

Sygn. akt: KIO 2487/11

## WYROK

z dnia 30 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

**Protokolant: Wioleta Paczkowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 listopada 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 listopada 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. **Sobiesława Sowę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą TOP EDUCATION Sobiesław Sowa, placówka wychowania pozaszkolnego z siedzibą w Kartuzach (lider konsorcjum), 83-300 Kartuzy, Os. Wybickiego 33** prowadzoną w ramach TOP EDUCATION Sobiesław Sowa z siedzibą we Wrocławiu, 53-330 Wrocław, ul. Energetyczna 10A/12 i **Agnieszka Krzyżaniak prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „AS” Agnieszka Krzyżaniak z siedzibą w miejscowości Godziesze Małe, 62-872 Godziesze Małe, ul. Zadowicka 27a** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Puck, 84-100 Puck, ul. 10 lutego 29,**

**orzeka:**

**1.uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz ponowne badanie i ocenę ofert z udziałem oferty Odwołującego,**

**2.kosztami postępowania obciąża Gminę Puck, 84-100 Puck, ul. 10 lutego 29 i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. **Sobiesława Sowę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą TOP EDUCATION Sobiesław Sowa, placówka wychowania pozaszkolnego z siedzibą w Kartuzach (lider konsorcjum), 83-300 Kartuzy, Os. Wybickiego 33 prowadzoną w ramach TOP EDUCATION Sobiesław Sowa z siedzibą we Wrocławiu, 53-330 Wrocław, ul. Energetyczna 10A/12 i Agnieszkę Krzyżaniak prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „AS” Agnieszka Krzyżaniak z siedzibą w miejscowości Godziesze Małe, 62-872 Godziesze Małe, ul. Zadowicka 27a** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Gminy Puck, 84-100 Puck, ul. 10 lutego 29** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. **Sobiesława Sowę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą TOP EDUCATION Sobiesław Sowa, placówka wychowania pozaszkolnego z siedzibą w Kartuzach (lider konsorcjum), 83-300 Kartuzy, Os. Wybickiego 33 prowadzoną w ramach TOP EDUCATION Sobiesław Sowa z siedzibą we Wrocławiu, 53-330 Wrocław, ul. Energetyczna 10A/12 i Agnieszkę Krzyżaniak prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „AS” Agnieszka Krzyżaniak z siedzibą w miejscowości Godziesze Małe, 62-872 Godziesze Małe, ul. Zadowicka 27a** kwotę **8 102 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sto dwa złote zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, noclegu i dojazdu na wyznaczoną rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. 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 **Gdańsku**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Gmina Puck, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Świadczenie usługi edukacyjnej w projekcie o tytule Indywidualizacja nauczania i wychowania uczniów klas I-III szkół podstawowych w gminie Puck”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 30 września 2011 r., poz. 258925, zmienione następnie ogłoszeniem o zmianie ogłoszenia z dnia 5 października 2011 r., poz. 262427.

Pismem z dnia 16 listopada 2011 r. (wpływ do Odwołującego w tej samej dacie) Zamawiający poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Sobiesława Sowę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą TOP EDUCATION Sobiesław Sowa placówka wychowania pozaszkolnego z siedzibą w Kartuzach (lider konsorcjum) oraz Agnieszkę Krzyżaniak prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „AS” Agnieszka Krzyżaniak, zwanych dalej „Odwołującym”, o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W dniu 21 listopada 2011 r. (pismem z tej samej daty) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do Zamawiającego w dniu 21 listopada 2011 r.) od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętych w toku postępowania oraz zaniechania czynności, do których był on zobowiązany na podstawie przepisów ustawy Pzp, a mających istotny wpływ na wynik postępowania, zarzucając Zamawiającemu niezgodność z przepisami ustawy i kwestionując:

1. czynność polegającą na badaniu i ocenie oferty złożonej przez Odwołującego, wskutek czego Zamawiający uznał jego ofertę za nieodpowiadającą treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp;
2. czynność polegającą na odrzuceniu oferty Odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp;
3. zaniechanie czynności wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp;
4. czynność polegającą na unieważnieniu postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;

2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, z uwzględnieniem:
  - uznania dokumentacji Odwołującego złożonej w wyniku uzupełnienia dokumentów, za zgodną ze treścią SIWZ,
  - unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
  - uznania oferty Odwołującego za ofertę ważną;
3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności właściwej dla wyboru oferty najkorzystniejszej;
4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł m.in., iż Zamawiający w SIWZ określił warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia, wskazując iż „uzna warunek za spełniony jeżeli wykonawca wykaże wykonanie minimum 2 usług o charakterze podobnym rodzajowo do przedmiotu zamówienia o wartości nie mniejszej niż 100 000,- zł brutto. Zamawiający dokona oceny na podstawie wykaz usług wraz z załączonymi dokumentami potwierdzającymi, że usługi zostały wykonane należycie, na zasadzie spełnia - nie spełnia.”, który to warunek Odwołujący spełnił. Natomiast to Zamawiający w toku przedmiotowego postępowania zmieniał wykładnię stosowanej przez siebie terminologii „usług o charakterze podobnym rodzajowo do przedmiotu zamówienia”, w konsekwencji czego odmówił takiego waloru wcześniej zaakceptowanym przez siebie typom usług wykaznym przez Odwołującego (usługi edukacyjnej dla przedszkolaków), uznając że usługa edukacyjna świadczona na rzecz dzieci w wieku przedszkolnym nie wypełnia znamion „usługi rodzajowo podobnej do przedmiotu zamówienia”.

Zamawiający nie uwzględnił także innych usług wykonywanych przez Odwołującego, tj. szkoleń dla uczniów klas 0-VI SP oraz kla I-III gimnazjów mimo, że dwie z nich wypełniły dyspozycję z warunków udziału w postępowaniu, w tym odnoszącą się do wartości usługi. Usługi te mają charakter ciągły, dlatego też ich złożenie należało uznać za spełnienia postawionego warunku.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożoną ofertę jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w rozdziale 2 SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” jako pozycje we wspólnym słowniku zamówień CPV wskazał: „80100000-5, 80310000-0, 80410000-1”.

Nadto w rozdziale 10 SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu, opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” , pkt 1.1. podał, iż „o udzielnie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy (...) posiadają wiedzę i doświadczenie - Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże wykonanie minimum 2 usług o charakterze podobnym rodzajowo do przedmiotu zamówienia o wartości nie mniejszej niż 100 000,- zł brutto. Zamawiający dokona oceny na podstawie wykazu usług wraz z załączonymi dokumentami potwierdzającymi, że usługi zostały wykonane należycie, na zasadzie spełnia - nie spełnia.”.

Odwołujący w załączeniu do oferty złożył „Wykaz wykonanych w ciągu ostatnich trzech lat usług” obejmujący następujące usługi:

1. Prowadzenie zajęć dodatkowych dla dzieci w projekcie z poddziałania 9.1.1 „Akademia przedszkolaka”, termin realizacji: styczeń 2010 - czerwiec 2010 (poz. 1 wykazu);
2. Prowadzenie usługi szkoleniowej w ramach projektu z poddziałania 6.1.1 „Profesjonalny pracownik w powiecie słuwickim”, termin realizacji: wrzesień 2010 - listopad 2010 (poz. 2 wykazu);
3. Prowadzenie usługi szkoleniowej w ramach projektu z poddziałania 6.1.1 „Wykwalifikowany pracownik w powiecie brzeskim”, termin realizacji: marzec 2010 - czerwiec 2010 (poz. 3 wykazu);
4. Prowadzenie usługi szkoleniowej w ramach projektu z poddziałania 6.1.1 „Wysoko wykwalifikowani pracownicy powiatu kutnowskiego”, termin realizacji: styczeń 2010 - czerwiec 2010 (poz. 4 wykazu) (strona 8 oferty).

Pismem z dnia 8 listopada 2011 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wykazu wykonanych usług w ciągu ostatnich

3 lat, dodając iż wykonawca miał wykazać wykonanie minimum 2 usług o charakterze podobnym rodzajowo do przedmiotu zamówienia o wartości nie mniejszej niż 100.000,00 zł. Nadto dodał, iż opis przedmiotu zamówienia został sprecyzowany w rozdziale 2 SIWZ, a jego przedmiotem zamówienia jest Indywidualizacja nauczania i wychowania uczniów klas I-III szkół podstawowych w gminie Puck”. Podał także, iż „z wykazu dołączonego do oferty wynika wykonanie tylko 1 usługi o charakterze podobnym rodzajowo do przedmiotu zamówienia.”.

Odwołujący, w wyniku uzupełnienia – pismem z dnia 10 listopada 2011 r.- złożył wykaz wykonanych w ciągu ostatnich trzech lat usług oraz referencje potwierdzające należyte ich wykonanie.

W przedłożonym wykazie wskazał następujące usługi:

5. Prowadzenie zajęć dodatkowych dla dzieci w projekcie z poddziałania 9.1.1 „Akademia przedszkolaka”, termin realizacji: styczeń 2010 - czerwiec 2010 (poz. 1 wykazu);
6. Prowadzenie zajęć dodatkowych w projekcie „Wesołe przedszkole” z poddziałania 9.1.1, termin realizacji: październik 2010 - czerwiec 2011 (poz. 2 wykazu);
7. Prowadzenie zajęć dodatkowych w projekcie „Wesołe przedszkole” z poddziałania 9.1.1, termin realizacji: październik 2010 - nadal (poz. 3 wykazu);
8. Prowadzenie zajęć dodatkowych w ramach projektu „Odkrywać nieznanne, tworzyć nowe – program rozwijania uczniów fizyką” w ramach poddziałania 3.3.4, termin realizacji: marzec 2011 - nadal (poz. 4 wykazu);
9. Prowadzenie zajęć dodatkowych w ramach projektu „Mała nowoczesna szkoła” w ramach poddziałania 9.1.2, termin realizacji: luty 2011 - nadal (poz. 5 wykazu);
10. Prowadzenie zajęć dodatkowych w ramach projektu „Droga do przyszłości”, termin realizacji: luty 2011 - nadal (poz. 6 wykazu).

Pismem z dnia 16 listopada 2011 r. (wpływ do Odwołującego w tej samej dacie) Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe Izba zwazyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż do opisu przedmiotu zamówienia ustawa nakazuje stosować nazwy i kody Wspólnego Słownika Zamowień, a więc klasyfikacji, która służy określeniu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i pozwalający wykonawcom na identyfikację przedmiotu zamówienia, a informacja taka umieszczana jest w ogłoszeniu o zamówieniu. W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający dla określenia przedmiotu zamówienia w ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 30 września 2011 r. wskazał następujące kody: 80100000-5 (usługi szkolnictwa podstawowego), 80310000-0 (usługi edukacji młodzieżowej) i 80410000-1 (różne usługi

szkolne), te same kody podając w rozdziale 2 SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”. Zamawiający, niezależnie od powyższego na stronie 1 SIWZ, wskazał „CPV 80000000-4, 80100000-5”, gdzie kod 80000000-4 oznacza „usługi edukacyjne i szkoleniowe”. Nadto w ogłoszeniu z dnia 5 października 2011 r. o zmianie ogłoszenia o zamówieniu dokonał m.in. zmiany kodów opisujących przedmiot zamówienia, przez wskazanie następujących „80100000-5, 80310000-0, 80000000-4”, tym samym dopuszczając do legitymowania się przez wykonawców na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu zarówno szeroko rozumianymi usługami edukacyjnymi, ale i wszelkimi usługami szkoleniowymi. Wskazuje na to bowiem użycie kodu 80000000-4. Istotnie w podanych kodach – jak słusznie podnosił Zamawiający - brak jest kodu dotyczącego usługi szkolnictwa przedszkolnego. Niemniej jednak szeroki zakres kodu 80000000-4 pozwala na uznanie wszelkich usług szkoleniowych i edukacyjnych wskazanych przez wykonawcę za spełniających warunek udziału w postępowaniu, o ile są one usługami o określonej przez Zamawiającego wartości i faktycznie zostały wykonane należycie bądź też – zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu – „wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku (...)”. Istotnie usługi, jakim wykazał się Odwołujący w pozycjach 3-6 wykazu złożonego w wyniku uzupełnienia, można przypisać charakter ciągły. Zamówienie na usługi jest bowiem ciągłe, gdy jego realizacja wymaga jakiegoś zachowania się wykonawcy przez pewien okres czasu i gdy ze względu na rodzaj czynności, nie może być ono wykonane jednorazowo. Faktycznie tego rodzaju zamówienie nie będzie zrealizowane jednorazowo, gdyż składa się ono z pewnych następujących po sobie czynności wykonawcy, oddzielonych od siebie w czasie, które dopiero razem tworzą pewną funkcjonalną całość, a ma ona to do siebie, że trwa w czasie i to właśnie czas jest jej miernikiem. Tym samym usługi wskazane w pozycjach 3 i 4 uzupełnionego wykazu potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Warunek ten potwierdzają także, przy takim określeniu kodów CPV jakich użyto do określenia przedmiotu zamówienia, jak miało to miejsce w wyniku zmiany ogłoszenia o zamówieniu, wszystkie usługi szkoleniowe i edukacyjne wskazane w pierwotnie złożonym przez Odwołującego wykazie (wykazie złożonym wraz z ofertą). Wszelkie nieścisłości pomiędzy treścią ogłoszenia o zamówieniu a treścią SIWZ muszą być bowiem bezwzględnie tłumaczone na korzyść wykonawcy. To Zamawiający zobowiązany jest do takiego przygotowania postępowania, aby nie było rozbieżności pomiędzy treścią ogłoszenia o zamówieniu i treścią SIWZ. I tego obowiązku nie może on przerzucać na wykonawcę, tym bardziej, że w tzw. postępowaniach podprogowych, a takim właśnie jest niniejsze postępowanie wykonawcy mogą korzystać ze środków ochrony prawnej w ograniczonym zakresie, a mianowicie wyłącznie w przypadkach enumeratywnie wymienionych w ustawie, wśród których brak jest możliwości kwestionowania treści zarówno ogłoszenia o zamówieniu,

jak i treści SIWZ (jedynym wyjątkiem jest możliwość kwestionowania opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu). Tak więc w sytuacji, gdy doszło do tego rodzaju nieścisłości, jak to ma miejsce w niniejszym stanie faktycznym, oferty wykonawców (ofertę Odwołującego) należy oceniać na podstawie tego co zostało faktycznie zapisane w dokumentach, a nie na podstawie tego co chciał zapisać Zamawiający, a czego jednak nie uczynił. Tym samym należy uznać, iż Odwołujący spełnił kwestionowany warunek udziału w postępowaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty noclegu w wysokości 201,00 zł oraz dojazdu na wyznaczoną rozprawę w wysokości 401,00 zł, na podstawie biletów oraz rachunków złożonych do akt sprawy. Natomiast nie uwzględniając kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w wysokości 1 200,00 zł, gdyż – zgodnie z treścią § 3 ust. 2 ww. rozporządzenia – Izba zasądza uzasadnione koszty strony w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, a rachunek taki nie został złożony.

**Przewodniczący:** .....