

WYROK
z dnia 7 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk
Członkowie: Agata Mikołajczyk
Andrzej Niwicki
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 lipca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 czerwca 2016 r. przez **Odwolującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Krajowe Centrum Pracy Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, 2) DHR Global Human Resources SL z siedzibą w Madrycie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Dolnośląski Wojewódzki Urząd Pracy w Wałbrzychu, ul. Ogrodowa 5b, 58-306 Wałbrzych**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) WYG International Sp. z o.o., (2) WYG HR Consulting Sp. z o.o., ul. Bitwy Warszawskiej 1920 roku nr 7, 02-366 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża **Odwolującego**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwolującego** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Odwolującego** na rzecz **Zamawiającego** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą zwrot kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Świdnicy.

Przewodniczący:
Członkowie:
.....

2

Uzasadnienie

Zamawiający – Dolnośląski Wojewódzki Urząd Pracy w Wałbrzychu, ul. Ogrodowa 5b, 58-306 Wałbrzych – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.) – dalej: Pzp lub Ustawa; postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie działań aktywizacyjnych prowadzących do zatrudniania i utrzymania w zatrudnieniu osób długotrwale bezrobotnych z województwa dolnośląskiego.

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

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE nr 2016/S 066-115270 z dnia 5 kwietnia 2016 r.

W dniu 8 czerwca 2016 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty

najkorzystniejszej – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) WYG International Sp. z o.o., (2) WYG HR Consulting Sp. z o.o., ul. Bitwy Warszawskiej 1920 roku nr 7, 02-366 Warszawa.

W dniu 17 czerwca 2016 r., Odwołujący – 1) Krajowe Centrum Pracy Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, 2) DHR Global Human Resources SL z siedzibą w Madrycie – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec niezgodnej z prawem czynności polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej z naruszeniem art 91 ust. 1 Pzp, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) Art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy, poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem postanowień SIWZ w zakresie kryteriów oceny ofert, przez co została zaniżona punktacja przyznana ofercie Odwołującego i zawyżona punktacja Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie WYG International Sp. z o.o. oraz WYG HR Consulting Sp. z o.o. (dalej zwanych: „WYG”) co w konsekwencji stanowi naruszenie zasady równego traktowania;
- 2) Art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 Ustawy, poprzez niewykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawcy: Dolnośląski Inkubator Przedsiębiorczości i Arbitrażu Sp. z o.o. (dalej zwanego: „DIPiA”), z uwagi na niewykazanie spełnienia

3

warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego posiadania wymaganej przez Zamawiającego sytuacji ekonomicznej i finansowej, gdyż w/w wykonawca nie dołączył do oferty opłaconej polisy potwierdzającej, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia;

- 3) Art. 89 ust. 1 pkt 3 Ustawy, poprzez nieodrzućenie ofert wykonawców: K. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Enterprise Investment Zarządzanie Ryzykiem K. K. (dalej zwanego: „K. K.”) oraz wykonawcy DIPiA, których złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w związku z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, z uwagi, iż zachodzi uzasadnione i wysoce że w/w wykonawcy złożyli w przedmiotowym prawdopodobne, postępowaniu oferty będąc w zмовie przetargowej, co jest sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami oraz zagraża interesom innych wykonawców, którzy biorą udział w przedmiotowym postępowaniu;
- 4) Art. 24 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy, poprzez niewykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawców K. K. oraz DIPiA, z uwagi na fakt, iż w/w wykonawcy należą do tej samej grupy kapitałowej i złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu oraz z uwagi na zatajenie faktu przynależności do tej samej grupy kapitałowej, gdyż w wykazie podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej nie wskazali siebie wzajemnie;
- 5) Art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy, poprzez niewykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawcy DIPiA, z uwagi, iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, polegające na powoływaniu się na doświadczenie przy realizacji usług pośrednictwa pracy w ramach Innowacyjnego Programu Aktywizacji Zawodowej i Rozwoju na obszarze powiatów aleksandrowskiego, inowrocławskiego, lipnowskiego, włocławskiego, grudziądzkiego i miasta Grudziądz, gdy tymczasem wykonawcą tych usług było konsorcjum: K. K. oraz Centrum Rozwoju Zawodowego EUREKA K. K., które w ofercie wskazało, iż usługi te będzie realizowało samodzielnie bez udziału podwykonawców.
- 6) Art. 8 ust. 1 i ust. 3 Ustawy, poprzez nieudostępnienie do wglądu i utajnienie wykazów usług zastrzeżonych przez wykonawców DIPiA oraz K. K. jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz uzupełnionych dokumentów przez wykonawcę K. K., których wykonawca nie zastrzegł jako tajemnicy przedsiębiorstwa;

4

-
- 7) Art. 89 ust. 1 pkt 6 Ustawy, poprzez niezbadanie i nieodrzućenie oferty wykonawcy WYG, jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny, polegający na nieuwzględnieniu 23

% stawki VAT w obliczeniu ceny oferty.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienia czynności badania i oceny ofert;
- 3) dokonanie ponownej czynności badania ofert i wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawców: K. K. oraz DIPIA;
- 4) dokonania ponownej czynności oceny ofert w sposób zgodny z postanowieniami SIWZ z uwzględnieniem punktacji wynikającej z uzasadnienia odwołania oraz odrzucenie oferty DIPIA oraz K. K., w przypadku niewykluczenia w/w wykonawców z udziału w postępowaniu.

Odwołując wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ gdyby Zamawiający dokonał oceny ofert w zakresie kryterium:

- nr 2 „Koncepcja wsparcia aktywizacyjnego dla bezrobotnych”,
- nr 3 „Koncepcja pośrednictwa pracy”,
- nr 4 „Organizacja realizacji usługi”,

zgodnie z postanowieniami SIWZ, oferta Odwołującego otrzymałaby w tym kryterium większą ilość punktów od oferty Wykonawcy, która została uznana za najkorzystniejszą, zaś ten Wykonawca otrzymałby znacznie mniejszą ilość punktów niż zostało mu przyznane. Przy ustaleniu, że w kryterium nr 5 „Doświadczenie” oraz kryterium nr 6 „Zatrudnienie własnych pracowników” oferta Odwołującego zdobyła tyle samo punktów co oferta wykonawcy, który wygrał postępowanie, to oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący może zatem ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy wskazanych w odwołaniu. Ponadto gdyby Zamawiający prawidłowo dokonał badania i oceny ofert odrzuciłby oferty pozostałych wykonawców.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący:

I. Odnosząc się do zarzutu nr 1 podniósł, że:

W wyniku analizy otrzymanych od Zamawiającego kart indywidualnej oceny oferty dokonanej przez trzech ekspertów merytorycznych w ramach kryterium nr 2, nr 3, i nr 4, (dalej: „ekspertów”), Odwołujący powziął uzasadnione przekonanie, że ocena ofert przez

5

poszczególnych ekspertów została dokonana niezgodnie z postanowieniami SIWZ, tj. w zakresie sposobu oceny ofert określonego w Rozdziale III ust. 5 pkt 1 SIWZ.

Z uzasadnień przyznawania punktacji przez poszczególnych ekspertów (wyrażonych w kartach indywidualnej oceny oferty) jednoznacznie wynika, iż:

1. po pierwsze błędnie były przyznawane punkty w ramach poszczególnych kryteriów (eksperci przyznawali nieprzewidzianą wartość punktów, w oparciu o zakresowy sposób przyznawania punktów, nie natomiast jak wynika to z treści SIWZ w oparciu o „0-1” sposób przyznawania punktów, uniemożliwiający ich stopniowanie;
2. a po drugie przyznawali punktację poszczególnym ofertom pomimo, iż z opisu uzasadnienia jednoznacznie wynika, że oferta w danym kryterium nie spełnia wszystkich elementów wymaganych przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał jednocześnie, iż z uwagi na objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa przez wszystkich oferentów całej treści koncepcji realizacji usługi, Odwołujący jedynie na podstawie indywidualnych kart oceny poszczególnych ekspertów ma możliwość weryfikacji prawidłowości dokonanej przez Zamawiającego oceny ofert i w konsekwencji wyboru oferty najkorzystniejszej. Stąd też w ocenie Odwołującego bardzo istotne znaczenie i wpływ na wynik postępowania ma ocena dokonana przez ekspertów i uzasadnienie dla tak dokonanej oceny.

Zgodnie z treścią SIWZ, którego autorem jest Zamawiający eksperci zobowiązani byli do przyznawania konkretnych wartości liczbowych wynikających z danego kryterium i tylko i wyłącznie wtedy, gdy oferta w danym kryterium zawierała wszystkie elementy określone w kryterium (w pełni wyczerpywała zakres danej punktacji w ramach kryterium). Takie stanowisko wielokrotnie w swoim orzecznictwie wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza (por. wyrok z dnia 24 stycznia 2012 r. (sygn. KIO 69/12), w którym Izba stwierdziła: „Jednocześnie, należy wskazać, że autorem SIWZ jest Zamawiający, i ponosi w związku z

powyższym wszelkie konsekwencje wynikające z tego faktu. Jeżeli, dany element zawarty w opisie danego podkryterium, w którym wskazywano, ile punktów i za co należy przyznać, nie jest spełniony przez danego Wykonawcę w pełni, a tylko częściowo, to z uwagi na brak możliwości stopniowania punktacji i zero/jedynkowy charakter oceny wynikający z przywołanych postanowień SIWZ, mamy do czynienia z sytuacją w ramach, której dany Wykonawca nie jest uprawniony do uzyskania punktacji za dany element."

W przedmiotowym postępowaniu w SIWZ określono precyzyjne kryteria oceny merytorycznej ofert. W tabeli Odwołujący przedstawił liczbę punktów możliwych do uzyskania w kryteriach 2, 3, i 4. Jednocześnie w ramach poszczególnych kryteriów SIWZ

6

Odwołujący szczegółowo zdefiniował elementy oferty, jakie poddawane są ocenie i jaka liczba punktów może zostać w ich ramach przyznana.

Odwołujący argumentował następnie, że z przytoczonych kryteriów (szczegółowo przedstawionych w formie tabel w odwołaniu) w sposób jednoznaczny wynika, że Zamawiający w ich ramach wprowadził „0-1” ocenę, bez możliwości stopniowania punktacji, na co literalnie wskazuje redakcja kryteriów oceny ofert i korespondującej z nimi punktacji, i tak np. Zamawiający wskazał w ramach kryterium: Koncepcja wsparcia aktywizacyjnego dla bezrobotnych, podkryterium: Propozycja podejścia do realizacji minimalnego standardu działań w zakresie przeprowadzenia diagnozy potencjału, planu aktywizacji, w tym zapewnienia minimum dwóch form aktywizacji dla każdej osoby bezrobotnej, że przyzna: „2 pkt - zaproponowano 2. metody diagnostyczne oraz 2. formy aktywizacji dla każdej osoby bezrobotnej, przedstawiono zgodną z minimalnymi standardami działań koncepcję przeprowadzenia diagnozy potencjału, planu aktywizacji, koncepcja jest logicznie spójna, adekwatna do zidentyfikowanych problemów, specyficznych potrzeb osób bezrobotnych. Przedstawiona koncepcja działań pozwala z umiarkowanym prawdopodobieństwem stwierdzić, że zostaną osiągnięte efekty w postaci uzyskania zatrudnienia; 4 pkt - rozszerzono minimalny standard działań w zakresie diagnozy potencjału, planu aktywizacji, zaproponowano więcej niż 2. formy aktywizacji dla każdej osoby bezrobotnej, koncepcja jest kompleksowa, logicznie spójna, adekwatna do zidentyfikowanych problemów, specyficznych potrzeb osób bezrobotnych. Przedstawiona koncepcja działań pozwala z dużym prawdopodobieństwem stwierdzić, że zostaną osiągnięte efekty w postaci uzyskania zatrudnienia".

Odwołujący wskazał, że powyższe oznacza, iż ekspert uprawniony jest do przyznania albo 2 pkt albo 4 pkt, jeżeli oceniana oferta spełnia wszystkie elementy wskazane przez Zamawiającego, bez możliwości stopniowania punktacji, nawet w przypadku kryterium jakościowego, które ze swej istoty jest ocenne i nieprecyzyjne. Przy takiej konstrukcji przyznawania punktacji nie ma możliwości stosowania punktów „pomiędzy” (tj. zakresowo) i w przypadku, gdy oferta w części wypełnia dane kryterium przyznać, np. 0,5 pkt, 1 pkt, 1,5 pkt, 3 pkt, 3,5 pkt. Taka ocena jest oczywiście sprzeczna z określonymi przez Zamawiającego zasadami i z uwagi na jej fundamentalny charakter daje podstawę do zakwestionowania całościowej oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej, jako naruszającej art. 91 ust. 1 Ustawy.

Odwołujący podniósł, że takie stanowisko wyraziła KIO w wyroku o sygn. KIO 69/12 podkreślając, że:

7

„W ocenie Izby, fakt, że określone sformułowania będące elementem oceny w ramach danego podkryterium mają charakter nieprecyzyjny, co przyznał Zamawiający na rozprawie, nie daje podstaw do stopniowania przyznawanej punktacji w oderwaniu od przyjętych przez Zamawiającego w SIWZ kryteriów. Złożone oferty nie powinny być oceniane w stosunku do siebie, lecz w odniesieniu do postanowień SIWZ, które określały modelową ofertę. Okoliczność, że członkowie Komisji Przetargowej (...) przyznawali punktacje (określona ilość punktów), która nie można było uzyskać orzy uwzględnieniu obowiązujących zasad przyznawania określonej ilości punktów (podkryterium 3.3). stanowi wystarczająca podstawę do uwzględnienia odwołania.”

Argumentowano następnie, że takie działania Zamawiającego, polegające na

niestosowaniu się do zasad pierwotnie przez siebie ustanowionych prowadzi ewidentnie do naruszenia fundamentalnej zasady zamówień publicznych wyrażonej w art. 7 ust. 1 Ustawy, tj. zasady równego traktowania wykonawców i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Dokonywanie bowiem oceny w oderwaniu od określonych kryteriów, poprzez stosowanie błędnej skali punktów oraz premiując/odejmując punkty za poszczególne elementy koncepcji (także w tym przypadku niezgodnie z ustanowionym opisem poszczególnych kryteriów) narusza wszelkie elementarne zasady należytej staranności na etapie dokonywania wyboru ofert. Odwołujący podkreślił jednocześnie, że nie kwestionuje prawa Zamawiającego (ekspertów) do dokonania oceny w ramach kryteriów jakościowych przy zastosowaniu pewnego zakresu subiektywizmu i swobody, niemniej jednak swobodna ocena ofert nie jest równoznaczna z dowolną jej oceną, naruszającą określone zasady. Prezentowane stanowisko jest tożsame z ugruntowanym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który stoi na stanowisku, iż przy ocenie kryteriów jakościowych możliwy jest pewien zakres swobody, nie mniej jednak ocena ta nie może naruszać zasady równego traktowania wykonawców i zasady przejrzystości, a co zatem idzie ocena taka nie może być dowolna.

Odwołujący wskazał następnie, że w przedmiotowym stanie faktycznym eksperci dokonujący oceny ofert dowolnie i według własnego uznania przyznawali punktację w ramach poszczególnych kryteriów w sprzeczności z treścią SIWZ, co więcej ocena ta wyrażona w uzasadnieniu w odniesieniu do Odwołującego jest dokonana w sposób wypaczający treść oferty, a wręcz niezgodny z jej treścią. Wielokrotnie eksperci wskazywali na brak pewnych informacji, które w sposób jednoznaczny były zawarte w przedłożonej przez Odwołującego koncepcji realizacji usługi lub też informacje w niej zawarte interpretowane były niezgodnie z ich literalnym brzmieniem.

8

Odwołujący prezentowane argumenty w ramach przedmiotowego zarzutu podzielił na dwa rodzaje formalne - obrazujące błędy w przyznanej punktacji poprzez zastosowanie nieprawidłowej skali oraz przydzielanie punktacji w przypadku, gdy z uzasadnienia jednoznacznie wynika, iż dany wykonawca nie spełnia łącznie wszystkich elementów składających się na opis danego kryterium i merytoryczne - obrazujące błędy w zakresie oceny oferty Odwołującego z uwagi na wykładnię treści koncepcji w oderwaniu od jej rzeczywistego brzmienia i w konsekwencji wypaczającą, czy nawet wręcz manipulującą informacje w niej zawarte.

Jednocześnie Odwołujący wskazał, że analizę w zakresie zarzutów merytorycznych zawarł w załączniku nr 5 do odwołania, który stanowi tajemnice przedsiębiorstwa Odwołującego w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, z uwagi na zamieszczenie w nich informacji zawartych w koncepcji realizacji usługi, objętej pierwotnie w przedmiotowym postępowaniu tajemnicą przedsiębiorstwa, której uzasadnienie znajduje się w aktach sprawy.

W samej treści odwołania Odwołujący przedstawił natomiast, co następuje:

OCENA DOKONANA W ODNIESIENIU DO OFERTY ODWOŁUJĄCEGO:

Kryterium 2 Koncepcja wsparcia aktywizacyjnego dla bezrobotnych:

1) pod kryterium: Propozycja podejścia do realizacji minimalnego standardu działań w zakresie przeprowadzenia diagnozy potencjału, planu aktywizacji, w tym zapewnienia minimum dwóch form aktywizacji dla każdej osoby bezrobotnej:

możliwa do przyznania punktacja: 2 pkt i 4 pkt

Ekspert 1 – A. M. - przyznał 1,5 pkt

Ekspert 2 – M. S. - przyznał 1,5 pkt

Ekspert 3 – R. J. - przyznał 1,5 pkt

2) podkryterium: Wykorzystywane metody, narzędzia i formy pracy z osobami bezrobotnymi (wraz z uzasadnieniem) oraz działania zapewniające indywidualne

podejście do każdej osoby bezrobotnej

możliwa do przyznania punktacja: 0 pkt, 2 pkt, 4 pkt

Ekspert 2 – M. S. - przyznał 1,5 pkt

Ekspert 3 – R. J. - przyznał 1,5 pkt

3) podkryterium: Metody i narzędzia budujące motywację osób bezrobotnych do uczestniczenia w zajęciach oraz inne formy działania, zwiększające szanse osób bezrobotnych na podjęcie zatrudnienia

możliwa do przyznania punktacji: 0 pkt. 2 pkt. 4 pkt
Ekspert 3 – R. J. - przyznał 1,5 pkt

9

Kryterium 3 - Koncepcja pośrednictwa pracy:

1) podkryterium: Sposoby pozyskiwania ofert
możliwa do przyznania punktacja: 0 pkt. 3 pkt, 6 pkt
Ekspert 3 – R. J. - przyznał 1,5 pkt

Kryterium 4 - Organizacja realizacji usługi:

1) podkryterium: Organizacja pracy punktów aktywizacyjnych
możliwa do przyznania punktacja: 0 pkt. 1 pkt, 2 pkt
Ekspert 3 – R. J. - przyznał 1,5 pkt
2) podkryterium: Ocena ryzyka
możliwa do przyznania punktacja: 0 pkt, 2 pkt
Ekspert 1 – A. M. - przyznał 1 pkt
Ekspert 2 – M. S. - przyznał 1 pkt
Ekspert 3 – R. J. - przyznał 1 pkt

Odwołujący wskazał, że powyższe oceny są niezgodna z określoną „0/1” punktacją, w ramach w/w kryteriów. Zamawiający nie przewidział bowiem możliwości przyznania takiej punktacji.

**OCENA DOKONANA W ODNIESIENIU DO OFERTY POZOSTAŁYCH WYKONAWCÓW:
OFERTA WYG**

Kryterium 2 Koncepcja wsparcia aktywizacyjnego dla bezrobotnych:

Odwołujący wskazał, że zarówno w podkryterium „Propozycja podejścia do realizacji minimalnego standardu działań w zakresie przeprowadzenia diagnozy potencjału, planu aktywizacji, w tym zapewnienia minimum dwóch form aktywizacji dla każdej osoby bezrobotnej”, jak również w podkryterium „Wykorzystywane metody, narzędzia i formy pracy z osobami bezrobotnymi (wraz z uzasadnieniem) oraz działania zapewniające indywidualne podejście do każdej osoby bezrobotnej” Wykonawca pomimo wykazania przez Eksperta – R. J., jak również Eksperta – M. S. w uzasadnieniu, iż w tych dwóch kryteriach przedstawiona koncepcja realizacji usługi jest wewnętrznie niespójna i nieadekwatna do zidentyfikowanych problemów, które to elementy były konieczne do spełnienia, aby uzyskać przynajmniej minimalną liczbę punktów 2, otrzymał odpowiednio w tych podkryteriach:

Ekspert R. J. - 5,5 pkt (w tym: 2,5 pkt i 3), pomimo, że powinien przyznać w każdym – podkryterium 0 pkt, z uwagi na niespełnienie w pełni, a tylko częściowo przez

10

koncepcję realizacji usługi WYG, wymogów określonych przez Zamawiającego w ramach w/w pod kryteriów; Mamy więc do czynienia z sytuacją, w ramach której Wykonawca ten nie jest uprawniony do uzyskania punktacji za dany element.
Ekspert M. S. - 6 pkt (w tym: 2 pkt i 4 pkt), pomimo, że powinien przyznać w każdym – podkryterium 0 pkt, z uwagi na niespełnienie w pełni, a tylko częściowo przez koncepcję realizacji usługi WYG, wymogów określonych przez Zamawiającego w ramach w/w podkryteriów; Mamy więc do czynienia z sytuacją, w ramach której Wykonawca ten nie jest uprawniony do uzyskania punktacji za dany element.

OFERTA DIPIA

Kryterium 3 Koncepcja pośrednictwa pracy

Odwołujący wskazał, że w podkryterium „Koncepcja współpracy z pracodawcą” Wykonawca pomimo wykazania przez Eksperta – M. S. w uzasadnieniu, iż w tym podkryterium przedstawiona koncepcja realizacji usługi jest wewnętrznie niespójna, który to element był konieczny do spełnienia, aby uzyskać 2 pkt. Ekspert M. S. - przyznał 1,5 pkt pomimo, że powinien przyznać w tym podkryterium 0 pkt, z uwagi na niespełnienie w pełni, a tylko częściowo przez koncepcję realizacji usługi WYG, wymogów określonych przez Zamawiającego w ramach w/w podkryteriów. Mamy więc do czynienia z sytuacją, w ramach której Wykonawca ten nie jest uprawniony do uzyskania punktacji za dany element.

OFERTA K. K.

Kryterium 2 Koncepcja wsparcia aktywizacyjnego dla bezrobotnych:

Odwołujący wskazał, że zarówno w podkryterium „Propozycja podejścia do realizacji minimalnego standardu działań w zakresie przeprowadzenia diagnozy potencjału; planu aktywizacji w tym zapewnienia minimum dwóch form aktywizacji dla każdej osoby bezrobotnej”, jak również w podkryterium „Wykorzystywane metody/ narzędzia i formy pracy z osobami bezrobotnymi (wraz z uzasadnieniem) oraz działania zapewniające indywidualne podejście do każdej osoby bezrobotnej” Wykonawca pomimo wykazania przez Eksperta – R. J., jak również Eksperta – M. S. w uzasadnieniu, iż w tych dwóch kryteriach przedstawiona koncepcja realizacji usługi jest wewnętrznie niespójna i nieadekwatna do zidentyfikowanych problemów, które to elementy były konieczne do spełnienia, aby uzyskać przynajmniej minimalną liczbę punktów 2, otrzymał odpowiednio w tych podkryteriach:

Ekspert R. J. - 3 pkt (w tym: 1,5 pkt i 1,5), pomimo, że powinien przyznać w każdym – podkryterium 0 pkt, z uwagi na niespełnienie w pełni, a tylko częściowo przez koncepcję realizacji usługi WYG, wymogów określonych przez Zamawiającego w

11

ramach w/w podkryteriów. Mamy więc do czynienia z sytuacją, w ramach której Wykonawca ten nie jest uprawniony do uzyskania punktacji za dany element.

Ekspert M. S. - 4 pkt (w tym: 2 pkt i 2 pkt), pomimo, że powinien przyznać w każdym – podkryterium 0 pkt, z uwagi na niespełnienie w pełni, a tylko częściowo przez koncepcję realizacji usługi WYG, wymogów określonych przez Zamawiającego w ramach w/w podkryteriów; Mamy więc do czynienia z sytuacją, w ramach której Wykonawca ten nie jest uprawniony do uzyskania punktacji za dany element.

Jednocześnie Odwołujący wskazał, iż w/w naruszenia, jako kwestie formalne związane z zasadami przyznawania punktacji mają charakter fundamentalny i jako takie zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej w ocenie Odwołującego stanowią wystarczającą podstawę do uznania przedmiotowego zarzutu za zasadny, a w konsekwencji uwzględnienia niniejszego odwołania.

II. Odnosząc się do zarzutu nr 2 podniósł, że:

Z analizy oferty złożonej przez wykonawcę DIPIA wynika, iż wykonawca ten nie potwierdził spełnienia warunku posiadania wymaganej przez Zamawiającego w Rozdz. III pkt

2 ppkt 3 SIWZ, sytuacji ekonomicznej i finansowej w zakresie posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Z dołączonej do oferty kopii polisy wynika, iż w/w wykonawca posiada wyłącznie ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej z tytułu posiadania i użytkowania mienia, a nie jak tego wymagał zamawiający ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Ponadto w/w wykonawca nie dołączył do oferty dokumentu potwierdzającego opłacenie w/w polisy.

Mając powyższe na uwadze należy uznać, iż została wypełniona dyspozycja art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy, w konsekwencji czego w/w wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania.

III. Odnosząc się do zarzutu nr 3 podniósł, że:

Z analizy dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz działań w/w

wykonawców przy innych postępowaniach na świadczenie usług aktywizacyjnych, które są prowadzone

w tym samym czasie przez innych zamawiających, wynika, iż w/w wykonawcy mogą składać oferty pozostając w zmowie przetargowej, co zagraża interesom innych wykonawców i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Na wysokie prawdopodobieństwo, iż złożenie ofert

12

przez w/w wykonawców stanowi czyn nieuczciwej konkurencji wskazują następujące okoliczności:

1) W przedmiotowym postępowaniu oferty zostały dostarczone do zamawiającego przez tą samą osobę (nie był to kurier) i złożone w tym samym czasie. Osoba, która złożyła

oferty była obecna podczas sesji otwarcia ofert i występowała jako przedstawiciel wykonawcy K. K..

Jako dowód Odwołujący przedstawił oświadczenie przedstawiciela Odwołującego, który składał ofertę; koperty, w których znajdowały się oferty w/w wykonawców z naniesioną datą dzienną i godzinową wpływu do zamawiającego.

2) Z analizy składanych przez w/w wykonawców ofert w innych postępowaniach wynika, iż taka prawidłowość powiela się w innych postępowaniach, dla przykładu można wskazać postępowania na świadczenie działań aktywizacyjnych prowadzone przez WUP w Rzeszowie, gdzie również oferty w/w wykonawców zostały złożone w tym samym czasie.

Jako dowód Odwołujący przedstawił koperty, w których znajdowały się oferty w/w wykonawców z naniesioną datą dzienną i godzinową wpływu do zamawiającego.

3) O ścisłej współpracy w/w wykonawców, która może nosić cechy nieuczciwej konkurencji, świadczy również fakt, iż wykonawca DIPiA wykazując w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, doświadczenie w realizacji usługi pośrednictwa pracy świadczone w ramach Innowacyjnego Programu Aktywizacji i Rozwoju na obszarze powiatów aleksandrowskiego, inowrocławskiego, lipnowskiego, włocławskiego, grudziądzkiego i miasta Grudziądz. Z uwagi na objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa Odwołujący nie może jednoznacznie wskazać, jaki podmiot był zleceniodawcą, ale z analizy dostępnych w internecie materiałów wynika, iż usługa, na którą się powołuje wykonawca DIPiA, była zlecona przez WUP w Toruniu konsorcjum w skład, którego wchodził następujący wykonawcy: K. K. oraz

Centrum Rozwoju Zawodowego EUREKA K. K., co wskazuje, iż zlecającym mogło być w/w konsorcjum.

Jako dowód Odwołujący wskazał na dokumentację przetargową znajdującą się na stronie internetowej WUP Toruń.

Odwołujący podniósł dodatkowo, że w przedmiotowej kwestii istotne znaczenie ma również fakt, iż w złożonej w Toruniu ofercie w/w konsorcjum oświadczyło, iż zamówienie wykona samodzielnie bez udziału podwykonawców w związku z czym istnieje również wysokie prawdopodobieństwo, iż wskazanie wykonawcy DIPiA jako świadczącego usługi pośrednictwa pracy podczas realizacji usługi dla WUP Toruń może mieć charakter fikcyjny.

13

Wskazano ponadto, że Wykonawca DIPiA jako Agencja Zatrudnienia funkcjonuje od 11.06.2014 r.

Jako dowód Odwołujący wskazał formularz oferty z postępowania prowadzonego przez WUP w Toruniu; Informację wygenerowaną z Rejestru Podmiotów Prowadzących Agencje Zatrudnienia.

Ponadto okoliczność, iż w/w wykonawcy pozostają w ścisłej współpracy od dłuższego czasu, potwierdza fakt, iż wykonawca K. K. powoływała się w postępowaniu prowadzonym przez WUP w Gdańsku (2015 r.) na doświadczenie zdobyte podczas realizowania usług pośrednictwa pracy dla wykonawcy DIPiA.

Odwołujący stwierdził, że przedstawione powyżej okoliczności wskazują, iż w/w wykonawcy nie działają na rynku jako podmioty konkurencyjne, lecz wspólnie składają oferty oraz razem współpracują i wzajemnie świadczą sobie usługi, co nosi cechy czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, bowiem należy uznać, iż ich działania jest sprzeczne dobrymi obyczajami i zagraża oraz narusza interesy innych wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu. Ponadto działanie w/w wykonawców wyczerpuje znamiona czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, bowiem jest wysoce prawdopodobne, co potwierdzają w/w okoliczności, iż w/w wykonawcy działają w ramach zmowy przetargowej.

Odwołujący skłonił, że mając powyższe na uwadze należy uznać, iż zostały wypełnione przesłanki skutkujące odrzuceniem ofert w/w wykonawców określone w art. 89 ust. 1 pkt 3 Ustawy, w związku z czym oferty w/w powinny być przez zamawiającego odrzucone jako stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji.

IV. Odnosząc się do zarzutu nr 4 podniósł, że: Pojęcie grupy kapitałowej zostało zdefiniowane w art. 4 pkt 14 u.o.k.k. definicja ta

określa, że grupa kapitałowa to grupa wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w

sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Ta szeroka definicja nie wskazuje wiążących form kontroli między członkami grupy kapitałowej. Formy kontroli mogą wynikać nie tylko z powiązań kapitałowych oraz powiązań osobowych, lecz mogą również wynikać z innych okoliczności, np. umów itd. Istotne jest, czy dany podmiot sprawuje kontrolę nad innym podmiotem. Niemniej jednak w orzecznictwie oraz literaturze przedmiotu wskazuje się, iż w przypadku, gdy istnieją powiązania między przedsiębiorcami, lecz nie można jednoznacznie wskazać, który podmiot jest podmiotem dominującym (sprawuje kontrolę), a który zależnym przyjmuje się

14

konstrukcję, w której uznaje się, że dane podmioty wchodzące w grupę kapitałową wzajemnie się kontrolują, czyli są zarówno podmiotami dominującymi jak również podmiotami zależnymi.

Biorąc powyższe pod uwagę ścisła współpraca wykonawców K. K. oraz DIPiA, wzajemne zlecanie sobie usług a następnie potwierdzanie ich należytego wykonania wskazuje, iż z uwagi na powiązania kontraktowe i inne okoliczności wykonawcy Ci stanowią grupę kapitałową w rozumieniu w/w przepisów, ponieważ wzajemnie się kontrolują, w szczególności poprzez powiązania kontraktowe, w których raz występują jako zlecający, a raz jako wykonawcy, co powoduje, iż posiadają instrumenty, aby wzajemnie na siebie wpływać, czyli sprawować kontrolę.

Odwołujący stwierdził, że w związku z powyższym w/w wykonawcy powinni wykazać sobie wzajemnie w wykazie podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej, zwłaszcza że złożyli odrębne oferty w tym samym postępowaniu. Z uwagi jednak na fakt, iż w/w wykonawcy zataili fakt pozostawania w grupie kapitałowej i złożyli nieprawdziwe informacje dotyczące tej okoliczności Zamawiający winien wykluczyć ich z postępowania na podstawie Art. 24 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy.

V. Odnosząc się do zarzutu nr 5 podniósł, że:

Z dokumentacji postępowania wynika, iż w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawca DIPiA, wskazał usługi pośrednictwa pracy realizowane w ramach Innowacyjnego Programu Aktywizacji Zawodowej i Rozwoju na obszarze powiatów aleksandrowskiego, inowrocławskiego, lipnowskiego, włocławskiego, grudziądzkiego i miasta Grudziądz. Z uwagi na objęcie wykazu usług tajemnica przedsiębiorstwa Odwołujący nie mógł jednoznacznie ustalić kto był podmiotem zlecającym realizację w/w usług. Z uwagi jednak, iż w wyjaśnieniach przekazanych do Zamawiającego wykonawca DIPiA wskazał w ramach jakiego programu usługi te były realizowane Odwołujący dokonał analizy rynku usług aktywizacyjnych (jest to nowy rynek) i ustalił, iż prawdziwym wykonawcą tych usług było konsorcjum wykonawców: K. K. oraz Centrum Rozwoju Zawodowego EUREKA K. K., które to wygrało postępowanie przetargowe prowadzone przez WUP w Toruniu. Z udostępnionej w ramach dostępu do informacji publicznej dokumentacji postępowania (oferta konsorcjum) wynika, iż usługi te realizowane były samodzielnie przez członków konsorcjum, bowiem wykazali oni w złożonej ofercie, iż przy realizacji zamówienia nie będą korzystali z podwykonawców.

Przedstawiony stan faktyczny wskazuje na to, iż faktycznym wykonawcą w/w usług było w/w konsorcjum nie zaś wykonawca DIPiA, w związku z czym należy uznać, iż

15

wykazanie się usługami, których się nie realizowało stanowi podanie nieprawdziwych informacji i wypełnia dyspozycję art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy, w związku z czym wykonawca DIPiA powinien być wykluczony z postępowania.

VI. Odnosząc się do zarzutu nr 6 podniósł, że:

Zgodnie z obowiązującymi przepisami postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne. Ograniczenie jego jawności może następować wyłącznie w przypadkach wskazanych w ustawie. Nie ujawnia się informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W przedmiotowym postępowaniu wykonawcy K. K. oraz DIPiA zastrzegali jako tajemnicę przedsiębiorstwa wykaz usług wskazując, iż ujawnienie informacji zawartych w wykazie może ich narazić na np. „podkupienie kontrahentów”.

Odwołujący wskazał, iż Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wypowiadała się na temat możliwości zastrzeżenia wykazu usług jako tajemnicy przedsiębiorstwa i w wielu przypadkach wskazywała, iż wykaz usług nie powinien być zastrzegany jako tajemnica przedsiębiorstwa ponieważ w ten sposób ogranicza się z możliwość kontroli społecznej wykonywanej przez innych wykonawców, czy wykonawca, który zastrzega tajemnice przedsiębiorstwa spełnia warunki udziału w postępowaniu. Ponadto każdy przypadek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa powinien być indywidualnie rozpatrywany w kontekście uzasadnienia przez zastrzegającego wykonawcę powodów zastrzeżenia oraz wykazania dowodów, że wykonawca faktycznie podjął odpowiednie działania w celu ochrony tajemnicy.

W przedmiotowym postępowaniu w/w wykonawcy wskazali uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Z analizy tych uzasadnień nie wynika, iż wykonawcy podjęli wszystkie niezbędne działania w celu ochrony tych informacji. Ponadto w przypadku wykonawcy K. K. uzasadnienie zastrzeżenia tajemnic przedsiębiorstwa w zakresie wykazu usług jest nieprawdziwe, bowiem z dokumentacji postępowania wynika, iż co najmniej jedna z usług, które wykazał w/w wykonawca dotyczyła realizacji usług aktywizacyjnych gdzie zamawiającym był podmiot publiczny tj. WUP w Poznaniu. W tym przypadku zamawiający nie powinien podejmować decyzji o nieujawnianiu dokumenty wykazu usług, gdyż dotyczy on zamówienia publicznego, które jest jawne, a o wyniku postępowania informuje się publicznie.

Tymczasem Zamawiający odmówił Odwołującemu wglądu do w/w wykazów usług i dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie, czym naruszył przepisy dotyczące

16

jawności postępowania. W związku z czym Odwołujący wniósł o ujawnienie w/w dokumentów.

VII. Odnosząc się do zarzutu nr 7 podniósł, że:

W dniu 8 czerwca 2016 r. Odwołujący poinformował Zamawiającego o istnieniu pewnej prawidłowości i występowaniu niedozwolonych praktyk na rynku zamówień dotyczących usług aktywizacji zawodowej, poprzez oferowanie przez WYG wynagrodzenia brutto, które jest tożsame z wynagrodzeniem netto. Taka praktyka WYG jest widoczna w tożsamych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych przez inne Wojewódzkie Urzędy Pracy, jak np. w Łodzi, w Krakowie (gdzie oferta WYG została odrzucona przez Zamawiającego z tego powodu), czy Kielcach.

Jako dowód Odwołujący wskazał pismo z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie nieprawidłowej stawki VAT stosowanej przez WYG.

Argumentowano następnie, że Zamawiający pomimo uzyskania informacji w tym zakresie nie dokonał żadnej czynności zmierzającej do wyjaśnienia przedmiotowej kwestii, a tym samym zaniechał ciążącego na nim obowiązku zbadania prawidłowości zaoferowanej ceny, w zakresie zastosowania prawidłowej stawki VAT przez WYG.

Wskazano także, że nie ma żadnego znaczenia, czy w formularzu ofertowym Zamawiający wymagał wskazania stawki VAT, sam fakt braku konieczności wskazania stawki VAT wofercie nie zwalnia bowiem Zamawiającego z obowiązku zbadania prawidłowości ustalenia podatku VAT przez wykonawcę, w przypadku powzięcia uzasadnionej wątpliwości istnienia takiego proceduru.

Dodatkowo podniesiono, iż zgodnie z treścią SIWZ, rozdział 6 Opis sposobu obliczenia ceny ust, 7 Zamawiający wskazał, iż „Prawidłowe ustalenie podatku VAT należy do obowiązków wykonawcy zgodnie z przepisami ustawy o podatku od towarów i usług.” Odwołujący podkreślił jednocześnie, iż Zamawiający na podstawie art. 7 Ustawy przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Oznacza to zatem, iż Zamawiający badając ofertę wykonawców, w tym zaoferowaną cenę zobowiązany jest do oceny prawidłowości ustalenia podatku VAT, w przeciwnym bowiem razie niewątpliwie doszłoby do naruszenia wynikającego z art. 7 Ustawy obowiązku przestrzegania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

17

Takie stanowisko zostało wyrażone w orzecznictwie Sądu Najwyższego, który w uchwale z dnia 20 października 2011 r. (sygn. Akt III CZP 53/11) wskazał, że: „Artykuł 7 Pr.z.p. stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zasada ta została uszczegółowiona m.in. w przepisach nakładających na zamawiającego obowiązki, których realizacja zapewnia wykonawcom konkurowanie w równych warunkach. Do takich przepisów należą przepisy nakładające na zamawiającego konieczność przeprowadzenia czynności badania i eliminowania z postępowania ofert, które nie odpowiadają wynikającym z ustawy warunkom. Kontrola i selekcja ofert z punktu widzenia oferty najkorzystniejszej (art. 91 ust 1L dokonywana przez zamawiającego, jest również wyrazem uszanowania zasady wyrażonej w art. 7 Pr. z.p. Jej realizacja byłaby fikcją, gdyby zamawiający nie miał możliwości porównania ofert (...). Tyko oferty równoważne w zakresie obiektywnie sprawdzalnych elementów, a takim elementem jest stawka podatku VAT wynikająca z obowiązujących przepisów, stwarzają możliwość porównania i tym samym równego traktowania oferentów”.

Jednoznacznie należy wskazać, iż oferta zawierająca niezgodną z obowiązującymi przepisami stawkę podatku VAT, wpływającego na wysokość ceny brutto, niewątpliwie zaburza proces porównywania cen i musi być kwalifikowana jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny.

W odniesieniu do powyższego Odwołujący stwierdził, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu do momentu złożenia niniejszego odwołania nie dokonał czynności zmierzających do ustalenia, czy WYG zaoferował wynagrodzenia brutto wraz z prawidłową stawką VAT, czy też zaoferował wynagrodzenie, które bazuje na zwolnieniu z podatku VAT, pomimo stosownego zawiadomienia, naruszając tym samym art. 7 ust. 1 Ustawy w związku z art. 89 ust. 1 pkt 6 Ustawy. Odwołujący wskazał również,

że usługa aktywizacji zawodowej, która jest przedmiotem w/w postępowania zgodnie z ustawą o promocji zatrudnienia i instytucji rynku pracy polega na zastosowaniu zindywidualizowanego podejścia do każdego uczestnika działań aktywizacyjnych, poprzez zastosowanie metod i form aktywizacji odpowiadających jego indywidualnym potrzebom i barierom, które ma doprowadzić do podjęcia przez niego zatrudnienia i utrzymania go przez okres 180 dni. Płatność za usługę następuje zaś dopiero po osiągnięciu przez wykonawcę określonego w umowie efektu (w ramach II, III i IV transzy wynagrodzenia jest to podjęcie i utrzymanie zatrudnienia przez określony okres czasu), nie natomiast za wykonanie poszczególnych działań aktywizacyjnych.

18

Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, że istotą usługi realizowanej przez wykonawcę jest doprowadzenie do zatrudnienia osób bezrobotnych. Oznacza to zatem, że świadczeniem wiodącym w ramach zamówienia będzie usługa, którą można określić jako aktywizacja bezrobotnego na rynku pracy (co dla celów VAT może zostać uznane za rodzaj pośrednictwa pracy). Wszystkie pozostałe świadczenia wykonawcy (np. przygotowanie diagnozy, indywidualnego planu działania, doradztwo zawodowe, szkolenia, praktyki) mają wobec świadczenia głównego charakter pomocniczy i stanowią jedynie środek służący do efektywniejszego wykorzystania świadczenia głównego. Inaczej mówiąc, ewentualne usługi szkoleniowe (przekwalifikowania zawodowego lub kształcenia zawodowego), nie stanowią same w sobie celu aktywizacyjnego (zamawiający nie odbiera i nie płaci wynagrodzenia za przeprowadzone usługi szkoleniowe), a jedynie mogą przysłużyć się do lepszego, i bardziej wydajnego zrealizowania usługi aktywizacyjnej, rozumianej jako doprowadzenie do zatrudnienia i jego utrzymanie; W związku z czym należy uznać, iż mają one wyłącznie charakter służebny i akcesoryjny.

O charakterze działań aktywizacyjnych, w których wiodącą rolę, odgrywa usługa pośrednictwa pracy, czyli usługa główna, przesądził już sam ustawodawca, bowiem w art. 66d ust. 1 ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, wskazał, iż działania aktywizacyjne mogą być zlecone:

- po pierwsze, Agencji zatrudnienia (działalność regulowana) nie zaś instytucji – szkoleniowej;

- po drugie, takiej Agencji zatrudnienia, która co najmniej przez poprzedni rok – kalendarzowy realizowała usługę pośrednictwa pracy nie zaś usługę szkoleniową. Te elementy wskazują jednoznacznie, iż zamysłem ustawodawcy było powierzenie

działań aktywizacyjnych takim podmiotom, które nie tylko posiadają formalny status Agencji zatrudnienia, która jest uprawniona do świadczenia usług pośrednictwa pracy, ale takim Agencjom zatrudnienia, które realnie świadczą usługi pośrednictwa pracy i wykazują to w stosownym sprawozdaniu.

Powyższe oznacza, iż głównymi usługami przy działaniach aktywizacyjnych są usługi pośrednictwa pracy. Pozostałe usługi, które mieszczą się w ramach działań aktywizacyjnych, w tym: przygotowanie diagnozy, indywidualnego planu działania, doradztwo zawodowe, szkolenia, praktyki, itd., mają jedynie na celu jak najlepsze, najpełniejsze zrealizowanie usług pośrednictwa pracy.

Odwolujący wskazał, że tak określona usługa aktywizacji zawodowej nie mieści się w żadnej z kategorii wymienionych w art 43 ustawy o VAT, zawierającym katalog świadczeń zwolnionych od opodatkowania VAT ani w § 3 ust. 1 pkt 14 rozporządzenia w sprawie

19

zwolnień z VAT, bowiem nie jest to ani usługa kształcenia zawodowego, ani usługa przekwalifikowania zawodowego. W związku z tym należy uznać, że do realizowanej na podstawie art 66d ust. 1 ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, złożonej usługi aktywizacji zawodowej zastosowanie znajduje zawsze podstawowa 23 % stawka podatku VAT, która jest właściwa m.in. dla usług pośrednictwa pracy.

Na odrębny charakter usług aktywizacyjnych od usług kształcenia zawodowego lub przekwalifikowania zawodowego, tzn. usług szkoleniowych, wskazuje również kwalifikacja, opis usług aktywizacyjnych dokonany przez zamawiającego z zastosowaniem Wspólnego Słownika Zamówień (CPV). Zamawiający opisał bowiem usługi aktywizacyjne wyłącznie przy pomocy kodu CPV: 79611000- 0, jako „usługi poszukiwania pracy”, a nie jako „usługi szkoleniowe” oznaczone kodem CPV: 80500000-9 lub jako „usługi szkoleń zawodowych” oznaczone kodem CPV: 80530000-8, dając tym samym wyraz opisywanego przedmiotu zamówienia. Odmienna interpretacja prowadziłaby do zmiany charakteru zamawianej usługi w konsekwencji czego zamawiający otrzymałby przedmiot zamówienia, odmienny od jego potrzeb wyrażonych w treści SIWZ i niezgodny z art. 66d ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy.

Odwolujący skonkludował, że mając powyższe na uwadze należy uznać, iż z uwagi na zastosowanie przez w/w wykonawców do obliczenia ceny oferty niewłaściwej stawki podatku VAT, oferta ich powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Ustawy, czego Zamawiający nie uczynił, naruszając tym samym także art. 7 ust. 1 Ustawy.

W odpowiedzi Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, wskazując w uzasadnieniu, że:

Odwolujący w celu wykazania istnienia swojego interesu wskazywał, że gdyby jego oferta w zakresie kryteriów 2-4 uzyskała większą ilość od oferty Wykonawcy, która została uznana za najkorzystniejszą, zaś ten Wykonawca otrzymałby znacznie mniejszą ilość punktów niż zostało mu przyznane, a w kryterium 5 i 6, ten Wykonawca otrzymałby taką samą ilość punktów, co Odwołujący, to oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

Dla powyższego stanowiska Odwołujący nie przedstawia jednak uzasadnienia. Wręcz przeciwnie, prezentowane przez niego twierdzenia, w szczególności odnoszące się do uwzględnienia oferty, dowodzą tezy przeciwnej.

20

Zauważyć należy, że oferta Odwołującego została sklasyfikowana na czwartym miejscu z liczbą przyznanych punktów 68,67. Oferta Wykonawcy, która została uznana za najkorzystniejszą otrzymała natomiast 91,99 punktów.

Uwzględnienie wszystkich zarzutów odwołania skierowanych wobec sposobu naliczenia przez Odwołującego punktacji - wbrew jego twierdzeniom - nie skutkowałoby uznaniem oferty Odwołującego za najkorzystniejszą. Nawet przy takim założeniu oferta Odwołującego uzyskałaby 56,36 punktów, zaś Oferta Wykonawcy, która została uznana za najkorzystniejszą otrzymałaby 76,36 punktów. Zamawiający złożył na tą okoliczność symulację przedstawiającą dokonane obliczenia.

Zamawiający wniósł tym samym o oddalenie odwołania na podstawie art 179 Pzp, argumentując, że dalsze merytoryczne rozpatrywanie tego zarzutu oraz podniesionych w odwołaniu zarzutów odnoszących się do ofert wykonawców K. K., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Enterprise Investment Zarządzanie Ryzykiem K. K. (dalej jako „K. K.”) oraz Dolnośląski Inkubator Przedsiębiorczości i Arbitrażu sp. z o.o. (dalej jako „DIPiA”), nie ma istotnego znaczenia na wynik postępowania o udzielenie zamówienia i w tym samym może zostać uznane jako bezprzedmiotowe (por. wyrok KIO z dnia 6 czerwca 2012r., sygn. akt 1093/12).

Wskazano następnie, że nawet gdyby podzielić argumentację przedstawioną w uzasadnieniu zarzutu nr 1 Odwołującego, a także innych podnoszonych przez niego zarzutów odnoszących się do ww. ofert i wykluczyć z postępowania tych Wykonawców, wówczas oferta Odwołującego i tak nie uzyskaby najwyższej liczby punktów. Uwzględnienie tego zarzutu, nie miało by zatem wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a wniesione odwołanie na zasadzie art. 192 ust. 2 PZP powinno ono zostać oddalone. Zważyć bowiem należy, że na gruncie art. 179 PZP materialnoprawną przesłanką uwzględnienia odwołania jest wykazanie przez wykonawcę,

że wskutek uwzględnienia odwołania złożona przez niego oferta byłaby ofertą najkorzystniejszą w oparciu i że w oparciu o nią doszło by do zawarcia ważnej umowy o udzielenie zamówienia (por. wyrok KIO z dnia 29 stycznia 2015 r., sygn. KIO 23/15). Uwzględnienie zarzutów odwołania skierowanych wobec sposobu naliczenia przez Odwołującego punktacji nie skutkowałoby powstaniem takiego stanu rzeczy. Nawet przy takim hipotetycznym założeniu najkorzystniejszą ofertą pozostawałaby oferta Wykonawcy: Konsorcjum firm WYG INTERNATIONAL sp. z o.o., WYG HR CONSULTING sp. z o.o.

Abstrahując od powyższych formalnych argumentów przemawiających za bezzasadnością stanowiska Odwołującego, Zamawiający przedstawił następnie stanowisko

21

odnoszące się do meritum zarzutów odwołania skierowanych wobec sposobu naliczenia przez Odwołującego punktacji. Zamawiający stanął na stanowisku, iż wniesione odwołanie powinno zostać oddalone nie tyle z uwagi na fakt, iż podniesione przez Odwołującego zarzuty nie mają istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, ale z uwagi na fakt, iż brak jest jakichkolwiek merytorycznych podstaw dla ich uwzględnienia.

W zakresie zarzutu nr 1 – dotyczącego naruszenia art. 91 ust 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, Zamawiający wskazał, że w SIWZ określił kryteria oceny oraz przysługującą punktację. Dodatkowo, kryterium „Koncepcja wsparcia aktywizacyjnego dla bezrobotnych” uszczegółowił, określając zasady oceny, a ocenę powierzył 3 ekspertom merytorycznym. Każda z ofert

(w zakresie ww. kryterium) podlegała ocenie wszystkich trzech ekspertów. Wskazano przy tym, że dla zminimalizowania subiektywizmu w ocenach poszczególnych ofert, Zamawiający na ekspertów powołał osoby z około 20 letnim stażem w tematyce objętej przedmiotem zamówienia oraz działające w różnych regionach Polski i znających specyfikę tych terenów, z uwagi na realizację zamówienia w różnych powiatach województwa dolnośląskiego.

Dla każdego z kryteriów wyszczególnionych w SIWZ (Kryteria oceny ofert i zasady ich oceny) określono maksymalną liczbę punktów, przy czym dodatkowo, dla uzyskania transparentności oceny opisów przedstawionych przez oferentów, niektóre kryteria podzielono na części (zadania) i podkryteria, przyznając poszczególnym częściom odpowiedni przedział punktów.

Zamawiający wskazał, że już z pobieżnej analizy tabeli zawierającej kryteria oceny merytorycznej zamieszczonej na stronie 25 - 29 SIWZ, wynika, że SIWZ wskazuje maksymalną, a jednocześnie stopniowalną, nie zaś zero/jedynkową skalę punktów możliwych do przyznania przez ekspertów. Eksperci, dokonując merytorycznej oceny ofert, mogli przyznawać punkty w zakresie określonym jako maksymalny.

Zamawiający zauważył następnie, że w cytowanym w odwołaniu wyroku KIO (wyrok z dnia 12 stycznia 2012 r., sygn. KIO 69/12) zarzuty rozstrzygniętego tym orzeczeniem odwołania dotyczyły przyznania przez ekspertów większej liczby punktów niż przewidywała zamieszczona w SIWZ punktacja, tymczasem w SIWZ rozpatrywanym w niniejszym

postępowaniu sytuacja taka nie miała miejsca, albowiem jak wynika wprost z literalnego brzmienia tabeli zamawiający wskazał wyłącznie maksymalny zakres punktów możliwych do przyznania przez ekspertów.

22

W kolumnach nr 2 tabel punktacyjnych zamieszczonych na str. 26-29 SWIZ wskazano, że oznaczają one maksymalną liczbę punktów. Podane w kolumnach nr 1 tabel (zmieszczonych po lewej stronie) punktowych podkryteria ocen ze wskazaniem ilości punktów miały wyłącznie charakter wskazówek dla ekspertów (określały maksymalny pułap punktów) i stanowiły wyłącznie element pomocniczy do oceny ofert.

Nadto żaden z zapisów SIWZ nie stanowi o tym, że eksperci nie mogli, w granicach wyznaczonych maksymalną ilością punktów (wskazanych w kolumnie nr 2 tabel punktowych) przyznawać punktacji częściowej. Przeciwnie, mieli oni prawo, dla bardziej precyzyjnej oceny ofert, posługiwać się punktacją „połówkową” dla trafniejszej oceny stopnia prawdopodobieństwa uzyskania zakładanych w SIWZ koncepcji aktywizacji.

Eksperci badali oferty merytorycznie, oceniali całą koncepcję w nich zawartą, nie zaś poszczególne, planowane, metody działań wykonawców. Opis wymagań w stosunku do ofert zawiera określenia ocenne (np. koncepcja ma być „kompleksowa”, „logiczna”, „spójna”, „adekwatna”), a sposób ich realizacji (uwzględnienia) przez wykonawcę w jego ofercie podlega subiektywnej ocenie Zamawiającego (ekspertów). Tak skonstruowany SIWZ wyklucza możliwość zastosowania punktacji 0/1.

Jeśli Odwołujący miał wątpliwości co do treści SIWZ, tj. zapisanego w nim systemu punktacji w zakresie merytorycznej oceny ofert, mógł zaskarżyć tę czynność Zamawiającego lub co najmniej zgłosić zapytanie w trybie art. 38 Pzp. Odwołujący nie skorzystał z tych możliwości, co więcej, mimo zgłoszenia wniosków o wyjaśnienie treści zapisów SIWZ również przez innych wykonawców żaden z nich nie zwracał się o interpretację tabel punktacyjnych zawartych na str. 26-29 SIWZ.

Prowadzi to do oczywistego wniosku, że dla oferentów treść tych postanowień była jasna. W tym zakresie wskazano dodatkowo, że również w poprzednich postępowaniach organizowanych przez Zamawiającego, a dotyczących tożsamego przedmiotu zamówienia funkcjonowały analogiczne zasady punktacji. Specyfikacje opracowane przez zamawiającego przewidywały wyłącznie maksymalną liczbę punktów, jaką w ramach oceny poszczególnych kryteriów mógł zdobyć oferent. Eksperci zaś, uczestniczący w merytorycznej ocenie ofert przyznawali punktację także częściową (połówkową) nie przekraczając górnej granicy wyznaczonej przez SIWZ. Sytuacja taka miała w szczególności miejsce na gruncie postępowania ogłoszonego przez Zamawiającego - Zamówienie publiczne (033/2014) – przetarg nieograniczony na świadczenie działań aktywizacyjnych mających na celu podjęcie i utrzymanie przez osoby długotrwale bezrobotne odpowiedniej pracy lub działalności gospodarczej oraz na gruncie postępowania dot. zamówienia (003/2013) – Wykonanie usług

23

aktywizacji zawodowej dla osób bezrobotnych znajdujących się w szczególnie trudnej sytuacji na rynku pracy prowadzących do zatrudnienia. W postępowaniu nr 033-2014 Odwołujący brał udział.

Przechodząc do konkretnych przykładów, wskazujących na niesłuszność zarzutu Odwołującego, Zamawiający wskazał przykładowo:

Kryterium Koncepcja wsparcia aktywizacyjnego dla bezrobotnych (max liczba punktów: 12).

Oznacza to, że ekspert może przyznać wykonawcy max. 12 punktów, przy czym:
Za część 1: Propozycja podejścia do realizacji minimalnego standardu działań w zakresie przeprowadzenia diagnozy potencjału, planu aktywizacji, w tym zapewnienia minimum dwóch form aktywizacji dla każdej osoby bezrobotnej (max liczba punktów: 2-4 pkt),
Za część 2: Wykorzystywane metody, narzędzia i formy pracy z osobami bezrobotnymi (wraz z uzasadnieniem) oraz działania zapewniające indywidualne podejście do każdej osoby bezrobotnej (max liczba punktów: 0-4 pkt),
Za część 3: Metody i narzędzia budujące motywację osób bezrobotnych do uczestniczenia w zajęciach oraz inne formy działania zwiększające szanse osób bezrobotnych na podjęcie

zatrudnienia (max liczba punktów: 0-4 pkt),

Dodatkowo, kierując się zasadą konieczności wprowadzenia zasady obiektywizmu w przyszłych ocenach eksperckich, do poszczególnych ww. części każdego z kryteriów Zamawiający zastosował punktację pomocniczą, wskazującą maksymalną liczbę punktów odpowiadającą określonej w SIWZ zawartości merytorycznej.

I tak:

za Część 2: Wykorzystywane metody, narzędzia i formy pracy z osobami bezrobotnymi (wraz z uzasadnieniem) oraz działania zapewniające indywidualne podejście do każdej osoby bezrobotnej (max liczba punktów: 0-4 pkt), można otrzymać maksymalnie 4 punkty, ale w sytuacji, gdy w przedstawionej koncepcji brak jest wskazania metod, narzędzi i form pracy z osobami bezrobotnymi z uzasadnieniem oraz brak jest wskazania działań zapewniających indywidualne podejście do każdej osoby bezrobotnej lub brak wskazania form i częstotliwości kontaktu z osobami bezrobotnymi lub określenie ich w sposób niezgodny z opisem przedmiotu zamówienia lub przedstawione metody, narzędzia i formy pracy z osobami bezrobotnymi są niespójne i nieadekwatne do przedmiotu zamówienia, ekspert może przyznać maksymalnie 0 punktów. W przypadku zaś zaproponowane metody, narzędzia i formy z osobami bezrobotnymi wraz z uzasadnieniem są spójne, realne, formy i częstotliwość kontraktu z osobami bezrobotnymi są zgodne z opisem przedmiotu

24

zamówienia, a przedstawiona koncepcja działań pozwala z umiarkowanym prawdopodobieństwem stwierdzić, że zostaną osiągnięte efekty w postaci uzyskania zatrudnienia, ekspert może maksymalnie przyznać 2 punkty. Oznacza to, że może stopniować punktację, przyznając punktów odpowiednio mniej. Brak jest podstaw do przyjęcia rozumowania Odwołującego, że Zamawiający może przyznać tylko 2 pkt, nawet w sytuacji, gdy przedstawiona koncepcja zawiera wymagane elementy, lecz ich ujęcie nie w pełni odpowiada wymogom Zamawiającego.

Jeśli zaś zaproponowane metody, narzędzia i formy współpracy z osobami bezrobotnymi wraz z uzasadnieniem są kompleksowe, spójne, realne, zapewniające zindywidualizowane podejście do każdej osoby bezrobotnej, uwzględniając jej potrzeby, a formy i częstotliwość kontaktu z osobami bezrobotnymi są zgodne z opisem przedmiotu zamówienia, zaś przedstawiona koncepcja działań pozwala z dużym prawdopodobieństwem stwierdzić, że zostaną osiągnięte efekty w postaci uzyskania zatrudnienia, ekspert może przyznać maksymalnie 4 punkty.

Dla pełniejszego zobrazowania zakresu weryfikacji i oceny przez ekspertów Zamawiający wskazał, że z każdego z 4 kryteriów oceny zadań wskazanych w SIWZ można wydzielić wiele ocenianych cech (elementów podlegających ocenie ekspertów).

Przykładowo w zadaniu: „Wykorzystywane metody narzędzia i formy pracy z osobami bezrobotnymi (wraz z uzasadnieniem) oraz działania zapewniające indywidualne podejście do każdej osoby bezrobotnej”, 4 pkt otrzymywała oferta, w której „zaproponowane metody narzędzia i formy pracy z osobami bezrobotnymi wraz z uzasadnieniem są kompleksowe, spójne, realne, zapewniające zindywidualizowane podejście do każdej osoby bezrobotnej, uwzględniające jej potrzeby. Formy i częstotliwości kontaktu z osobami bezrobotnymi są zgodne z opisem przedmiotu zamówienia. Przedstawiona koncepcja działań pozwala z dużym prawdopodobieństwem stwierdzić, że zostaną osiągnięte efekty w postaci uzyskania zatrudnienia”.

Taka oferta zawiera więc następujący zestaw cech;

- 1) zaproponowane metody pracy z osobami bezrobotnymi wraz z uzasadnieniem są kompleksowe;
- 2) zaproponowane metody pracy z osobami bezrobotnymi wraz z uzasadnieniem są spójne;
- 3) zaproponowane metody pracy z osobami bezrobotnymi wraz z uzasadnieniem są realne;
- 4) zaproponowane metody pracy z osobami bezrobotnymi wraz z uzasadnieniem zapewniają zindywidualizowane podejście do każdej osoby bezrobotnej;

25

-
- 5) zaproponowane metody pracy z osobami bezrobotnymi wraz z uzasadnieniem uwzględniają potrzeby każdej osoby bezrobotnej;

- 6) zaproponowane narzędzia pracy z osobami bezrobotnymi wraz z uzasadnieniem są kompleksowe;
- 7) zaproponowane narzędzia pracy z osobami bezrobotnymi wraz z uzasadnieniem są spójne;
- 8) zaproponowane narzędzia pracy z osobami bezrobotnymi wraz z uzasadnieniem są realne;
- 9) zaproponowane narzędzia pracy z osobami bezrobotnymi wraz z uzasadnieniem zapewniają do zindywidualizowane podejście każdej osoby bezrobotnej;
- 10) zaproponowane narzędzia pracy z osobami bezrobotnymi wraz z uzasadnieniem uwzględniają potrzeby każdej osoby bezrobotnej;
- 11) zaproponowane formy pracy z osobami bezrobotnymi wraz z uzasadnieniem są kompleksowe;
- 12) zaproponowane formy pracy z osobami bezrobotnymi wraz z uzasadnieniem są spójne;
- 13) zaproponowane formy pracy z osobami bezrobotnymi wraz z uzasadnieniem są realne;
- 14) zaproponowane formy pracy z osobami bezrobotnymi wraz z uzasadnieniem zapewniają zindywidualizowane podejście do każdej osoby bezrobotnej;
- 15) zaproponowane formy pracy z osobami bezrobotnymi wraz z uzasadnieniem uwzględniają potrzeby każdej osoby bezrobotnej;
- 16) formy kontaktu z osobami bezrobotnymi są zgodne z opisem przedmiotu zamówienia. Przedstawiona koncepcja działań pozwala z dużym prawdopodobieństwem stwierdzić, że zostaną osiągnięte efekty w postaci uzyskania zatrudnienia;
- 17) częstotliwości kontaktu z osobami bezrobotnymi są zgodne z opisem przedmiotu zamówienia. Przedstawiona koncepcja działań pozwala z dużym prawdopodobieństwem stwierdzić, że zostaną osiągnięte efekty w postaci uzyskania zatrudnienia;
- 18) przedstawiona koncepcja działań pozwala z dużym prawdopodobieństwem stwierdzić, że zostaną osiągnięte efekty w postaci uzyskania zatrudnienia. Możliwe jest, że w danej ofercie będzie brakować któregoś z tych elementów. Wtedy właśnie oceniający może przyznać inną, niż maksymalna, liczbę punktów.

26

Także w sytuacji, gdy oceniający oceni prawdopodobieństwo osiągnięcia efektów na mniejsze niż „duże”, ale większe niż „umiarkowane” może przyznać inną liczbę punktów niż 2 albo 4. Nie wynika bowiem z żadnego z postanowień SIWZ, aby oceniający mieli obowiązek przyznawania tylko i wyłącznie trzech ocen: zero, dwa albo cztery punkty.

O tym, że wskazane punkty (0, 2, 4) stanowią maksymalną, nie sztywną wartość świadczy nie tylko nagłówek kolumny („maksymalna liczba punktów”) ale także zapis punktacji, tj. umieszczenie przed każdym z podkryteriów symbolu „-”, co oznacza „do” („0” - „do 0 punktów”; „-2” - „do 2 punktów”; „-4” - „do 4 punktów”).

Zamawiający podkreślił, że zapis 0 pkt, 2 pkt oraz 4 pkt, to progowe wartości punktowe przysługujące oferentowi za bezbłędne i doskonałe opisanie poszczególnych części danego kryterium. Przytoczone wartości są wartościami pomocniczymi dla ekspertów oceniających

i naprowadzającymi dla oferentów przygotowujących oferty w danym postępowaniu, przy czym nie stanowią jedynych możliwych ocen (jak sugeruje Odwołujący) i nie wykluczają zastosowania przez oceniających ekspertów wskazanego w tabeli zakresu punktów 2-4 pkt (np. przy ocenie wadliwego lub niepełnego opisu danego kryterium).

Zamawiający zwrócił ponadto uwagę, że zastosowanie zakresu punktowego „od - do” zawsze działa na korzyść oferenta, ponieważ w sytuacji niepełnego/niedoskonałego opisu określonego kryterium pozwala pozytywnie odnieść się do przygotowanej oferty i przyznać część punktu za fragmentaryczne (częściowe) wypełnienie wymagań Zamawiającego w danym obszarze.

Argumentowano następnie, że przy ocenie oferty w ramach konkretnego kryterium Zamawiający posłużył się wykorzystaniem zakresu punktowego określonego „od-do” z możliwością stopniowania punktacji, co potwierdza użycie stosownego znaku graficznego „-”, a nie - jak sugeruje Odwołujący - oceną cyt. „0-1”, bez możliwości stopniowania punktacji. Opisane powyżej zakresy

punktowe zostały ujęte w odpowiedniej tabeli zamieszczonej w SIWZ (np. 0-4 pkt) i od początku podane były do publicznej wiadomości.

Gdyby Zamawiający chciał zasugerować ocenę cyt. „0-1”, czego nie miał zamiaru i nie zrobił, użyłby w tabeli innego zapisu w celu wylistowania możliwych do zastosowania punktów, tj. wymieniłby je „po przecinku” (np. 0, 2, 4 pkt), bądź wskazał, że ekspert może przydzielić „0 lub 2 lub 4 pkt”).

Zamawiający podniósł również, iż wszystkie oferty zostały ocenione według tej samej opisaney w SIWZ metody i przy użyciu wskazanej w SIWZ skali punktowej, zatem - zdaniem Zamawiającego - zarzut nr 1, tj. naruszenie art. 91 ust.1 w zw. z art.7 ust.1 ustawy, poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem postanowień SIWZ w zakresie

27

kryteriów oceny ofert jest całkowicie bezpodstawny, gdyż zastosowanie tej samej metody (wynikającej z SIWZ) i skali oceny w stosunku do wszystkich oferentów nie może i nie stanowi naruszenia zasady równego traktowania.

Reasumując, Zamawiający stwierdził, że całkowicie nieuprawnione i sprzeczne z zapisami SIWZ jest twierdzenie Odwołującego, na którym opiera swoje odwołanie, że Zamawiający w ramach kryteriów wprowadził 0/1 ocenę bez możliwości stopniowania.

Zamawiający podniósł następnie, że bezpodstawny jest również zarzut niewłaściwej oceny ofert poszczególnych wykonawców przez ekspertów pod względem merytorycznym. Oferta WYG - Odwołujący zarzucił, że dwóch ekspertów wskazało, że koncepcja (w ramach części 1 i części 2) jest wewnętrznie niespójna i nieadekwatna do zidentyfikowanych problemów, które to elementy były konieczne do uzyskania minimalnej liczby punktów. Zamawiający wskazał, że zgodnie z opisami poszczególnych części, SIWZ nie określa punktacji minimalnej. W ramach części 1 („Propozycja podejścia,..”) maksymalnie można było przyznać 2 punkty w sytuacji, gdy oferta spełniała wymogi z podkryterium 1. Oznacza to, że w sytuacji, gdy oferta nie zawierała wszystkich wymaganych elementów, punktów można przyznać odpowiednio mniej.

Dodatkowo, nie polega na prawdzie twierdzenie, że Pani M. S. napisała, iż *„przedstawiona koncepcja realizacji usługi jest wewnętrznie niespójna i nieadekwatna do zidentyfikowanych problemów”*. Napisała bowiem *„Niekonsekwencja dotycząca udziału pośrednictwa pracy w działaniach aktywizacyjnych raz jest ich częścią, aby w innym miejscu koncepcji stanowić część odrębną.”* Ekspert w swojej ocenie odnosił się zatem nie do spójności merytorycznej koncepcji a do technicznej kwestii sposobu ujęcia (zamieszczenia w tekście) opisu działań aktywizacyjnych.

Podobnie w przypadku Pana R. J. jego uzasadnienie jest przedstawione przez Odwołującego w sposób nierzetelny. Ekspert wskazał: *„Treść opisu jest mało czytelna i niespójna ze względu na występowanie powtarzających się informacji i treści, które powinny być zawarte i innych częściach oferty, np. informacje dotyczące form pracy w zakresie działań aktywizacyjnych opisane są w części dotyczącej opisu koncepcji diagnozy Brak jest informacji o terminie przeprowadzenia diagnozy. Niejasne i niespójne w treści są informacje zapisy o działaniach aktywizacyjnych polegających na pośrednictwie pracy. Z jednej strony wykonawca wskazuje, że jest to jedno z działań aktywizacyjnych, a z drugiej strony działania tego nie wlicza do działań aktywizacyjnych, a traktuje jako odrębne działanie. Przykładem tego jest rysunek 1, w którym pośrednictwo pracy jest odrębną usługą. Podobnie wykonawca traktuje diagnozę potencjału i plan aktywizacyjny wliczając te działania do działań*

28

aktywizacyjnych, a w dalszej części opisu diagnoza nie jest elementem działań aktywizacyjnych. Informacje te nie są spójne.”

Należy stwierdzić, iż *„występowanie powtarzających się informacji i treści, które powinny być zawarte w innych częściach oferty”* nie może być podstawą obniżenia punktacji, dlatego zarzuty Odwołującego są bezpodstawne. Co do rysunku - może on być uznany za niejasny, niespójny graficznie, ale nie ma mowy o niespójności treści oferty (rysunek pokazuje, iż możliwa jest sytuacja, gdy uczestnik od razu po diagnozie i planie działań otrzymuje pośrednictwo pracy bez uczestnictwa w innych działaniach aktywizacyjnych np. szkoleniach twardej - w ramach minimalnego standardu działań aktywizacyjnych). Podobnie jest z diagnozą potencjału i planem działań aktywizacyjnych. Opracowanie planu

działań aktywizacyjnych (poprzedzone diagnozą) samo w sobie też jest działaniem aktywizacyjnym. Zamawiający rozumie, że wykonawca WYG (prawdopodobnie chcąc pokazać etapowość wsparcia) pokazał na rysunkach (rysunki 5 i 6) diagnozę i opracowanie planu obok właściwych działań aktywizacyjnych, ale zdaniem oceniającego jest to niejasne i niespójne graficznie, jednak nie jest w żadnym wypadku niespójne merytorycznie (uczestnik przechodzi najpierw diagnozę i opracowanie planu działań aktywizacyjnych a dopiero w następnej kolejności pozostałe działania - nie ma tu błędu ani niespójności co do metody, formy czy narzędzi).

Oferta DIPiA - Odwołujący zarzucił, że w podkryterium „Koncepcja współpracy z pracodawcą”, ekspert M. S. wskazała w uzasadnieniu, że koncepcja jest wewnętrznie niespójna, a przyznała 1,5 pkt zamiast 0. Zamawiający wskazuje, że w ww. podkryterium 0 punktów przyznaje się, jeśli koncepcja wykonawcy jest „niespójna z koncepcją monitorowania osób”. Zarzucana „wewnętrzna niespójność” nie powoduje automatycznie niespójności z koncepcją monitorowania osób”.

Oferta K. K. - Odwołujący zarzucił, że dwóch ekspertów wskazało, że koncepcja (w ramach części 1 i części 2) jest wewnętrznie niespójna i nieadekwatna do zidentyfikowanych problemów, które to elementy były konieczne do uzyskania minimalnej liczby punktów. Zamawiający wskazał, że zgodnie z opisami poszczególnych części, SIWZ nie określa punktacji minimalnej. W ramach części 1 („Propozycja podejścia...”) maksymalnie można było przyznać 2 punkty w sytuacji, gdy oferta spełniała wymogi z podkryterium 1. Oznacza to, że w sytuacji, gdy oferta nie zawierała wszystkich wymaganych elementów, punktów można przyznać odpowiednio mniej.

Zamawiający podkreślił, że dokonując oceny ofert, w pełni zastosował się do zasad ustanowionych w SIWZ, niezrozumiałe tym samym i niezasadne jest twierdzenie Odwołującego o naruszeniu przez Zamawiającego zasady równego traktowania

29

wykonawców. Oferty oceniane były w oparciu o przyjęte kryteria, nie zaś w stosunku do siebie. Oferta Odwołującego została oceniona w oparciu o kryteria z SIWZ i brak jest podstaw do podważania prawidłowości tej oceny.

Odnośnie zarzutu nr 2 dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp, Zamawiający wskazał na wstępie, że w ramach niniejszego zarzutu Odwołujący dąży do wyeliminowania z postępowania wykonawcy DIPiA z uwagi na przedłożenie wadliwej polisy ubezpieczenia OC działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia.

Wobec powyższego Zamawiający podniósł, że Odwołujący zupełnie pomija fakt, iż w świetle przepisu art. 26 ust. 3 PZP, wykonawca ma gwarantowaną przepisami możliwość uzupełnienia dokumentów, w zakresie, w jakim potwierdzają one spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Na skutek wezwania może więc, potwierdzić, że spełnia warunek udziału w postępowaniu.

Zamawiający nie może go wykluczyć z postępowania przed wyczerpaniem procedury wezwania wykonawcy do uzupełnienia brakujących dokumentów, (por. wyrok KiO z dnia 24 sierpnia 2012 r., sygn. akt KIO 1659/12). Dlatego też podnoszona przez Odwołującego przesłanka wykluczenia wykonawcy określona w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp nie mogła zostać spełniona.

Zamawiający podkreślił jednocześnie, że Odwołujący nie podniósł we wniesionym odwołaniu zarzutu zaniechania przez Zamawiającego czynności wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów. Stąd też Izba będąc związana zarzutami zawartymi w odwołaniu (art. 192 ust. 7 PZP), powinna oddalić odwołanie w zakresie zarzutu nr 2.

Zamawiający wskazał dodatkowo, że oferta Odwołującego została sklasyfikowana na czwartym miejscu z liczbą przyznanych punktów 68,67. Uwzględnienie wszystkich zarzutów odwołania skierowanych wobec sposobu naliczenia przez Odwołującego punktacji nie skutkowałoby uznaniem oferty Odwołującego za najkorzystniejszą. Nawet przy takim założeniu oferta Odwołującego uzyskałaby 56,36 punktów, zaś wykonawcy DIPiA zostałaby uplasowany na wyższej od niego pozycji z ilością punktów wynoszącą 70,71 punktów (Symulacja 2 - w zał. tabela przedstawiająca symulację dokonanych przez Zamawiającego obliczeń).

Zamawiający podniósł również, że abstrahując od powyższego, zarzut nr 2 - nawet gdyby został rozpoznany przez Izbę - nie mógłby skutkować uwzględnieniem odwołania.

Po pierwsze należy wskazać, że przedłożona przez DIPIA polisa była opłacona, albowiem wykonawca ten przedłożył Zamawiającemu dowód uiszczenia należnej z tytułu jej wystawienia składki.

Odnosząc się do samej treści dokumentu polisy, a zarazem zakresu ubezpieczenia, Zamawiający przyznaje, że wskutek niedopatrzania nieprawidłowo zweryfikował zakres ochrony ubezpieczeniowej, który dotyczy wyłącznie ubezpieczenia mienia w działalności gospodarczej prowadzonej przez ww. wykonawcę. Nie zmienia to jednak faktu, że nawet uwzględnienie niniejszego zarzutu i odrzucenie oferty DIPIA nie miałyby żadnego wpływu na wynika postępowania, a to z tego względu, że oferta Odwołującego znajduje się dopiero na czwartym miejscu w rankingu ofert (po przeliczeniu zgodnie z Odwołaniem na 3 miejscu).

Odnosząc się do zarzutu nr 3 dotyczącego naruszenia art 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Odnosząc się do powyższego zarzutu Zamawiający wskazał, że Odwołujący oparł go wyłącznie na daleko idących domniemaniach związanych z takimi okolicznościami faktycznymi jak i) przyniesienie ofert ww. wykonawców przez tego samego pośłańca, ii) zachowanie wykonawców w toku innych postępowań przetargowych, iii) ścisła współpraca wykonawców w realizacji innych zamówień publicznych.

Tymczasem, zgodnie z art. 190 Pzp zarzut ten, podobnie jak i pozostałe podnoszone przez Odwołującego, musi zostać udowodniony. Ciężar dowodzenia w tym zakresie spoczywa leżspornie na odwołującym (art. 6 KC).

Mając na względzie powyższe reguły dotyczące dowodzenia oraz treść art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, Odwołujący zobligowany był wykazać, że pomiędzy wykonawcami K. K. oraz DIPIA doszło do zawarcia porozumienia polegającego na uzgodnieniu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac i ceny, którego celem lub skutkiem było wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji.

Odwołujący poza przytoczeniem okoliczności faktycznych związanych z rzekomym powiązaniem ww. wykonawców nie przedstawił ani nie zawnioskował żadnych dowodów mających na celu wykazanie istnienia porozumienia kwalifikowanego jako tzw. zmowa przetargowa, tj. odpowiadającego warunkom zdefiniowanym w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. W szczególności Odwołujący formułując analizowany zarzut nie wykazywał ani nawet powołał żadnych okoliczności świadczących o uzgadnianiu przez ww. wykonawców warunków ofert złożonych w niniejszym postępowaniu, w tym w zakresie ceny, czy zakresu objętych nią usług.

Zamawiający wskazał przy tym, że jak wynika z orzecznictwa KIO okoliczności takie jak złożenie oferty przez tego samego pośłańca, współpraca oferentów przy realizacji innych zamówień (występowanie w charakterze wzajemnych podwykonawców) nie są wystarczającymi przesłankami do uznania zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. W wyroku z dnia 17 kwietnia 2015 r. w połączonych sprawach o sygn. KIO 678/15; KIO 679/15, Krajowa Izba Odwoławcza skontaktowała, że: „(...) 2. *Podobieństwo złożonych ofert, co do ich opakowania i oznaczenia, nawet omyłkowego, czy sposobu numeracji stron nie można uznać za dowód popełnienia czynu niedozwolonego prawem. Również wykonanie usługi doręczenia oferty przez tego samego pośłańca, który jest jednocześnie pracownikiem jednego z oferentów, nie stanowi dowodu na zawarcie nielegalnego porozumienia w rozumieniu ustawy z 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów.* 3. *Z faktu, że dwaj przedsiębiorcy prowadzą współpracę polegającą na świadczeniu nawzajem usług przy realizacji zamówień nie można wywodzić, że składając oferty w postępowaniu na różne części zamówienia kierowali się wspólnymi uzgodnieniami co do kalkulacji ceny za jaką będą wykonywać usługę.*” W wyroku z dnia 30 października 2012 r. w sprawie o sygn. KIO 2276/12 Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że: „*Podobieństwo ofert nie dowodzi działań niezgodnych z prawem i niedopuszczalnych również w p.z.p., takich jak zawarcie porozumienia pomiędzy wykonawcami, o której stanowi art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k., jak również współpracy kwalifikowanej, jako zjawisko nieuczciwej konkurencji na gruncie u.z.n.k., w tym art. 3 ust. 1*

oraz art. 15 ust. 1 pkt 5 tej ustawy, szczególnie w przypadku, gdy podobieństwa takie są skutkiem skorzystania z usługi tego samego eksperta." Za wystarczające do uznania zarzutu istnienia zмовы przetargowej nie przyjmuje się nawet takich powiązań jak prowadzenie działalności pod tym samym adresem (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie, V Wydział Cywilny Odwoławczy z dnia 9 lutego 2010 r., sygn. akt V Ca 2446/09). Zamawiający wskazał ponadto, że analiza ofert wykonawców K. i DiPiA nie prowadzi bynajmniej do uwiarygodnienia zarzutów odwołania. Obaj oferenci złożyli oferty porównywalne w zakresie ceny, które uzyskały bardzo zbliżoną punktację – oferta DiPiA 20 pkt, oferta K. K. – 19,41 pkt oraz tożsamą liczbę punktów w zakresie kryterium nr 5 – doświadczenie (po 3 punkty) oraz wykorzystanie własnych pracowników (po 5 punktów). Również porównanie pozostałych kryteriów ocen daje zbliżone wyniki. Nie można zatem uznać, że jedna z przedmiotowych ofert miała charakter tzw. "oferty zabezpieczającej", mające na celu stworzenie pozorów rzeczywistej konkurencji. Mając zaś na względzie fakt, że obaj oferenci złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, brak podstaw do przyjęcia innym

32

możliwych form zмовы przetargowej, jakie związane są z istnieniem porozumienia, co do nie występowania w danym postępowaniu, nie składania własnej oferty.

Podsumowując, Zamawiający stwierdził, że podnoszony przez Odwołującego zarzut należy uznać za nieudowodniony, stanowiący wyłącznie hipotezę Odwołującego.

Odnosnie zarzutu nr 4 dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zamawiający w pierwszej kolejności podniósł, że Zamawiający w w pkt 3.1.7. wskazał, iż: „W zakresie potwierdzenia niepodlegania wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 5 ustawy pzp w formie oryginału listę podmiotów przynależących do tej samej grupy kapitałowej albo informację o tym, że wykonawca nie należy do grupy kapitałowej. Informacja o przynależności do grupy kapitałowej. Informacja o grupie kapitałowej- zgodnie z formularzem stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ." Oferenci byli zobligowani do złożenia oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej pod rygorem odpowiedzialności karnej z art. 297 kodeksu karnego. Zarówno wykonawca K. K. jak i DiPiA złożyli oświadczenia wskazujące na brak przynależności do grupy kapitałowej.

Rzekoma nieprawdziwość tych oświadczeń, jaką zarzuca Odwołujący nie wynika również z analizy złożonych przez ww. wykonawców innych dokumentów, w tym zaświadczenia o wpisie do Centralnej Ewidencji Działalności Gospodarczej, odnosnie wykonawcy K. K., czy odpisu aktualnego z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego odnosnie wykonawcy DiPiA. Z dokumentów tych nie wynika żadne powiązanie kapitałowe, czy też osobowe ww. podmiotów.

W dalszej kolejności Zamawiający zauważył, że wbrew twierdzeniom, a w zasadzie domniemaniom Odwołującego, współpraca wykonawców przy realizacji innych zamówień, nazywana przez niego powiązaniem „kontraktowym” nie może

świadczyc o przynależności do grupy kapitałowej. Jak bowiem wynika z definicji tego powiązania, zawartej w cytowanym w odwołaniu art. 4 pkt 14 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, zasadniczym elementem stanowiącym o istnieniu grupy kapitałowej jest element kontroli. Chodzi tu zatem o wpływ na zarządzanie danym podmiotem. Tego zaś rodzaju powiązanie następuje przede wszystkim przez powiązania osobowe związane z uczestnictwem tych samych osób w organach zarządzających lub nadzorczych tych samych przedsiębiorców (por. m.in. wyrok KIO z dnia 5 grudnia 2013 r., KIO 2694/13). Tymczasem ani K. K. nie jest współnikiem, czy też członkiem zarządu Sub prokurentem DiPiA, ani też członek zarządu DiPiA, jej współnik lub prokurent nie są w żaden sposób formalnie

33

powiązani

z przedsiębiorcą K. K.. Między ww. Wykonawcami nie można stwierdzić żadnej z form kontroli, o jakich mowa w art 4 pkt 4 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Nie sposób zaś uznać, by powoływana przez Odwołującego współpraca tych

podmiotów przy realizacji innych zamówień stanowiła o istnieniu stosunku kontroli między nimi.

Oдноśnie zarzutu nr 5 dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W pierwszej kolejności Zamawiający podniósł, że wykazanie spełnienia w niniejszym postępowaniu wymogu udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia miało nastąpić poprzez złożenie oświadczenia w wykazie usług, stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ. Na podstawie dokumentów złożonych przez DIPiA w toku postępowania Zamawiający nie miał podstaw do stwierdzenia, jakoby wykonawca DIPiA złożył nieprawdziwe informacje co do wiedzy i doświadczenia w zakresie jaki zarzuca Odwołujący. W szczególności nie miał jakichkolwiek podstaw do stwierdzenia, że są one nieprawdziwe. Nie można zaś uznać, by miał obowiązek posiadania wiedzy o warunkach prowadzenia innych postępowań o analogiczne pod względem przedmiotowym zamówienia. W wyroku z dnia 11 kwietnia 2013 r., XIX Ga 179/13, LEX nr 1315894, Sąd Okręgowy w Katowicach zwrócił uwagę, że *„(...) wykluczenie wykonawcy z powodu złożenia nieprawdziwych informacji może nastąpić jedynie wówczas, gdy zamawiający jest w stanie dokonać weryfikacji nieprawdziwości podanych przez wykonawcę informacji, a także w sytuacji jednoznacznego stwierdzenia tej nieprawdziwości.”* Na gruncie niniejszego postępowania nie sposób uznać, by Zamawiający był w stanie zweryfikować rzeczywiste uczestnictwo DIPiA w innym postępowaniu. Podstawy do stwierdzenia nieprawdziwości informacji zawartych we wniosku DIPiA nie zostały wskazane w odwołaniu. W tym względzie wskazać należy, że nie jest wystarczającą podstawą zastosowania sankcji z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp uprawdopodobnienie złożenia nieprawdziwych informacji ani też powzięcie wątpliwości w tym zakresie. Niezbędne jest udowodnienie takiego faktu (por. wyr. KIO z dnia 21 lipca 2011 r. sygn. akt KIO 1464/11). Dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia w tym przedmiocie wywodzi skutek prawny, domagając się wykluczenia wykonawcy z postępowania. Nieprawdziwych informacji nie można domniemywać (za wyr. KIO z dnia 19 marca 2015 r., sygn. akt KIO 416/14).

34

W niniejszym postępowaniu to zatem na Odwołującym ciążył obowiązek wykazania, że DIPiA złożyła nieprawdziwe informacje. Odwołujący temu obowiązкови nie sprostął. Zważyć bowiem należy, że sam fakt złożenia oferty zakładającej, iż wykonawca będzie realizował samodzielnie - co do zasady - nie wyklucza możliwości jej realizacji za pośrednictwem podwykonawców. Jak podkreśla się w orzecznictwie w przypadku, gdy zamawiający nie zastrzeże obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę danych części zamówienia czy prac (art. 36a ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych), zakres zadeklarowanego podwykonawstwa nie ma żadnego wpływu na ocenę oferty przez zamawiającego, (...)

w przypadku, gdy deklaracja wykonawcy dotycząca podwykonawców nie jest powiązana z żadnymi konsekwencjami - w zakresie choćby korzystania z potencjału danego podwykonawcy przy realizacji umowy - to wykonawca w ogóle nie jest zobowiązany do wykonywania zamówienia przy pomocy podwykonawców i jego oświadczenie w ofercie nie stanowi istotnego elementu przyszłej umowy. (wyr. KIO z dnia 3 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 2776/14). Oświadczenie takie - nie stanowi treści oferty i może zostać zmienione.

Wskazano następnie, że przepis art. 36b ust. 1 ustawy stanowi tylko, iż zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy, lub podania przez wykonawcę nazw (firm) podwykonawców, na których zasoby wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1.

Natomiast według art. 36b ust. 2 ustawy - jeżeli zmiana albo rezygnacja z podwykonawcy dotyczy podmiotu, na którego zasoby wykonawca powoływał się, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1, wykonawca jest obowiązany wykazać zamawiającemu, iż proponowany inny podwykonawca lub wykonawca samodzielnie spełnia je w stopniu nie mniejszym niż wymagany w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia.

Ustawa więc wprost ustanawia dowolną zmianę lub rezygnację przez wykonawcę ze

wskazanych personalnie podwykonawców - nakładając jednakże na wykonawcę ograniczenia i obowiązki na polu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu z tym związane. Nade wszystko wskazać jednak należy, że nawet przy wykluczeniu wykonawcy DIPIA

z udziału w postępowaniu oferta Odwołującego nie zostałaby uznana za najkorzystniejszą, co wpisuje się w sformułowany na pierwszym miejscu wniosek Zamawiającego oddalenia odwołania z uwagi na brak interesu prawnego Odwołującego.

35

Odnosnie zarzutu nr 6 dotyczącego naruszenia art. 8 ust 1 i ust 3 Pzp.

Zamawiający wskazał, że niewątpliwie zasadą jest, że postępowanie w sprawie zamówienia publicznego jest jawne. Zamawiający może jednakże ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia, jeżeli określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zaś wykonawca nie później niż w terminie składania ofert zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane.

Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne i organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Wykaz wykonanych usług, wraz z dowodami, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, może zostać objęty tajemnicą przedsiębiorstwa. (por. np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 23 kwietnia 2010, sygn. akt KIO/UZP 528/10). Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa wymaga uzasadnienia po stronie wykonawcy.

W niniejszej sprawie wykonawcy, którzy zastrzegali wskazane informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa wykonali swój obowiązek ustawowy, tj. przedstawili dostateczne uzasadnienie zaostrożenia tajemnicy oraz wykazania się zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób uprawniony.

Zamawiający wskazał, że aby doszło do ograniczenia jawności postępowania, konieczne jest zaistnienie określonych warunków, które umożliwiałyby utajnienia pewnych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Przesłanki zastrzeżenia określonych informacji definiuje ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i niniejszym postępowaniu przesłanki takie zaistniały.

Argumentowano następnie, że w przedmiotowym postępowaniu wykonawcy wskazali uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Uzasadnienia te potwierdzają, iż wykonawcy ci podjęli wszystkie niezbędne działania w celu ochrony informacji. W orzecznictwie KIO nie budzi wątpliwości, że w wykazy usług mogą zostać utajnione. Istotne przy tym jest, że wykonawca DIPIA nie zastrzegł tajności całego wykazu a jedynie jednej usługi.

Nie można zgodzić się z zarzutem Odwołującego, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy w przypadku oferty K. K. jest nieprawdziwe. Odwołujący podnosi, że co najmniej jedna z usług, które wykazał ten wykonawca dotyczyła realizacji usług dla podmiotu publicznego, a tym samym zastrzeżenie tajemnicy jest niedopuszczalne. Zamawiający podkreślił, co niejednokrotnie wywiodła KIO w swoich orzeczeniach, że w pewnych

36

sytuacjach uzasadnione jest utajnienie informacji o zamówieniach wykonanych na rynku publicznym. Takie stanowisko wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 9 września 2011, KIO 1813/11, w którym wskazała: „fakt wykazywania się zamówieniami zdobytymi na rynku zamówień publicznych, gdzie pewne informacje można uzyskać poprzez dostęp do publicznych ogłoszeń o zamówieniach i umowy w sprawie zamówienia publicznego nie oznacza jeszcze, że dane te nie mogą stanowić tajemnicy handlowej. Wykaz usług zawierać może bowiem dużo bardziej szczegółowe informacje niż wynikające choćby z ogłoszeń w zamówieniach”. Warto również mieć na uwadze, że niejednokrotnie wiedza, jaką może uzyskać zainteresowany podmiot po zapoznaniu się z całym wykazem zamówień zawartym w ofercie, umożliwi mu zapoznanie się z różnymi aspektami działalności wykonawcy, a także prześledzenie jego aktywności gospodarczej, w tym polityki i doboru odbiorców.

Odnosnie zarzutu nr 7 dotyczącego naruszenia art 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Zamawiający wskazał, że w SIWZ żądał wskazania wyłącznie ceny brutto, a sam nie jest podatnikiem podatku VAT. W żadnej z ofert nie ma zatem wyszczególnionego sposobu obliczenia ceny poprzez wskazanie stawki podatku VAT, czy też wartości netto i brutto, bo nie było to wymagane przez Zamawiającego. W takim przypadku Zamawiający, nie może później skutecznie dokonać odrzucenia ofert na podstawie art. 89 ust 1 pkt 6 PZP z powołaniem się na błąd w obliczeniu ceny z powodu zastosowania nieprawidłowej, jego zdaniem, stawki podatku VAT przed wezwaniem do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Przed udzieleniem wyjaśnień przez Wykonawcę - przy tak skonstruowanym SIWZ - Zamawiający nie posiada wiedzy, wiedzy co do zastosowanej przez niego stawki VAT. Odrzucenie oferty przez Zamawiającego nie może opierać się w tym względzie na domysłach, co do treści tej oferty i zastosowanej stawki VAT. Przyjmując taką zasadę Zamawiający mógłby odrzucić ofertę każdego wykonawcy w niniejszym postępowaniu.

Podobnie jeżeli do danej usługi mogą zostać zastosowane dwie stawki podatku VAT lub występuje zróżnicowanie stawek podatkowych w zależności od okoliczności podmiotowych, a zamawiający poweźmie wątpliwość co do dopuszczalności zastosowania przez danego wykonawcę niższej stawki, nie powinien podejmować decyzji o odrzuceniu oferty, przed wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień w tym zakresie (tak wyrok KIO z dnia 15.01.2014r., sygn. akt KIO 2989/13).

Abstrahując od powyższego, Zamawiający wskazał, że zarzut ten nie powinien zostać uwzględniony także z innych względów. Ustawowym kryterium oceny ofert, sformułowanym w art. 91 ust. 2 PZP, jest wyłącznie cena którą należy rozumieć jako cena brutto. Wniosek

37

taki wynika z legalnej definicji ceny zawartej w art. 3 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług. Jak już wskazano w realiach niniejszego postępowania Zamawiający nie jest podatnikiem podatku VAT nie ma tu zatem zastosowania art. 91 ust. 3a Pzp nakładający na Zamawiającego obowiązek obliczania stawki VAT. Należność z tytułu podatku VAT z tytułu wykonania przedmiotu zamówienia powstanie wyłącznie po stronie wykonawców. To zatem wykonawca jako podatnik jest zobowiązany do określenia prawidłowej, zgodnej z obowiązującymi przepisami stawki tego podatku (por. wyrok KIO UZP z 5 września 2008 r., KIO/UZP 878/08, LexPolonica nr 2306758, LexisNexis nr 2306758). Jeśli zamawiający nie określił w SIWZ właściwej dla przedmiotu zamówienia stawki VAT, a wykonawcy nie zadali pytania w tym zakresie przed składaniem ofert, obowiązek ustalenia przez wykonawców właściwej stawki VAT i ewentualnie ryzyko z tym związane spoczywa na wykonawcach (wyrok KIO UZP z 1 sierpnia 2008 r., KIO/UZP 737/08, LexPolonica nr 2284452, ZPwO, nr 3, poz. 15, 3 i 40). Z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w rozpatrywanym postępowaniu.

Stanowiska powyższego nie zmienia bynajmniej cytowane w odwołaniu orzeczenie Sądu Najwyższego - uchwała z dnia 20 października 2011 r., sygn. akt III CZP 53/11. Odwołujący powołując to rozstrzygnięcie Odwołujący pominął zupełnie fakt, że wyrażony w nim przez SN pogląd o obowiązku zamawiającego badania prawidłowości zastosowanej przez wykonawcy stawki VAT dotyczył stanu faktycznego, w którym zamawiający w SIWZ wskazał wprost jaką stawkę podatku VAT wykonawcy mieli skalkulować w ofertach. Sytuacja taka, jak już wskazano, nie miała miejsca na gruncie niniejszego postępowania, gdzie SIWZ i formularz ofertowy zawierają wyłącznie stawkę brutto.

Jak wskazano w głosie do cytowanej na str. 19 odwołania uchwały Sądu Najwyższego, żaden przepis prawa nie nakłada na zamawiającego obowiązku wymagania od wykonawców określenia stosowanej do obliczenia ceny stawki podatku VAT czy nawet żądania podania, obok ceny brutto, ceny netto. Obowiązek taki w konkretnym postępowaniu może wynikać jedynie z treści SIWZ. Trudno przy tym uznać, by nie żądając w specyfikacji wprost od wykonawców podania w ofercie właściwej stawki podatku VAT, zamawiający domagał się wskazania przez wykonawców stawki innej niż wynikającej z ustawy o podatku od towarów i usług. - Bartosz Pawlak, Glosa do uchwały SN z dnia 20 października 2011 r., III CZP 52/11, FK 2011/6/70-76.

Abstrahując od powyższego stanowiska, w świetle którego Zamawiający nie formułując w SIWZ stawki podatku VAT zwolniony był z obowiązku weryfikowania prawidłowości zastosowanych przez oferentów, jako podatników stawek, zwrócono uwagę, że odniesieniu do usług aktywizacyjnych możliwe jest zastosowanie zwolnienia z podatku

38

VAT albowiem działania aktywizacyjne mogą być kwalifikowane jako składowe kompleksowej usługi szkoleniowej (por. interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy z dnia 5 grudnia 2014 r. nr ITPP2/443-1619/14/RS).

Zamawiający podniósł ponadto, że pismo z dnia 8 czerwca 2016 r., jakie złożył Odwołujący, które zawierało informacje o odrzuceniu oferty WYG Consulting sp. z o.o. złożonej w innym postępowaniu z uwagi na nie wskazanie stawki VAT, wpłynęło do Zamawiającego po rozstrzygnięciu dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty. Nadto w powoływanym przez Odwołującego postępowaniu zamawiający wskazał na konieczność podania ceny brutto i ceny netto, a zatem sformułował w SIWZ wymóg, jakiego w niniejszym postępowaniu nie było. Co więcej, zważyć należy, że kryterium ceny stanowiło wyłącznie jedno z 6 kryteriów oceny ofert (vide str. 25 SIWZ) o wadze zaledwie 20 %. Kryterium o najwyższej wadze stanowiła koncepcja wsparcia aktywizacyjnego dla bezrobotnych (30 %). Natomiast kwestionowana w ramach niniejszego zarzutu oferta WYG Consulting sp. z o.o. uzyskała najmniej punktów w ramach oceny kryterium ceny, co oznacza, że wykonawca ten zaoferował najwyższą cenę. Także z tego względu wzywanie do złożenia wyjaśnień nie byłoby uzasadnione.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: (1) WYG International Sp. z o.o., (2) WYG HR Consulting Sp. z o.o. Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia i dopuściła ww. wykonawców do udziału w postępowaniu.

W piśmie procesowym Przystępujący podkreślił m.in., że kluczowe znaczenie mają zarzuty Odwołującego skierowane wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności badania i oceny ofert Odwołującego i Przystępującego, ponieważ tylko przy uwzględnieniu tych zarzutów Odwołujący miałby szansę na udzielenie mu zamówienia. Przystępujący podniósł, że Odwołujący opiera swoje zarzuty na mylnym przeświadczeniu, iż Zamawiający przewidział w SIWZ, że oceniający będą mogli przyznawać w danym podkryterium jedynie konkretne oceny punktowe, mając do wyboru np. tylko przyznanie 0 pkt, 2 pkt albo 4 pkt, bez możliwości stopniowania punktacji, podczas gdy z treści SIWZ nic takiego nie wynika. SIWZ określa jedynie maksymalną liczbę punktów.

Argumentowano także, że ocena ofert w zakresie kryteriów wskazanych w SIWZ musi – ze względu na specyfikę zamówienia – zawierać pewien element subiektywizmu, stąd Zamawiający przewidział w SIWZ, iż z ocen poszczególnych oceniających zostanie wyciągnięta średnia. Stosowanie kryteriów oceny ofert, które dopuszczają pewien uzasadniony specyfiką zamówienia element subiektywizmu jest akceptowane także w

39

orzecznictwie KIO (wyrok KIO z dnia 22.12.2011 r., sygn akt KIO 2653/11, wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2011 r., sygn akt KIO 660/11).

Przystępujący podkreślił również, że sposób przyznania punktów przez Zamawiającego był zgodny z zapisami SIWZ oraz identyczny względem wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie. Sformułowane obecnie zarzuty nie mają więc podstaw w treści SIWZ, a stanowią jedynie dowolną interpretację tego dokumentu przez Odwołującego, której celem jest zwiększenie jego szans na uzyskanie zamówienia. W sytuacji, gdy przyjęty w SIWZ sposób przyznawania punktów był w ocenie Odwołującego nieprawidłowy, wówczas powinien swoje zastrzeżenia zgłosić na wcześniejszym etapie postępowania, obecnie zaś zarzuty te są spóźnione, a Zamawiający związany jest literalną treścią SIWZ.

Przystępujący stwierdził następnie, że ocena koncepcji realizacji zamówienia zawsze jest indywidualną oceną dokonaną przez poszczególnych oceniających. Naturalnym jest, że oceny poszczególnych oceniających mogą się pomiędzy sobą różnić. Odwołujący, zdaje się pomijać fakt, iż ocena powinna mieć charakter oceny indywidualnej, tak jak to miało miejsce w niniejszym wypadku. Przystępujący nie widzi też podstaw do stwierdzenia, iż ocena oferty Odwołującego dokonana przez poszczególnych oceniających była zbyt niska, a ocena oferty Przystępującego zbyt wysoka.

W zakresie zarzutu dotyczącego "nieuwzględnienia 23% stawki VAT w obliczeniu ceny oferty" Przystępujący stwierdził, iż w przedmiotowym postępowaniu przedmiotem oceny jest cena brutto zaproponowana przez wykonawców. Oferta Przystępującego zawiera taką

właśnie cenę brutto i w postępowaniu nie było podstaw do dalszego wyjaśniania tej kwestii, niezależnie od ofert składanych przez Przystępującego w innych postępowaniach. Tym samym zarzuty w tym zakresie są całkowicie bezpodstawne.

Na rozprawie strony podtrzymały swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Rozpoznając odwołanie Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp.

Rozpoznając odwołanie Izba kierowała się dyrektywami wynikającymi z art. 190 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, jak również z art. 192 ust. 7 Pzp w myśl, którego Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

40

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania, Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

W ocenie Izby nie zasługiwały na uwzględnienie zarzuty dotyczące naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art 7 ust. 1 Pzp (zarzut nr 1 według numeracji odwołania) oraz naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp (zarzut nr 7 według numeracji odwołania).

Ocena powyższych zarzutów determinowała kierunek wydanego rozstrzygnięcia. Zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W okolicznościach niniejszej sprawy krytyczna ocena zarzutów referujących do oferty najkorzystniejszej (oferty Przystępującego) tworzyła w konsekwencji taki stan rzeczy, że zarzuty skierowane wobec innych wykonawców (DIPiA, Enterprise Investment Zarządzanie Ryzykiem K. K.), niezależnie od oceny ich zasadności, i tak nie mogły doprowadzić do zmiany wyniku postępowania i nie mogły otworzyć Odwołującemu możliwości wygrania przetargu. W zakresie zarzutu naruszenia art 91 ust. 1 w zw. z art 7 ust. 1 Pzp, zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy miała kwestia dotycząca sposobu przyznawania punktów w kryteriach jakościowych. W tym zakresie, w ocenie Izby, spór sprowadzał się w istocie do wykładni i rozumienia treści SIWZ.

Dla zobrazowania źródła sporu Izba przedstawia poniżej, tytułem przykładu, jedną z tabel zawierających opis kryterium jakościowego wraz z przewidzianą punktacją.

	Maksymalna Koncepcja pośrednictwa
pracy liczba	
	punktów Ocena oferty według tego
kryterium nastąpi na podstawie złożonej z ofertą koncepcji realizacji usługi, która powinna zawierać poniżej wskazane części. W przypadku nie złożenia koncepcji realizacji usługi oferta wykonawcy nie 8 pkt będzie podlegała odrzuceniu, ale wykonawcy nie zostaną przyznane za nią punkty.	
Sposoby pozyskiwania ofert pracy Zamawiający oczekuje, że wykonawca przedstawi propozycję pozyskiwania ofert pracy spójną ze specyfiką grupy docelowej oraz terenu, na którym realizowane jest wsparcie. 0-6 pkt	
- 0 pkt - brak propozycji pozyskiwania ofert pracy lub propozycja jest nieadekwatna do grupy docelowej i terenu, na którym realizowane jest wsparcie. 41	

-³ **pkt** - zaproponowano sposoby pozyskiwania ofert pracy spójne ze specyfiką grupy docelowej, terenu, na którym realizowane jest wsparcie.

Przedstawiona koncepcja działań pozwala z umiarkowanym prawdopodobieństwem stwierdzić, że zostaną osiągnięte efekty w postaci

uzyskania zatrudnienia. - **6 pkt** - zaproponowano kompleksową koncepcję pozyskiwania ofert pracy, sposoby pozyskiwania ofert pracy są różnorodne, spójne ze specyfiką grupy docelowej oraz dotyczą terenu, na którym realizowane jest wsparcie, z

uwzględnieniem uwarunkowań lokalnego rynku pracy. Przedstawiona koncepcja działań pozwala z dużym

prawdopodobieństwem stwierdzić, że zostaną osiągnięte efekty w postaci uzyskania zatrudnienia. Koncepcja współpracy z pracodawcą Zamawiający oczekuje, że wykonawca przedstawi propozycję współpracy z pracodawcami, spójną z koncepcją monitorowania osób, które podjęły zatrudnienie. - **0 pkt** – brak przedstawienia koncepcji współpracy z pracodawcą lub przedstawiona koncepcja jest niespójna z koncepcją monitorowania osób, 0-2 pkt które podjęły zatrudnienie. - **2 pkt** – koncepcja współpracy z pracodawcą jest spójna z koncepcją monitorowania osób, które podjęły zatrudnienie. Przedstawiona koncepcja działań pozwala z dużym prawdopodobieństwem stwierdzić, że zostaną osiągnięte efekty w postaci uzyskania zatrudnienia.

Odwołujący stał na stanowisku, że specyfikacja dopuszczała tylko ocenę „zero/jedynkową”, wywodząc z tego wadliwość całej procedury oceny ofert, podczas której Zamawiający stosował m.in. oceny „połówkowe”. Argumentacja Odwołującego sprowadzała się również do tezy, że Zamawiający wskazał sztywne wartości punktowe (np. 0 pkt, 3 pkt, 6 pkt), a tym samym przyjął „zero/jedynkową” metodę oceny, bez możliwości stosowania punktów innych niż podane w tabeli (punktów „połówkowych” np. 1,5, 3,5 itp.).

Zamawiający wskazując m.in. na sposób zredagowania opisu kryteriów, w tym użycie znaku pisarskiego „-“ przed każdą z wartości punktowych, jak również wskazanie w prawej kolumnie tabeli maksymalnego zakresu możliwych do uzyskania punktów, argumentował natomiast, że specyfikacja wskazuje maksymalną, a jednocześnie stopniowalną, nie zaś „zero/jedynkową” skalę punktów możliwych do przyznania przez ekspertów.

Izba nie znalazła podstaw do uznania stanowiska Odwołującego, przychylając się jednocześnie do argumentacji Zamawiającego przedstawionej w odpowiedzi na odwołanie oraz w toku rozprawy. Należy w pierwszej kolejności wskazać,

że specyfikacja w żadnym miejscu nie zawiera zastrzeżenia, że Zamawiający będzie stosował „zero/jedynkową” metodę oceny ofert. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, iż specyfikacja w sposób jednoznaczny wskazywała, że to właśnie metoda „zero/jedynkowa”, bez możliwości stosowania ocen stopniowalnych, została wpisana w treść specyfikacji i niejako literalnie z treści tej wynika. Metoda ta została w istocie wyinterpretowana przez Odwołującego.

42

Z drugiej strony Odwołujący podnosił argument, iż niejasności specyfikacji nie mogą szkodzić wykonawcom. W ocenie Izby argument ten mógł w równym stopniu przemawiać przeciwko stanowisku Odwołującemu - na zasadzie, że skoro Zamawiający nie zastrzegł jednoznacznie metody „zero/jedynkowej” to metoda ta nie powinna być stosowana w miejsce przeprowadzonej już oceny stopniowalnej, korzystniejszej dla oferentów, czemu Odwołujący, co do zasady, nie zaprzeczał (vide: protokół z rozprawy: *“Nie kwestionuje, że ocena zakresowa może być korzystna, niemniej jednak to nie jest istotą sporu (...)”*).

Z uwagi na fakt, że Zamawiający nie zastrzegł, że będzie dokonywał oceny na zasadzie „zero/jedynkowej”, ale nie zapisał również w sposób literalny, że ocena będzie stopniowalna

i możliwe są oceny cząstkowe (np. 3,5 pkt), Izba dokonała wykładni treści specyfikacji, uznając końcowo za słuszne stanowisko prezentowane przez Zamawiającego.

Lewa kolumna tabel zawierających kryteria i podkryteria oceny ofert zawiera konkretne wartości liczbowe, co może sugerować przyjęcie metody, według której te tylko wartości (przykładowo tylko 0 pkt, 3 pkt lub 6 pkt) mogły zostać przyznawane przez ekspertów oceniających oferty. Jednocześnie jednak prawa kolumna tabel wskazuje na maksymalną możliwą do uzyskania ilość punktów i czyni to w sposób zakresowy (przykładowo: „0-6 pkt”). Gdyby ocena ofert miała być oparta na zasadzie zero/jedynkowej i możliwe byłoby przyznawanie punktów sztywno według wartości podanych w lewej kolumnie poszczególnych tabel, to w prawej kolumnie – mówiącej o tym, jaką maksymalną liczbę punktów można było uzyskać w danym kryterium/podkryterium – wskazana byłaby również jedna wartość. Przykładowo w kryterium *“Koncepcja pośrednictwa pracy”* podkryterium *“Sposoby pozyskiwania ofert pracy”*, gdzie wskazano na 0 pkt, 3 pkt, 6 pkt, maksymalna liczba powinna być definiowana poprzez wskazanie samej wartości 6 pkt. Treść specyfikacji podaje jednak wartość „0-6 pkt”. Analogicznie jest to w pozostałych kryteriach.

W ocenie Izby jeżeli zostało to określone w ten właśnie sposób (przykładowo 0-6 pkt), to oznacza to, że Zamawiający przewidział skalę punktów na zasadzie zakresowej, a więc na zasadzie „od-do”, czyli w oparciu o skalę stopniowalną.

Należy następnie wskazać, że treść specyfikacji poddaje się tożsamym regułom wykładni, jakie stosowane są przy wykładni przepisów prawa. Skoro istota sporu koncentrowała się na wykładni treści specyfikacji to Izba, z uwzględnieniem powyższych reguł, przeanalizowała twierdzenia Odwołującego, przyjmując ostatecznie ich krytyczną ocenę.

43

W wyroku z dnia 10 kwietnia 2015 r., sygn. akt XXIII Ga 257/15, wskazano, że: „Definiując pojęcie wykładni należy wskazać, iż wykładnia prawa nazywamy procesem myślowym, który polega na ustaleniu właściwego znaczenia przepisu prawnego w oparciu o wypracowane przez naukę dyrektywy wykładni. Wyróżnić można kilka klasyfikacji wykładni. Podstawowy podział opiera się na zastosowaniu metody interpretacji i tak wykładnia językowa polega na odczytywaniu znaczenia danego przepisu prawnego z punktu widzenia języka, w którym dany przepis prawny został napisany, tj. poprzez wykładnię przepisu w oparciu o znaczenie użytych dla jego sformułowania wyrazów. Zgodnie z wykładnią systemową przepis interpretowany jest z uwzględnieniem tego, że ogół przepisów tworzy jeden system prawny, stąd koniecznym jest uwzględnienie wzajemnych relacji między przepisami i ich miejscem w systemie. Wykładnia funkcjonalna uwzględnia funkcje prawa, jego przeznaczenie społeczno-gospodarcze. Wykładnia celowościowa uwzględnia natomiast cele regulacji, jakie przepis ma realizować (...) Do zastosowania kolejnych wykładni, w tym celowościowej możemy przejść dopiero w wypadku, gdy wykładnia językowa nie doprowadziła do wyjaśnienia wątpliwości związanym z danym zapisem (...)”.

Z uwagi na to, że treść zawarta w tabelach prezentujących przyjęte kryteria oceny ofert i zasady ich oceny (Seksja III pkt 5 SIWZ) nie jest precyzyjna, koniecznym było dokonanie jej interpretacji. W ocenie Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy, dla ustalenia właściwego znaczenia tych treści należało sięgnąć do reguł wykładni celowościowej i systemowej. Reguły te przemawiały za stanowiskiem Zamawiającego, natomiast wykładnia prezentowana przez Odwołującego pozostawałaby z nimi w sprzeczności.

W świetle zasad wykładni systemowej, należy wskazać, że twierdzenia Odwołującego o metodzie „zero/jedynkowej”, nie uwzględniały wzajemnych relacji między treścią specyfikacji. Uznanie, że punkty wskazane w lewej kolumnie tabel wyznaczały „na sztywno” wartości, jakimi mogli posługiwać się eksperci w swoich ocenach, pozbawiałoby sensu wprowadzenia w prawych kolumnach tych tabel wartości zakresowych (na zasadzie „od – do”, przykładowo: „0-6 pkt”), a więc wartości zawierających w sobie nie tylko wartości wyspecyfikowane w lewej kolumnie tabeli (np. 0 pkt, 3 pkt, 6 pkt), ale również zawierających wartości znajdujące się „pomiędzy” tymi liczbami. Uznanie natomiast stanowiska Zamawiającego – który wskazywał m.in., że eksperci, dokonując merytorycznej oceny ofert, mogli przyznawać punkty w zakresie określonym jako maksymalny, że mieli oni prawo, dla bardziej precyzyjnej oceny ofert, posługiwać się punktacją „połówkową” dla trafniejszej oceny stopnia prawdopodobieństwa uzyskania zakładanych w SIWZ koncepcji aktywizacji, jak również, że wartości z lewej kolumny tabel stanowiły progowe wartości punktowe przysługujące oferentowi za bezbłędne i doskonałe opisanie poszczególnych części danego

44

kryterium – prowadzi do zachowania wewnętrznej spójności i logicznych relacji pomiędzy poszczególnymi kolumnami tabel.

Mając natomiast na uwadze wykładnię celowościową należało uznać, że ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia, ocenny i wielowątkowy charakter kryteriów, treść tych kryteriów, konieczność zapewnienia możliwości całościowego, ale zarazem zindywidualizowanego podejścia, do autorskich koncepcji wykonawców, opieranie oceny na zasadzie „zero/jedynkowej”, mogłoby wypaczać cel, jakiemu miały służyć postawione kryteria i prowadzić w konsekwencji do ocen nie oddających należytego i faktycznego obrazu sprawy.

Należy następnie wskazać, że treść specyfikacji, jako oświadczenie woli zamawiającego, poddaje się również zasadom określonym w art. 65 Kodeksu cywilnego (por. przykładowo: uzasadnienie wyroku z dnia 31 marca 2014 r., sygn. akt KIO 503/14; podobnie wyrok KIO z dnia 18 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 225/15). Zgodnie zaś z art. 65 § 1 Kc oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na

okoliczności,
w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Zamawiający w dotychczasowych postępowaniach stosował ocenę stopniową, czego Odwołujący nie zakwestionował, a jedynie wywodził, że nie mógł tego skarżyć z przyczyn formalnych. Skoro Zamawiający, przy tożsamym przedmiotach zamówień, stosował metodę stopniową, to trudno znaleźć racjonalne powody dla czego, w tym postępowaniu miałby odstępować od tej zasady, która jest korzystniejsza dla oferentów, co zresztą przyznał sam Odwołujący.

Izba podkreśla jednocześnie, że prowadzenie na etapie po wyborze oferty sporu, który zasadza się na wykładni treści specyfikacji, wymaga przedstawienia rzeczowych podstaw, argumentów i dowodów, które łącznie przekonują w sposób jednoznaczny, że treść specyfikacji jest taka, jak przedstawia to Odwołujący. To nie zostało zaś zdaniem Izby uczynione. Konfrontując z jednej strony argumentację Odwołującego z tym, że z obrazu treści tabel zawierających kryteria oceny ofert i punkty wcale nie wynika (jak przedstawiał to Odwołujący) w sposób jednoznaczny, że punkty miały być przyznawane według sztywny na zasadzie "zero-jedynkowej", że Zamawiający nie wskazał w treści specyfikacji, że będzie stosował punktację według tej metody, mając również na względzie to, że Zamawiający opisał kryteria w sposób odpowiadający bardziej metodzie stopniowej niż "zero/jedynkowej", że metoda stopniowa wpisuje się w specyfikę przedmiotu zamówienia i cele, jakimi kierował się Zamawiający kreując kryteria oceny ofert, że metodę stopniową

45

stosował wcześniej, przy zamówieniach na tego rodzaju usługi – Izba uznała końcowo, że nie sposób przyznawać prymatu wykładni, którą przyjął Odwołujący.

Izba wskazuje ponadto, że Odwołujący nie udowodnił, że uwzględnienie stawianych zarzutów, dotyczących zarówno sposobu oceny, ale i kwestii merytorycznych, prowadziłoby do sytuacji, w której to oferta Odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą. W odniesieniu do oferty Przystępującego, Odwołujący zakwestionował jedynie fragment całej oceny (ograniczając się do dwóch podkryteriów). Dodatkowo w zakwestionowanym fragmencie Odwołujący ograniczył się do ogólnej polemiki z ocenami dwóch ekspertów. Krytycznie Izba oceniła również polemikę z ocenami przyznanymi wykonawcy DIPiA oraz Enterprise Investment Zarządzanie Ryzykiem K. K.. Należy przy tym wskazać, że kwestionując oceny przyznane przez poszczególnych ekspertów wykonawcy Enterprise Investment Zarządzanie Ryzykiem K. K., Odwołujący w treści odwołania odnosił się do ocen dotyczących oferty innego wykonawcy (Przystępującego) - w odwołaniu bowiem w części dotyczącej oferty Enterprise Investment Zarządzanie Ryzykiem K. K., Odwołujący odnosił się do "koncepcji realizacji WYG".

Jednocześnie, Izba nie uznała za przekonujące argumenty Odwołującego dotyczące zaniżenia oceny jego oferty. Jedynie tytułem uwagi ogólnej należy wskazać, że akcentowana przez Odwołującego odpowiedź Zamawiającego, co do ilości stron składnego z ofertą opracowania, nie nakazywała ograniczenia opracowania do konkretnej ilości. Zamawiający w sposób wyraźny wskazał w odpowiedzi, że nie ogranicza wykonawców w tej kwestii, właśnie z uwagi na zapewnienie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Następnie, argumentacja Odwołującego przedstawiona w treści odwołania, jak i w załączniku nr 5 do odwołania, nie podważała, w ocenie Izby, rzetelności ocen przyznanych ofercie Odwołującego przez ekspertów. Izba nie uznała również wartości dowodowej i znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy przedstawionej przez Odwołującego symulacji punktowej, gdzie Odwołujący w istocie sam przyznał swojej ofercie maksymalną ilość punktów (przy czym, jak wskazano wcześniej, nie zostało wykazane w sposób przekonujący, że koncepcja Odwołującego faktycznie mogłaby uzyskać maksymalną ilość punktów, lub ilość zbliżoną do tego maximum). Izba uznała natomiast za wiarygodne symulacje przedstawione przez Zamawiającego. Dowody te wskazywały, że nawet przy uznaniu optyki Odwołującego, co do sposobu liczenia punktów, i tak oferta Odwołującego nie byłaby ofertą najkorzystniejszą.

Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny.

46

Przede wszystkim należało stwierdzić, że zarzut ten nie został udowodniony i opierał się do końca tylko na pewnych domysłach, założeniach, czy hipotezach Odwołującego. Odwołujący postawił tezę o nieuwzględnieniu 23% stawki VAT w obliczeniu ceny oferty, niemniej jednak podstawą tej tezy uczynił nie tyle kwestie odnoszące się do samej oferty Przystępującego, w tym ceny podanej w jej treści, ale kwestie i okoliczności zaistniałe w innych postępowaniach. Wątpliwości, które w ocenie Odwołującego, wynikają z okoliczności przynależnych innym postępowaniom, nie mogły stanowić dowodu, ani nie mogły stanowić podstawy do przypisywania Zamawiającemu dopuszczenia się w tym postępowaniu zaniedbań, czy zaniechań w zakresie badania i oceny ofert, w tym oferty Przystępującego, także w kontekście akcentowanego przez Odwołującego obowiązku przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego. W istocie obowiązek Zamawiającego (a więc i zaniechanie jego wykonania) miały uzasadniać wyłącznie przekonania Odwołującego (które dodatkowo przekazał Zamawiającemu po wyborze oferty najkorzystniejszej – pismem z dnia 8 czerwca 2016 r.), iż skoro w innych postępowaniach mogło dojść do niezastosowania stawki VAT, bądź zastosowania niedozwolonego zwolnienia, to działanie to mogło powtórzyć się również w tym postępowaniu. W kontekście powyższego należy wskazać, że skoro Odwołujący zdecydował się na postawienie zarzutu, mówiąc o dopuszczeniu się błędu w obliczeniu ceny, to miał obowiązek – tak jak każdy inny zarzut – udowodnić ten zarzut. Same wątpliwości, czy hipotezy nie wyczerpują ciężaru dowodowego, który w tej sprawie spoczywał na Odwołującym.

Izba wskazuje jednocześnie, że z analizy oferty Przystępującego nie wynika, by zaistniały podstawy do przypisania wykonawcy błędu w obliczeniu ceny, bądź by zaistniały przesłanki do nakazywania Zamawiającemu wyjaśnienia tych kwestii.

Zamawiający w treści formularza oferty wymagał podania jedynie ceny brutto. Nie stanowi to żadnego uchybienia, gdyż cena brutto odpowiada definicji ceny, o której mowa w art. 2 pkt 1 Pzp. Zamawiający nie miał więc obowiązku wymagania podawania przez oferentów ceny netto oraz ceny brutto. Przystępujący, tak jak pozostali wykonawcy, podał cenę brutto. Przystępujący w treści oferty oświadczył m.in., że wycenił wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego wykonania umowy oraz zaakceptował projekt umowy (pkt 8 oferty). W projekcie umowy (Załącznik nr 4 do SIWZ) Zamawiający określił zasady wynagradzania wykonawcy, operując kwotami brutto, bez wskazania stawki podatku VAT (§ 6 wzoru umowy). W załączniku nr 5 do SIWZ (Umowa o świadczenie działań aktywizacyjnych – projekt), które wiąże oferentów, Zamawiający przewidział jednak, że maksymalne wynagrodzenie zawiera w sobie 23% VAT (§ 5 pkt 33). W tym stanie rzeczy nie sposób zakładać, by wykonawca nie uwzględnił przedmiotowej stawki w cenie swojej oferty.

47

Co także istotne, to cena zaoferowana przez Przystępującego jest ceną najwyższą spośród złożonych ofert. Tym bardziej nakazywało to krytyczne spojrzenie na przypuszczenia Odwołującego, iż wykonawca zaoferował wynagrodzenie brutto tożsame z wynagrodzeniem netto. Samo doświadczenie życiowe nakazuje przyjęcie wniosku, iż gdyby wykonawca stosował niedozwolone zwolnienie z podatku VAT to cena jego oferty powinna być niższa od cen ofert innych oferentów.

Krytyczna ocena powyższych zarzutów skutkuje tym, że niezależnie od oceny innych zarzutów, odwołanie nie mogło zostać uwzględnione, gdyż Odwołujący nie podważył prawidłowości wyboru oferty najkorzystniejszej.

Izba dokonując oceny pozostałych zarzutów wskazuje jednocześnie, że:

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp (zarzut nr 2 według numeracji odwołania), Izba wskazuje, że Odwołujący trafnie wypunktował brak weryfikacji przez Zamawiającego polisy OC wykonawcy DIPIA. W Sekcji III pkt 2 ppkt 4 SIWZ, Zamawiający – w ramach warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej – wymagał ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę min. 500.000,00 PLN. Wykonawca DIPIA złożył wraz z ofertą policę OC z tytułu posiadania i użytkowania mienia, co nie wypełnia powyższego wymogu. Zamawiający argumentował brak powołania zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp, w kontekście prawa wykonawcy do uzupełnienia wadliwych dokumentów. Izba uznała, że w ramach postawionego zarzutu mieści się zarzut wadliwej

oceny badania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w tym zaniechania wezwania wykonawcy do złożenia prawidłowej polisy OC. Powyższa ocena nie mogła jednak wpłynąć na kierunek wydanego rozstrzygnięcia, gdyż zaniechanie w zakresie weryfikacji polisy OC złożonej przez wykonawcę DIPIA, w tym ewentualna możliwość zaistnienia podstaw do wykluczenia tego wykonawcy (w przypadku nieuzupełnienia braku oferty na wezwanie Zamawiającego) nie mogła i nie miała wpływu na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 Pzp).

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut oparty na twierdzeniu o zmowie przetargowej, dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę,

48

jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zarzut nr 3 według numeracji odwołania).

W ocenie Izby, okoliczności niniejszej sprawy i materiał dowodowy przedstawiony przez Odwołującego, nie dawały podstaw do uznania, iż w tym postępowaniu doszło do zмовы przetargowej. Odwołujący oparł swoje zarzuty również w dużej mierze na wątpliwościach i przypuszczeniach.

W orzecznictwie Izby wskazuje się, że z uwagi na trudności w udowodnieniu zмовы przetargowej przy orzekaniu w przedmiocie takiej zмовы dopuszczalne i wystarczające jest oparcie się na dowodach pośrednich. Fakt zaistnienia nielegalnego porozumienia wykonawców można wywnioskować z istnienia innych, udowodnionych faktów. Podstawa faktyczna domniemania zмовы przetargowej musi uprawniać do wniosku, że wykonawcy pozostawali w nielegalnym porozumieniu, a wniosek ten musi być zgodny z zasadami logiki i doświadczenia życiowego. Jednocześnie podkreśla się, że nie jest wystarczające wykazanie, że wniosek o zaistnieniu zмовы jest tylko jednym z możliwych wniosków wyprowadzonych z udowodnionych okoliczności.

Powyższe stanowisko oznacza w istocie, że przedstawione dowody poszlakowe muszą stanowić pewien zbiór faktów, z których łącznie można wyprowadzić jeden tylko wniosek –

o zмовы przetargowej, zaś inne wnioski, inne możliwości uzasadnienia zaistniałych faktów muszą zostać odrzucone, jako sprzeczne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego.

Mając powyższe na uwadze Izba oceniła, czy poszlaki wskazane przez Odwołującego stanowią wystarczającą podstawę do uznania, że tylko wniosek o zмовы jest na ich podstawie uzasadniony. Zmowa przetargowa jest jednym z najostrzejszych przejawów nieuczciwej konkurencji i o ile nie sposób wymagać od wykonawcy dowodów bezpośrednich na fakt zaistnienia zмовы to jednak dowody poszlakowe muszą być na tyle silne, by dawały podstawę tylko do tego jednego wniosku. Zdaniem Izby dowody przedstawione w tej sprawie nie były w tej materii wystarczające. Izba uznała wiarygodność złożonych przez Odwołującego dowodów (oświadczenie przedstawiciela Odwołującego, złożone koperty z naniesioną datą i godziną wpływu ofert), niemniej jednak nie uznała, by przedstawiony materiał dowodowy mógł zostać całościowo uznany za wystarczający zbiór dowodów pośrednich świadczących o zaistnieniu zмовы przetargowej w tym postępowaniu przetargowym.

49

Z podnoszonego przez Odwołującego argumentu, że jedna osoba dostarczyła Zamawiającemu oferty w tym samym czasie, że taka prawidłowość jest w innych postępowaniach, że podmioty współpracują ze sobą, wzajemnie świadczą sobie usługi, nie można było wywieść, że okoliczności te tworzą taki zbiór poszlak, który uprawnia do przypisania wykonawcom działania w tym postępowaniu w warunkach zмовы.

Za pozbawiony wartości dowodowej Izba uznała dowód z protokołu posiedzenia zarządu spółki DIPIA z dnia 31 października 2013 r. złożony na okoliczność, iż podmioty te współpracują ze sobą od dłuższego czasu. Fakt współpracy nie tworzy żadnego domniemania zмовы przetargowej, ani nie stanowi szczególnej i wyjątkowej okoliczności, która mogłaby zostać uznana za istotną poszlakę.

Izba oceniła przy tym oferty tych wykonawców, w tym sposób ich sporządzenia, treść, układ, złożone koncepcje autorskie i nie stwierdziła, by dokumenty te cechowały elementy mogące świadczyć przykładowo o sporządzaniu ofert w porozumieniu, a nie oddzielnie na zasadzie konkurencji. Izba dostrzega jednocześnie, że zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożone przez ww. wykonawców cechuje wysokie podobieństwo, zarówno co do układu, jak i treści. Niemniej jednak, okoliczność ta nie mogła przesądzać o uznaniu zмовы przetargowej w tym postępowaniu, gdyż istnieje szereg możliwych uzasadnień zaistnienia wskazywanej zbieżności – innych niż tylko działanie w ramach zмовы.

Jednocześnie Izba zaznacza, że okoliczności dotyczące innych postępowań nie mogły być argumentem na rzecz uznania, że w tej konkretnej sprawie doszło do zмовы – zwłaszcza jeśli Odwołujący nie powoływał, że w przytaczanych postępowaniach zamawiający, czy to Izba uznała zaistnienie zмовы, jak również nie podejmował żadnych działań wobec sygnalizowanych praktyk – czy to w postaci zawiadomienia Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, czy też możliwości poszukiwania ochrony na gruncie cywilnoprawnym. Jeżeli nagromadzenie podnoszonych okoliczności, w tym okoliczności wynikających według Odwołującego z innych postępowań, wskazują zdaniem Odwołującego, na pewien mechanizm działania i praktykę niezgodną z zasadami uczciwej konkurencji to Odwołujący ma narzędzia prawne, z których może skorzystać, w tym co do ochrony cywilnoprawnej, jak i ochrony Urzędu zajmującego się przestrzeganiem zasad uczciwej konkurencji.

Krytycznie należało również ocenić zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp (zarzut nr 4 według numeracji odwołania).

50

Zgodnie z ww. przepisami z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania; należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2015 r. poz. 184, 1618 i 1634), złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Stosownie do art. 4 pkt 14 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U.2015.184 j.t.) przez grupę kapitałową rozumie się wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę.

Odwołujący nie wykazał powiązań o charakterze kapitałowym, czy osobowym, między DIPiA oraz Enterprise Investment Zarządzanie Ryzykiem K. K.. Występowanie wzajemnej kontroli, kwalifikującej w ocenie Odwołującego do uznania grupy kapitałowej, Odwołujący wywodził z powiązań kontraktowych – w tym z ścisłej współpracy, wzajemnego zlecania usług, wystawiania referencji. W ocenie Izby są to naturalnie i powszechnie występujące na rynku elementy współpracy biznesowej, które same w sobie nie mogą stanowić wystarczającej podstawy do wniosku o zawiązaniu się grupy kapitałowej. Trafnie argumentował Zamawiający, iż przyjmując opytkę Odwołującego, za grupę kapitałową należałoby uznawać każde konsorcjum, gdzie ww. elementy w sposób samoistny również występują.

Podobnie Izba oceniła zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp (zarzut nr 5 według numeracji odwołania), dzieląc również w tym zakresie argumentację Zamawiającego.

Złożone przez Odwołującego dowody nie dawały podstaw do uznania głównej tezy, iż DIPiA nie wykonywało faktycznie usług podanych w wykazie usług. O braku możliwości rzeczywistego wykonywania usług nie mogły przesądzać okoliczności referujące do braku zadeklarowania wykonywania tych usług przy udziale podwykonawców. Zamawiający przedstawił w tym zakresie rzeczową argumentację. Ponadto, również dowód z odpowiedzi Wojewódzkiego Urzędu Pracy w Toruniu z dnia 4 lipca 2016 r. nie mógł stanowić koronnego dowodu przesądzającego o nieprawdziwości informacji podanych w wykazie usług. Analizując treści podane w wykazie usług, w tym daty wykonywanych zleceń (objętych tajemnicą przedsiębiorstwa) nie można było w szczególności w sposób jednoznaczny uznać,

51

że dowód złożony przez Odwołującego pozostaje w sprzeczności z treścią wykazu oraz, że wyklucza możliwość, że to DIPiA wykonywało rzeczywiście określone usługi. Zgromadzony materiał dowodowy mógł skłaniać ewentualnie do wątpliwości w tym zakresie, co mogłoby prowadzić jedynie do nakazania ponownej weryfikacji tych kwestii przez Zamawiającego (choćby z wykorzystaniem § 1 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane – Dz.U.2013.231) – co w okolicznościach tej sprawy i tak pozostawałoby bez wpływu na wynik postępowania, gdyż ewentualne wykluczenie wykonawcy DIPiA nie zmieniłoby faktu, iż to oferta Przystępującego jest ofertą najkorzystniejszą.

Odnosnie zarzutu naruszenia art 8 ust. 1 i 3 Pzp (zarzut nr 6 według numeracji odwołania), Izba dostrzega i uznaje, że Zamawiający winien był przynajmniej częściowo odtajnić wykazy usług złożone przez wykonawców DIPiA oraz Enterprise Investment Zarządzanie Ryzykiem K. K. i rację ma w tym zakresie Odwołujący.

Wykaz usług złożony przez wykonawcę Enterprise Investment Zarządzanie Ryzykiem K. K. zawiera szereg pozycji dotyczących zamówień udzielanych przez podmioty publiczne i, w ocenie Izby, nie zaistniały żadne podstawy, by informacje na temat realizacji tych usług (będące w dodatku informacjami o charakterze ogólnym) mogły korzystać z zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa.

W odniesieniu do wykonawcy DIPiA konieczność odtajnienia wykazu aktualizowałaby się w szczególności w sytuacji, gdyby potwierdzone zostało, że usługi, dla których wskazano, jako "Odbiorcę usług" – podmiot prywatny, były realizowane w ramach zamówień wykonywanych na rzecz podmiotów publicznych. Należy wskazać w tym miejscu na brak precyzji Wykazu usług i rozumienia "Odbiorcy usług", zwłaszcza w kontekście tego, czy za odbiorcę usług może zostać uznany wykonawca realizujący usługę na rzecz podmiotu publicznego, który to wykonawca następnie zleca wykonanie części usług kolejnemu wykonawcy.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. W związku z oddaleniem odwołania Izba zaliczyła w poczet kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego oraz zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego – na podstawie faktury złożonej do akt sprawy – zwrot kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (§ 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b)

52

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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Mając powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

53