

Sygn. akt: KIO 88/14

Sygn. akt: KIO 93/14

WYROK

z dnia 3 lutego 2014 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Klaudia Szczytowska-Maziarz**
Marek Szafraniec
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: **Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 stycznia 2014 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 20 stycznia 2014 roku przez wykonawcę: **Ove Arup & Partners International Limited, 13 Fitzroy Street W1T4BQ Londyn, Wielka Brytania działający w Polsce w formie Oddziału pod nazwą Ove Arup & Partners International Limited Sp. z o.o. Oddział w Polsce, ul. Królewska 16, 00-103 Warszawa** (sprawa o sygn. akt KIO 88/14),
- B. w dniu 20 stycznia 2014 roku przez wykonawcę: **MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp.k., ul. Domaniewska 39A, 02-672 Warszawa** (sprawa o sygn. akt KIO 93/14)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości, ul. Pańska 81/83, 00-834 Warszawa**

przy udziale:

- A. wykonawcy: **WYG Consulting Sp. z o.o., ul. Sienna 64, 00-825 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 88/14 po stronie zamawiającego

oraz

wykonawcy: **MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp.k., ul. Domaniewska 39A, 02-672 Warszawa** i wykonawcy: **Danish Technological Institut Polska Sp. z o.o., ul. Królowej Marysieńki 90, 02-954 Warszawa**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 88/14 po stronie odwołującego

B. wykonawcy: **WYG Consulting Sp. z o.o., ul. Sienna 64, 00-825 Warszawa**
oraz

wykonawcy: **Ove Arup & Partners International Limited, 13 Fitzroy Street W1T4BQ Londyn, Wielka Brytania** działający w Polsce w formie Oddziału pod nazwą **Ove Arup & Partners International Limited Sp. z o.o. Oddział w Polsce, ul. Królewska 16, 00-103 Warszawa**,

oraz

wykonawcy: **Danish Technological Institut Polska Sp. z o.o., ul. Królowej Marysieńki 90, 02-954 Warszawa**,

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 93/14 po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala oba odwołania,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawców: Ove Arup & Partners International Limited, 13 Fitzroy Street W1T4BQ Londyn, Wielka Brytania działający w Polsce w formie Oddziału pod nazwą Ove Arup & Partners International Limited Sp. z o.o. Oddział w Polsce, ul. Królewska 16, 00-103 Warszawa oraz MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp.k., ul. Domaniewska 39A, 02-672 Warszawa i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców: Ove Arup & Partners International Limited, 13 Fitzroy Street W1T4BQ Londyn, Wielka Brytania działający w Polsce w formie Oddziału pod nazwą Ove Arup & Partners International Limited Sp. z o.o. Oddział w Polsce, ul. Królewska 16, 00-103 Warszawa oraz MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp.k., ul. Domaniewska 39A, 02-672 Warszawa tytułem wpisów od odwołań.**

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na *Realizację usług szkoleniowo - doradczej w ramach projektu systemowego PARP „MMP dostawcą usług dla osób starszych”*, prowadzonym przez Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości (dalej „zamawiający”) wykonawca Ove Arup & Partners International Limited działający w Polsce w formie oddziału pod nazwą Ove Arup & Partners International Limited Sp. z o.o. Oddział w Polsce (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec:

1. nieprawidłowego badania i oceny ofert, co miało wpływ na wynik postępowania,
2. nieuzasadnionego przyznania wykonawcy WYG Consulting Sp. z o.o. (dalej: „WYG”), wykonawcy EPRD Biuro Polityki Gospodarczej i Rozwoju Regionalnego Sp. z o.o. wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia z Fundacją Edukacji i Dialogu Społecznego „Pro Civis” (dalej: „EPRD”) oraz PM GROUP LAAX Sp. z o.o. Sp.k. (dalej: „PM Group”) punktów w ramach kryterium oceny ofert „Termin uruchomienia działań doradczych”, co miało wpływ na ranking ocenionych ofert, a w konsekwencji na wynik postępowania,
3. zaniechania odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców: WYG, EPRD, PM Group, mimo że wykonawcy ci zaproponowali w swoich ofertach „Termin uruchomienia działań doradczych” niemożliwy do realizacji, co jest niezgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”),
4. zaniechaniu odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców: WYG, EPRD, PM Group, mimo że ww. wykonawcy zaproponowali w swoich ofertach świadczenie niemożliwe do realizacji co powoduje, że ich oferty są nieważne na podstawie odrębnych przepisów,
5. wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez WYG oraz umiejscowienie na trzeciej i szóstej pozycji w rankingu ocenianych ofert, ofert złożonych odpowiednio przez EPRD oraz PM Group.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 14, art. 89 ust. 1 pkt 2), art. 89 ust. 1 pkt 8), art. 91 ust. 1, art. 139 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”], a nadto art. 387 Kodeksu Cywilnego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności badania i oceny ofert, w tym wyboru oferty WYG jako najkorzystniejszej,

2. dokonania ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, w szczególności w zakresie zaproponowanego „Terminu uruchomienia działań doradczych”,
3. odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców: WYG, EPRD, PM Group.

Odwołujący podał, że w postępowaniu oferty złożyło siedmiu wykonawców: odwołujący, WYG, EPRD, PM Group, F5 Konsulting Sp. z o.o. (dalej: „F5”), MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp. k. (dalej: „MDDP”), FIRMA 2000 Sp. z o.o. (obecnie Danish Technological Institut Polska Sp. z o.o.) [dalej: „Firma 2000”]), zaś pismem z dnia 9 stycznia 2014 r. zamawiający poinformował odwołującego o wyborze oferty WYG jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że w § 13 SIWZ zamawiający ustalił w postępowaniu następujące kryteria oceny ofert:

1. Całkowita cena brutto - max 20 pkt,
2. Termin uruchomienia działań doradczych - max 30 pkt,
3. Narzędzia rekrutacji - max 25 pkt,
4. Narzędzia utrzymania przedsiębiorców w usłudze - max 25 pkt.

Wskazał także, że w § 13 ust. 3 SIWZ zamawiający poinformował wykonawców, że ocenę ofert w ramach kryterium: Termin uruchomienia działań doradczych (dalej: „Termin”) podzieli na dwa etapy: w I etapie zamawiający dokona oceny argumentów potwierdzających, iż proponowany Termin jest możliwy do realizacji, w II etapie będą oceniane tylko te oferty, w których wykonawcy wskazali racjonalne argumenty przemawiające za realizacją usługi we wskazanym przez nich Terminie. Oceny racjonalności argumentów miała dokonywać Komisja Przetargowa, a najwyższą liczbę punktów (II etap) miała otrzymać oferta zawierająca najkrótszy Termin.

Odwołujący wskazał nadto, że w § 13 ust. 6 SIWZ zamawiający przewidział, że *„otrzymanie 0 punktów w którymkolwiek z kryteriów/podkryteriów lub brak przejścia do II etapu oceny w kryterium „Termin uruchomienia działań doradczych” będzie równoznaczne z odrzuceniem oferty”*.

Odwołujący ocenił, że treść § 13 ust. 6 SIWZ oznacza, że zamawiający odrzuci oferty, gdy wykonawcy zaproponują niemożliwy do realizacji Termin.

Odwołujący podał również, że sposób wyliczenia Terminu zamawiający określił w § 10 ust. 9 SIWZ - wykonawcy zostali zobowiązani do uruchomienia działań doradczych mających na celu przygotowanie planów rozwoju, o których mowa w pkt 6 Zakresu Zadań Wykonawcy - Załącznik nr 1 do SIWZ (dalej: „ZZW”); Terminem miała być liczba dni kalendarzowych liczona od dnia akceptacji Sprawozdania Wstępnego (włącznie) do dnia

uruchomienia działań doradczych mających na celu przygotowanie planów rozwoju (włącznie).

Odwołujący wyjaśnił, że „Dzień uruchomienia działań doradczych mających na celu przygotowanie planów rozwoju” zamawiający zdefiniował jako dzień, w którym doradcy spotkają się po raz pierwszy z dziesiątym przedsiębiorcą, spośród przedsiębiorców, z którymi wykonawca zawarł umowę wsparcia.

Odwołujący uznał, że zakres obowiązków wykonawcy istotnych dla wyliczenia Terminu, tj. zakres obowiązków od dnia podpisania umowy o zamówienie publiczne do dnia, w którym wykonawcy mieli się spotkać po raz pierwszy z dziesiątym przedsiębiorcą spośród przedsiębiorców, z którymi zawarli umowę wsparcia został szczegółowo opisany w ZZW i we wzorze umowy i obejmował m.in.:

1. podpisanie umowy o zamówienie publiczne,
2. opracowanie Sprawozdania Wstępnego (dalej także „SW”) i przedłożenie go zamawiającemu do akceptacji (nie później niż 15-tego dnia od podpisania umowy o zamówienie publiczne), przy czym na Sprawozdanie Wstępne składa się m.in.:
 - opracowanie planu rekrutacji,
 - opracowanie regulaminu rekrutacji przedsiębiorców do usługi (wraz z załącznikami),
 - opracowanie zakresu działań rekrutacyjnych,
 - opracowanie wzoru planu rozwoju,
 - opracowanie wzoru raportu z rekrutacji,
 - opracowanie wzoru umowy wsparcia,
 - opracowanie Harmonogramu.
3. uzyskanie akceptacji SW,
4. podpisanie umów z beneficjentami/przedsiębiorcami.
5. poinformowanie zamawiającego o każdym doradztwie najpóźniej na 7 dni kalendarzowych przed planowanym rozpoczęciem - zgodnie z pkt 9.1. ZZW: „Wykonawca będzie przekazywać Zamawiającemu informacje o każdym doradztwie (sesji doradczej) najpóźniej na 7 dni kalendarzowych przed jego planowanym rozpoczęciem”,
6. realizację działań doradczych mających na celu opracowanie planów rozwoju (w tym spotkanie się po raz pierwszy z dziesiątym przedsiębiorcą spośród przedsiębiorców, z którymi wykonawca zawarł umowę wsparcia).

Odwołujący wskazał wreszcie, że Termin, który mieli wyliczyć wykonawcy musiał uwzględniać działania od punktu 3 do punktu 6 (powyżej).

Odwołujący podał, że Termin, który wykonawcy zaproponowali został utajniony w większości ofert jako tajemnica przedsiębiorstwa, jednak bazując na treści informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty (wraz z przyznaną punktacją w ramach każdego kryterium) możliwe jest wyliczenie, jaki Termin zaoferował każdy z wykonawców, tj.: WYG – 2 dni, PM Group – 3 dni, EPRD – 4 dni, odwołujący – 9 dni, Firma 2000 – 18 dni, MDDP – 18 dni, F5 – 24 dni.

Zdaniem odwołującego Terminy zaproponowane przez WYG, PM Group oraz EPRD nie uwzględniają konieczności poinformowania zamawiającego o każdym doradztwie najpóźniej na 7 dni kalendarzowych przed jego planowanym rozpoczęciem, co oznacza, że oferty tych wykonawców są niezgodne z treścią SIWZ i powinny zostać odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp. Dodał, że proponując 2, 3 i 4 dniowy Termin wykonawcy nie będą w stanie zrealizować usługi zgodnie z treścią SIWZ.

Podniósł, że z § 1 ust. 1 wzoru umowy jednoznacznie wynika, że przedmiotem umowy jest realizacja usługi doradczo – szkoleniowej polegającej na udzieleniu pomocy finansowej mikro i małym przedsiębiorcom zgodnie z zapisami ZZW.

W ocenie odwołującego wątpliwe jest również, aby zamawiający mógł zaakceptować Sprawozdanie Wstępne przygotowane przez WYG, PM Group oraz EPRD - jednym z załączników do Sprawozdania Wstępnego jest Szczegółowy Harmonogram realizacji usługi, który zgodnie z § 13 ust. 2 wzoru umowy musi uwzględniać zobowiązania wykonawcy zawarte w ofercie oraz wymagania zawarte w ZZW, w szczególności informacje dotyczące realizacji poszczególnych działań, kamieni milowych, planowaną do objęcia wsparciem liczbę odbiorców i uczestników w danym okresie rozliczeniowym, terminy rozpoczęcia naboru przedsiębiorców do usługi.

Odwołujący skonstruował, że skoro Termin zaoferowany przez WYG, PM Group oraz EPRD nie uwzględnia wymogu z pkt 9.1. ZZW, to Termin ten jest nierealny i niemożliwy do realizacji zgodnie z postanowieniami SIWZ, gdyż przewiduje odmienny niż wymagany w SIWZ sposób realizacji zamówienia.

Odnośnie do zarzutu nieważności oferty na podstawie odrębnych przepisów odwołujący podał, że zgodnie z art. 14 ustawy Pzp oraz art. 139 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy KC. Przypomniał, że art. 387 § 1 KC stanowi, że nieważna jest umowa o świadczenie niemożliwe i wskazał, że jest to nieważność wynikająca wprost z przepisów prawa, gdyż nie można uznać za wiążące zobowiązania do zachowania niemożliwego.

W ocenie odwołującego taka sytuacja ma miejsce w niniejszym postępowaniu - nie jest bowiem możliwe zrealizowanie przez WYG, PM Group oraz EPRD usługi doradztwa

(świadczenia) w zgodzie z SIWZ, w szczególności w zgodzie z ZZW oraz postanowieniami umowy - nieuwzględnienie w oferowanym przez WYG, PM Group oraz EPRD Terminie konieczności przekazywania zamawiającemu informacji o każdym doradztwie (sesji doradczej) najpóźniej na 7 dni kalendarzowych przed jego planowanym rozpoczęciem skutkuje koniecznością odrzucenia ofert ww. wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp, gdyż oferty te są nieważne na podstawie odrębnych przepisów, tj. na podstawie art. 387 § 1 KC.

Odnośnie do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców odwołujący uznał, że skoro zamawiający, pomimo ciążącego na nim obowiązku nie odrzucił ofert WYG, PM Group oraz EPRD, to oznacza to, że dokonując oceny i badania ofert naruszył, m.in. zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców - zamawiający nie zweryfikował dokładnie tych ofert, co przejawia się w dokonanej przez zamawiającego klasyfikacji.

W tym samym postępowaniu odwołanie złożył wykonawca MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp.k. (dalej „odwołujący II”) wobec:

1. dokonania wyboru oferty wykonawcy WYG,
2. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy WYG,
3. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy PM Group,
4. zaniechania odrzucenia oferty EPRD,
5. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Ove Arup & Partners International Limited (dalej „Ove Arup” albo odwołujący),
6. zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Firma 2000,
7. zaniechania dokonania wyboru oferty odwołującego II,
8. zaniechania udostępnienia informacji niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa, dotyczących zaoferowanego "Terminu uruchomienia działań doradczych" w ofertach: WYG, PM Group oraz Firmy 2000.

Odwołujący II zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 8 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 2), art. 89 ust. 1 pkt 2), art. 91 ust. 1 oraz art. 96 ust. 3 ustawy Pzp oraz wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. udostępnienie informacji z formularza oferty w zakresie zaoferowanego "Terminu uruchomienia działań doradczych" w ofertach: WYG, PM Group oraz Firma 2000,
3. dokonanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy WYG,
4. dokonanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy PM Group,

5. dokonanie czynności odrzucenia oferty EPRD,
6. dokonanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Ove Arup,
7. dokonanie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy Firma 2000,
8. powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z § 13 ust. 1 SIWZ, przy wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający miał kierować się kryteriami: "Całkowita cena brutto" (waga: 20), "Termin uruchomienia działań doradczych" (waga: 30), "Narzędzia rekrutacji" (waga: 25) oraz "Narzędzia utrzymania przedsiębiorców w usłudze" (waga: 25), wobec czego stwierdził, że najistotniejszy wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej ma kryterium "Terminu uruchomienia działań doradczych" (dalej nadal „Termin”). Wyjaśnił, że zgodnie z § 13 ust. 3 SIWZ, w ramach tego kryterium wykonawcom miały zostać przyznane punkty w skali od 0 do 30, a nadto podał, że zamawiający w ramach tego kryterium w I etapie miał dokonać oceny argumentów potwierdzających, iż proponowany termin uruchomienia działań doradczych jest możliwy do realizacji, zaś do II etapu miały przejść tylko te oferty, w przypadku których członkowie komisji uznają argumenty za racjonalne; w II etapie najwyższą liczbę punktów miała otrzymać oferta zawierająca najkrótszy Termin, a każda następna proporcjonalnie mniej. Ponadto wskazał odwołujący II, w § 13 ust. 6 SIWZ zamawiający zastrzegł, że otrzymanie 0 punktów w którymkolwiek z kryteriów/podkryteriów lub brak przejścia do II etapu oceny w kryterium „Termin” będzie równoznaczne z odrzuceniem oferty.

Odwołujący podał także, że w pkt. 2 formularza oferty wykonawcy mieli podać oferowany "Termin" oraz przytoczyć argumenty uzasadniające jego racjonalność, tj. możliwość jego realizacji w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. Podał, że w przypadku trzech ofert: WYG, PM Group oraz Firma 2000 oferowany "Termin" zastrzeżono jako tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153 poz. 1503 z późn. zm.). Pomimo tego, stwierdził odwołujący II, z tabeli zawierającej streszczenie i porównanie ofert oraz z wzoru zawartego w § 13 ust. 3 SIWZ można wywieść, że wykonawcy, który utajnili zasadniczą część swoich ofert zaoferowali następujące "Terminy": WYG – 2 dni, PM Group – 3 dni, Firma 2000 – 18 dni. Dodał, że pozostali wykonawcy, którzy nie zastrzegli tajemnicy przedsiębiorstwa w tym zakresie zaoferowali "Terminy": F5 – 24 dni, EPRD – 4 dni, odwołujący II – 18 dni, Ove Arup – 9 dni.

Odnosnie do zaniechania odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców: WYG, PM Group, EPRD i Ove Arup oraz wyboru oferty WYG odwołujący stwierdził, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty w ZZW wyklucza możliwość zaoferowania "Terminu" w wymiarze krótszym niż 15 dni, co w konsekwencji oznacza, że na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp w związku z § 13 ust. 6 SIWZ, odrzuceniu podlegają wszystkie oferty,

w których zadeklarowano "Termin" krótszy niż 15 dni, tj. WYG, PM Group, EPRD oraz Ove Arup. Zdaniem odwołującego II tak krótkie terminy są nierealistyczne, w związku z czym, wykonawcy którzy je zadeklarowali nie będą w stanie wykonać zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego.

Podniósł, że zamawiający zastrzegł, że stanowiący jedno z kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej "Termin" musi być racjonalny, a przez to realny do spełnienia i wskazał, że zgodnie z § 13 ust. 3 SIWZ oferowane Terminy miały podlegać wstępnej ocenie zamawiającego, a warunki tej oceny zostały ściśle określone w Załączniku nr 1 do SIWZ. Podniósł także, że szczegółowe ustalenie czynności, jakie wykonawca ma podjąć w okresie pomiędzy zawarciem umowy z zamawiającym a uruchomieniem działań doradczych miało zagwarantować brak dowolności i arbitralności w trakcie dokonywania przez zamawiającego oceny argumentów potwierdzających, iż proponowany Termin jest możliwy do realizacji.

Wskazał, co wynika z ZZW, że schemat czynności przygotowawczych zakłada, że w pierwszej kolejności wykonawca przygotowuje zakres Działań Informacyjnych, nakierowanych na dotarcie do "grup docelowych" usługi na terenie całego kraju (pkt 5.1-5.3 ZZW), przy czym ocenił, że zakres docelowych odbiorców usługi został określony szeroko – odbiorcy usługi mają pochodzić ze wszystkich województw, a minimalna liczba odbiorów usługi z jednego województwa to 6 (pkt 3.3 ZZW).

W dalszej kolejności, podał odwołujący II, wykonawca przygotowuje Plan Rekrutacji (określenie środków i metod pozyskania planowanej liczby przedsiębiorców), który powinien być powiązany z działaniami informacyjnymi. Wykonawca zapewnić ma udział przedstawicieli grup docelowych w planowanych działaniach w ramach usługi i w tym celu ma określić środki i metody pozyskania planowanej liczby przedsiębiorców oraz przedstawić je w formie planu rekrutacji. Uznał, że rekrutacja przedsiębiorców do usługi będzie miała charakter otwarty i będzie trwać do czasu zrekrutowania właściwej liczby przedsiębiorców (pkt 5.5 ZZW).

Następnie, podał odwołujący II, wykonawca ma opracować Regulamin Rekrutacji wraz z niezbędnymi załącznikami, który określać ma poszczególne etapy selekcji przedsiębiorców do usługi i musi uwzględniać ocenę formalną oraz ocenę merytoryczną kandydatów (pkt 5.9 ZZW).

Finalnie, wskazał odwołujący II, Plan Rekrutacji, Regulamin Rekrutacji oraz zakres Działań Informacyjnych muszą uzyskać akceptację zamawiającego i w tym celu mają zostać przedstawione przez wykonawcę w Sprawozdaniu Wstępnym i podlegać akceptacji zamawiającego zgodnie z zasadami akceptacji SW (pkt 5.13 ZZW). Po zaakceptowaniu przez zamawiającego Sprawozdania Wstępnego wykonawca ma przystąpić do Działań Informacyjnych, na co zdaniem odwołującego potrzeba min. 2 - 3 dni, a następnie do Działań Rekrutacyjnych, co również wymaga kolejnych kilku dni.

Dodał, co wynika z § 10 ust. 9 pkt) SIWZ, że podlegający ocenie "Termin" liczy się od dnia akceptacji Sprawozdania Wstępnego (włącznie) do dnia uruchomienia działań doradczych mających na celu przygotowanie planów rozwoju (włącznie), przy czym pod pojęciem "uruchomienie działań doradczych" należy rozumieć spotkanie się doradcy po raz pierwszy z dziesiątym przedsiębiorcą spośród przedsiębiorców, z którymi Wykonawca zawarł umowę o współpracę.

Reasumując, odwołujący II stwierdził, że od dnia, w którym zamawiający zaakceptuje Sprawozdanie Wstępne wykonawca podejmie Działania Informacyjne oraz Działania Rekrutacyjne (rekrutacja nie może rozpocząć się przed dniem zatwierdzenia Sprawozdania Wstępnego). Uznał, że nic nie stoi na przeszkodzie, aby oba rodzaje działań (informacyjne i rekrutacyjne) były prowadzone równolegle, jednak, skoro istotą Działań Informacyjnych jest "dotarcie z informacją o organizowanych działaniach i korzyściach wynikających z uczestnictwa w nich, do grup docelowych usługi na terenie całej Polski" (pkt 5.1 ZZW), to Działania Informacyjne powinny rozpocząć się przed rozpoczęciem Działań Rekrutacyjnych i trwać odpowiednio długo w stosunku do zakładanego celu (dotarcie do szerokiego kręgu przedsiębiorców z grupy docelowej). Wskazał, że Działania Rekrutacyjne sprowadzają się do bezpośrednich kontaktów rekruterów (wskazanych w ofercie wykonawcy) z przedsiębiorcami z grupy docelowej (pkt 5.8 ZZW), a do usługi mogą zostać zakwalifikowani wyłącznie ci przedsiębiorcy, którzy na etapie oceny merytorycznej uzyskają co najmniej 10 punktów (pkt 5.10 ZZW). Proces rekrutacji zakończy się zawarciem pomiędzy przedsiębiorcą a Wykonawcą umowy wsparcia (pkt 5.16 ZZW).

Ocecił, że w ramach "uruchomienia działań doradczych":

1. wykonawca podejmuje Działania Informacyjne (pkt 5.1 ZZW),
2. przedsiębiorcy zgłaszają się do usługi co najmniej za pośrednictwem strony internetowej projektu, poczty lub poprzez biuro/a usługi (pkt 5.7 ZZW),
3. wykonawca prowadzi rekrutację do usługi przede wszystkim w formie bezpośrednich kontaktów rekruterów z przedsiębiorcami zgłaszającymi chęć udziału w projekcie (pkt 5.8 ZZW),
4. efektem działań rekrutacyjnych jest zawarcie przez wykonawcę z przedsiębiorcą umowy wsparcia (5.16 ZZW).

Po zawarciu umowy wsparcia wykonawca ma opracować, we współpracy z przedsiębiorcą, planu rozwoju, co ma zostać wykonane w formie doradztwa (pkt 6.1 ZZW). Odwołujący II wskazał, że końcową granicę ocenianego "Terminu" stanowi spotkanie się doradcy po raz pierwszy z dziesiątym przedsiębiorcą spośród przedsiębiorców, z którymi wykonawca zawarł umowę o współpracę.

Przyznał, że w teorii nic nie stoi na przeszkodzie, aby wszyscy przedsiębiorcy z początkowej liczby 10 przedsiębiorców, z którymi wykonawca zawrze umowy o współpracę

pochodzili z tego samego miasta oraz zostali zrekrutowani równocześnie lub w krótkich odstępach czasu, ale wykonawca nie może świadczyć doradztwa dla przedstawicieli więcej niż jednego przedsiębiorcy jednocześnie (pkt 9.3 ZZW), rekrutacja nie może być fikcją, nakierowaną jedynie na zachowanie zaoferowanego "Terminu"; w przypadku każdego zrekrutowanego przedsiębiorcy wykonawca ma przekazywać zamawiającemu informacje o każdym doradztwie (sesji doradczej) najpóźniej na 7 dni przed jego planowanym rozpoczęciem (pkt 9.1 ZZW). Odwołujący uznał, że skoro zamawiający oczekuje informacji o każdej planowanej sesji doradczej, to informacja taka powinna być sporządzona indywidualnie dla każdego spotkania doradców z przedsiębiorcą, co oznacza, że musi zawierać co najmniej: datę sesji doradczej, nazwisko doradcy lub doradców, nazwę przedsiębiorcy oraz nazwiska uczestników spotkania doradczego, wobec czego dziesiąta sesja doradcza, stanowiąca "uruchomienie działań doradczych" nie może odbyć się wcześniej niż po 7 dniach od zawarcia umów wsparcia pomiędzy wykonawcą a pierwszymi dziesięcioma przedsiębiorcami. Skoro zaś, wywołał odwołujący II, zawarcie umów wsparcia możliwe będzie dopiero po rozpoczęciu działań rekrutacyjnych, to "Termin" nie może być krótszy niż 7 dni.

Odwołujący podniósł nadto, że istnieją także argumenty przemawiające za uznaniem, że "Termin" nie może być krótszy niż 15 dni – doradcy i rekruterzy zaangażowani do usługi zobowiązani zostaną do wzięcia udziału w spotkaniu / warsztacie poświęconym: metodologii wsparcia przedsiębiorców, która stanowić będzie załącznik do SW; wskazaniu cech charakterystycznych grupy docelowej usługi; wskazaniu narzędzi i form komunikacji z grupą docelową (pkt 11.7 ZZW). Program i zakres spotkania ma zostać przedstawiony do akceptacji zamawiającego na 15 dni przed terminem realizacji pierwszego spotkania (pkt 11.7 ZZW) i tylko doradcy i rekruterzy, którzy uczestniczyli w ww. spotkaniach będą mogli prowadzić doradztwo / rekrutację w ramach usługi (pkt 11.8 ZZW). Wskazał, że doradcy i rekruterzy zobowiązani są do wzięcia udziału w warsztacie poświęconym, w szczególności metodologii wsparcia przedsiębiorców, która stanowi załącznik do SW. Oceniał, że konsekwencją konieczności uprzedniej akceptacji Sprawozdania Wstępnego jest konieczność wyznaczenia terminu spotkania poświęconego metodologii wsparcia przedsiębiorców na co najmniej 15 dzień przypadający po zaakceptowaniu Sprawozdania Wstępnego przez zamawiającego, co powoduje, że doradcy i rekruterzy, którzy nie uczestniczyli w spotkaniu / warsztacie nie mogą prowadzić doradztwa / rekrutacji w ramach usługi (pkt 11.8 ZZW). W efekcie, uznał odwołujący II, działania rekrutacyjne i doradcze mogą rozpocząć się dopiero po zakończeniu spotkania / warsztatu poświęconego metodologii wsparcia przedsiębiorców (załącznik do Sprawozdania Wstępnego).

Wskazując, że od dnia akceptacji Sprawozdania Wstępnego (w tym metodologii wsparcia przedsiębiorców) do dnia odbycia warsztatów z zakresu metodologii wsparcia

przedsiębiorców, upłynąć musi co najmniej 15 dni, odwołujący II stwierdził, że "Termin" nie może być krótszy niż 15 dni.

Odnośnie do zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Firma 2000 odwołujący II podniósł, że wykonawca ten jako jedyny nie przedłużył terminu związania ofertą (zachował milczenie), a w związku z upływem tego terminu oferta przestała być wiążąca i nie może zostać wybrana. Wskazał, że zgodnie z § 9 SIWZ, okres związania ofertą wynosił 60 dni od upływu terminu składania ofert, termin składania ofert upłynął w dniu 12 września 2013 r., zaś w dniu 7 listopada 2013 r., na podstawie art. 85 ust 2 ustawy Pzp, zamawiający wezwał wykonawców do przedłużenia terminu składania ofert o okres kolejnych 60 dni. Podał, że wszyscy wykonawcy zgodzili się na przedłużenie terminu związania, co oznacza, że miał on upłynąć w dniu 10 stycznia 2014 r. Wskazał, że przed nadejściem tej daty związanie ofertą samodzielnie przedłużyli wykonawcy: WYG, PM Group, F5, EPRD, Ove Arup oraz odwołujący II, nie przedłużył natomiast terminu związania ofertą wykonawca Firma 2000.

Wskazał, że w doktrynie prawa cywilnego uznaje się, że: *„W okresie związania ofertą oferent musi pozostawać w stanie gotowości do wykonania umowy licząc się z przyjęciem oferty przez oblata. Sytuacje tego rodzaju są zwykle bardzo uciążliwe. Stąd najczęściej związanie ofertą trwa tylko przez oznaczony czas, po upływie którego ofert wygasa.”* (Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 1-449", pod red. K. Pietrzykowskiego, Wydawnictwo CH Beck, Warszawa 2011, s. 384).

Wskazał również, że art. 85 ust. 2 ustawy Pzp daje wykonawcy prawo do samodzielnego, dowolną ilość razy przedłużenia terminu związania ofertą i dodał, że to wykonawca jako podmiot profesjonalny zobowiązany jest do działania z należytą starannością, poprzez podejmowanie działań zmierzających do utrzymania jego uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności, biorąc pod uwagę fakt, iż nie wymaga to współdziałania czy inicjatywy zamawiającego. Przypomniał, że zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp ustawodawca uprawnił zamawiającego wyłącznie do jednokrotnego wnioskowania o przedłożenie terminu związania ofertą, którą to możliwość – wskazał – w niniejszej sprawie zamawiający wykorzystał, zwracając się do wykonawcy Firma 2000 z wnioskiem w dniu 7 listopada 2013 r.

Podniósł, że nie można domniemywać, że wykonawca złożył oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą w sposób dorozumiany - oświadczenie to powinno zostać złożone w sposób jednoznaczny, nie budzący wątpliwości i w formie pisemnej (zgodnie z art. 9 ust. 1 ustawy Pzp). Oceniał, że milczenie lub brak zgody na przedłużenie terminu związania ofertą oznacza, że termin związania ofertą nie ulega przedłużeniu. Stał na stanowisku, że skoro w prawie zamówień publicznych istnieje instytucja związania oferta

to skutek prawny jej istnienia polega na tym, że nie jest możliwy wybór oferty najkorzystniejszej, której termin związania upłynął.

Z tego też względu, podsumował odwołujący II, nie jest możliwy wybór oferty wykonawcy Firma 2000, a w związku z treścią art. 24 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp, wykonawca ten podlega wykluczeniu.

Odnosnie do zaniechania ujawnienia informacji niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczących zaoferowanego "Terminu" w ofertach WYG, PM Group oraz Firma 2000 odwołujący uznał, że zamawiający zachował bierność wobec zastrzeżenia jawności zaoferowanego "Terminu" Podniósł, że utajnienie tego rodzaju informacji jest bezskuteczne z uwagi na fakt, że określenie liczbą naturalną ilości dni, jakie wykonawca zamierza poświęcić na uruchomienie działań doradczych w rozumieniu § 10 ust. 9 pkt 1) SIWZ nie chroni jakichkolwiek tajemnic przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Podkreślił, że w przeciwieństwie do koncepcji wykonania działań doradczych (czy szerzej sposób wykonania usługi) deklarowany "Termin" nie ma żadnej wartości gospodarczej. Podniósł również, że utajnione dane stanowią wprost podstawę wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach jednego z kryteriów oceny ofert (§ 13 ust. 3 SIWZ) i jako takie powinny pozostać jawne.

Podniósł wreszcie, że zasady oceny ofert w ramach poszczególnych kryteriów (§ 13 SIWZ) na podstawie informacji przedstawionych w tabeli zawierającej streszczenie i porównanie ofert pozwalają bezbłędnie ustalić, jakie "Terminy" zostały zaoferowane w poszczególnych ofertach.

Wskazał, że skoro "Termin " stanowi najważniejsze kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej (waga 30 pkt) to z oczywistych względów źródła i wyniki oceny ofert w ramach tego kryterium powinny być w pełni transparentne.

Uznał, że istnieje poważne zagrożenie, że w postępowaniu znaleźli się wykonawcy, którzy nie mogąc konkurować ceną całkowitą, jakością narzędzi rekrutacji czy też narzędzi utrzymania przedsiębiorców w usłudze, postanowili wygrać przetarg oferując nierealny "Termin".

Na podstawie dopuszczonych przez skład orzekający Izby, wskazanych poniżej dowodów, odpowiedzi zamawiającego na oba odwołania, a także stanowisk stron i przystępujących zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że obu odwołującym przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez odwołujących.

Odwołujący Ove Arup & Partners International Limited (dalej nadal „odwołujący” lub „Ove Arup”) złożył w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ofertę sklasyfikowaną na VI miejscu, jednak biorąc pod uwagę fakt, że zarzuty odwołania zmierzają do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia ofert trzech wykonawców sklasyfikowanych wyżej niż odwołujący oznacza, że uwzględnienie odwołania doprowadziłoby do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz poddania pozostałych ofert ponownemu badaniu i ocenie i w jej ramach uzyskania przez odwołującego najwyższej liczby punktów (fakt ten potwierdził zamawiający na rozprawie), a zatem dałoby odwołującemu szansę na uzyskanie tego zamówienia.

Odwołujący MDDP Sp. z o.o. Akademia Biznesu Sp. k. (dalej nadal „odwołujący II” albo „MDDP”) złożył w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ofertę sklasyfikowaną na VII (ostatnim) miejscu, jednak biorąc pod uwagę fakt, że zarzuty odwołania zmierzają do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia ofert czterech wykonawców sklasyfikowanych wyżej oraz wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę sklasyfikowanego wyżej niż oferta odwołującego II oznacza, że uwzględnienie odwołania doprowadziłoby do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz poddania pozostałych dwóch ofert ponownemu badaniu i ocenie, a w jej ramach szansę na uzyskanie przez odwołującego najwyższej liczby punktów przy zastosowaniu czterech wskazanych w SIWZ kryteriów o różnej wadze, a tym samym szansę na uzyskanie tego zamówienia.

Skład orzekający Izby nie podzielił stanowiska zamawiającego, iżby odwołujący II nie legitymował się interesem we wniesieniu odwołania z tego względu, że zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy Firma 2000 (obecnie Danish Technological Institut Polska Sp. z o.o.) [dalej nadal „Firma 2000”] jest niezasadny, co w konsekwencji prowadzić miałyby do wniosku, że odwołujący II i tak nie uzyskałby zamówienia, ponieważ jego oferta zostałaby sklasyfikowana niżej niż oferta wykonawcy, którego wykluczenia się domaga.

Izba stanowiska takiego podzielić nie może. Wskazać należy, że istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia stanowi materialnoprawną przesłankę rozpoznania odwołania. Innymi słowy – istnienie interesu w uzyskaniu zamówienia warunkuje przystąpienie do rozpoznania odwołania, tj. oceny przez Izbę podniesionych zarzutów. Skoro zatem w pierwszej kolejności Izba zdecydować musi o istnieniu interesu, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, to tym samym nie może uprzednio ocenić podniesionych zarzutów, a następnie, dopiero w ich wyniku rozstrzygnąć o istnieniu albo nie interesu w uzyskaniu zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie następujące dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienie publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem:

1. Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego (Druk ZP-PN).
2. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej nadal „SIWZ”).
3. Modyfikacji SIWZ z dnia 13 sierpnia 2013 r.
4. Ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu.
5. Informacji z otwarcia ofert z dnia 12 września 2013 r.
6. Pisma zamawiającego skierowanego do wykonawcy Firma 2000 z dnia 7 listopada 2013 r. dotyczącego wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni.
7. Odpowiedzi wykonawcy Firma 2000 z dnia 8 listopada 2013 r. zawierającej oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni, do której wykonawca załączył aneks do Gwarancji wadialnej (przedłużony okres ważności gwarancji to 10 stycznia 2014 r.).
8. Informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 9 stycznia 2014 r.

Zarzut zaniechania odrzucenia ofert wykonawców: WYG Consulting Sp. z o.o., konsorcjum: EPRD Biuro Polityki Gospodarczej i Rozwoju Regionalnego Sp. z o.o. oraz Fundacja Dialogu Społecznego „Pro Civis”, PM Group LAAX Sp. z o.o. Sp. k. (odwołujący i odwołujący II), Ove Arup & Partners International Limited (odwołujący II) pomimo, iż zaproponowali w swoich ofertach „Termin uruchomienia działań doradczych” niemożliwy do realizacji / niezgodny z treścią SIWZ nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z § 13 ust. 1 SIWZ jednym z czterech kryteriów, którymi miał się kierować zamawiający przy wyborze oferty najkorzystniejszej był „Termin uruchomienia działań doradczych”, któremu zamawiający przypisał największą – 30 punktową wagę (pozostałe kryteria: waga 20, 25, 25 punktów). W § 13 ust. 3 SIWZ zamawiający podał, że w ramach

tego kryterium w I etapie dokona oceny argumentów potwierdzających, iż proponowany „Termin uruchomienia działań doradczych” jest możliwy do realizacji oraz zastrzegł, że do II etapu przejdą tylko te oferty, w przypadku których członkowie Komisji Przetargowej uznają argumenty za racjonalne. W § 13 ust. 6 SIWZ zamawiający uzupełnił, że brak przejścia do II etapu oceny w kryterium „Termin uruchomienia usług doradczych” będzie równoznaczne z odrzuceniem oferty.

W § 10 ust. 9 pkt 1) SIWZ zamawiający podał także, że „Termin uruchomienia działań doradczych” to liczba dni od dnia akceptacji Sprawozdania Wstępnego (włącznie z dniem tej akceptacji) do dnia, w którym doradcy spotkają się po raz pierwszy z dziesiątym przedsiębiorcą spośród przedsiębiorców, z którymi wykonawca zawarł umowę wsparcia (włącznie z tym dniem).

W Zakresie Zadań Wykonawcy, stanowiącym Załącznik nr 1 do SIWZ (dalej nadal „ZZW”), tj. w pkt. 9 „Szczegółowe wymagania dotyczące działań doradczych” ppkt 9.1. zamawiający wprowadził wymóg: „Wykonawca będzie przekazywać Zamawiającemu informacje o każdym doradztwie (sesji doradczej) najpóźniej na 7 dni kalendarzowych przed jego planowanym rozpoczęciem”.

Dodatkowo w pkt. 6 ppkt 6.7. ZZW zamawiający zażądał: „Wzór Planu rozwoju Wykonawca przedstawi jako załącznik do Sprawozdania Wstępnego, przy czym musi on uwzględniać co najmniej dane wykonawcy planu rozwoju, ogólny opis przedsiębiorcy, charakterystykę organizacji przedsiębiorcy, analizę strategiczną przedsiębiorcy, plan działań, przewidziane szkolenia i doradztwo, harmonogram wdrażania planu rozwoju. Wzór planu rozwoju podlegać będzie akceptacji na zasadach określonych dla Sprawozdania Wstępnego”. W pkt. 6 ppkt 6.8. zamawiający zastrzegł: „Plan rozwoju, przed uzyskaniem akceptacji przedsiębiorcy musi zostać przekazany do akceptacji Zamawiającego. W ciągu 5 dni roboczych od otrzymania Zamawiający zaakceptuje plan rozwoju lub zgłosi do niego uwagi”.

Obaj odwołujący stanęli na stanowisku, że terminy: 2,3 i 4 – dniowe nie są terminami możliwymi do realizacji. Odwołujący uzasadniał swoje stanowisko tym, że terminy: 2,3 i 4 – dniowe nie uwzględniają wymogu zamawiającego zawartego w pkt. 9 ppkt. 9.1. ZZW (informacja o każdej sesji doradczej najpóźniej na 7 dni kalendarzowych przed jej planowanym rozpoczęciem), przy czym odwołujący zakwalifikował obowiązek wykonawcy, o którym mowa w pkt. 9 ppkt 9.1. ZZW do obowiązków, które wykonawca może zrealizować dopiero po akceptacji Sprawozdania Wstępnego – jak bowiem wskazał na str. 4 odwołania „Termin uruchomienia działań doradczych” musi uwzględniać m.in. uzyskanie akceptacji Sprawozdania Wstępnego (dalej nadal „SW” albo Sprawozdanie Wstępne). Odwołujący II natomiast przyjął, że wykonanie obowiązku, o którym mowa w pkt. 9 ppkt 9.1.

ZZW może nastąpić dopiero po zrekrutowaniu przedsiębiorcy (co wynika z uzasadnienia odwołania - str. 4: „w przypadku każdego zrekrutowanego przedsiębiorcy wykonawca będzie przekazywać Zamawiającemu informacje o każdym doradztwie (sesji doradczej) najpóźniej na 7 dni przed jego planowanym rozpoczęciem (pkt 9.1 ZZW).

W ocenie składu orzekającego Izby ani odwołujący nie wykazał konieczności przyjęcia założonej przez niego sekwencji działań wykonawcy, tj. aby poinformowanie zamawiającego o każdej sesji doradczej musiało być poprzedzone akceptacją Sprawozdania Wstępnego przez zamawiającego, ani odwołujący II nie wykazał konieczności przyjęcia założenia, aby poinformowanie zamawiającego o każdej sesji doradczej mogło nastąpić dopiero po zrekrutowaniu przedsiębiorcy.

Skład orzekający Izby nie neguje, że samo uruchomienie działań informacyjnych i rekrutacyjnych, a w konsekwencji także doradczych musi zostać poprzedzone akceptacją przez zamawiającego Sprawozdania Wstępnego, jednak z całą mocą podkreśla, że czym innym jest przecież przystąpienie do realizacji tych działań (ich uruchomienie) a czym innym powiadomienie o planowanym przez wykonawcę terminie przystąpienia do realizacji w szczególności działań doradczych (sesja doradcza). Skład orzekający Izby uznaje, że wyłącznie decyzji poszczególnych wykonawców pozostawić należy, czy i w jakim zakresie podejmą oni działania przygotowawcze do realizacji usługi, nie mając pewności co do uzyskania przedmiotowego zamówienia. Niewątpliwie zależy to od zaangażowania, determinacji, zasobów danego wykonawcy i koncepcji dostosowania działań do wymogów zamawiającego – z uwzględnieniem ryzyka z tym związanego.

Wskazać także należy, odnosząc się do wątpliwości odwołującego co do możliwości zaakceptowania przez zamawiającego Sprawozdania Wstępnego wykonawców, którzy zaoferowali 2,3 i 4 dniowy „Termin uruchomienia usług doradczych” (str. 5 odwołania), że inne informacje wykonawca będzie miał obowiązek przekazać zamawiającemu w ramach informacji, o których mowa w pkt. 9 ppkt 9.1. ZZW, a inne w ramach Planu rozwoju i tylko Plan rozwoju stanowić ma załącznik do SW. O ile bowiem – w świetle brzmienia pkt 9 ppkt 9.1. ZZW – wykonawca może, przekazując zamawiającemu z siedmiodniowym wyprzedzeniem informacje o sesji doradczej, poprzestać jedynie na podaniu zamawiającemu terminu planowanej sesji (innych wymogów w tym punkcie zamawiający nie zawarł), o tyle w świetle brzmienia pkt 6.7. ZZW wykonawca musi, przekazując zamawiającemu Plan rozwoju, podać szerszy zakres informacji, tj.: dane wykonawcy planu rozwoju, ogólny opis przedsiębiorcy, charakterystykę organizacji przedsiębiorcy, analizę strategiczną przedsiębiorcy, plan działań, przewidziane szkolenia i doradztwo, harmonogram wdrażania planu rozwoju. Zestawienie tych dwóch obowiązków wykonawcy prowadzić musi do wniosku, że gdyby zamawiający za niezbędne w ramach informacji, o których mowa w pkt. 9 ppkt 9.1.

ZZW uznał podanie przez wykonawcę innych informacji w szczególności danych przedsiębiorcy, to wskazałby takie oczekiwanie, tak jak uczynił to w pkt 6.7. ZZW, gdzie wprost zażądał podania m.in. „danych wykonawcy planu rozwoju”.

Z tego względu nieuprawnionym jest utożsamianie informacji, o których mowa w pkt. 9 ppkt 9.1. ZZW z informacjami, o których mowa w Planie rozwoju (pkt 6.7. ZZW).

Zdaniem składu orzekającego Izby konieczność odróżnienia samego uruchomienia działań doradczych od powiadomień o terminach tych działaniach, jak też brak w SIWZ postanowień, które determinowałyby dopuszczalność skierowania przez wykonawcę do zamawiającego informacji o planowanej sesji doradczej uzyskaniem akceptacji Sprawozdania Wstępnego (postanowień takich odwołujący nie wskazali) oznacza, że dopuszczalność ta jest zdeterminowana przyjętymi przez samego wykonawcę założeniami co do terminów tych sesji w ramach koncepcji realizacji usługi, poczynionymi przez wykonawcę na własne ryzyko, a ocenianymi przez zamawiającego na podstawie argumentów zawartych w ofercie (pkt 2 formularza „Oferta”).

Skład orzekający Izby wskazuje, że wniosek odwołującego II: „Skoro Zamawiający oczekuje informacji o każdej planowanej sesji doradczej, to informacja taka powinna być sporządzona indywidualnie dla każdego spotkania doradców z przedsiębiorcą. Taka informacja musi zatem zawierać co najmniej: datę sesji doradczej, nazwisko doradcy lub doradców, nazwę przedsiębiorcy oraz nazwiska uczestników spotkania doradczego” jest bezpodstawny. W ocenie składu orzekającego Izby brzmienie tego punktu nie stanowi przeszkody, aby wykonawca zbiorczo poinformował zamawiającego o terminach odrębnych dla każdego przedsiębiorcy sesji doradczych – istotą wymogu jest bowiem, aby zamawiający został poinformowany o terminach wszystkich planowanych sesji doradczych z odpowiednim wyprzedzeniem. Oczekiwanie odwołującego II podania w ramach tej informacji: nazwiska doradcy lub doradców, nazwy przedsiębiorcy oraz nazwisk uczestników spotkania doradczego nie znajduje oparcia w brzmieniu pkt. 9 ppkt 9.1. ZZW, w którym zamawiający wymogu ujęcia takich danych nie wyartykułował.

Odwołujący II stanął także na stanowisku, że Terminy uruchomienia działań doradczych 2,3,4 - dniowe, a nadto termin 9 – dniowy nie są terminami możliwym do realizacji z innego jeszcze powodu. Wskazał na postanowienia pkt. 11.7 ZZW w tym, iż doradcy i rekruterzy zaangażowani do usługi zobowiązani zostaną do wzięcia udziału w warsztacie, którego program i zakres zostaną przedstawione do akceptacji zamawiającego na 15 dni przed terminem realizacji pierwszego spotkania. Odwołujący uznał metodologię wsparcia przedsiębiorców jako część Sprawozdania Wstępnego, tak też uznał skład orzekający Izby skoro zamawiający wprost wskazał w pkt 11.8.1 w ramach pkt. 11.7 ZZW, że metodologia ta stanowić będzie załącznik do SW.

Jednocześnie odwołujący II odniósł 15-dniowy termin dotyczący programu i zakresu spotkania (zdanie ostatnie pkt 11.8.3 w ramach pkt. 11.7 ZZW) do metodologii wsparcia przedsiębiorców, co w ocenie składu orzekającego Izby nie znajduje już uzasadnienia w treści postanowień SIWZ, w tym ZZW.

Skład orzekający Izby nie neguje, że prowadzenie doradztwa i rekrutacji możliwe będzie jedynie przez tych doradców i rekruterów, którzy uczestniczyli w warsztacie opisanym w pkt. 11.7 ZZW – wprost stanowi o tym punkt 11.8 ZZW. Skład orzekający Izby nie neguje także, że program i zakres tego warsztatu musi uprzednio zostać zaakceptowany przez zamawiającego (pkt 11.8.3. w ramach 11.7 ZZW). Jednak skład orzekający Izby nie znalazł w treści SIWZ postanowień, które czyniłyby program i zakres szkolenia, tak jak metodologię wsparcia przedsiębiorców, częścią Sprawozdania Wstępnego.

Skład orzekający Izby uznał także, że termin warsztatu, w którym udział doradców i rekruterów determinuje podjęcie przez nich działań w ramach usługi, uzależniony jest od terminu akceptacji przez zamawiającego Sprawozdania Wstępnego, ponieważ metodologia wsparcia przedsiębiorców, której m.in. poświęcony ma być warsztat stanowić ma, zgodnie z pkt. 11.8.1 ZZW, załącznik do Sprawozdania Wstępnego. Jednak skład orzekający Izby nie mógł uznać, że program i zakres spotkania, który przedstawić ma wykonawca (zgodnie z pkt. 11.8.3 ZZW w ramach pkt. 11.7 ZZW) stanowić ma część Sprawozdania Wstępnego, ponieważ nie zostało to wskazane przez zamawiającego jak w przypadku metodologii (w pkt 11.8.1 ZZW w ramach pkt. 11.7 ZZW), ani też nie wynika to z opisu zawartości Sprawozdania Wstępnego (brak takiego punktu we wzorze Sprawozdania Wstępnego, stanowiącego Załącznik nr 3 do umowy - mowa jest w nim nie o programie i zakresie spotkania/warsztatu, ale o opisie spotkania dla doradców i rekruterów, którego to opisu nie można utożsamiać z programem i zakresem spotkania). Dostrzeżenia wymaga, że czym innym jest program i zakres warsztatu (program to „plan, układ zamierzonych czynności, prac”, zakres to: „granice zasięgu danego zjawiska, faktu itp.”), a czym innym metodologia (metodologia to „nauka o metodach badań naukowych, o skutecznych sposobach dociekania uch wartości poznawczej”) wsparcia przedsiębiorców. Dla programu i zakresu zamawiający wskazał zresztą odrębny termin akceptacji (zdanie ostatnie pkt 11.8.3 ZZW w ramach pkt. 11.7 ZZW) i nie jest to jednocześnie termin akceptacji Sprawozdania Wstępnego.

W ocenie składu orzekającego Izby, ze względu na brak jakichkolwiek wymagań w treści SIWZ, co do stopnia szczegółowości programu i zakresu warsztatu, do zaakceptowania jest prezentowane przez przystępującego WYG na rozprawie stanowisko, że wystarczającym będzie przedstawienie programu i zakresu warsztatu powielającego punkty stanowiące cele warsztatu, tj.1. Metodologia wsparcia przedsiębiorców. 2. Cechy charakterystyczne grupy docelowej usługi. 3. Narzędzia i formy komunikacji z grupą docelową.

Skład orzekający Izby nie dostrzegł w treści pkt 11.8.3 ZZW w ramach pkt. 11.7 ZZW obowiązku opracowania przez wykonawcę programu i zakresu warsztatu na podstawie metodologii (zaakceptowanej) wsparcia przedsiębiorców.

Skład orzekający Izby podziela stanowisko zamawiającego, że ZZW „nie wskazuje na sztywne terminy poszczególnych czynności/zadań wykonawcy, pozostawia w tym względzie swobodę wykonawcy w zakresie kształtowania sposobu realizacji zamówienia” (str. 4 odpowiedzi). Co istotne, wskazać także należy, że zamawiający nie wskazał, co podkreślał na rozprawie, od kiedy zaczynają bieg kwestionowane przez odwołujących 7/15 terminy.

Z powyższych względów skład orzekający Izby uznał, że odwołujący nie wykazał, że zaoferowany przez wykonawcę: WYG, PM Group, EPRD „Termin uruchomienia działań doradczych” pozostaje w sprzeczności z treścią SIWZ (nie są możliwe do realizacji), a w konsekwencji, że oferty tych wykonawców winny także zostać uznane za oferty nieważne na podstawie odrębnych przepisów jako oferty zawierające zobowiązania tych wykonawców do zachowania niemożliwego, a nadto że zaniechanie odrzucenia tych ofert przez zamawiającego winno być uznane za dokonane z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Z powyższych względów skład orzekający Izby uznał także, że odwołujący II nie wykazał, że zaoferowany przez wykonawcę: WYG, PM Group, EPRD oraz Ove Arup „Termin uruchomienia działań doradczych” pozostaje w sprzeczności z treścią SIWZ, a w konsekwencji, że zamawiający winien oferty tych wykonawców odrzucić, a także że zaniechanie odrzucenia tych ofert przez zamawiającego prowadziło do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Zarzut zaniechania przez zamawiającego wykluczenia z postępowania wykonawcy Firma 2000 skład orzekający Izby pozostawił bez rozpoznania (odwołanie MDDP).

Zgodnie z definicją legalną zawartą w art. 2 pkt 7a ustawy Pzp przez postępowanie o udzielenie zamówienia należy rozumieć postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu (lub przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji) w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego (lub – w przypadku zamówienia z wolnej ręki – wynegocjowania postanowień takiej umowy).

Postępowanie na *Realizację usługi szkoleniowo – doradczej w ramach projektu systemowego PARP „MMP dostawcą usług dla osób starszych”* zostało wszczęte w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym UE 2013/S 139-242125 w dniu 19 lipca 2013 r. jako postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 9 stycznia 2014 r., pismem z tego samego dnia, zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, a zatem poinformował wykonawców o czynności będącej celem prowadzonego postępowania i czynność ta jako realizująca cel postępowania, o ile dokonana prawidłowo, tj. w zgodzie z ustawą Prawo zamówień publicznych – winna być ostatnią czynnością zamawiającego, o której informowani są przez zamawiającego wszyscy wykonawcy.

W ocenie składu orzekającego Izby konsekwencją tego faktu jest to, że wykonawca nie można przypisać zamawiającemu zaniechania dokonania jakiegokolwiek czynności po wyborze oferty najkorzystniejszej, o ile wcześniej nie wykaże, że czynność wyboru oferty najkorzystniejszej nie była prawidłowa (naruszała przepisy ustawy Pzp). Tylko bowiem wówczas dojdzie do konieczności kontynuacji przez zamawiającego postępowania i podjęcia nowej czynności, tj. np. ponowienia czynności badania i oceny ofert, czy unieważnienia postępowania, od których to nowych czynności każdemu wykonawcy będzie przysługiwało prawo złożenia odwołania.

Tymczasem odwołujący II w jednym odwołaniu zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 9 stycznia 2014 r., nie kwestionując jednak prawidłowości działań zamawiającego wobec wykonawcy Firma 2000 na ten dzień, a jednocześnie zarzucił zamawiającemu zaniechania wykluczenia tego wykonawcy z tego powodu, że wykonawca nie jest już związany złożoną przez siebie ofertą po 10 stycznia 2014 r.

Odwołujący nie negował, że na wezwanie zamawiającego z dnia 7 listopada 2013 r. wszyscy wykonawcy (nie wyłączając Firmy 2000) przedłużyli pierwotny termin związania ofertą i że termin ten upływał 10 stycznia 2014 r., tj. już po wyborze oferty najkorzystniejszej. Twierdził natomiast, że fakt nieprzedłużenia przez tego wykonawcę terminu związania ofertą na okres po 10 stycznia 2014 r. samodzielnie (z własnej inicjatywy), jak uczynili to inni wykonawcy, winien zostać usankcjonowany przez zamawiającego wykluczeniem tego wykonawcy z udziału w postępowaniu.

W ocenie składu orzekającego Izby zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy Firma 2000 jest przedwczesny – oddalenie przez Izbę złożonych w tym postępowaniu po wyborze oferty najkorzystniejszej odwołań oznacza, że zamawiający nie będzie podejmował wobec wszystkich wykonawców żadnych nowych czynności, zaś uwzględnienie któregośkolwiek z tym odwołań oznaczałoby konieczność podjęcia przez zamawiającego

czynności powtórnego badania i oceny ofert, od której w szczególności odwołujący II mógłby złożyć odwołanie.

Uznając, że zarzut jest przedwczesny, wobec objęcia odwołaniem także innych zarzutów, skład orzekający Izby pozostawił ten zarzut bez rozpoznania.

Zarzut zaniechania ujawnienia „Terminu uruchomienia działań doradczych” w ofertach wykonawców: WYG, PM Group oraz Firma 2000 nie został uwzględniony.

Wykonawcy zostali zobowiązani do podania w ofercie proponowanego „Terminu uruchomienia działań doradczych” wraz z argumentami pokazującymi, że jest on możliwy do realizacji (§ 10 ust. 9 pkt 1) SIWZ), przy czym uwzględniając opracowany przez zamawiającego wzór formularza „Oferta”, stanowiący załącznik nr 6 do SIWZ, wskazać należy, że zarówno „Termin uruchomienia działań doradczych” (zgodnie z § 10 ust. 9 pkt 1) SIWZ oraz przypisem w formularzu „Oferta” należało wpisać liczbę dni kalendarzowych), jak i ww. argumenty miały zostać podane przez wykonawców w pkt. 2 tego formularza.

Przypomnienia wymaga, że zgodnie z art. 86 ust. 4 ustawy Pzp informacje dotyczące terminu wykonania zamówienia, obok nazwy (firmy) oraz adresów wykonawców, a także informacji dotyczących ceny, okresu gwarancji i warunków płatności, podaje się podczas otwarcia ofert. Nadto zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wykonawca nie może zastrzec jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp.

I choć w § 5 SIWZ zamawiający wskazał wymagany termin wykonania zamówienia jako termin od podpisania umowy do 31 stycznia 2015 r., to podczas sesji otwarcia ofert (co wynika z Informacji z otwarcia ofert z dnia 12 września 2013 r.) zamawiający podał „Termin uruchomienia działań doradczych”. Termin ten, uwzględniając wzór formularza „Oferta” opracowany przez zamawiającego (załącznik nr 6 do SIWZ) i § 10 ust. 9 pkt 1) SIWZ miał zostać wskazany przez poszczególnych wykonawców w ofercie, tj. w pkt 2 formularza „Oferta”.

Zamawiający, realizując obowiązek, o którym mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp, podczas otwarcia ofert podał „Terminy uruchomienia działań doradczych” wskazane w ofertach czterech wykonawców, nie podał jednak „Terminów uruchomienia działań doradczych” wskazanych w ofertach trzech pozostałych wykonawców, aprobując tym samym fakt zastrzeżenia ich jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa tych trzech wykonawców.

Skład orzekający Izby uznał za prawidłowe podanie przez zamawiającego podczas sesji otwarcia „Terminów uruchomienia działań doradczych”, stając na stanowisku, że są to informacje dotyczące terminu wykonania zamówienia, określonego w § 5 SIWZ. Skład orzekający Izby nie znalazł jednocześnie żadnych podstaw do zaniechania przez zamawiającego ujawnienia „Terminu uruchomienia działań doradczych” wskazanego w ofercie trzech ww. wykonawców skoro termin został wskazany w katalogu informacji obligatoryjnie podlegających ujawnieniu w trakcie sesji otwarcia ofert.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający podniósł, że „informacje dotyczące sposobu realizacji umowy, przedsięwziętych lub mających być przedsięwziętymi środków dotyczących realizacji umowy” stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wskazać jednak należy, że termin jest konsekwencją przyjętego przez wykonawcę sposobu realizacji umowy i jego ujawnienie nie narusza samego sposobu realizacji umowy. Odwołujący II nie oczekiwał zresztą ujawnienia sposobu realizacji zamówienia, wskazując: „w przeciwieństwie do koncepcji wykonania działań doradczych (czy szerzej sposób wykonania usługi) deklarowany „Termin uruchomienia działań doradczych” nie ma żadnej wartości gospodarczej”.

Skład orzekający Izby, pomimo uznania zasadności argumentacji odwołującego uznał, że podnoszone przez niego naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp nie miało wpływu na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp), tym samym nie może ono przemawiać za uwzględnieniem odwołania.

Odwołujący, co sam wskazał w odwołaniu (str. 3), poznał terminy zaproponowane przez trzech ww. wykonawców, wykorzystując tabelę zawierającą streszczenie i porównanie ofert oraz stosując wzór zawarty w § 13 ust. 3 SIWZ, zaś jak ustalił skład orzekający Izby zamawiający uwzględnił w kryterium „Termin uruchomienia działań doradczych” terminy, które zostały wskazane przez trzech ww. wykonawców w ich ofertach, które są takie, jak te „wyliczone” przez odwołującego.

Mając powyższe na względzie, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji, wydając na podstawie art. 192 ust. 8 ustawy Pzp, wobec zarządzenia przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 stycznia 2014 r. łącznego rozpoznania odwołań KIO 88/14 i KIO 93/14, orzeczenie łączne w tych sprawach.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz stosownie do postanowień § 3 pkt 1) lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....