanego wynagrodzenia za tego typu usługi.

Jednocześnie, zdaniem Odwołującego, brak jest podstaw do różnicowania w kryteriach oceny ofert i oceniania oddzielnie doświadczenia w organizacji wszelkich szkoleń z zakresu zamówień publicznych od szkoleń z zakresu zamówień publicznych na roboty budowlane. Skoro przedmiotem niniejszego zamówienia jest organizacja szkoleń z zakresu zamówień publicznych obejmującego dostawy, usługi i roboty budowlane, to trudno jest

znaleźć uzasadnienie dla faworyzowania wykonawcy, który zorganizował i przeszkolił z zakresu zamówień publicznych na roboty budowlane.

Ponadto Zamawiający wskazał, że dokonując oceny ofert w oparciu o kryterium opisane w pkt 12.4 siwz będzie brał pod uwagę wyłącznie usługi wymienione w dokumencie sporządzonym zgodnie ze wzorem załącznika nr 7 do siwz. We wzorze załącznika nr 7 do siwz znajduje się wymóg podania odbiorcy usługi, nie dając tym samym możliwości wykazania się realizacją przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie niniejszego zamówienia własnych szkoleń tzw. szkoleń z naboru. Zwrot „odbiorca usługi" wprost wskazuje na konieczność zrealizowania usługi dla jednego odbiorcy a nie np. dla 50 odbiorców jakimi w przypadku szkoleń własnych organizowanych z naboru przez wykonawcę są osoby szkolone. Zapis ten tym samym w istotny sposób ogranicza konkurencję i narusza zasady uczciwej konkurencji.

W zakresie opisu sposobu obliczenia ceny, zgodnie z postanowieniem siwz zawartym w pkt 10.5, Wykonawca składając ofertę musi podać w Formularzu Ofertowym kwotę podatku od towarów i usług (VAT). Wymóg ten stoi w ocenie Odwołującego stoi w oczywistej sprzeczności z przepisem art. 43 ust 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. z dnia 5 kwietnia 2004r., Nr 54, poz. 535 ze zm.) na podstawie, którego usługa szkoleniowe, jako usługa edukacyjna zwolniona jest z podatku. Tym samym nie ma możliwości wskazania w formularzu ofertowym jakiejkolwiek wartości nawet „0", gdyż oznaczałoby to, że wykonawca zastosował się błędnie do ustawy o podatku od towarów i usług i naliczył ten podatek. Odwołujący żądał modyfikacji siwz poprzez usunięcie z jej postanowień pkt 10.5.

Na posiedzeniu Izby w dniu 21 maja 2010 r. Zamawiający oświadczył, iż składa do protokołu odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnia odwołanie w całości, wnioskując o umorzenie postępowania odwoławczego. Złożył także pismo z dnia 20 maja 2010 r. zawierające szczegółową treść odpowiedzi na odwołanie, w którym odniósł się do poszczególnych zarzutów i żądań odwołania, wskazując sposób modyfikacji treści ogłoszenia oraz siwz, w jego ocenie, zgodny z żądaniem Odwołującego. Równocześnie Zamawiający oświadczył w odpowiedzi na odwołanie, że zmiany w zakresie siwz oraz ogłoszenia o zamówieniu zobowiązuje się wprowadzić po uzyskaniu ostatecznego rozstrzygnięcia odwołania. Odwołujący, po zapoznaniu się z treścią odpowiedzi na odwołanie, uznał jednak, że w zakresie modyfikacji pkt 4.1.2. siwz (zarzut nr 2 odwołania) nie uwzględnia ona w całości jego żądań. W związku z powyższym Zamawiający do protokołu dokonał modyfikacji kwestionowanego postanowienia 4.1.2. siwz, zgodnie z argumentacją zawartą w odwołaniu i przedstawianą przez Odwołującego na posiedzeniu. Po dokonanej modyfikacji Odwołujący oświadczył, że odpowiedź uwzględnia żądania odwołania w całości.

Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 10 maja 2010 r. na swojej stronie internetowej zamieścił zawiadomienie o wniesieniu odwołania wraz kopią odwołania oraz wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym (informacje wynikające ze strony internetowej Zamawiającego oraz odpowiedzi na odwołanie).

Ponadto Izba ustaliła, że w ustawowym terminie 3 dni, tj. do dnia 13 maja 2010 r. żaden wykonawca nie przystąpił do postępowania odwoławczego (art. 185 ust. 2 ustawy Pzp).

W oparciu o powyższe Izba stwierdziła, że skoro Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniesionej do protokołu na posiedzeniu z udziałem stron zgodnie z art. 186 ust. 1 ustawy Pzp oświadczył, że uwzględnił odwołanie w całości i zobowiązał się do dokonania modyfikacji siwz oraz ogłoszenia o zamówieniu, a Odwołujący potwierdził, że przedmiotowe modyfikacje wyczerpują żądania odwołania, przyjąć należy, że Zamawiający uznał w pełni zarzuty Odwołującego.

Wobec ustalenia, że:

1. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu,
2. po stronie Zamawiającego nie przystąpił skutecznie żaden wykonawca,

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego na posiedzeniu z udziałem stron, zgodnie z treścią art. 186 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z § 13 ust. 2 pkt 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280). Art. 186 ust. 2 ustawy Pzp przewiduje, że w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim wypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Stosując reguły wnioskowania prawniczego (a maiori ad minus) uznać zatem należy, że Izba posiada także uprawnienie do umorzenia postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, w tym w sytuacji, gdy odpowiedź na odwołanie uwzględniająca zarzuty w całości składana jest na posiedzeniu. Istotą tej instytucji jest bowiem brak zasadności kontynuowania postępowania odwoławczego w sytuacji, gdy zarzuty odwołania zostały uznane przez zamawiającego w całości, przy czym art. 186 ust. 1 ustawy Pzp przewiduje dwie równorzędne formy odpowiedzi na odwołanie: pisemną i ustną do protokołu. Ponadto warto zauważyć, że z

uwagi na okoliczność, że umorzenie postępowania na skutek uwzględnienia wszystkich zarzutów odwołania kończy postępowanie odwoławcze, pozbawiając odwołującego uprawnienia do merytorycznego rozpoznania sprawy, a ewentualne rozstrzygnięcie w tym zakresie podlega kontroli jedynie w drodze skargi, w wielu przypadkach zasadnym będzie kierowanie przez Izbę sprawy na posiedzenie z udziałem stron. Powyższe nie pozbawia jednak Izby możliwości wydania postanowienia o umorzeniu postępowania, jeśli stwierdzi zaistnienie przesłanek wskazanych w art. 186 ust. 2 ustawy Pzp. Przesłanki i *ratio legis* umorzenia postępowania pozostają bowiem niezmienne, niezależnie od tego, czy postanowienie o umorzeniu postępowania wydawane jest przez Izbę na posiedzeniu z udziałem czy bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego, jak również czy złożenie oświadczenia o uznaniu odwołania w całości nastąpiło po rozpoczęciu posiedzenia lub rozprawy. Pośrednim potwierdzeniem powyższego rozumowania może być także regulacja § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania regulujący sposób rozliczania kosztów w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę. Zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 ww rozporządzenia okoliczność, kiedy nastąpiło uwzględnienie zarzutów odwołującego w całości, ma wpływ jedynie na sposób rozliczenia kosztów umorzonego postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 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), zgodnie z którym w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę, jeżeli uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło po otwarciu rozprawy albo rozpoczęciu posiedzenia z udziałem stron, Izba zasądza koszty od zamawiającego na rzecz odwołującego.

Przewodniczący:

……

Członkowie:

……

……