

WYROK
z dnia 3 września 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący - członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Natalia Dominiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **3 września 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **25 sierpnia 2014 r.** przez konsorcjum wykonawców: **Easylog sp. z o.o. (lider), IT.event sp. z o.o., Rochstar Events sp. z o.o., Polexpo Exhibitions sp. z o.o. (adres lidera konsorcjum) ul. Solariego 4, 02-070 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości - adres do korespondencji: Biuro Zamówień Publicznych ul. Pańska 81/83, 00-834 Warszawa**, przy udziale wykonawcy: **- Międzynarodowe Targi Poznańskie sp. z o.o., ul. Głogowska 14, 60-734 Poznań**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu:

1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy: **Międzynarodowe Targi Poznańskie sp. z o.o., ul. Głogowska 14, 60-734 Poznań**,

2.2. ponowienie czynności badania, oceny ofert i wyboru oferty, poprzedzone wezwaniem wykonawcy: **Międzynarodowe Targi Poznańskie sp. z o.o., ul. Głogowska 14, 60-734 Poznań**:

1

a) do udzielenia wyjaśnień dotyczących wysokości zaoferowanej ceny z oznaczeniem jej elementów i czynników, do których wyjaśnienia te powinny się odnosić,

b) do udzielenia wyjaśnień w sprawie omyłki w załączniku nr 4, uzupełnienia dokumentu wykazu usług na potwierdzenie wiedzy i doświadczenia.

2. Kosztami postępowania obciążyć zamawiającego: Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości, ul. Pańska 81/83, 00-834 Warszawa,

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **Easylog sp. z o.o. (lider), IT.event sp. z o.o., Rochstar Events sp. z o.o., Polexpo Exhibitions sp. z o.o. (adres lidera konsorcjum) ul. Solariego 4, 02-070 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego: **Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości, ul. Pańska 81/83, 00-834 Warszawa**, na rzecz odwołującego konsorcjum: **Easylog sp. z o.o. (lider), IT.event sp. z o.o., Rochstar Events sp. z o.o., Polexpo Exhibitions sp. z o.o. (adres lidera konsorcjum) ul. Solariego 4, 02-070 Warszawa** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

2

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Promocja Polskiej Gospodarki poprzez organizację udziału Polski w imprezach targowo-wystawienniczych we Włoszech przy okazji Wystawy Światowej Expo 2015 w Mediolanie” (Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej nr 2014/S 135- 242859 z 17.07.2014 r. i nr 214/S 141- 252999 z 25.07.2014 r.), w dniu 25 sierpnia 2014 r. zostało złożone pisemne odwołanie przez konsorcjum wykonawców: Easylog sp. z o.o. (lider), IT.event sp. z o.o., Rochstar Events sp. z o.o., Polexpo Exhibitions sp. z o.o. z siedzibą lidera w Warszawie, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło od zaniechania czynności zamawiającego, która powinna polegać na odrzuceniu oferty wykonawcy Międzynarodowe Targi Poznańskie sp. z o.o. z siedzibą z siedzibą w Poznaniu, o czym odwołujący powziął wiadomość z zawiadomienia faksem o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o ustaleniu wyniku postępowania - w dniu 14 sierpnia 2014 r. Wartość przedmiotu zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu – Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości w Warszawie naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm., dalej ustawy Pzp), tj.: naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Międzynarodowych Targów Poznańskich sp. z o.o. (dalej „MTP”), pomimo że oferta MTP zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 2) art. 90 ust. 3 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MTP, która nie złożyła wyjaśnień na wezwanie do wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny;
- 3) ewentualnie, w przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, że MTP złożyła wyjaśnienia na wezwanie co do rażąco niskiej ceny, odwołujący zarzucał zamawiającemu naruszenie art. 90 ust. 3 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MTP, pomimo że ocena wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.
- 4) art. 91 ust. 1 ustawy w zw. z § 13 ust. 1-3 SIWZ, poprzez przyznanie ofercie MTP 40 pkt w kryterium „Doświadczenie wykonawcy”, pomimo, że zgodnie z kryteriami wyboru ofert MTP powinna otrzymać 0 punktów ponieważ MTP złożyła wykaz usług (załącznik 4a) na

3

potwierdzenie spełniania warunku z § 13 ust. 1-3 SIWZ w celu uzyskania dodatkowych punktów w kryterium oceny ofert „Doświadczenie wykonawcy”, który zawiera te same usługi, co usługi nr 1, 3, 6 w wykazie złożonym w tym samym dniu w celu potwierdzenia spełniania warunku wiedzy i doświadczenia z § 6 ust. 1 pkt 2 SIWZ (Załącznik 4);

5) art. 91 ust. 1 ustawy w zw. z § 13 ust. 1-3 SIWZ w zw. z § 6 ust. 1 pkt 2 SIWZ poprzez przyznanie ofercie MTP 40 pkt w kryterium oceny ofert „Doświadczenie wykonawcy”, pomimo, że zgodnie z kryteriami wyboru ofert MTP powinna otrzymać 0 pkt, ponieważ zamawiający przyznał 40 pkt ofercie MTP na podstawie zamówień nr 4 i 6 wskazanych w wykazie usług złożonym w dniu 5 sierpnia 2014 r. i w załączniku nr 4) - tj. po terminie składania ofert, który został wyznaczony do 4.08.2014 r. - na potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia opisanego w § 6 ust. 1 pkt 2 SIWZ.

6) art. 26 ust. 3 ustawy poprzez uznanie, że złożenie przez MTP w dniu 5 sierpnia 2014r. nowego wykazu zamówień (załącznik 4) wraz z dowodami na potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia z § 6 ust. 1 pkt 2 SIWZ mogło nastąpić z własnej inicjatywy MTP, pomimo że:

A) MTP nie była wzywana przez zamawiającego do uzupełnienia tych dokumentów oraz pomimo, że złożony przez MTP wykaz zamówień wraz z dowodami z 31 lipca 2014 r. (załącznik 4) nie zawierał błędów i był kompletny, z zastrzeżeniem zamówienia z pkt 4-6 załącznika 4;

B) ustawa Pzp nie przewiduje procedury uzupełniania dokumentów z własnej inicjatywy, a tym bardziej uzupełniania dokumentów, które nie zawierają błędów, więc złożone przez MTP w dniu 5 sierpnia 2014 r. dokumenty według odwołującego nie powinny być brane pod uwagę przez zamawiającego, w szczególności uzupełnione pozycje 1. 3.;

7) art. 82 ust. 1 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, pomimo dokonanej przez MTP zmiany oferty;

8) art. 91 ust. 1 ustawy poprzez wybór oferty MTP jako najkorzystniejszej, pomimo że

oferta MTP powinna być odrzucona;

9) art. 91 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie dokonania właściwej oceny ofert i zaniechanie wyboru oferty odwołującego na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ;

oraz w związku z powyższym, naruszenie również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

4

Odwołujący żądał uwzględnienia odwołania, zasądzenia kosztów postępowania wg norm przypisanych oraz nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności: wyboru oferty najkorzystniejszej, punktacji przyznanej ofertom w każdym kryterium oceny ofert i o łącznej punktacji, według powiadomienia z dnia 14 sierpnia 2014 r.;
- 2) dokonania ponownej oceny ofert;
- 3) przyznania ofercie MTP 0 pkt w kryterium oceny ofert „Doświadczenie wykonawcy”;
- 4) odrzucenia oferty MTP;
- 5) nakazania wyboru oferty odwołującego.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący powoływał się na swój interes we wniesieniu odwołania, bowiem w wyniku dokonania wskazanych czynności i zaniechań zamawiającego z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia oraz narażony na poniesienie szkody przez odwołującego wskutek nieuzyskania przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący stwierdził, iż badanie i ocena ofert zostało dokonane z obrazą przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

1. Odnośnie zarzutów 1-3 odwołania odwołujący przedstawił następującą argumentację. MTP zaoferowały wykonanie przedmiotu zamówienia za kwotę: 1 379 124,11 złotych brutto. Dowód: - oferta MTP w aktach postępowania przetargowego - na okoliczność ceny całkowitej oraz cen za poszczególne elementy oferty zaoferowanej przez MTP - zestawienie cen zaoferowanych w ofertach:

- A) 2 890 573 zł brutto - konsorcjum: Deko-Bau sp. z o.o., Magdalena Pawlik ART Anima Agencja Artystyczna
- B) 2 317 373,50 zł brutto - konsorcjum: Partner of Promotion sp. z o.o., VMG sp. z o.o.
- C) 1 814 752,20 zł brutto - Agencja M Promotion sp. z o.o.
- D) 1 777 777,01 zł brutto - odwołujący
- E) 1 379 124,11 zł brutto - MTP

Odwołujący powołał się na postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 lutego 2010 r. KIO/UZP191/10: „1. Funkcja reklamacyjna protestu polega przede wszystkim na zabezpieczeniu sytuacji prawnej wykonawcy wnoszącego protest, zapewnieniu mu możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia. 2. Funkcja sygnalizacyjna protestu polega na wskazywaniu nieprawidłowości prowadzonego przez zamawiającego postępowania, gdyż zgodnie z art. 7 ust. 3 p.z.p. zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Funkcja sygnalizacyjna zapewnia prawidłowość i sprawność prowadzonej procedury na

5

każdym etapie postępowania” - powołane postanowienie zostało wydane odnośnie instytucji protestu, ma jednak zastosowanie również do instytucji odwołania – według odwołującego.

Odwołujący wyjaśniał, że zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu określił szacunkową wartość zamówienia bez VAT: w kwocie 1 951 219,51 zł, tj. 2 400 000,00 zł brutto, podczas otwarcia ofert ogłosił, że kwota, którą może przeznaczyć na wykonanie zamówienia wynosi 2 500 000 zł brutto (dowód: informacja z otwarcia ofert z dnia 5 sierpnia 2014 r.).

Na tle powyższego, odwołujący uznał, że oferta MTP sp. z o.o. zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący przytoczył poglądy doktryny i orzecznictwa w tej kwestii. „Rażąco niska cena, to cena niewiarygodna, znacznie odbiegająca od cen rynkowych” - tak: XIX Ga 179/13, wyrok Sądu Okręgowego z 2013.04.11 w Katowicach, LEX nr 1315894 „Rażąco niska cena, to cena niewiarygodna, znacznie

odbiegająca od cen rynkowych”. „Punktem odniesienia do uznania ceny za rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia może być wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego zgodnie z art. 32 i powiększona o VAT. Drugim punktem odniesienia powinny być ceny zawarte w innych ofertach złożonych w tym samym postępowaniu (zob. wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2009 r., KIO/UZP1511/08 - Józef Edmund Nowicki, Tytuł: Komentarz do art. 90 ustawy - Prawo zamówień publicznych

Odwołujący wskazywał, że:

- 1) średnia cena ofert złożonych to: 2 035 919,96 zł brutto
- 2) szacunkowa wartość zamówienia to: 2 400 000,00 zł brutto, cena którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to 2 500 000 zł brutto,
- 3) cena oferty MTP wynosi 1 379 124,11 zł brutto - więc wynosi 67,73% średniej cen ofert oraz 55,16% względem kwoty, którą zamierza zamawiający przeznaczyć na wykonanie zamówienia oraz 57,46% względem szacunkowej wartości zamówienia.

Powyższe różnice cenowe, w powiązaniu z brakiem obiektywnych wyjaśnień MTP, a jedynie z zawartymi w nich ogólnikami, bez konkretnych danych, potwierdzają zdaniem odwołującego, że cena oferty MTP jest rażąco niska.

Odwołujący powoływał się na wskazówkę interpretacyjną, jaką stwarza projekt ustawy, który został w dniu 25 lipca 2014 r. uchwalony przez Sejm i przekazany do Senatu, który zmienia ustawę Prawo zamówień publicznych, w którym ustawodawca zamierza zmienić art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i nadać mu treść: „Art. 90 ust. 1. Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z

6

wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień.”

Odwołujący powtórzył, że cena oferty MTP jest niższa o ponad 30%, wynosi 67,73% średniej cen ofert oraz 55,16% kwoty, którą zamierza zamawiający przeznaczyć na wykonanie zamówienia oraz 57,46% względem szacunkowej ceny zamówienia – założył więc, że spełnione są wszelkie przesłanki by uznać ją za rażąco niską w świetle bieżącego orzecznictwa jak i zmian ustawodawczych.

Odwołujący podnosił, że łatwo było uzyskać 40 dodatkowych punktów w kryterium „doświadczenie wykonawcy”, ponieważ wystarczyło przedstawić wykaz zamówień. W rezultacie, właściwym kryterium wyboru oferty była cena, i w tym zakresie wykonawcy konkurowali.

Odwołujący argumentował, że rzeczywistość przetargów publicznych pokazuje, że ceny składane w tych postępowaniach często są niższe od cen rynkowych, nawet jeżeli wciąż zapewniają zysk. Wynika to z faktu, że postępowanie przetargowe charakteryzuje się tą cechą, że jest wielu sprzedających a jeden kupujący. Natomiast cena rynkowa kształtuje się na podstawie szeregu swobodnych transakcji nieograniczonych koniecznością wyboru najkorzystniejszej oferty. Podobny pogląd wyraziła KIO w wyroku sygn. akt KIO 404/14, z dnia 2014.06.03.

Z powyższego odwołujący wywiódł, że punktem odniesienia do uznania, czy cena oferty MTP jest rażąco niska - powinna stanowić uśredniona cena wszystkich ofert (2 035 919,96 zł), ewentualnie szacunkowa wartość zamówienia - 2 400 000,00 zł brutto lub środki które zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to 2 500 000 zł brutto. Zanotowane różnice cenowe, w powiązaniu z brakiem wyjaśnień MTP co do części ceny, z brakiem obiektywnych wyjaśnień, a jedynie z zawartymi w nich ogólnikami, bez konkretnych danych, w przekonaniu odwołującego potwierdzają, że cena MTP jest rażąco niska i oferta MTP powinna być odrzucona.

Odwołujący przyznał, że zamawiający wezwał MTP w dniu 6 sierpnia 2014 r. do:

- (a) udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny,
- (b) w szczególności o wyjaśnienie części składowych cen.

Zamawiający poinformował, że oceniając wyjaśnienie weźmie pod uwagę okoliczności, o których mowa w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp.

7

Dowód: wezwanie z 6 sierpnia 2014 r. w aktach postępowania przetargowego - na okoliczność treści wezwania.

Odwolujący uznał, że MTP nie udzieliły zamawiającemu pismem z dnia 7 sierpnia 2014 r. wyjaśnień (a) dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny, (b) w szczególności nie udzieliło wyjaśnień części składowych cen, co wynika z następujących faktów.

MTP zaoferowało cenę brutto: 1 379 124,11 złotych, zgodnie kalkulacją:

Usługa; ilość; Cena jednostkowa (brutto w zł) Cena ogółem (brutto w zł)

1 Przygotowanie projektów powierzchni wystawienniczej; 24 059,00, 8 118,00

2 Najem powierzchni wystawienniczej na targach Salone Internazionale del Gusto w Turynie 1; 116 358,00; 116 358,00

3 Najem powierzchni wystawienniczej na targach EIMA International w Bolonii; 1; 83 344,80; 83 344,80

4 Najem powierzchni wystawienniczej na targach TUTTO FOOD w Mediolanie; 1; 130 902,75; 130 902,75

5 Najem powierzchni wystawienniczej na targach MACFRUT w Cesenie; 1; 78 641,65; 78 641,65

6 Organizacja polskiego udziału w targach we Włoszech (w tym zakup reklamy, zabudowy, obsługa stoiska, przygotowanie materiałów promocyjno- wykonanie reklamowych, promocja wydarzenia, zapewnienie udziału firm oraz organizacja seminarium), 4; 230 875,34; 923 501,36

7 Organizacja misji przyjazdowej włoskich importerów produktów i maszyn rolnospożywczych do Polski; 1; 38 357,55; 38 357,55

Razem: 1 379 124,11

Z powyższego wynika, że cena końcowa oferty MTP obejmuje 7 usług wyżej wymienionych (wiersze 1- 7 Tabeli cenowej). Skoro cena końcowa jest złożona z 7 elementów, to zdaniem odwołującego wyjaśnienia, co do ceny też powinny obejmować 7 elementów, a ich nie obejmują.

Odwolujący potwierdził, że zakres usług w ofercie MTP jest tożsamy z zakresem formularza ofertowego, którego wzór przygotował zamawiający (Załącznik 7 do SIWZ). Rozwinięcie przedmiotu usług zawartych we wzorze oferty, który ma wykonać każdy wykonawca, znajduje się w załączniku 1 do SIWZ - szczegółowy opis przedmiotu zamówienia.

Z OPZ (Załącznik 1 do SIWZ) wynika, m. in., że realizacja ww. zamówienia obejmuje działania:

8

1. Przygotowanie stoisk wystawienniczych na następujących imprezach targowo-wystawienniczych (dalej zwanych „targami”):

- Salone Internazionale del Gusto, 23-27 października 2014 r. Turyn,

- EIMA International, 12-16 listopada 2014 r. Bolonia,

- TUTTO FOOD, 3-6 maja 2015 r. Mediolan,

- MACFRUT, wrzesień 2015 r. Cesena (dokładny termin nie jest jeszcze znany)

w następującym zakresie:

1.1 Najem powierzchni wystawienniczej,

1.2 Zakup powierzchni reklamowej zewnętrznej na terenie targowym,

1.3 Przygotowanie projektów powierzchni wystawienniczej (zwanej dalej stoiskami),

1.4 Wykonanie zabudowy oraz zapewnienie wyposażenia stoisk,

1.5 Kompleksowa obsługa stoisk w następującym zakresie:

1.5.1. Zapewnienie obsługi asystenckiej przez hostessy/hostów,

1.5.2. Zapewnienie usługi tłumaczenia na targach,

1.5.3. Zapewnienie usług transportu lokalnego (bus) we Włoszech,

1.5.4. Zapewnienie usługi gastronomicznej na stoiskach,

1.5.5. Zapewnienie obsługi technicznej stoisk,

1.5.6. Zapewnienie ubezpieczenia stoisk, wyposażenia i personelu stoisk,

2. Przygotowanie materiałów promocyjno-reklamowych.

3. Zapewnienie udziału polskich przedsiębiorców w imprezach targowo-wystawienniczych objętych niniejszym zamówieniem.

4. Organizacja seminariów informacyjnych podczas imprez targowo-wystawienniczych

objętych niniejszym zamówieniem.

5. Organizacja misji przyjazdowej włoskich importerów produktów i maszyn rolno-spożywczych do Polski."

Dowód: Załącznik 7 do SIWZ, Załącznik 1 do SIWZ szczegółowy opis przedmiotu zamówienia - na okoliczność zakresu usług, które wykonawca ma dostarczyć.

Odwolujący zaznaczał, że wyjaśnienia MTP, w mniemaniu tego wykonawcy ujmują wszystkie elementy składowe przedmiotu zamówienia, tj. zawarte w ofercie. Z natury wyjaśnień, co do rażąco niskiej ceny wynika, że powinny one obejmować całość elementów oferty. Zamawiający żądał złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny, w szczególności części składowych cen, natomiast wyjaśnienia MTP mają węższy zakres.

Zdaniem odwołującego MTP nie udzieliły wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaproponowanej ceny, w szczególności części składowych cen, wymienionych wyżej. Odpowiedź MTP nie obejmuje swoim zakresem elementów oferty,

9

które MTP wymieniło w swojej ofercie, dotyczących wykonania usług w Turynie, Bolonii, Mediolanie, Cesenie w postaci:

Usługa; ilość; Cena jednostkowa (brutto w złotych) z oferty - nie ujęta w wyjaśnieniach Cena ogółem (brutto w złotych) z oferty - nie ujęta w wyjaśnieniach:

1 Przygotowanie projektów powierzchni wystawienniczej; 2; 4 059,00; 8 118,00

2 Najem powierzchni wystawienniczej na targach Salone Internazionale del Gusto w Turynie; 1; 116 358,00; 116 358,00

3 Najem powierzchni wystawienniczej na targach EIMA International w Bolonii; 1; 83 344,80; 83 344,80

4 Najem powierzchni wystawienniczej na targach TUTTO FOOD w Mediolanie 1; 130 902,75; 130 902,75

5 Najem powierzchni wystawienniczej na targach MACFRUT w Cesenie; 1; 78; 641,65 78 641,65

6 Organizacja polskiego udziału w targach we Włoszech w zakresie; 4; 230 875,34; 923 501,36 (z zastrzeżeniem, że MTP wyjaśniły, że posiadają elementy zabudowy, ale nie wiadomo jakie i o jakiej wartości)

a) zakup reklamy, obsługa stoiska, przygotowanie materiałów promocyjno-reklamowych,

b) promocja wydarzenia, zapewnienie udziału firm oraz

c) organizacja seminarium,

a także nie obejmuje: zapewnienia ubezpieczenia stoisk, wyposażenia i personelu stoisk.

Zdaniem odwołującego wyspecyfikowane wyżej wartości nie obejmują: zapewnienia obsługi technicznej stoisk, organizacji seminariów informacyjnych podczas imprez targowo-wystawienniczych objętych niniejszym zamówieniem, zapewnienia udziału polskich przedsiębiorców w imprezach targowo-wystawienniczych objętych niniejszym zamówieniem oraz innych elementów - wymaganych przez zamawiającego w OPZ.

Razem: MTP w swoich wyjaśnieniach nie wyjaśniło cen, elementów oferty wymienionych wyżej, które dotyczą usług, które zaoferowały (1 379 124,11 zł).

Odwolujący podsumował, że skoro MTP nie objęły swoimi wyjaśnieniami wyżej określonych elementów oferty, trzeba przyjąć, iż MTP faktycznie nie wyceniły ww. elementów i ich nie wzięły pod uwagę w kalkulacji ceny - i przez to cena MTP jest rażąco niska.

Odwolujący podnosił, że nieznany jest wpływ ww. części oferty na cenę końcową, nieznana jest też przyczyna, dla której cena za poszczególny element przedmiotu zamówienia wynosi tyle, ile zaoferowały MTP. Skoro wyjaśnienia MTP nie obejmują swoim zakresem ww. elementów, to dla odwołującego jest równoznaczne z tym, że MTP nie udzieliło wyjaśnień zgodnie z wezwaniem, z czego wywiódł wniosek, że MTP udzielając

10

odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, znając konsekwencję wyjaśnień niepełnych lub niewłaściwych, celowo nie udzieliła odpowiedzi na pytanie. Odwołujący uznał zadane pytanie za skonkretyzowane, w związku z czym MPT powinny udzielić konkretnych odpowiedzi. Ciężar dowodu i ryzyko prawidłowości odpowiedzi spoczywa na MTP. Powyższe stanowisko znalazło również wyraz w wyroku KIO 785/14, wyrok KIO 2014.05.12, LEX nr 1463973

„Ciężar udowodnienia w wyjaśnieniach prawidłowości ceny oferty spoczywa na wykonawcy, czyli treść wyjaśnień powinna zawierać informacje, które pozwolą zamawiającemu uznać, że zaoferowana cena jest realna. Natomiast wykonawca powinien też wiedzieć, w którym kierunku ten dowód ma przeprowadzić, tj. co budzi wątpliwości zamawiającego.”

Odwołujący przekonywał, że MTP wiedziały co budzi wątpliwości zamawiającego i zlekceważyły otrzymane wezwanie, z tego powodu oferta MTP powinna być odrzucona. Odwołujący przytoczył kolejny wyrok KIO 572/14, 2014.04.07, LEX nr 1455774: *„1. Oferta wykonawcy, który zlekceważył wezwanie zamawiającego i złożył wyjaśnienia ogólnikowe, nieodnoszące się do treści wezwania, podlega odrzuceniu. Kierowanie ponownego wezwania w takiej sytuacji nie tylko godziłoby w prawa innych wykonawców, ale również prowadziłoby do przewlekłości postępowania o udzielenie zamówienia.”*

Skoro rolą wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ustawy Pzp jest rozwianie wątpliwości, co do rzetelnego skalkulowania ceny, stąd winny one posiadać charakter konkretny i precyzyjny, a jeżeli nie mają takiego charakteru, nie zawierają odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, należy ofertę odrzucić. Powyższe stanowisko znalazło również wyraz w wyroku KIO z dnia 27 września 2012 r., KIO 1935/12: *„2. Rolą wyjaśnień składanych w trybie art. 90 p.z.p. jest rozwianie wątpliwości, co do rzetelnego skalkulowania ceny, stąd winny one posiadać charakter konkretny i precyzyjny.”*

Odwołujący przekonywał, że z ww. powodów zamawiający naruszył art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MTP, które nie złożyły wyjaśnień odnośnie pytań co do rażąco niskiej ceny zadanych przez zamawiającego.

Odwołujący podtrzymał twierdzenia, że wyjaśnienia MTP dotyczą wyłącznie części elementów oferty - są ogólne, nie zawierają konkretów, i należy je uznać za niezłożone. MTP nie udowodniły, że cena przez nie zaoferowana nie jest ceną rażąco niską, pomimo że spoczywał na nim ciężar dowodu na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

W wyjaśnieniach MTP brak jest jakichkolwiek informacji co do wartości: materiałów, roboczo-godziny, kosztów najmu powierzchni, brak jest jakichkolwiek konkretnych informacji pozwalających zweryfikować wyjaśnienia MTP.

Wyjaśnienia MTP: *„Międzynarodowe Targi Poznańskie sp. z o. o. to lider polskiego przemysłu targowego. MTP posiadają 90 letnie doświadczenie w organizowaniu imprez*

11

targowych wystawienniczych zarówno w kraju jak i zagranicą. Szerokie kontakty oraz współpraca z partnerami zagranicznymi, która została podjęta na przestrzeni lat, przynosi wymierne korzyści chociażby pod postacią udzielanych MTP rabatów.”

Z wyjaśnień tych nie wynika, według odwołującego:

- 1) jaka jest wysokość udzielonych rabatów, jakich elementów dotyczą rabaty, jakie są koszty MTP.
- 2) Jak doświadczenie i kontakty oddziałują na cenę oferty, jej poszczególne elementy.

Poza tym, każdy z oferentów spełnił warunki udziału w postępowaniu, a więc również wykazał się „szerokimi kontaktami oraz współpracą z partnerami zagranicznymi”, a w konsekwencji posiadaniem rabatów.

Wyjaśnienia MTP: *„Przygotowanie proponowanego przez Wykonawcę typu zabudowy jest zgodne z warunkami jakie postawił w SIWZ Zamawiający. Ponieważ MTP sp. z o.o. posiadają jedno z największych baz niezbędnych do budowy stoisk, rekwizytów i mebli targowych, które to są elementami powtarzalnymi, niezbędnymi do budowy stoisk, dysponują zasobami ludzkimi o doświadczeniu i bardzo dużej biegłości w montażach stoisk, mogły zaproponować warunki w przedłożonej ofercie.”*

„Nie bez znaczenia pozostaje wieloletnia współpraca z przedsiębiorstwami oferującymi usługi przewozowe i spedycyjne, która pozwala na uzyskanie wyjątkowo korzystnych warunków cenowych transportu produktów Zamawiającego oraz podwystawców. Wielokrotnie realizowane projekty w różnych częściach świata, w tym wymienione w Załącznikach 4 i 4a do SOPZ obejmowały swym zakresem spedycję drobnicową materiałów promocyjnych eksponatów, stąd wycena tej usługi przez MTP przygotowana została z należyłą starannością w oparciu o najbardziej aktualne taryfy oraz doświadczenie.”

Z wyjaśnień nie wynika, według odwołującego: w jakiej ilości i jakiej wartości posiada MTP zabudowę, jak posiadane elementy wpływają na ceny częściowe oraz cenę końcową.

Zamawiający nie wskazał w SIWZ typu zabudowy, ani nie określił materiałów, z których ma być wykonane stoisko. Projekt zabudowy zgodnie z SIWZ ma być wykonany po podpisaniu umowy, a następnie zaakceptowany przez zamawiającego, który mógł zgłosić

uwagi do projektu. MTP nie miały podstaw do przyjęcia, żeby twierdzić, że typ zabudowy proponowany przez MTP jest zgodny z SIWZ, ponieważ takich wytycznych w SIWZ nie ma. Dodatkowo w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia pkt. 1.3.c) zamawiający wymaga aby Projekt stoiska dla branży maszynowej był wykorzystany tylko jeden raz - podczas targów EIMA International, stąd powtarzalność jest tutaj wykluczona.

12

Dodatkowo, MTP nie są jedynym podmiotem na rynku, który dysponuje elementami niezbędnymi do budowy stoisk, rekwizytami oraz meblami targowymi. Zamawiający nie oczekiwał 1000 m² stoiska, przy budowie, którego posiadanie „jednej z największych baz niezbędnych do budowy stoisk” będzie dodatkowym atutem, a jedynie 100m². W tym konkretnym przypadku, posiadanie dużych ilości infrastruktury na własność to zdecydowanie koszt dla MTP związany z ich magazynowaniem, a to podwyższa, a nie obniża cenę za udostępnienie tego sprzętu.

MTP do realizacji tego projektu nie potrzebuje dużej ilości pracowników, a jedynie ekipy złożonej z 8-10 doświadczonych monterów. Każdy z wykonawców ma dostęp do ekip montażowych, ta usługa jest powszechna i tania.

Z wyjaśnień nie wynika według odwołującego:

- 1) w jakiej wysokości są te wyjątkowo korzystne warunki cenowe transportu, jakie są koszty MTP,
- 2) odwołujący wskazywał, że koszty transportu stanowią niewielką część zamówienia ok. 65 tys. zł - 4,7% jego wartości.

Każdy z członków konsorcjum odwołującego posiada wieloletnią współpracę z przedsiębiorstwami oferującymi usługi przewozowe i spedycyjne. Tak sformułowane oświadczenie MTP nie wyjaśnia - w jaki sposób została przygotowana kalkulacja cenowa. Nie wyjaśnia: jaka jest stawka kilometrowa za transport dostawczy/osobowy/transport specjalistyczny (chłodnia), jaką flotę założyły MTP do realizacji tego projektu.

Wyjaśnienia MTP: „Zamawiający założył w ramach zamówienia organizację misji przyjazdowej włoskich firm do Polski, w tym zapewnienie udziału w spotkaniach B2B w sali konferencyjnej na terenie Międzynarodowych Targów Poznańskich. Targi Poznańskie nie ponoszą kosztów związanych z udostępnieniem sali oraz jej wyposażeniem będącym własnością MTP. Na uwagę mieć również należy koszty usługi cateringowej, zapewnionej przez partnerów MTP, obsługujących największe wydarzenia organizowane na MTP, którzy w ramach wieloletniej współpracy oferują najkorzystniejsze warunki cenowe.”

Według odwołującego:

- 1) Koszt wynajęcia sali na czas konferencji nie jest znaczącą pozycją w kontekście całości projektu.
- 2) Z wyjaśnień nie wynika:
 - A) jakie warunki cenowe MTP uzyskała na usługi cateringowe; brak jest informacji o kwotach, rabatach, itp.

13

B) koszty cateringu nie zostały przedstawione przez MTP. Ponadto, z doświadczenia odwołujący wie, że w przypadku budowania wolumenu uczestników, w negocjacjach z dostawcami cateringu można negocjować stawki.

Wyjaśnienia MTP: „Rozbudowana sieć agentów MTP, w tym naszych włoskich partnerów pozwoliła na uzyskanie najkorzystniejszych warunków współpracy z potencjalnymi członkami personelu asystenckiego - hostessami, tłumaczami i kucharzem - którzy zaangażowani będą w działania podejmowane podczas wszystkich czterech imprez targowych ujętych w zamówieniu”.

Z wyjaśnień nie wynika, według odwołującego:

- 1) jakie są warunki handlowe współpracy z personelem: hostessy, tłumacze, kucharz;
- 2) odwołujący wskazywał, że wyjaśnienia nie obejmują pozostałego personelu koniecznego do realizacji umowy. Personel powinien składać się jeszcze z: obsługi technicznej stoisk oraz obsługi technicznej sali, obsługi cateringu, koordynatora.

Odwołujący konkludował, że wyjaśnienia MTP są ogólne, nie zawierają konkretów, nie podają obiektywnych czynników, i trzeba je uznać za niezłożone, ofertę MTP należy odrzucić ponieważ ocena wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w

stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia MTP nie są obiektywne, ponieważ nie dostarczają one ani twierdzeń, ani dowodów, które pozwalałyby na ocenę rzetelności cen zaoferowanych przez MTP. Wyjaśnienia MTP są ograniczone, subiektywne, powierzchowne, nierzetelne, nieumotywowane.

Na poparcie ww. stanowiska odwołujący przytoczył dalsze orzecznictwo KIO:

- 1) „W sytuacji, gdy zamawiający otrzymuje w ramach wyjaśnień ogólne stwierdzenia, zamiast wskazania konkretnych kwot przedstawienia konkretnych ofert dostawców czy podwykonawców, to takie stwierdzenia nie wnoszą nic do sprawy. Dalsze wyjaśnianie rodzi pytanie, do jakiego momentu zamawiający powinien prowadzić wyjaśnienia. Jednocześnie prowadzenie procedury wielokrotnego wyjaśniania tej samej okoliczności może być uznane za naruszające zasadę równego traktowania wykonawców. 5. Nie można przy wyjaśnieniu wysokości zaoferowanej ceny, nie wskazać konkretnych elementów kosztowych, w tym cen poszczególnych elementów z podaniem wyczerpującego uzasadnienia i konkretnego dowodu, w jaki sposób wykonawca skalkulował cenę, która została zaoferowana” - LEX nr 1458849, KIO/KU 40/14, uchwała KIO 2014.05.07,
- 2) wyrok KIO z dnia 30 września 2010 r., KIO 2014/10: „Wyjaśnienia wykonawcy muszą być odpowiednio umotywowane i przekonujące, ciężar dowodu braku zaoferowania rażąco

14

niskiej spoczywa na wykonawcy, który powinien wskazać obiektywne czynniki mające istotny wpływ na obniżenie wysokości ceny oferty”.

- 3) W wyroku z dnia 17 marca 2009 r. KIO/UZP 262/09 Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2007 r., V Ca 2214/06, w którym stwierdziła: "(...) dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych: przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zdawkowe, ogólne i uniwersalnej wręcz natury wyjaśnienia odwołującego potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co obligowało zamawiającego do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp. Należy bowiem uznać, że wszczęcie przez zamawiającego procedury wyjaśniającej niezakwestionowane w terminie przez odwołującego ustanawia domniemanie prawne zaoferowania przez wzywanego do złożenia wyjaśnień wykonawcę ceny rażąco niskiej.”

- 4) „1. O ile wykonawca wskazuje, iż na atrakcyjne skalkulowanie ceny wpływ ma zaoferowanie rozwiązań producenta, u którego odwołujący ma możliwość uzyskania korzystnych rabatów, to brak jakichkolwiek informacji na temat wysokości udzielonych rabatów, co pozwoliłoby na odniesienie się do zaoferowanej ceny uniemożliwia zamawiającemu ocenę wpływu udzielonych rabatów na wysokość zaproponowanej ceny.

2. Za obiektywne czynniki nie sposób uznać ogólnych stwierdzeń wykonawcy, iż cena oferty została skalkulowana nie tylko w oparciu o zapisy SIWZ, ale przede wszystkim w oparciu o posiadane bogate doświadczenie osób wchodzących w skład zespołu przygotowującego ofertę w części merytorycznej.

3. Za uzasadnione wyjaśnienia nie sposób uznać powoływania się przez wykonawcę na organizacyjne wdrożone w jego firmie, czy też przykładowo wysokie standardy racjonalizowania kosztów. Przy tak ogólnych wyjaśnieniach brak jest jakiegokolwiek argumentacji, która wskazywałaby, w jaki sposób przykładowo racjonalizacja kosztów czy wysokie standardy organizacyjne przekładają się na zaproponowaną cenę, jak też, iż są to czynniki obiektywne dostępne tylko dla tego wykonawcy” - Wyrok KIO z dnia 6 marca 2013 r. KIO 340/13.

- 5) W wyroku z dnia 16 marca 2010 r. KIO/UZP 166/09 w uzasadnieniu KIO stwierdziła: „Bezspornym jest, iż posiadanie własnego rusztowania - co niewątpliwie przyznał także Zamawiający - stanowi czynnik wpływający na obniżenie ceny. Czynnikiem takim mogłyby być także pozostałe elementy wskazane przez Odwołującego, w tym fakt posiadania materiałów niezbędnych do wykonania robót. Niemniej jednak Odwołujący poza niewątpliwie

15

ogólnym stwierdzeniem, iż takowe materiały znajdują się w jego posiadaniu, w żaden sposób nie tylko, że nie udowodnił, ale nawet nie uprawdopodobnił, iż rzeczywiście tak jest, jak i, iż

materiały te w określonym stopniu wpłynęły na zaferowaną przez niego cenę. Wartości tych materiałów - jak Odwołujący oświadczył na rozprawie - prawdopodobnie w ogóle nie uwzględnił w oferowanej cenie, bądź też zaproponował ceny niższe w stosunku do aktualnych cen rynkowych. Podobnie należy się odnieść do stawki roboczogodziny, wskazanej bez podania jakiegokolwiek kalkulacji. Tak więc same wyjaśnienia, zawierające niekonkretne i ogólnikowe twierdzenia, a takich sformułowań Odwołujący niewątpliwie użył w niniejszym stanie faktycznym, nie mogą stanowić dowodu w sprawie. To bowiem na wykonawcy spoczywa obowiązek złożenia wyczerpujących wyjaśnień, które pozwoliłyby Zamawiającemu na ocenę, czy przedmiotowa cena nie jest ceną rażąco niską. A ponieważ składa je podmiot zainteresowany w sprawie to same i do tego ogólnikowe wyjaśnienia nie mogą być obiektywne. (...)."

2. Odnosnie zarzutów 4-7 odwołania odwołujący przedstawił następującą argumentację.

Zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 13 ust. 1-3 SIWZ w zw. z § 6 ust. 1 pkt 2 SIWZ poprzez przyznanie ofercie MTP 40 pkt w kryterium oceny ofert „Doświadczenie wykonawcy”, pomimo, że zgodnie z kryteriami wyboru ofert MTP powinna otrzymać 0 punktów ponieważ:

1) Zamawiający przyznał 40 pkt ofercie MTP na podstawie zrealizowanych zamówień nr 4 i 6 wskazanych w wykazie usług złożonym w dniu 5 sierpnia 2014 r. (w załączniku nr 4) na potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia z § 6 ust. 1 pkt 2 SIWZ,
2) a nie na podstawie zamówień wskazanych w załączniku 4a złożonym w dniu 31 lipca 2014 r.,

3) pomimo że zgodnie z § 13 ust. 1-3 SIWZ usługi wskazane na potwierdzenie spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia (tj. z Załącznika 4) nie mogły być punktowane oraz ocenie podlegać miały jedynie usługi wskazane ponad usługi podstawowe, tj. usługi wskazane w załączniku 4a;

Dowód: tabela oceny ofert w przetargu - strona druga dokumentu: „Podsumowanie prac komisji przetargowej” - w aktach postępowania przetargowego - na okoliczność stwierdzenia faktu, że zamawiający przyznał 40 pkt ofercie MTP na podstawie zamówień nr 4 i 6 wskazanych w wykazie usług złożonym w dniu 5 sierpnia 2014 r. w załączniku nr 4), a nie na podstawie zamówień wskazanych w załączniku 4a - złożonym w dniu 31 lipca 2014 r.,
Dowód: SIWZ - § 13 ust. 3 SIWZ akapit ostatni - dowód na okoliczność ustalenia warunków przyznawania punktów.

16

Według odwołującego zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 13 ust. 1-3 SIWZ, poprzez przyznanie ofercie MTP 40 pkt w kryterium „Doświadczenie wykonawcy”, pomimo, że zgodnie z kryteriami wyboru ofert MTP powinna otrzymać 0 pkt. ponieważ:

1) w dniu 31 lipca 2014 r. MTP złożyła wykaz usług (załącznik 4a) na potwierdzenie spełniania warunku z § 13 ust. 1-3 SIWZ w celu uzyskania dodatkowych punktów w kryterium oceny ofert „Doświadczenie wykonawcy”, który zawiera te same usługi (pozycje 1-3), co wykaz złożony w tym samym dniu w celu potwierdzenia spełniania warunku wiedzy i doświadczenia z § 6 ust. 1 pkt 2 SIWZ (Załącznik 4 - pozycje 1,3, 6),

2) zgodnie z § 13 ust. 3 SIWZ akapit ostatni - usługi wskazane na potwierdzenie spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia nie mogły być punktowane czyli usługi z załącznika 4 miały nie być punktowane) oraz ocenie podlegać miały jedynie usługi wskazane ponad usługi podstawowe (czyli te z załącznika 4a, pod warunkiem, że usługi z Załącznika 4a byłby różne od usług z Załącznika 4, a w ofercie MTP usługi z Załącznika 4a są zawarte również w załączniku 4).

Dowód: dokument złożony 31 lipca 2014 r. wykaz usług (załącznik 4a) na potwierdzenie spełniania warunku z § 13 ust. 1-3 SIWZ - w aktach postępowania przetargowego oraz dokument - wykaz złożony w tym samym dniu w celu potwierdzenia spełniania warunku wiedzy i doświadczenia z § 6 ust. 1 pkt 2 SIWZ (Załącznik 4) - dowody na okoliczność potwierdzenia faktu, że wszystkie usługi wymienione w załączniku 4a znajdują się również w załączniku 4 (w załączniku 4 znajdują się również inne usługi).

Dowód: SIWZ - § 13 ust. 3 SIWZ akapit ostatni - dowód na okoliczność ustalenia warunków przyznawania punktów.

Odwołujący zarzucał, że zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez uznanie, że złożenie przez MTP w dniu 5 sierpnia 2014 r. nowego wykazu zamówień

(załącznik 4) wraz z dowodami na potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia z § 6 ust. 1 pkt 2 SIWZ mogło nastąpić z własnej inicjatywy MTP, pomimo że MTP nie były wzywane przez zamawiającego do uzupełnienia tych dokumentów oraz pomimo, że złożony przez MTP wykaz zamówień wraz z dowodami z 31 lipca 2014 r. (załącznik 4) nie zawierał błędów i był kompletny, z zastrzeżeniem jednej pozycji zamówienia z pkt 4-6 wykazu.

Odwolujący podnosił, że ustawa Pzp nie przewiduje procedury uzupełniania dokumentów z własnej inicjatywy wykonawcy, więc złożone przez MTP w dniu 5 sierpnia 2014 r. dokumenty nie powinny być brane pod uwagę przez zamawiającego.

Usługi: 1,3,6 z wykazu z 31 lipca z Załącznika 4 są tymi samymi usługami co usługi z Załącznika 4a - pozycje 1-3. Zgodnie z § 13 ust. 3 SIWZ akapit ostatni - usługi wskazane na

17

potwierdzenie spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia nie mogły być punktowane czyli usługi z załącznika 4 miały nie być punktowane oraz ocenie podlegać miały jedynie usługi wskazane ponad usługi podstawowe w dniu 31 lipca 2014 r.

Wykonawca MTP:

1) Złożył 31 lipca załącznik 4, w którym wskazał, że pozycje 4-6 w Załączniku 4 są wykazane celem spełniania § 6 ust. 1 pkt 2 pkt b SIWZ, tj. jedynego w SIWZ miejsca, w którym zamawiający żądał przedstawienia doświadczenia w zakresie usługi cateringowej, 2) w dniu 5 sierpnia 2014 r. złożył nowy wykaz zamówień (nowy załącznik 4), w którym pod pretekstem niezamieszczenia zapisu potwierdzającego wykonanie usługi cateringowej w załączniku 4 z 31 sierpnia 2014 r.; w nowym wykazie MTP usunął usługi: 1,3, 6 z wykazu z 31 lipca 2014 r., chociaż:

A) usługi z pozycji 1,3 z tego z Załącznika 4 - nie były objęte wymogiem wykazania usługi cateringowej, ponieważ dotyczyły spełniania warunku z § 6 ust. 1 pkt 2 pkt a) SIWZ, który nie wymagał doświadczenia w realizacji usług cateringowych,

B) odwołujący przyznał, że wyłącznie usługa z pozycji 6 wykazana celem spełnienia wymogu § 6 ust. 1 pkt 2 pkt b) SIWZ nie zawierała usługi cateringowej w dniu 31 lipca 2014r., chociaż powinna zgodnie z wymogiem z § 6 ust. 1 pkt 2 pkt a SIWZ i została wymieniona 5 sierpnia przez MTP - i po wymianie już zawierała tę usługę;

3) oznacza to, że jeżeli MTP chciało wymienić zamówienia, które musiały zawierać usługę cateringową, to mogła wymienić na wezwanie wyłącznie usługi 4-6 z Załącznika 4 złożonego 31 lipca, a nie usługi 1, 3, 6.

W przekonaniu odwołującego, MTP dokonało uzupełnienia dokumentów z własnej inicjatywy, ponieważ chciało spowodować, żeby zamawiający nie odrzucał oferty MTP. MTP wprost stwierdziła w piśmie z 7 sierpnia 2014 r.: „Wykonawca świadomie, wiedząc, iż ma przedstawić różne usługi nie dokonałby ich powielenia w dwóch dokumentach [sic], a jej poprawienie nie doprowadziło do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli.” Jednakże, MTP pomimo, że wiedziały, że mają przedstawić różne usługi, dokonały ich powielenia w dwóch dokumentach, z czego odwołujący wnioskował, że MTP próbowały wprowadzić zamawiającego w błąd w dniu 5 sierpnia, gdy pod pretekstem niezamieszczenia zapisu potwierdzającego wykonanie usługi cateringowej w załączniku 4 z 31 sierpnia 2014 r., złożyło ponownie załącznik 4 - wykaz zamówień.

Dowód: pismo MTP z 5 sierpnia 2014 r. - w aktach postępowania przetargowego - na okoliczność próby wprowadzenia zamawiającego w błąd polegającej na usunięciu z pierwotnego wykazu zamówień: 1,3,6 pod pretekstem niezamieszczenia usługi cateringowej,

18

podczas gdy pod tym pretekstem mogło wyłącznie próbować hipotetycznie wymienić usługi 4-6 z wykazu z 31 lipca.

Dowód: pismo MTP z 7 sierpnia 2014 r. - w aktach postępowania przetargowego - na okoliczność powielenia dokumentów - Załącznika 4 i Załącznika 4a przez MTP.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył art. 82 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MTP, pomimo że MTP dokonała zmiany oferty w ten sposób, że MTP:

1) w dniu 31 lipca 2014 r. złożyła wykaz usług (załącznik 4a) na potwierdzenie spełniania warunku z § 13 ust. 1-3 SIWZ w celu uzyskania dodatkowych punktów w kryterium oceny ofert „Doświadczenie wykonawcy”, który zawiera te same usługi (pozycje 1-

3), co wykaz złożony w tym samym dniu w celu potwierdzenia spełniania warunku wiedzy i doświadczenia z § 6 ust. 1 pkt 2 SIWZ (Załącznik 4 - pozycje 1,3,6),
2) wykaz usług (załącznik 4a) złożony w dniu 31 lipca 2014 r. na potwierdzenie spełniania warunku z § 13 ust. 1-3 SIWZ stanowi część oferty MTP, na podstawie art. 5 ust. 1 Ustawy w zw. z § 13 ust. 3 SIWZ, ponieważ zamawiający ustalił w SIWZ, że ww. Załącznik 4a stanowi część oferty („(...) każdy z członków Komisji Przetargowej dokona indywidualnej oceny ofert w skali od 0 do 40 pkt (...)).
3) Skoro wykaz usług (załącznik 4a - pozycje 1-3) złożony w dniu 31 lipca 2014 r. zawiera te same usługi, co wykaz złożony w tym samym dniu w celu potwierdzenia spełniania warunku wiedzy i doświadczenia z § 6 ust. 1 pkt 2 SIWZ (Załącznik 4 - (pozycje 1,3,6), to należy uznać, że wykaz (Załącznik 4) w części pokrywającej się z wykazem z załącznika 4a stanowi część oferty MTP;
4) MTP w dniu 5 sierpnia 2014 r. złożyły nowy wykaz zamówień (załącznik 4) wraz z dowodami, który zawiera inne usługi niż wykaz usług (załącznik 4a) złożony w dniu 31 lipca 2014 r., tym samym MTP w tym dniu zmieniły swoją ofertę przez usunięcie usług 1, 3, 6;
Dowody: dokument złożony 31 lipca 2014 r. wykaz usług (załącznik 4a) na potwierdzenie spełniania warunku z § 13 ust. 1-3 SIWZ - w aktach postępowania przetargowego oraz dokument - wykaz złożony w tym samym dniu w celu potwierdzenia spełniania warunku wiedzy i doświadczenia z § 6 ust. 1 pkt 2 SIWZ (Załącznik 4) - na okoliczność potwierdzenia faktu, że wszystkie usługi wymienione w załączniku 4a znajdują się również w załączniku 4 (w załączniku 4 znajdują się również inne usługi).
Dowód: SIWZ - § 13 ust. 3 SIWZ zdanie pierwsze - w aktach postępowania - dowód na okoliczność treści postanowień SIWZ.

19

3. Odnosnie zarzutów 8-9 oraz zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z wszystkimi powyższymi zarzutami.

W rezultacie powyższych naruszeń zdaniem odwołującego, zamawiający naruszył:

- 1) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty MTP jako najkorzystniejszej, pomimo że oferta MTP powinna być odrzucona,
- 2) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania właściwej oceny i zaniechanie wyboru oferty odwołującego na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

Stwierdził, że w efekcie powyższych naruszeń, zostały przez zamawiającego naruszone zasady postępowania wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wskazywał, że powyższe czynności i zaniechania potwierdzają, że zamawiający lepiej traktuje MTP w stosunku do innych wykonawców, wbrew przepisom ustawy, prowadzi postępowanie w sposób, który narusza uczciwą konkurencję, ponieważ w warunkach uczciwej konkurencji to postępowanie powinien wygrać odwołujący.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 25 sierpnia 2014 r. pisemne zgłoszenie przystąpienia, w kopii przesłane stronom w dniu 27 sierpnia 2014 r. złożył po stronie zamawiającego wykonawca Międzynarodowe Targi Poznańskie sp. z o.o. (zwany dalej MPT), który wnosił o oddalenie odwołania, jako bezpodstawnego i utrzymanie w mocy decyzji zamawiającego wyboru jego oferty do realizacji zamówienia. W piśmie z dnia 3 września 2014 r. przystępujący przedstawił następującą argumentację: *„Okoliczność, iż oferta MTP odbiega od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert stanowi jedynie ewentualną przesłankę do wszczęcia przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej w zakresie badania czy cena jest rażąco niską. W żadnym wypadku nie stanowi to automatycznej przesłanki do odrzucenia oferty.*

Jak wynika też z orzecznictwa Izby (vide: wyrok z dnia 12 maja 2011 r., sygn. akt: KIO 896/11), poziom szczegółowości wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny nie może prowadzić do ich dyskwalifikacji. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę należy uznać za wystarczające, jeśli pozwalają zamawiającemu na dokonanie ich oceny - co w przedmiotowej sytuacji miało miejsce. Ustawodawca nie nadał postępowaniu wyjaśniającemu w przedmiocie rażąco niskiej ceny charakteru postępowania cywilnego, stąd nie ma wymogu, aby prawdziwość oświadczeń zawartych w wyjaśnieniach była poparta dowodami. Zamawiający w postępowaniu wyjaśniającym jedynie weryfikuje treść wyjaśnień z

logiki i doświadczenia życiowego. Nie sposób również przyznać racji Odwołującemu w zakresie pozostałych zarzutów sformułowanych w odwołaniu dotyczących rzekomego naruszenia art. 91 ust. 1, art. 26 ust. 3, art. 82 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Na uwagę zasługuje, iż uzupełnione przez Przystępującego zostały wyłącznie dokumenty potwierdzające spełnianie przez MTP warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający miał natomiast podstawy wezwać MTP do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, czy wskazane w wykazie usługi mają wykazywać spełnienie warunku udziału w postępowaniu, czy też służą ocenie kryterium doświadczenia (jako kryterium oceny ofert). Przystępujący jednak wyprzedził działania Zamawiającego w tym zakresie, co było dozwolone.

Wykonawca mógł samodzielnie uzupełnić powyższą dokumentację, co potwierdza ugruntowana linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej (...). W wyroku z dnia 4 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1551/10, Izba uznała, że wykonawca, co do zasady, nawet bez wezwania ze strony zamawiającego, gdy stwierdzi, iż zachodzą w stosunku do niego okoliczności wskazane w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, uprawniony jest do uzupełnienia dokumentów.

W innym orzeczeniu z dnia 15 czerwca 2011 r. (KIO 1169/11) przyjęto, że wezwanie do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń jest czynnością zastrzeżoną dla zamawiającego, jednak ustawa Pzp nie zawiera zakazu samodzielnego uzupełniania dokumentu lub oświadczenia, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp przez wykonawcę. Z kolei, zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 3 stycznia 2011 r. (KIO 2723/10), w sytuacji, gdyby okazało się, że uzupełnione dokumenty potwierdzały spełnianie warunku udziału w postępowaniu, pomimo uchybienia proceduralnego (z uwagi na brak wezwania ze strony zamawiającego do ich uzupełnienia), powinny być uwzględnione, jako mające znaczenie dla wyniku postępowania. W takiej sytuacji, nakazywanie zamawiającemu wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, już przedłożonych w postępowaniu przetargowym, byłoby działaniem sztucznym, obciążonym nadmiernym formalizmem, nie prowadzącym do zmiany tej oceny. Jak podała Izba w innym orzeczeniu z dnia 11 sierpnia 2011 r. (KIO 1654/11) chociaż wykonawca samodzielnie, bez oczekiwania na wezwanie zamawiającego przedłożył nowy wykaz, mógł być on uwzględniony przy ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu."

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania na zasadzie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę Międzynarodowe Targi Poznańskie sp. z o.o. do udziału w postępowaniu odwoławczym uznając, że przesłanki wymienione w art. 185 ust. 2 i 3 zostały spełnione.

21

Zamawiający w dniu 3 września 2014 r. złożył odpowiedź na odwołanie następującej treści:

„Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego:

1. art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MPT, pomimo, że oferta MPT zawiera rażąco niską cenę,

2. art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MPT z uwagi na niezłożenie wyjaśnień na wezwanie do wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny,

3. podniesionego z ostrożności art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MPT, pomimo że ocena wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę.

W świetle ugruntowanego orzecznictwa i dorobku doktryny, należy uznać, że ceną rażąco niską jest cena, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku. Rażąco niską ceną jest cena oderwana od realiów rynkowych. Należy przy tym podkreślić, że obowiązek odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę służy w szczególności temu, żeby eliminować z postępowania wykonawców niewiarygodnych i nierzetelnych z uwagi na proponowane przez

nich nierealistyczne ceny. W niniejszej sprawie Zamawiający nie zaniechał wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a tym samym nie naruszył art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut Odwołującego oparty został na odniesieniu kwoty zaoferowanej przez MTP 1379 124,11 zł brutto do:

1. szacunkowej wartości zamówienia 2 400 000 zł brutto.
2. informacji przekazanej Odwołującemu przez PARP na otwarciu ofert. cyt. z odwołania „(...) że kwota, którą może przeznaczyć na wykonanie zamówienia wynosi 2 500 000 zł brutto”, średniej ceny ofert złożonych 2 035 919, 96 zł brutto.

Odwołując dokonując czynności rachunkowej wyliczył % jaki kwota oferty MTP stanowi w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia, kwoty którą Zamawiający zamierza przeznaczyć oraz średniej ceny ofert.

W pierwszej kolejności stwierdzić należy, iż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę, co ważne w stosunku do przedmiotu zamówienia. Treść przywoływanej regulacji literalnie odnosi cenę do przedmiotu zamówienia. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12 czerwca 2013 r. stwierdziła „(...) przy badaniu rażąco niskiej ceny jedynym właściwym punktem odniesienia nie są ceny zaoferowane przez pozostałych wykonawców czy wartość szacunkowa zamówienia ustalona przez zamawiającego, lecz przedmiot zamówienia, co wprost wynika z art. 90 ust. 1 Prawa

zamówień publicznych (a także z art. 89 ust. 1 pkt 4 tej ustawy).” ...„Badania rażąco niskiej ceny dokonuje się w stosunku do przedmiotu zamówienia, (ceny całkowitej oferty), a nie do wyodrębnionej jego części, czy pozycji składowych. Wykonawca nie ma obowiązku wykazania rentowności w każdym szczegółowym elemencie kosztu realizacji zamówienia. Pojęcie rażąco niskiej ceny może być zatem odnoszone do ceny całkowitej oferty.

Zatem, odniesienie ceny, tak jak robi to Odwołujący przy konstrukcji zarzutu do szacunkowej wartości zamówienia, informacji przekazanej przez Zamawiającego i średniej ceny ofert z pominięciem przedmiotu zamówienia jest z założenia niewłaściwe i formalnoprawnie błędne.

Tematyka sposobu ustalania rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia wielokrotnie stanowiła przedmiot rozważań doktryny i judykatury. Orzecznictwo prezentuje szereg różnych kryteriów określenia, czy cena oferty jest, czy też nie ceną rażąco niską. Różnorodność prezentowanych stanowisk wynika niewątpliwie z faktu występowania wielorakich okoliczności, które w poszczególnych stanach faktycznych mają lub mogą mieć wpływ na właściwe określenie ceny. Kwestionując realność ceny MTP, Odwołujący nie odnosi się w żadnej mierze do przedmiotu zamówienia, który jest mu niewątpliwie znany i który został przed Odwołującego wyceniony. Odwołujący konstruując zarzut wybrał te kwoty pojawiające się w postępowaniu o udzielenie zamówienia, które są do niego najdogodniejsze z uwagi na cel odwołania, jakim jest wzruszenie decyzji Zamawiającego w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą. Odwołujący w żadnej mierze nie odniósł się do ceny zaproponowanej przez samego siebie, a zatem do ceny, która dla Odwołującego jest realna w stosunku do przedmiotu zamówienia. Szacując wykonanie przedmiotu zamówienia na kwotę 1 777 777,01 zł Odwołujący niewątpliwie uznał, że ta właśnie kwota stanowi wartość przedmiotu zamówienia.

Stosując metodę Odwołującego, stwierdzić należy, iż oferta Odwołującego podobnie, jak oferta MTP różni się również od stanowiącej punkt odniesienia dla Odwołującego: szacunkowej wartości zamówienia, informacji przekazanej przez Zamawiającego i średniej ceny ofert. Różnica w cenie pomiędzy ofertą MTP a ofertą Odwołującego się to 398 652,90zł.

Wyjaśnienia MTP potwierdzają, iż MTP posiada własne zaplecze np. sale konferencyjne, elementy budowlane, materiałowe, które tak jak w przypadku sali konferencyjnej oznaczają nieponoszenie kosztów związanych z udostępnieniem sali lub co się odnosi do bazy materiałowej, korzystnymi warunkami związanymi z pozyskaniem elementów. Zdaniem Zamawiającego, ceny MTP zwłaszcza w obliczu złożonych wyjaśnień i Odwołującego są ze sobą porównywalne. To, że MTP zaproponowało cenę niższą od pozostałych, nie jest przejawem szacowania poniżej kosztów, przeciwnie stanowi normalny

przejaw konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia. „Samo stwierdzenie różnic pomiędzy cenami zaoferowanymi w ofertach złożonych przez poszczególnych wykonawców jest naturalnym objawem konkurencji i nie jest wystarczające dla postawienia zarzutu rażąco niskiej ceny cenie którejs z ofert. Oferta najkorzystniejsza cenowo jest bowiem z reguły ofertą z ceną niższą niż szacunkowa wartość zamówienia.”

Wyjaśnienia MTP w całej rozciągłości potwierdziły, iż cena MTP jest ceną realną, pozwalającą na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Zamawiający w sposób prawidłowy ocenił wyjaśnienia MTP. Zamawiający nie ma najmniejszych wątpliwości, iż MTP jest podmiotem zdolnym do realizacji umowy za kwotę 1 379 124,11 zł. Złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, potwierdziły fakty, które z uwagi na dotychczasową współpracę były znane Zamawiającemu oraz utwierdziły Zamawiającego w przekonaniu, co do zdolności MTP. Tak na rynku krajowym, gdzie MTP jest liderem w dziedzinie organizacji targów, jak w zakresie międzynarodowym, MTP jest liczącym się podmiotem posiadającym niebudzące wątpliwości doświadczenie, powszechnie znane zaplecze organizacyjne oraz potwierdzoną w wyjaśnieniach z dnia 7 sierpnia 2014 r. w pkt 1 - 5 bazę, kontakty i możliwości organizacyjne. Zamawiający współpracował dotychczas z MTP m.in. przy realizacji zamówienia na usługę polegającą na wykonaniu zabudowy powierzchni, zapewnieniu wyposażenia oraz kompleksowej obsłudze stoisk wystawienniczych łącznie ponad 3 000 m² na targach CeBIT w dniach 5-9 marca 2013 r. w Hanowerze (zamówienie udzielone w drodze przetargu nieograniczonego, nr postępowania R/240/DPG/2012). Współpraca Zamawiającego z MTP poza pomyślnym zrealizowaniem przedsięwzięcia, zaowocowała również zdobyciem wiedzy dotyczącej metod działania MTP, w szczególności posiadania znaczącej bazy materiałowej, zasobów ludzkich oraz możliwości realizacyjnych.

W wyjaśnieniach w pkt 2 MTP utwierdziło Zamawiającego w przekonaniu, iż przy realizacji zamówienia zamierza wykorzystać posiadaną bazę elementów budowlanych, elementów stoisk, rekwizytów i mebli niezbędnych do budowy stoisk oraz zasobów ludzkich. Zgodnie z oszacowaniem wartości zamówienia, największe koszty generuje przygotowanie stoisk wystawienniczych na czterech targach we Włoszech. Wyjaśnienia potwierdziły, iż MTP zamierza skorzystać w tym względzie ze swojej bazy i zaplecza. Faktem znanym Zamawiającemu było posiadanie przez MTP w ramach swej struktury zespołu odpowiedzialnego za usługi z zakresu m.in. projektowania stoisk, kompleksowej budowy stoisk, pełnej obsługi logistycznej podczas targów, wyposażenia w meble i inne elementy aranżacji przestrzeni, usługi promocyjne (materiały reklamowe, gadżety promocyjne, itd.). Wyjaśnienia MTP potwierdziły tą okoliczność, dodając, iż ma to wpływ na możliwość przedłożenia korzystnych warunków. W tej części cena składająca się na cenę przedmiotu

24

zamówienia zaoferowana przez MTP w stosunku do kosztów Odwołującego jest korzystniejsza i należyte skalkulowana. Zamawiający nie ma powodu wątpić w okoliczność cenotwórczej właściwości posiadania przez MTP i skorzystania z bazy materiałowej i budowlanej.

W wyjaśnieniach w pkt 4 MTP utwierdziło Zamawiającego w przekonaniu, iż nie ponosi kosztów związanych z posiadaniem sali konferencyjnej na potrzeby spotkań b2b. Elementem niniejszego zamówienia mającym wpływ na cenę końcową jest organizacja misji przyjazdowej włoskich firm do Polski. Jednym z punktów programu misji będą spotkania b2b, na potrzeby, których Wykonawca będzie musiał dokonać najmu sali konferencyjnej wraz z wyposażeniem podczas targów Polagra Food 2015. Targi Polagra Food corocznie odbywają się na terenie Międzynarodowych Targów Poznańskich, gdzie MTP posiada sale konferencyjne i nie ponosi kosztów związanych z wynajmem. W tej części cena składająca się na cenę przedmiotu zamówienia zaoferowana przez MTP w stosunku do kosztów Odwołującego jest korzystniejsza. Wynika to z obiektywnego faktu posiadania zaplecza konferencyjnego przez MTP.

W wyjaśnieniach w pkt 3 i 5 MTP potwierdził Zamawiającemu, iż współpracuje ze spedytorem oraz posiada sieć partnerów m.in. we Włoszech, a więc w kraju organizacji targów, dzięki czemu MTP uzyskało korzystne warunki współpracy i zaangażowania we wszystkie z 4 targów.

Zamawiający de facto wezwał MTP do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z ostrożności. Zwrócić należy uwagę na fakt, iż w pozostałym zakresie np. ceny najmu powierzchni

koszty zaproponowane przez MTP i Odwołującego są porównywalne. Co za tym idzie, MTP w sposób należyty zaproponowało niższe koszty w częściach, w których posiada własne środki, materiały, sale itp.

Reasumując, w ocenie Zamawiającego podjętej m.in. w wyniku otrzymanych wyjaśnień, ponad wszelką wątpliwość stwierdzić należy, iż cena zaproponowana przez MTP nie stanowi ceny rażąco niskiej, jest ceną realną, gwarantującą należyte wykonanie zamówienia bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę. Doświadczenie MTP, potwierdzenie skorzystania z zaplecza materiałowego, elementów budowy: stoisk, mebli, skorzystania z usług partnerów we Włoszech, własnego zaplecza konferencyjnego, kontaktów spedycyjnych w sposób wyczerpujący uwiarygadnia możliwość wypełnienia kontraktu za zaoferowaną cenę. W wyroku z dnia 15 marca 2013 r. Krajowa Izba Odwoławcza stanęła na stanowisku: „Dla uznania, że cena jest rażąco niska konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę.” W realiach

25

sprawy, zdaniem Zamawiającego zagrożenie takie w żadnym razie nie występuje. „Obiektywne czynniki i wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy w sposób zindywidualizowany, nie wykluczają możliwości powoływania się na czynniki przynależne każdej formie prowadzenia działalności gospodarczej, w tym organizacji, składnikom majątkowym materialnym i niematerialnym.”

Nie można zgodzić się z zarzutem Odwołującego, jakoby wyjaśnienia MTP były niewystarczające, ograniczone, nierzetelne, czy nieumotywowane. Brak jest regulacji określającej sposób udzielania wyjaśnień statuującej obowiązek wskazywania kwot np. rabatów, oszczędności itp., nakładającej zobowiązanie do wskazania dowodów. Ustawodawca pozostawił w tym względzie dowolność. W wyroku z dnia 07 marca 2013 r. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła „(...) Należy przy tym zauważyć, że w ustawie nie określono żadnych szczególnych wymagań co do wymaganego zakresu wyjaśnień, poza tym, że mają one wskazywać obiektywne czynniki, które mają wpływ na cenę oferty wykonawcy.”

Adresat wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny ma obalić domniemanie rażąco niskiej ceny. Powstaje pytanie, kiedy dochodzi do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, odpowiedź jest jedna, w momencie, w którym wykonawca tą cenę wyjaśni, to znaczy rozwieje wątpliwości Zamawiającego dotyczące możliwości zrealizowania zobowiązania w oferowanej kwocie.

„Okoliczności takie, jak doświadczenie w wykonywaniu określonych robót lub duże obroty firmy mają znaczenie i wpływ na cenę oferty. Powyższe okoliczności stanowią niewątpliwie wartość gospodarczą, która przekłada się na koszty prowadzonej działalności gospodarczej, a w związku z tym okoliczności te nie mogą być pomijane przy ocenie czynników mających znaczenie dla poziomu ceny oferty”.

Dyspozycja normy art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, uprawnia zamawiającego do uznania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w przypadku, gdy wykonawca w wyjaśnieniach wykaże obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, itp. Katalog okoliczności uzasadniających wysokość oferowanej ceny podany w art. 90 ust. 2 ustawy nie jest wyczerpujący. Ponadto, zwrot, że obiektywne czynniki mają być dostępne wykonawcy w sposób zindywidualizowany - nie oznacza, że nie mogą zostać wskazane takie okoliczności, jak często przywoływany argument prowadzenia działalności w znacznych rozmiarach. Ważna jest bowiem skala tego zjawiska - dostępna indywidualnie dla konkretnego wykonawcy - i jej możliwy i realny wpływ na wyliczenie ceny oferty.”

26

Nie można zgodzić się z zarzutem Odwołującego, jakoby MTP nie wyjaśnił wszystkich składników oferty, co winno skutkować odrzuceniem oferty MTP z uwagi na rażąco niską cenę. Zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ofertę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Brak jest ustawowego

obowiązku wyjaśniania wszystkich czynników wpływających na cenę. MTP poprawnie wymienił obiektywne czynniki potwierdzające prawidłowość wycenienia przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem posiadanych przez oferenta możliwości i warunków świadczenia usługi.

„Badania rażąco niskiej ceny dokonuje się w stosunku do przedmiotu zamówienia, (ceny całkowitej oferty), a nie do wyodrębnionej jego części, czy pozycji składowych. Wykonawca nie ma obowiązku wykazania rentowności w każdym szczegółowym elemencie kosztu realizacji zamówienia. Pojęcie rażąco niskiej ceny może być zatem odnoszone do ceny całkowitej oferty”. W tym miejscu zasadnym jest ponowne podniesienie, iż wyjaśnienia MTP w całej rozciągłości potwierdziły Zamawiającemu fakt możliwości należytego wykonania zamówienia w oferowanej cenie.

Mając powyższe na względzie stwierdzić należy, iż zarzuty z pkt 1-3 odwołania pozbawione są podstaw i jako takie nie zasługują w całości na uwzględnienie. Odnosząc się do zarzutów z pozycji 4 -7- odwołania.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 14.07.2014 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2014/S 135-242859 z dnia 17.07.2014 r.

Zmiana treści ogłoszenia została przekazana Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich: w dniu 22.07.2014r, oraz opublikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2014/S 141-252999 z dnia 25.07.2014 r.

Zamawiający pierwotnie w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia określił warunki udziału w postępowaniu dotyczące wiedzy i doświadczenia:

1) O udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: (...) 2) posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali należycie co najmniej:

a) 3 usługi obejmujące zabudowę wraz z wyposażeniem powierzchni wystawienniczej o powierzchni co najmniej 100 m² każda na międzynarodowych imprezach targowych, w tym przynajmniej jednej za granicą, o wartości co najmniej 120 000 zł brutto każda (w przypadku, jeżeli wartość zamówienia została wyrażona w walucie obcej -

27

wyrażona w złotych równoważność tej kwoty wg średniego kursu NBP z dnia zawarcia umowy);

b) 3 usługi z zakresu kompleksowej obsługi stoiska targowego podczas międzynarodowych imprez targowych, w tym przynajmniej jednej za granicą (w ramach usługi Wykonawca musiał zapewnić m.in. obsługę asystencką (...) i cateringową), o wartości usług co najmniej 50 000 zł brutto każda (w przypadku, jeżeli wartość zamówienia została wyrażona w walucie obcej - wyrażona w złotych równoważność tej kwoty wg średniego kursu NBP z dnia zawarcia umowy);

c) 3 usługi polegające na organizacji wydarzenia o charakterze informacyjno-promocyjnym (np. seminarium, konferencja, forum), w tym co najmniej jednego za granicą (w ramach usługi Wykonawca musiał zapewnić m.in. salę konferencyjną, zaproszenie gości i obsługę cateringową).

Przy ocenie punktowej ofert składanych w postępowaniu Zamawiający określił kryterium ceny i doświadczenie wykonawcy. Kryterium Doświadczenie Wykonawcy dopuszczalne jest na podstawie art. 5 ust. 1 uPzp z uwagi na fakt, że usługi będące przedmiotem postępowania są usługami o charakterze niepriorytetowym na podstawie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym (Dz. U. Nr 12, poz. 68).

Przepisy ustawy Pzp statuują niekwestionowane prawo zamawiającego do ustalania takich kryteriów oceny ofert, które są niezbędne do dokonania wyboru oferty w największym stopniu spełniającej jego oczekiwania. W tej sytuacji Zamawiający, z uwagi na charakter usługi o wysokim priorytecie dla Polski chciał pozyskać Wykonawcę, który posiada największe doświadczenie w realizacji usług o podobnym charakterze.

W ramach kryterium „Doświadczenie Wykonawcy” oferta podlegała ocenie w następujący sposób:

a) 40 punktów uzyska oferta tego Wykonawcy, który przedstawi w wykazie należycie wykonanych zamówień, co najmniej 2 usługi polegające na zabudowie wraz z

wyposażeniem powierzchni wystawienniczej na zagranicznych imprezach targowych dla branży spożywczej, o wartości co najmniej 120 000 zł każda (usługa powinna być zrealizowana w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie),

b) 20 punktów uzyska oferta tego Wykonawcy, który przedstawi w wykazie należycie wykonanych zamówień, co najmniej 1 usługę polegającą na zabudowie wraz z wyposażeniem powierzchni wystawienniczej na zagranicznych imprezach targowych (usługa powinna być dla branży spożywczej, o wartości co najmniej 120 000 zł każda

28

zrealizowana w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie),

c) 0 punktów uzyska oferta tego Wykonawcy, który nie przedstawi w wykazie należycie wykonanych zamówień usług polegających na zabudowie wraz z wyposażeniem powierzchni wystawienniczej na zagranicznych imprezach targowych, w tym dla branży spożywczej, o wartości co najmniej 120 000 zł (usługa powinna być zrealizowana w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie).

- wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie usług wskazanych w wykazie.

Ponadto Zamawiający zapisał: Usługi wskazane na potwierdzenie spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, nie będą punktowane. Ocenie podlegać będą jedynie usługi wskazane ponad usługi podstawowe. Usługi wskazane w wykazie jako usługi wykonane przez inne niż wykonawca podmioty nie będą brane pod uwagę przy ocenie w tym kryterium.

W trakcie postępowania Odwołujący wniósł o zmianę SIWZ zarzucając Zamawiającemu kryteria sprzeczne z art. 22 ust. 4 ustawy

„W § 13 ust. 3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Zamawiający wskazał, że określoną ilość punktów uzyska oferta Wykonawcy, który przedstawi w wykazie należycie wykonanych zamówień, usługi polegające na zabudowie wraz i wyposażeniem powierzchni wystawienniczej na zagranicznych imprezach targowych dla branży spożywczej. ”

W związku z tym Zamawiający dokonał następującej zmiany § 13 SIWZ, który otrzymał brzmienie:

„§ 13 Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert

3. W ramach kryterium „Doświadczenie Wykonawcy” każdy z członków Komisji Przetargowej dokona indywidualnej oceny ofert w skali od 0 do 40 pkt. w następujący sposób:

a) 40 punktów uzyska oferta tego Wykonawcy, który przedstawi w wykazie należycie wykonanych zamówień co najmniej 2 usługi polegające na zabudowie wraz z wyposażeniem powierzchni wystawienniczej na zagranicznych imprezach targowych, w tym co najmniej 1 dla branży spożywczej, o wartości co najmniej 120 000 zł każda (usługa powinna być zrealizowana w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie),

b) 20 punktów uzyska oferta tego Wykonawcy, który przedstawi w wykazie należycie wykonanych zamówień co najmniej 1 usługę polegającą na zabudowie wraz z

wyposażeniem powierzchni wystawienniczej na zagranicznych imprezach targowych o wartości co najmniej 120 000 zł (usługa powinna być zrealizowana w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie),

c) 0 punktów uzyska oferta tego Wykonawcy, który nie przedstawi w wykazie należycie wykonanych zamówień usług polegających na zabudowie wraz z wyposażeniem powierzchni wystawienniczej na zagranicznych imprezach targowych o wartości co najmniej 120 000 zł (usługa powinna być zrealizowana w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy -

w tym okresie)".

Zamawiający w pkt 3 lit. b i c usunął zapis dotyczący branży spożywczej.

W przedmiotowym postępowaniu, do terminu składania ofert, zostało złożone 5 ofert. Zamawiający dokonał badania i oceny ofert. W dniu 14 sierpnia 2014r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający nie naruszył art. 91 ust. 1 uPzp (zarzut nr 4 odwołania) ponieważ dokonał wyboru oferty MTP, najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Wykonawca MTP przedstawił najkorzystniejszą ofertę cenową za co uzyskał 60 pkt, natomiast w kryterium Doświadczenie wykonawcy uzyskał na podstawie przedstawionego w ofercie doświadczenia w Załączniku nr 4 i 4a - 40 pkt. Tą samą zasadę Zamawiający zastosował wobec wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu, co wynika z Karty Oceny Ofert członków komisji przetargowej.

Zamawiający wyjaśnia, że kryterium oceny ofert obejmowało usługi polegające na zabudowie wraz z wyposażeniem powierzchni wystawienniczej na zagranicznych imprezach targowych § 13 ust. 3 SIWZ. Zastrzeżenie z § 13 ust. 3 SIWZ, że usługi na potwierdzenie spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia nie będą punktowane dotyczą więc tylko warunku dotyczącego zabudowy wraz z wyposażeniem powierzchni wystawienniczej. Tym samym, jeżeli wykonawca wykazał się usługami, które obejmowały także pozostałe warunki udziału w postępowaniu (obsługa stoiska targowego, organizacji wydarzenia o charakterze informacyjno-promocyjnym), to Zamawiający nie miał podstaw do niezaliczenia ich także do kryterium oceny ofert.

Z całą stanowczością należy podkreślić, że Zamawiający przy ocenie kryterium doświadczenia nie brał pod uwagę usług wskazanych przez MTP na potwierdzenie spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie, o którym mowa w § 6 ust. 1 ppkt 2 lit. a SIWZ. Idąc za powyższym MTP w wykazie usług na spełnienie warunków (załącznik nr 4) wykazał usługi, które zarówno spełniły warunki udziału w postępowaniu

30

dotyczące § 6 ust. 1 ppkt 2 lit. a tj. - poz. 1-3 wykazu, jaki i również usługi dotyczące kryterium doświadczenia pozycja 4 i 6 wykazu, mimo że spełniały one warunek określony § 6 ust. 1 ppkt 2 lit. b.

W żadnych zapisach SIWZ Zamawiający nie zapisał, że w kryterium oceny ofert nie będą oceniane usługi spełniające warunki udziału w postępowaniu określone w § 6 ust. 1 ppkt 2 lit. b i c. Jedynie zastrzegł, że usługi wskazane na potwierdzenie spełnienia warunku na posiadanie wiedzy doświadczenia nie będą punktowane ale oczywistym jest, że dotyczą one zabudowy wraz z wyposażeniem stanowisk wystawienniczych.

Poniżej Zamawiający wyjaśnia swoją ocenę ofert, która została przedstawiona w Załączniku do rekomendacji - karta oceny
Międzynarodowe Targi Poznańskie:

poz. 1 Wykazu - usługa zaliczona do warunku o którym mowa w § 6 ust. 1 pkt 2 lit. a) poz. 2

Wykazu - usługa zaliczona do warunku o którym mowa w § 6 ust. 1 pkt 2 lit. a) i b)

poz. 3 Wykazu - usługa zaliczona do warunku o którym mowa w § 6 ust. 1 pkt 2 lit. a)

poz. 4 Wykazu - usługa zaliczona do warunku o którym mowa w § 6 ust. 1 pkt 2 lit. b) oraz zaliczona do kryterium oceny ofert.

poz. 5 Wykazu - usługa zaliczona do warunku o którym mowa w § 6 ust. 1 pkt 2 lit. b)

poz. 6 Wykazu - usługa zaliczona do warunku o którym mowa w § 6 ust. 1 pkt 2 lit. b) oraz zaliczona do kryterium oceny ofert

poz. 7 Wykazu - usługa zaliczona do warunku o którym mowa w § 6 ust. 1 pkt 2 lit. c)

poz. 8 Wykazu - usługa zaliczona do warunku o którym mowa w § 6 ust. 1 pkt 2 lit. c)

poz. 9 Wykazu - usługa zaliczona do warunku o którym mowa w § 6 ust. 1 pkt 2 lit. c)

Wymaga też wyjaśnienia, że zastrzeżenia Odwołującego w zakresie oceny załączników 4 i 4a są bezpodstawne z uwagi na to, że są one jedynie wzorami do SIWZ i stanowią pomoc Komisji Przetargowej przy ocenie ofert. Wykonawca zobowiązany jest jedynie do przedstawienia w ofercie informacji na podstawie, których Zamawiający ma możliwość dokonać badania i oceny ofert zgodnie z wymogami określonymi w specyfikacji. To oznacza, że wykonawca MTP mógł wykazać zarówno w załączniku 4, jak i 4a te same informacje, a to do decyzji komisji przetargowej należała ocena ich treści i ocena spełnia warunku udziału w postępowaniu i ocena kryterium doświadczenia.

Zapis i zastosowanie takiej oceny przez Zamawiającego nie ograniczają konkurencji

ale jak można zauważyć w tej sytuacji zostały zastosowane na korzyść wykonawców i taką ocenę zamawiający dokonał w każdej z ofert.

Jedynie z ostrożności Zamawiający wyjaśnia, że niejednoznaczne i nieprecyzyjne zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający powinien zawsze

31

rozstrzygać na korzyść wykonawcy. W podobny sposób wypowiedział się również Zespół Arbitrów w sprawie UZP/ZO/O817/05. Orzeczenie wskazywało, że wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych skutków w zakresie niejednoznacznych postanowień specyfikacji. Nie można na niekorzyść wykonawców interpretować postanowień specyfikacji, które mogą budzić wątpliwości, gdyż działają oni w zaufaniu do zamawiającego, na którym ciąży obowiązek jednoznacznego i jasnego sformułowania specyfikacji. Wykonawcy nie mogą być obciążeni negatywnymi skutkami niewystarczającego doprecyzowania przez Zamawiającego postanowień specyfikacji. Według Zespołu Arbitrów (wyrok z 24 kwietnia 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/O- 442/07), specyfikacja jest podstawowym dokumentem określającym warunki udziału w postępowaniu, warunki, na jakich należy złożyć ofertę w tym postępowaniu oraz według jakich zasad będą dokonywane badanie i ocena ofert oraz wybór najkorzystniejszej oferty. Postanowienia zawarte w specyfikacji powinny być jasne, zrozumiałe i jednoznaczne oraz zgodne z podstawowymi zasadami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, a w szczególności z zasadą równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Specyfikacja ma chronić interes zamawiającego i gwarantować mu, że otrzyma dobro, które rzeczywiście było przedmiotem zamówienia. Specyfikacja ma chronić również interes prawny wykonawcy, że jego oferta, jeżeli będzie najkorzystniejsza, zostanie wybrana w przetargu. Dlatego postanowienia specyfikacji muszą być precyzyjne, jednoznaczne, a wątpliwości powstałe na tym tle powinny być: z zachowaniem przepisów prawa, rozstrzygane na korzyść wykonawcy (wyrok ZA z 30 maja 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/O-1076/05; wyrok ZA z 18 sierpnia 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/O- 2197/05).

Tym samym, zamawiający nie może obciążać wykonawców odpowiedzialnością za swój brak precyzji w formułowaniu specyfikacji i w związku z tym nie może wykluczyć wykonawców, którzy spełniają ogólnie postawione warunki udziału w postępowaniu.

Zamawiający tą samą metodę oceny zastosował wobec wszystkich wykonawców.

Ponadto Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 82 ust. 1 pzp, w związku z uznaniem uzupełnienia oferty przez MTP, którym to MTP dokonało zmiany złożonej oferty.

W dniu 05.08.2014 r., Wykonawca MTP przesłał do Zamawiającego pismo zatytułowane Uzupełnienie, w którym potwierdził, że w ramach usług przedstawionych wraz ze złożoną w dniu 04.08.2014 r. ofertą wykonywał również obsługę cateringową.

Wykonawca złożył powyższe pismo bez uprzedniego wezwania go przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień, czy w ramach przedstawionych usług były świadczone również usługi cateringowe.

32

Złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia Wykonawcy nie są sprzeczne z zapisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dlatego też Zamawiający uznał przesłane wyjaśnienia i zaniechał wzywania Wykonawcy w powyższym zakresie. Dlatego zarzut nr 6 Odwołującego nie znajduje podstaw ponieważ Zamawiający nie uznał nowego Wykazu usług i żadne wskazane dodatkowe usługi nie były brane przy ocenie przez Zamawiającego. Pismo nazwane przez MTP jako uzupełnienie zostało potraktowane przez Zamawiającego jedynie jako wyjaśnienie wątpliwości powziętych przez niego w zakresie usług cateringowych - w zakresie warunku § 6 ust. 1 pkt 2 lit b. W wyniku złożenia przedmiotowego pisma MTP nie dostało jakichkolwiek punktów ponad te, które wynikały z oferty.

Samodzielne uzupełnienie nie można też traktować, jako złożenie drugiej oferty (zarzut 7 - naruszenie art. 82 ust. 1 ustawy), w świetle powyższego nie ma to podstaw prawnych.

Mając powyższe na uwadze zarzuty Odwołującego w całości pozbawione są uzasadnionych podstaw i winny podlegać oddaleniu."

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania z załącznikami,

specyfikacji istotnych warunków zamówienia ze zmianami, oferty przystępującego MTP i oferty odwołującego, korespondencji między zamawiającym a przystępującym.

Ponadto Izba rozważyła stanowiska stron i uczestnika przedstawione w złożonych pismach i do protokołu rozprawy.

Dowody przedłożone na rozprawie przez odwołującego oraz przystępującego w odniesieniu do kalkulowania cen złożonych ofert - praktycznie nie miały znaczenia dla podjętego rozstrzygnięcia - sprowadzającego się do nakazania zamawiającemu powtórzenia wadliwie przeprowadzonej procedury wyjaśniania ceny oferty MTP.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak nakazuje art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest „Promocja Polskiej Gospodarki poprzez organizację udziału Polski w imprezach targowo-wystawienniczych we Włoszech przy okazji Wystawy Światowej Expo 2015 w Mediolanie”.

W zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawców uprawnionych do ubiegania się o zamówienie zamawiający ustanowił następujące warunki udziału w postępowaniu § 6 ust. 1 pkt 2 SIWZ – wykazania się realizacją:

33

a) 3 usług obejmujących zabudowę wraz z wyposażeniem powierzchni wystawienniczej o powierzchni co najmniej 100 m² każda na międzynarodowych imprezach targowych, w tym przynajmniej jednej za granicą, o wartości co najmniej 120 000 zł brutto każda;

b) 3 usług z zakresu kompleksowej obsługi stoiska targowego podczas międzynarodowych imprez targowych, w tym przynajmniej jednej za granicą (w ramach usługi Wykonawca musiał zapewnić m.in. obsługę asystencką-(hostessy i hostów) i cateringową), o wartości usług co najmniej 50 000 zł brutto każda;

c) 3 usług polegających na organizacji wydarzenia o charakterze informacyjno-promocyjnym (np. seminarium, konferencja, forum), w tym co najmniej jednego za granicą (w ramach usługi Wykonawca musiał zapewnić m.in. salę konferencyjną, zaproszenie gości i obsługę cateringową).

Wykonawca zobowiązany był złożyć - wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert - a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, głównych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów na rzecz, których usługi zostały wykonane według wzoru załącznika nr 4 do SIWZ.

SIWZ § 13. Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert.

1. Przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający będzie kierować się kryterium:

Lp. Kryterium; Liczba punktów(waga)

1. Cena 60

2. Doświadczenie Wykonawcy 40

Kryterium Doświadczenie Wykonawcy dopuszczalne jest na podstawie art. 5 ust. 1 uPzp z uwagi na fakt, że usługi będące przedmiotem postępowania są usługami o charakterze niepriorytetowym na podstawie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym (Dz. U. Nr 12, poz. 68).

2. W kryterium „Cena” najwyższą liczbę punktów (60) otrzyma oferta zawierająca najniższą cenę brutto, a każda następna odpowiednio zgodnie ze wzorem:

Liczba punktów oferty ocenionej = (cena oferty najniżej skalkulowanej x 60): cena oferty ocenianej.

34

3. W ramach kryterium „Doświadczenie Wykonawcy” każdy z członków Komisji Przetargowej dokona indywidualnej oceny ofert w skali od 0 do 40 pkt. w następujący sposób:

a) 40 punktów uzyska oferta tego Wykonawcy, który przedstawi w wykazie należycie wykonanych zamówień co najmniej 2 usługi polegające na zabudowie wraz z wyposażeniem powierzchni wystawienniczej na zagranicznych imprezach targowych, w tym

co najmniej 1 dla branży spożywczej, o wartości co najmniej 120 000 zł każda (usługa powinna być zrealizowana w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie),

b) 20 punktów uzyska oferta tego Wykonawcy, który przedstawi w wykazie należycie wykonanych zamówień co najmniej 1 usługę polegającą na zabudowie wraz z wyposażeniem powierzchni wystawienniczej na zagranicznych imprezach targowych o wartości co najmniej 120 000 zł (usługa powinna być zrealizowana w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie),

c) 0 punktów uzyska oferta tego Wykonawcy, który nie przedstawi w wykazie należycie wykonanych zamówień usług polegających na zabudowie wraz z wyposażeniem powierzchni wystawienniczej na zagranicznych imprezach targowych o wartości co najmniej 120 000 zł (usługa powinna być zrealizowana w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie)".

Zamawiający w pkt 3 lit. b i c usunął pierwotny zapis SIWZ dotyczący branży spożywczej.

Usługi wskazane na potwierdzenie spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, nie będą punktowane. Ocenie podlegać będą jedynie usługi wskazane ponad usługi podstawowe. Usługi wskazane w wykazie, jako usługi wykonane przez inne niż wykonawca podmioty nie będą brane pod uwagę przy ocenie w tym kryterium.

W § 18 SIWZ zamawiający podał, że załącznik nr 4a stanowi wzór wykazu wykonanych zamówień do kryterium: „Doświadczenie wykonawcy”

Zestawienie cen zaofertowanych w ofertach przedstawia się następująco:

A) 2 890 573 zł brutto - konsorcjum: Deko-Bau sp. z o.o., Magdalena Pawlik ART Anima Agencja Artystyczna

B) 2 317 373,50 zł brutto - konsorcjum: Partner of Promotion sp. z o.o., VMG sp. z o.o.

C) 1 814 752,20 zł brutto - Agencja M Promotion sp. z o.o.

D) 1 777 777,01 zł brutto - odwołujący

35

E) 1 379 124,11 zł brutto - MTP

Szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia 1 951 219,51 zł, 2 400 000,00 zł brutto, a środki które zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to 2 500 000 zł brutto.

Termin składania ofert 4.08.2014 r.

MTP w formularzu oferty według wzoru zał. nr 6 wyceniło wyszczególnione tam pozycje w następujący sposób:

1 Przygotowanie projektów powierzchni wystawienniczej; 2; 4 059,00; 8 118,00

2 Najem powierzchni wystawienniczej na targach Salone Internazionale del Gusto w Turynie; 1; 116 358,00; 116 358,00

3 Najem powierzchni wystawienniczej na targach EIMA International w Bolonii; 1; 83 344,80; 83 344,80

4 Najem powierzchni wystawienniczej na targach TUTTO FOOD w Mediolanie 1; 130 902,75; 130 902,75

5 Najem powierzchni wystawienniczej na targach MACFRUT w Cesenie; 1; 78; 641,65 78 641,65

6 Organizacja polskiego udziału w targach we Włoszech w zakresie (w tym zakup reklamy, wykonanie zabudowy, obsługa stoiska, przygotowanie materiałów promocyjno-reklamowych, promocja wydarzenia, zapewnienie udziału firm, oraz organizacja seminarium; 4; 230 875,34; 923 501,36

7 Organizacja misji przyjazdowej włoskich importerów produktów i maszyn rolno-spożywczych do Polski 38 357,55 zł.

Razem: 1 379 124,11 zł brutto.

W stosunku do cen wyspecyfikowanych w formularzu ofertowym elementów realizacji zamówienia między ofertami MTP i odwołującego znaczące różnice występują jedynie w pozycji 6 i 7, gdzie dla pozycji 6 odwołujący podał cenę tego elementu w kwocie ogółem 1 284 456,12 zł, a dla pozycji 7 podał cenę elementu w kwocie 67 725,65 zł.

Pismem z dnia 6.08.2014 r. zamawiający wezwał wykonawcę MTP sp. z o.o. do złożenia

wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

„Na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, zwracam się z prośbą o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaproponowanej przez Wykonawcę ceny, w szczególności o wyjaśnienie części składowych

36

zaoferowanych cen. Zamawiający oceniając wyjaśnienie weźmie pod uwagę okoliczności, o których mowa w art. 90 ust. 2 Pzp.

Wyjaśnienia należy przesłać (...) w terminie do dnia 11 sierpnia 2014 r.

Jednocześnie informuję, iż w przypadku nie złożenia przez Wykonawcę wyjaśnień lub, jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, oferta podlegać będzie odrzuceniu w trybie art. 89 ust 1 pkt 4 Pzp.”

W odpowiedzi przystępujący MTP sp. z o.o. złożył w dniu 11.08.2014 r. następujące wyjaśnienia:

„Międzynarodowe Targi Poznańskie sp. z o.o., działając zgodnie z ustawą - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zmianami), w związku z wezwaniem Zamawiającego do złożenia wyjaśnień z dnia 10 lipca 2014 r.: [data omyłkowa] niniejszym informuję o powodach i elementach mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny za realizację przedmiotu zamówienia:

1. Międzynarodowe Targi Poznańskie sp. z o.o. to lider polskiego przemysłu targowego. MTP posiadają 90 letnie doświadczenie w organizowaniu imprez targowych i wystawienniczych zarówno w kraju jak i zagranicą. Szerokie kontakty oraz współpraca z partnerami zagranicznymi, która została podjęta na przestrzeni lat, przynosi wymierne korzyści chociażby pod postacią udzielanych MTP rabatów.
2. Przygotowanie proponowanego przez Wykonawcę typu zabudowy jest zgodne z warunkami jakie postawił w SIWZ Zamawiający. Ponieważ MTP sp. z o.o. posiadają jedne z największych baz elementów niezbędnych do budowy stoisk, rekwizytów i mebli targowych, które to są elementami powtarzalnymi, niezbędnymi do budowy stoisk oraz dysponują zasobami ludzkimi o doświadczeniu i bardzo dużej biegłości w montażach stoisk, mogły zaproponować korzystne warunki w przedłożonej ofercie.
3. Nie bez znaczenia pozostaje wieloletnia współpraca z przedsiębiorstwami oferującymi usługi przewozowe i spedycyjne, która pozwala na uzyskanie wyjątkowo korzystnych cenowych transportu produktów Zamawiającego oraz podwystawców. warunków Wielokrotnie realizowane projekty w różnych częściach świata, w tym wymienione w Załącznikach 4 i 4a do SOPZ, obejmowały swym zakresem spedycję drobnicową materiałów promocyjnych i eksponatów, stąd wycena tej usługi przez MTP przygotowana została z należytą starannością w oparciu o najbardziej aktualne taryfy oraz doświadczenie.
4. Zamawiający założył w ramach zamówienia organizację misji przyjazdowej włoskich firm do Polski, w tym zapewnienie udziału w spotkaniach B2B w sali konferencyjnej na

37

terenie Międzynarodowych Targów Poznańskich. Targi Poznańskie nie ponoszą kosztów związanych z udostępnieniem sali oraz jej wyposażeniem będącym własnością MTP. Na uwadze mieć również należy koszty usługi cateringowej, zapewnionej przez partnerów MTP, obsługujących największe wydarzenia organizowane na MTP, którzy w ramach wieloletniej współpracy oferują najkorzystniejsze warunki cenowe.

5. Rozbudowana sieć agentów MTP, w tym naszych włoskich partnerów pozwoliła na uzyskanie najkorzystniejszych warunków współpracy z potencjalnym członkami personelu asystenckiego - hostessami, tłumaczami i kucharzem - którzy zaangażowani będą w działania podejmowane podczas wszystkich czterech imprez targowych ujętych w zamówieniu.

W związku z powyższymi wyjaśnieniami Międzynarodowe Targi Poznańskie sp. z o.o. podtrzymują swoją ofertę złożoną w przedmiotowym postępowaniu i wnoszą o uznanie, iż zaproponowana przez nie cena, nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wykonawca, Międzynarodowe Targi Poznańskie sp. z o.o. informuje jednocześnie, iż w

przedłożonym w ofercie dokumencie-załączniku nr 4 dokonał omyłki pisarskiej. Omyłka ta była wynikiem niedokładności przypadkowej Wykonawcy spowodowanej przeklejeniem, poprzez skrót klawiszy CTRL+V, treści załącznika 4a w załącznik 4. W tym przypadku, zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 11 marca 2011 roku (KIO 404/11), omyłka pisarska była wynikiem przeoczenia lub innej wady procesu myśloworedakcyjnego (Wykonawca świadomie, wiedząc, iż ma przedstawić różne usługi nie dokonałby ich powielenia w dwóch dokumentach [sic]), a jej poprawienie nie doprowadziło do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli. Wykonawca wskazuje jednocześnie na orzecznictwo w zakresie omyłek pisarskich tego typu i wykladnię w tym zakresie „Oczywista omyłka pisarska polega również na pominięciu określonego zapisu, w szczególności poprzez techniczne, często komputerowe i automatyczne przesunięcie tekstu, czy też pominięcie fragmentu tekstu, który - jak wskazuje kontekst i całość dokumentu - powinien znaleźć się w danym dokumencie. Powyższe w szczególności dotyczy zestawień o charakterze tabelarycznym (...)” (KIO/UZP 319/09; KIO/UZP 320/09; KIO/UZP 321/09). Dokument, o którym mowa, miał charakter tabelaryczny a tekst został przesunięty automatycznie. Wykonawca, o czym nie napisał we wcześniej przesłanym piśmie przewodnim, poprawił omyłkę pisarską i przesłał skorygowany dokument w dniu 05 sierpnia 2014 r., dokonując uzupełnienia, złożonego w postępowaniu znak sprawy: p/347/DPG/2014, niekompletnie wypełnionego dokumentu (załącznik nr 4), Wykonawca przeprowadzając korektę dokonał „uzdrowienia” treści oferty (sensu stricto) na warunkach określonych przepisami Ustawy Prawo Zamówień Publicznych.”

38

Odrębnym pismem z dnia 5 sierpnia 2014 r. przesłanym faksem, a następnie 11 sierpnia 2014 r. w oryginale - przystępujący MTP powiadomił zamawiającego, że: „Wykonawca, Międzynarodowe Targi Poznańskie sp. z o.o. dokonują uzupełnienia, złożonego w postępowaniu, niekompletnie wypełnionego dokumentu (niezamieszczenie zapisu potwierdzającego wykonanie obsługi cateringowej), załącznika nr 4 - wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert - a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, głównych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów na rzecz, których usługi zostały wykonane, w zakresie:

- a) 3 usług obejmujących zabudowę wraz z wyposażeniem powierzchni wystawienniczej o powierzchni co najmniej 100 m² każda na międzynarodowych imprezach targowych, w tym przynajmniej jednej za granicą, o wartości co najmniej 120 000 zł brutto każda;
- b) 3 usług z zakresu kompleksowej obsługi stoiska targowego podczas międzynarodowych imprez targowych, w tym przynajmniej jednej za granicą (w ramach usługi Wykonawca musiał zapewnić m.in. obsługę asystencką-(hostessy i hostów) i cateringową), o wartości usług co najmniej 50 000 zł brutto każda;
- c) 3 usług polegających na organizacji wydarzenia o charakterze informacyjno-promocyjnym (np. seminarium, konferencja, forum), w tym co najmniej jednego za granicą (w ramach usługi Wykonawca musiał zapewnić m.in. salę konferencyjną, zaproszenie gości i obsługę cateringową)

Jednocześnie dołączamy, zgodnie z wymaganiami SIWZ § 6 art. 3 pkt 4 dowody należytego wykonania wyżej wskazanych usług.

Tym samym Wykonawca potwierdza fakt spełniania warunków udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia w postępowaniu na dzień składania ofert.”

W dokumencie załącznika nr 4 załączonym do oferty przystępujący ujął 9 pozycji.

Przystępujący wyjaśniał na rozprawie, że dlatego uznał, że pierwotnie załączony wykaz według załącznika nr 4 jest wadliwy, albowiem w odnośnych pozycjach nie wykazał, iż usługi obejmowały catering, a taki był wymóg SIWZ.

Przystępujący podtrzymał oświadczenie złożone zamawiającemu, że w wyniku jego omyłki redakcyjnej – w załączniku nr 4 znalazły się pozycje przekopiowane z załącznika nr 4a, a dotyczyło to pozycji 1,3,6. Po złożeniu tego nowego załącznika 4 wymienione pozycje (1,3,6) zostały zastąpione nowymi (innymi) usługami na potwierdzenie spełnienia warunków wiedzy i doświadczenia. Jednocześnie w uzupełnionym dokumencie załącznika nr 4 przystępujący MTP wykazał, że odnośne usługi – obejmowały również catering.

39

Przystępujący złożył uzupełnione dokumenty i wyjaśnienia bez uprzedniego wezwania go przez zamawiającego.

W załączniku do oferty według wzoru zał. nr 4a do SIMZ - wykazie usług polegających na zabudowie wraz z wyposażeniem powierzchni wystawienniczej na zagranicznych imprezach targowych do kryteriów oceny ofert – przystępujący MTP żadnych zmian nie dokonywał.

Faksem z dnia 14 sierpnia 2014 r. zamawiający powiadomił wykonawców o wyborze oferty przystępującego, która otrzymała 100 punktów (w tym 60 punktów za cenę oraz 40 punktów w ramach kryterium „Doświadczenie Wykonawcy”). Oferta odwołującego zajęła drugą pozycję z punktacją 86,55 (w tym 46,55 za cenę i 40 punktów w ramach kryterium „Doświadczenie Wykonawcy”).

Z tabeli załącznika podsumowania prac komisji przetargowej wynika, że wykonawca MTP został oceniony, jako spełniający warunki udziału w postępowaniu w zakresie: (punktu a) – poz. 1,2,3, (punktu b) – poz. 2,4,5, (punktu c) – 7,8,9.

W odniesieniu do punktacji przyznanej ofercie MTP w kryterium doświadczenia uwzględnione zostały pozycje 4 i 6 wykazu.

W wymienionej tabeli brak rozróżnienia - z jakich załączników wykazu nr 4 i 4a zamawiający uwzględnił usługi do dokonania powyższej oceny oraz czy dotyczyło to załącznika 4 uzupełnionego przez MTP, czy też pierwotnego.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący, wykazał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, skoro jego oferta została sklasyfikowana na drugiej pozycji. Był, zatem uprawniony, aby skarżyć - jak dowodził niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych czynności i zaniechania zamawiającego wobec oceny oferty wybranego konkurenta - które godziły w interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia i mogły narażać odwołującego na poniesienie szkody.

W odniesieniu do zarzutu rażąco niskiej ceny oferty MTP

Odnotowane różnice cenowe pomiędzy wartością szacunkową przedmiotu zamówienia oraz średnią cen złożonych w postępowaniu ofert stanowiły podstawę do wezwania wykonawcy MTP do złożenia wyjaśnień w oparciu o art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

40

Zamawiający w ocenie Izby tylko formalnie z tego obowiązku się wywiązał, albowiem przyznał wprost, iż na podstawie dotychczasowej współpracy z MTP pozostawał w wewnętrznym przekonaniu, że wykonawca ten jest zdolny należycie wykonać zamówienie za zaoferowaną cenę, ale z uwagi na odnotowane znaczące różnice między średnią ceną ofert i wartością szacunkową a ceną MTP - zdecydował się wezwać MTP do wyjaśnień.

Izba miała na uwadze, że zamawiający ustalił szacunkową wartość zamówienia – jak podaje protokół postępowania w dniu 9 czerwca 2014 r. na podstawie przeprowadzonego rozeznania rynkowego – co do aktualnych cen podobnych zamówień – w kwocie 2 400 000,00 zł brutto. Niekwestionowana uśredniona cena ofert w tym postępowaniu wynosi 2 035 919,96 zł.

W tych okolicznościach, bez względu na zakres posiadanej przez zamawiającego dyskrecjonalnej wiedzy na temat działalności MTP, powinna zostać przeprowadzona przez zamawiającego pełna przewidziana przepisami ustawy Pzp procedura wyjaśnienia ceny oferty MTP, a nie tylko „pro forma.” Ustawa Prawo zamówień publicznych nie przewiduje żadnej „uproszczonej” procedury wyjaśniania rażąco niskiej ceny, a inni wykonawcy mają prawo w postępowaniu przetargowym poznać wyjaśnienia wezwanego wykonawcy i ocenę zamawiającego, a gdy jej nie podzielają skorzystać ze środków ochrony prawnej.

Skoro zamawiający zdecydował się na skierowanie wezwania do MTP w tym zakresie, winien dochować wszelkich ustawowych warunków.

Nie można było pominąć, że zgodnie z wzorem formularza ofertowego - wykonawcy wyspecyfikowali ceny poszczególnych elementów oferty, składających się na cenę całkowitą.

W sytuacji, gdy wykonawca podaje ryczałtową cenę całkowitą za cały przedmiot zamówienia – wówczas zamawiający nie znając wartości poszczególnych elementów kalkulacyjnych może poprzestać na uogólnionym wezwaniu do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, popartych ewentualnym przedstawieniem kalkulacji tej

ceny, lub jej istotnych elementów składowych.

W niniejszym postępowaniu zamawiający dysponował materiałem porównawczym w postaci cen poszczególnych elementów usługi podanych w ofertach wykonawców i mógł ustalić, w którym z tych elementów kalkulacja ceny oferty MPT w sposób znaczący odbiega w dół od cen innych ofert.

Ustalanie rażąco niskiej ceny oferty w stosunku do całości przedmiotu zamówienia - co stanowi niekwestionowaną zasadę - nie zwalnia jednak zamawiającego od obowiązku analizowania wszechstronnych aspektów zaoferowanej ceny. Zamawiający mógł, zatem i powinien sprecyzować - w jakim konkretnym zakresie żąda złożenia wyjaśnień w odniesieniu

41

ceny oferty od wykonawcy MTP. Wykonawca wezwany ma prawo wiedzieć, w którym kierunku udzielić wyjaśnień i co budzi wątpliwości zamawiającego.

Postępowanie dowodowe potwierdziło nieznaczne różnice cenowe w ofercie odwołującego i MTP w odniesieniu do elementów usługi wyspecyfikowanych w pozycjach 1-5 Tabeli formularza ofertowego.

W powyższym zakresie, jak trafnie podnosił zamawiający – odwołujące się konsorcjum, biorąc pod uwagę wycenę własnej oferty – nie miało podstaw, aby dyskwalifikować wycenę oferty skarżonego konkurenta.

Duże różnice przynajmniej między ofertą odwołującego a MTP, dały się zauważyć w pozycjach:

6 Organizacja polskiego udziału w targach we Włoszech w zakresie (w tym zakup reklamy, wykonanie zabudowy, obsługa stoiska, przygotowanie materiałów promocyjno-reklamowych, promocja wydarzenia, zapewnienie udziału firm, oraz organizacja seminarium; (MPT - 923 501,36; odwołujący – 1 284 456,12 zł.)

7 Organizacja misji przyjazdowej włoskich importerów produktów i maszyn rolno-spożywczych do Polski (MPT 38 357,55 zł; odwołujący 67 725,65 zł).

Przy tym organizacja misji przyjazdowej włoskich importerów produktów i maszyn rolno-spożywczych do Polski ma się właśnie odbyć na terenie MPT. Ze zrozumiałych przyczyn – cena oferty MPT w tym elemencie mogła być, więc niższa niż innych wykonawców, którzy od MPT będą zmuszeni nabyć oznaczone usługi.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, że treść wezwania do MPT z dnia 6 sierpnia 2014 r. miała charakter skonkretyzowany, ograniczała się bowiem do żądania „wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaproponowanej przez Wykonawcę ceny, w szczególności o wyjaśnienie części składowych zaoferowanych cen. Zamawiający oceniając wyjaśnienie weźmie pod uwagę okoliczności, o których mowa w art. 90 ust. 2 Pzp.” W ocenie Izby, powyższe wezwanie praktycznie sprowadzało się do zacytowania fragmentarycznej treści przepisu art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Takie wezwanie, nie czyni zadość wymogom wynikającym z treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, szczególnie w sytuacji zaistniałej w tym postępowaniu, gdzie w ofercie podane zostały ceny poszczególnych elementów kalkulacyjnych, zatem przez samą treść wezwania w okolicznościach danej sprawy, doszło do naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Wyjaśnienia wykonawcy MTP odnosiły się do tak niesprecyzowanego wezwania i nie mogą w tych warunkach stanowić podstawy do oceny na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Bez przeprowadzenia pełnej i prawidłowej procedury wyjaśnień w odniesieniu do

poddanej badaniu oferty, gdy zachodzą wątpliwości, co do wysokości oferowanej ceny – zarzut rażąco niskiej ceny oferty nie może zostać postawiony, ani oferta nie może zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, czy też na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Zarzuty odwołującego naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty MTP, jako że wykonawca ten nie złożył konkretnych wyjaśnień w odniesieniu do zaoferowanej ceny - Izba uznała za co najmniej przedwczesne, a przez to niezasadne w odniesieniu do uznania ceny oferty MTP za rażąco niską.

W tym stanie rzeczy Izba nakazała zamawiającemu ponowienie wezwania MTP do

złożenia wyjaśnienia w odniesieniu do zaoferowanej ceny ze sprecyzowaniem zakresu wyjaśnień, których oczekuje zamawiający.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp i bezprawnego przyznania ofercie MTP maksymalnej punktacji - 40 punktów, Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia tego zarzutu ze względu na samą treść załącznika nr 4a w ofercie MTP.

Przepis art. 91 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Z kolei przepis ustawy Pzp w art. 91 ust. 2 wymienia (oprócz ceny) jedynie przykładowo inne możliwe kryteria oceny ofert – przyznaje więc zamawiającemu prawo do ustalania takich kryteriów oceny ofert, które są niezbędne do dokonania wyboru oferty w największym stopniu spełniającej jego oczekiwania.

Jednakże działania zamawiającego - aby zadośćuczynić zasadzie równego traktowania wykonawców i zapewnienia przebiegu postępowania w sposób respektujący zachowanie uczciwej konkurencji - powinny być prowadzone według z góry podanych reguł, którymi również zamawiający jest związany i nie może od nich czynić żadnych odstępstw ani wyjątków na etapie oceny ofert, gdyż czynności zamawiającego muszą być dla wykonawców przewidywalne.

Zgodnie z warunkami § 6 SIWZ miała być ustalana zdolność wykonawcy do realizacji zamówienia, zarazem spełnienia warunku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. w odniesieniu do wiedzy i doświadczenia wykonawcy – w oparciu o wykazane usługi referencyjne w załączniku nr 4 do SIWZ, w tym przypadku nazwane przez zamawiającego - usługami podstawowymi.

43

Odrębnie miała być przyznawana punktacja w kryterium „Doświadczenie wykonawcy” § 13 SIWZ - w oparciu o usługi wykazane w załączniku nr 4a do oferty. Z tym zastrzeżeniem, że „Usługi wskazane na potwierdzenie spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, nie będą punktowane. Ocenie podlegać będą jedynie usługi wskazane ponad usługi podstawowe.”

Zdaniem Izby, przytaczany wyżej warunek należało rozumieć dosłownie, że bez względu na odmienny zakres tych usług – SIWZ nie dopuszcza dublowania usług wskazanych w załączniku nr 4a – w odniesieniu do kryterium oceny oferty z wymienionymi w załączniku nr 4 na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Z tabeli załącznika podsumowania prac komisji przetargowej wynika, że wykonawca MTP został oceniony, jako spełniający warunki udziału w postępowaniu w zakresie: (punktu a) – poz. 1,2,3, (punktu b) – poz. 2,4,5, (punktu c) – 7,8,9.

W odniesieniu do punktacji przyznanej ofercie MTP w kryterium „Doświadczenie” uwzględnione zostały pozycje 4 i 6 wykazu.

Jakich wykazów dotyczyła omawiana wyżej punktacja – nie określono.

Z kolei w odpowiedzi na odwołanie zamawiający podał:

„poz. 1 Wykazu - usługa zaliczona do warunku o którym mowa w § 6 ust. 1 pkt 2 lit. a) poz. 2 Wykazu - usługa zaliczona do warunku o którym mowa w § 6 ust. 1 pkt 2 lit. a) i b) poz. 3 Wykazu - usługa zaliczona do warunku o którym mowa w § 6 ust. 1 pkt 2 lit. a) poz. 4 Wykazu - usługa zaliczona do warunku o którym mowa w § 6 ust. 1 pkt 2 lit. b) oraz zaliczona do kryterium oceny ofert poz. 5 Wykazu - usługa zaliczona do warunku o którym mowa w § 6 ust. 1 pkt 2 lit. b) poz. 6 Wykazu - usługa zaliczona do warunku o którym mowa w § 6 ust. 1 pkt 2 lit. b) oraz zaliczona do kryterium oceny ofert poz. 7 Wykazu - usługa zaliczona do warunku o którym mowa w § 6 ust. 1 pkt 2 lit. c) poz. 8 Wykazu - usługa zaliczona do warunku o którym mowa w § 6 ust. 1 pkt 2 lit. c) poz. 9 Wykazu - usługa zaliczona do warunku o którym mowa w § 6 ust. 1 pkt 2 lit. c).

Dalej zamawiający stwierdził, że zastrzeżenia odwołującego w zakresie oceny załączników 4 i 4a są bezpodstawne z uwagi na to, że są one jedynie wzorami do SIWZ i stanowią pomoc Komisji Przetargowej przy ocenie ofert. Wykonawca zobowiązany był jedynie do przedstawienia w ofercie informacji na podstawie, których zamawiający miał możliwość dokonać badania i oceny ofert zgodnie z wymogami określonymi w specyfikacji. To oznacza, że wykonawca MTP mógł wykazać zarówno w załączniku 4, jak i 4a te same informacje, a to do decyzji komisji przetargowej należała ocena ich treści i ocena spełnia

Powyższe stanowi potwierdzenie w ocenie Izby, że zamawiający w sposób nieuprawniony odstąpił od wyznaczonych przez siebie w SIWZ reguł oceny ofert. Taka ocena oferty MTP zastosowana przez zamawiającego – odbiegająca od wiążącej treści SIWZ – jak wynika z pisma przystępującego, jak i z treści odwołania – nie była przez wykonawców zakładana, ani im wiadoma, tj. że wykonawca MTP mógł wykazać zarówno w załączniku 4, jak i 4a te same usługi, a to do decyzji komisji przetargowej należała ocena ich treści i ocena spełnia warunku udziału w postępowaniu i ocena w kryterium doświadczenia. Zamawiający bowiem jednoznacznie podał w SIWZ str. 8, że do oceny w kryterium „Doświadczenie wykonawcy” służyć będzie załącznik do oferty według wzoru 4a do SIWZ.

W szczególności odwołanie precyzuje zarzuty pod względem niedochowania przez zamawiającego wprost – warunków podanych w SIWZ, a nie poddanych szerokiej interpretacji przez zamawiającego w trakcie rozprawy.

Tłumaczenie dopiero na rozprawie, że wykonawca MTP mógł wykazać zarówno w załączniku 4, jak i 4a te same usługi i informacje, a to do decyzji komisji przetargowej należała ocena ich treści i ocena spełnia warunku udziału w postępowaniu i ocena kryterium doświadczenia, było niedopuszczalne. Zarzuty odwołania nie odnosiły się do tak zinterpretowanych czynności zamawiającego i nie mogły się do nich odnosić – skoro zostały one ujawnione dopiero w toku rozprawy.

Oferta wykonawcy MTP otrzymała w ramach kryterium „Doświadczenie Wykonawcy” 40 pkt. Treść załącznika nr 4a w ofercie MTP nie była w żaden sposób kwestionowana przez odwołującego, zatem wyliczenie punktacji oferty w danym kryterium w oparciu o wymieniony załącznik znajdowałoby by podstawy, gdyby oznaczone usługi podane w załączniku nr 4a nie dublowały się z tymi podstawowymi, które zostały podane w załączniku nr 4 – na wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Bez wyjaśnienia treści załącznika nr 4 - co do zasadności poprawienia popełnionych omyłek – przypadkowego i niezamierzonego przekopiowania tekstu z załącznika nr 4a do załącznika nr 4, jak utrzymywał przystępujący i ewentualnego uzupełnienia/poprawienia dokumentu załącznika nr 4 - wykazu doświadczenia zawodowego na wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez MPT – nie jest możliwe ustalenie, czy zamawiający naruszył warunki SIWZ poprzez pominięcie zapisu, że „Usługi wskazane na potwierdzenie spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, nie będą punktowane. Ocenie podlegać będą jedynie usługi wskazane ponad usługi podstawowe.”

Poza sporem pozostawało, że załącznik nr 4 Wykazu doświadczenia zawodowego składany był na potwierdzenie spełnienia warunku art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp dotyczącego wiedzy i doświadczenia, zatem w przypadku ustalenia w nim braków podlegał

uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, obligującego zamawiającego do wezwania wykonawcy, który złożył wymagane oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp zawierające błędy do ich złożenia w wyznaczonym terminie.

Odwołujący w jakimś stopniu przyznał wadliwość wymienionego wykazu nr 4 w ofercie konkurenta - chociażby poprzez nie ujęcie usług cateringowych w odnośnych pozycjach.

W dokumentacji postępowania, w szczególności w protokole i w załącznikach - w żaden sposób zamawiający nie odniósł się do okoliczności wskazywanej przez przystępującego omyłki w załączniku nr 4 poprzez przypadkowe i niezamierzone zdublowanie usług referencyjnych, z ujętymi też w załączniku nr 4a.

Przyjęcie oświadczenia MTP o fakcie popełnienia omyłki i przyjęcie poprawionego załącznika nr 4 oraz dokonanie oceny oferty MTP w wyznaczonych kryteriach, daje wyraz temu, że wykonawca MPT konwalidował treść załącznika nr 4, przynajmniej w zakresie uzupełnienia zakresu usług obejmujących catering - chociaż zamawiający przyjmując sposób oceny ofert - łącznie w oparciu o zał. nr 4 i 4a - zaprzeczył jednocześnie w odpowiedzi na odwołanie, jakoby uwzględnił treść uzupełnionego załącznika nr 4 w ofercie MTP.

Izba nie podziela poglądów, że wykonawca uprawniony jest samodzielnie, bez wezwania zamawiającego poprawiać zauważone omyłki w swojej ofercie oraz uzupełniać

wadliwe czy też niepełne dokumenty oferty. Złożenie takich wyjaśnień i uzupełnionych dokumentów może być poczytywane jedynie za wykazanie zdolności wykonawcy do uzupełnienia braków.

Ustawa Pzp w art. 26 ust. 3 wiąże skuteczność dokonanych uzupełnień z uprzednim wezwaniem przez zamawiającego. Tak samo do dokonywania poprawek omyłek w ofercie zgodnie z art. 87 ust. 2 ustawy Pzp uprawniony jest zamawiający i to zamawiający ma zdecydować, ewentualnie po uprzednich wyjaśnieniach wykonawcy, czy dany dokument zawiera omyłki.

Z definicji ustawy – art. 26 ust. 3 Pzp – omyłki w dokumentach podmiotowych nadają się do poprawienia w drodze uzupełnienia wadliwych dokumentów. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą wymaganych oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub złożą wymagane oświadczenia lub dokumenty zawierające błędy do ich złożenia w wyznaczonym terminie.

Retoryka zamawiającego, że przy zastosowanej przez niego interpretacji postanowienia „*Usługi wskazane na potwierdzenie spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, nie będą punktowane. Ocenie podlegać będą jedynie usługi wskazane*”
46

ponad usługi podstawowe” - korzystniejszej dla wykonawców przez bliżej nie sprecyzowane zasady oceny łącznie w oparciu o zał. nr 4 i 4a - uzupełnienie dokumentów wykazu załącznika nr 4 przez MTP nie było potrzebne - zatem nie uwzględnione przez zamawiającego - jest nie do zaakceptowania.

Stanowisko zamawiającego w tym zakresie jest niespójne, gdyż udzielone wyjaśnienia i uzupełnienia przez MPT, jak wynika z treści notatki służbowej z dnia 5 sierpnia 2014r. znajdującej się w aktach postępowania przetargowego – przynajmniej w odniesieniu do usług cateringowych – zostały przez zamawiającego przyjęte.

Za całkowicie zbędne Izba uznała zabiegi interpretacyjne zamawiającego względem oceny oferty MTP w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i oceny oferty w kryterium doświadczenia, skoro w całkowitej zgodności z przepisami ustawy Pzp, a więc legalnie - omyłki i braki w ofercie tego wykonawcy w odniesieniu do zał. nr 4 mogły zostać wyeliminowane w drodze procedur naprawczych przewidzianych w tej ustawie, zatem bez konieczności stosowania interpretacji korzystnej dla wykonawcy rzekomo niejednoznacznych postanowień SIWZ. Wykonawca MTP dostatecznie wykazał, że jest w stanie uzupełnić swoją ofertę doprowadzając ją do wymagań zgodnych z SIWZ – zał. nr 4.

Jak wynika z przebiegu tego postępowania całkowitą inicjatywę przejął wykonawca MTP, a zamawiający zaakceptował milcząco działania MPT - przez co postępowanie w tym zakresie prowadzone było niezgodnie z regułami Pzp, w sposób nieprzejrzysty, nie poddający się jednoznacznym ocenom.

Niniejsze postępowanie odwoławcze potwierdza, że dopuszczenie do samodzielnego uzupełniania przez wykonawcę dokumentów oferty po upływie wyznaczonego terminu jej złożenia prowadzi do chaotycznego przebiegu postępowania przetargowego, niezgodnego z wyznaczonymi regułami. Wezwanie wykonawcy do wyjaśnień i do uzupełnienia dokumentów nie jest przejawem zbędnego formalizmu, gdyż porządkuje postępowanie i naprowadza je na właściwe tory działania. Izba natomiast nie widzi przeszkód, aby w wyniku nakazanego wezwania wykonawcy MTP do wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów, podtrzymał on swoje wcześniejsze wyjaśnienia i wnosił o zaliczenie dokumentów złożonych bez wezwania na poczet przynależnych wezwaniu.

Z wymienionych wyżej względów Izba nakazała powtórzenie czynności wezwania do udzielenie wyjaśnień w sprawie omyłki w załączniku nr 4 oraz uzupełnienia dokumentu wykazu usług na potwierdzenie wiedzy i doświadczenia.

Postępowanie dowodowe potwierdziło częściową zasadność zarzutów odwołania, tj. naruszenia przez zamawiającego postanowień:

-
1. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niesprecyzowaną treść wezwania wykonawcy MTP do wyjaśnienia ceny oferty;
 2. art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania MTP do

uzupełnienia dokumentu załącznika nr 4 i wyjaśnień dotyczących tego załącznika;

3. art. 91 ust. 1 poprzez wadliwą ocenę oferty MTP w kryterium doświadczenie bez wyczerpania procedury wyjaśnienia treści załącznika nr 4 oraz przez wybór tej oferty bez prawidłowego przeprowadzenia procedury wyjaśnienia ceny.

W efekcie stwierdzenia powyższych naruszeń ustawy Pzp doszło również do naruszenia zasad rządzących postępowaniem o zamówienie publiczne określonych w art. 7 ust. 1 tej ustawy, to jest równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania z zapewnieniem reguł uczciwej konkurencji. Stwierdzone naruszenia przepisów ustawy Pzp miały wpływ na wynik postępowania.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie i orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Na podstawie § 3 pkt 1 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), Izba zaliczyła uiszczoną przez odwołującego kwotę z tytułu wpisu na poczet kosztów postępowania odwoławczego i zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrot poniesionych kosztów postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....