Sygn. akt KIO 2316/17

WYROK

z dnia 21 listopada 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie **21 listopada 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **30 października 2017 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
przez wykonawcę: **V.M.K.K., R.**
w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Wybór organizatorów kształcenia prowadzących dla pielęgniarek i położnych szkolenia specjalistyczne, które rozpoczną się w 2017 r. (województwo podkarpackie)* (nr postępowania ZZP-103/17)
prowadzonym przez zamawiającego: **Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **odwołującego V.M.K.K. z R.** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego V.M.K.K. z R.** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **odwołującego V.M.K.K. z R.** na rzecz **zamawiającego Zakładu Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia z siedzibą w Warszawie** kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień

publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) 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

Zamawiający Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia z siedzibą w Warszawie prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) {dalej również: „ustawa pzp" lub „pzp"} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Wybór organizatorów kształcenia prowadzących dla pielęgniarek i położnych szkolenia specjalistyczne, które się w r. rozpoczną 2017 (województwo podkarpackie)* (nr postępowania ZZP-103/17).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2017/S_139 pod nr 285584.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

27 października 2017 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu V.M.K.K. z R. zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez V.M. sp. z o.o. z

siedzibą w P..

3 listopada 2017 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie {datowane na 30 października 2017 r.} od powyższego rozstrzygnięcia postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 138k ust. 2 – przez udzielenie zamówienia na usługi społeczne w sposób nieprzejrzysty, nieobiektywny i dyskryminujący, z uwagi na uznanie, że Odwołujący nie posiada żadnego doświadczenia, podczas gdy przedstawione przez niego dokumenty (załączone do oferty) takie doświadczenie wykazywały.
2. Art. 7 ust 1 – przez brak należytego uzasadnienia rozstrzygnięcia, co narusza zasadę przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia.
3. Art. 91 ust. 1 w zw. art. 7 ust. 1 – przez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób niezgodny z SIWZ, przejawiający się w nieprzyznaniu Odwołującemu punktów w kryterium „Doświadczenie", pomimo że określone w SIWZ wymagania dla przyznania punktów zostały spełnione.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Powtórzenia badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Ponadto Odwołujący sprecyzował powyższą listę zarzutów wskazanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

Odwołujący podniósł, że jest podmiotem rozpoczynającym działalność w dziedzinie ochrony zdrowia, czego naturalną konsekwencją jest brak legitymowania się przez niego umowami (referencjami) z wcześniej wykonywanych zamówień dla Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego nie stanowi to przeszkody dla wyboru jego oferty z racji wystarczającego doświadczenia K. K., która prowadziła poprzednio tego typu szkolenia jako organizator, udziałowiec i prezes zarządu V.M.. sp. z o.o. w P.. Z kolei ta spółka korzystała z doświadczenia i średniej wyników zdawalności z egzaminów państwowych uzyskanych przez absolwentów szkoleń specjalizacyjnych, którzy odbywali kształcenie u organizatora, jakim był „M." B. & K. sp. j. w R. {dalej również: „M."} (K.K.a była wspólnikiem w tej spółce osobowej). Odwołujący podał przykładowo, że dzięki uznaniu tego doświadczenia przez Zamawiającego K.K. wiatach 2014-2015 realizowała w ramach spółki V.M. kurs specjalistyczny „Kompleksowa pielęgniarska opieka nad pacjentem z najczęstszymi schorzeniami wieku podeszłego w ramach projektu systemowego pn.: „Rozwój kwalifikacji i umiejętności kadry pielęgniarskiej w kontekście zmian epidemiologicznych będących następstwem starzejącego się społeczeństwa", współfinansowanego przez Unię Europejską w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego. Odwołujący podsumował, że w ten sposób spółka V.M. w latach 2014-2016 korzystała z doświadczenia K. K. zdobytego w ramach funkcjonowania spółki M..

Odwołujący dodał, że z doświadczenia zdobytego w ramach działalności w spółce M. korzystał również podmiot M. R. B. (nowy podmiot utworzony przez wspólnika spółki osobowej M.), w latach 2014-2015 realizując szkolenia specjalizacyjne dofinansowane ze środków Ministra Zdrowia i kursy specjalistyczne w ramach projektów współfinansowanych przez Unię Europejską w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego.

Odwołujący zarzucił, że w tych okolicznościach ograniczenie przyznawania punktów w kategorii doświadczenie tylko w stosunku do podmiotów, które uprzednio bezpośrednio wykonywały zamówienia na rzecz Zamawiającego jest sprzeczne z zasadami równego traktowania oferentów. Udowodniony przez Odwołującego wynik w wysokości 160,85 pkt zgodnie z rozdziałem VI SIWZ pkt 2.2. winien skutkować przyznaniem 25 punktów w kategorii doświadczenie, co w sposób znaczący wpłynęłoby na układ wyników poszczególnych złożonych ofert (województwo podkarpackie – dziedziny 1, 2, 3 i 4). Odwołujący stwierdził, że określone w SIWZ kryterium doświadczenia – określone jako średnia wyników z egzaminu państwowego, rozumiana jako średnia wyników uzyskiwanych przez absolwentów szkoleń specjalizacyjnych na egzaminie państwowym w wyznaczonym okresie – nie zawężało przyznawania punktacji wyłącznie do wyników egzaminów przeprowadzonych bezpośrednio przez uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia.

Stąd Odwołujący nie może zaaprobować oceny doświadczenia w sposób odbiegający od SIWZ.

3 listopada 2017 r. Zamawiający przekazał drogą elektroniczną kopię odwołania pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu.

8 listopada 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przez V.M. sp. z o.o. z siedzibą w P. przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania zgłoszenia w wymaganej formie z przekroczeniem 3-dniowego terminu, który upłynął 6 listopada 2017 r. (nie ma znaczenia przesłanie w tym dniu zgłoszenia faksem) na mocy art. 185 ust. 2 pzp Izba stwierdziła bezskuteczność tego przystąpienia.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Na posiedzeniu z udziałem Stron nie zgłoszono w tym zakresie odmiennych wniosków.

Na posiedzeniu Zamawiający oświadczył, że uznaje odwołanie jedynie w zakresie zarzutu z pkt 2. powyższej listy zarzutów. Zamawiający poinformował, że 10 listopada 2017 r. powtórzył czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i ponownie dokonał wyboru oferty spółki V.M. oraz nie przyznał w kryterium doświadczenia punktów Odwołującemu, z tym że dodał informację, że było to konieczne, gdyż nie można utożsamiać spółki V.M. sp. z o.o. z Przeworska z V.M.K.K. z R., gdyż spółka jest odrębnym podmiotem, który był organizatorem kształcenia i nadal istnieje.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, Izba skierowała sprawę do rozpoznania na rozprawie z wyjątkiem zarzutu z pkt 2. powyższej listy zarzutów, który został uznany przez Zamawiającego.

Podczas rozprawy Zamawiający i Odwołujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, dalszym piśmie z 13 listopada 2017 r., a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia objętego postępowaniem prowadzonym przez Zamawiającego, w którym złożył ważną ofertę. Tym samym Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanym Zamawiającemu naruszeniem przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie przyznania punktów w kryterium doświadczenia uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba uznaje za celowe przypomnienie na wstępie, że zgodnie z art. 192 ust. 7 pzp nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przy czym w orzecznictwie wskazuje się, że stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale przede wszystkim jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

Z tego względu Izba wzięła pod uwagę pismo Odwołującego z 13 listopada 2017 r., które wpłynęło do Izby 16 listopada 2017 r., a więc po upływie terminu na wniesienie odwołania od powyżej wskazanej czynności Zamawiającego, jedynie w zakresie, w jakim

wyrażono w nim ograniczenie zakresu odwołania do postępowania prowadzonego dla województwa podkarpackiego, skorygowano wskazanie naruszonego przepisu w pkt 1. listy zarzutów oraz sprecyzowano żądanie.

Natomiast nie podlegał rozpatrzeniu jako taki nowo sformułowany zarzut, że Zamawiający w specyfikacji nie dokonał precyzyjnego określenia, jak będzie punktowane kryterium doświadczenia. Abstrahując, że zarzut ten został podniesiony po upływie terminu na odwołanie się od rozstrzygnięcia postępowania, tym bardziej na tym etapie Odwołujący nie mógł skutecznie skarżyć postanowień specyfikacji.

Ta ostania okoliczność aktualna jest również w stosunku do zawartego w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 138k pzp, gdyż oczywiste jest, że Zamawiający określił sposób przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, której termin zaskarżenia jako naruszającej zasady równego traktowania i konkurencji, przejrzystości i proporcjonalności już dawno Odwołującemu upłynął.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla rozpoznania sprawy:

W rozdziale VI s.i.w.z. dotyczącym zasad oceny ofert zamieszczono pogrubioną

czcionką uwagę odnośnie kryterium średniej wyników z egzaminu państwowego, że w ramach tego kryterium wykonawca uzyska liczbę punktów na podstawie średniej wyników egzaminu państwowego uzyskanych przez wszystkie osoby, które ukończyły te szkolenia u wykonawcy i przystąpiły do egzaminu państwowego w I. terminie w okresie określonym w powyższej tabeli (od sesji jesiennej 2014 r. do sesji wiosennej 2017 r.), na podstawie informacji uzyskanej z Centrum Kształcenia Podyplomowego Pielęgniarek i Położnych w Warszawie.

W ofercie złożonej przez V.M.K.K. w odniesieniu do powyższego kryterium oceny ofert zostało złożone jedynie pismo Centrum Kształcenia Podyplomowego Pielęgniarek i Położnych w Warszawie wskazujące średnią z wyników egzaminu państwowego uzyskanych przez wszystkich absolwentów, którzy odbywali szkolenie przeprowadzone przez V.M. sp. z o.o. w P..

Analogiczne zaświadczenie znajduje się w ofercie złożonej przez V.M. sp. z o.o. z siedzibą w P..

W tak ustalonych okolicznościach zgłoszone w odwołaniu wnioski dowodowe były bezprzedmiotowe dla rozstrzygnięcia odwołania.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Ponieważ Zamawiający dokonał w prowadzonym przez siebie postępowaniu oceny oferty K. K. V.M. zgodnie z jednoznacznym opisem kryterium średniej wyników z egzaminu państwowego zamieszczonym w specyfikacji, zarzut naruszenia powyższego przepisu jest oczywiście niezasadny. W szczególności nie było żadnych podstaw, aby przyznać Odwołującemu w tym kryterium jakiekolwiek pkt, skoro w ofercie przedstawił dokument dotyczący innego wykonawcy, czyli niedotyczący wyników egzaminów uczestników szkoleń przeprowadzonych przez V.M.K.K.. Zawarte w odwołaniu twierdzenia, jakoby przedstawione w ofercie Odwołującego dokumenty pozwalały na przyznanie punktacji według reguł określonych w specyfikacji, jest bezpodstawne.

Niezależnie od powyższego, nawet gdyby zasady oceny w spornym kryterium zostały określone w taki sposób, jak chciałby Odwołujący, na podstawie złożonej w powyższy sposób oferty Zamawiający również nie mógłby odmiennie ocenić oferty V.M.K.K.. W ofercie brak jest bowiem jakiejkolwiek wyjaśnienia, w jaki sposób dokument dotyczący innego wykonawcy biorącego udział w tym postępowaniu miałby również być brany pod uwagę przy

punktowaniu oferty Odwołującego.

Zamawiający z poszanowaniem zasady prowadzenia postępowania z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ocenił oferty zgodnie z zasadami, które uprzednio jednoznacznie wskazał w specyfikacji.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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 ze zm.) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci kosztów zastępstwa prawnego, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy.

Przewodniczący: ……