

**WYROK
z dnia 19 września 2017 r.**

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

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie **18 września 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego

4 września 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zakup usługi transmisji danych dla jednostek organizacyjnych prokuratury* (nr postępowania PK XF 261.19.2017)

prowadzonym przez zamawiającego: **Prokuratura Krajowa z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu Prokuraturze Krajowej z siedzibą w Warszawie dokonanie zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia polegającej na wprowadzeniu procedury umożliwiającej wykonawcy wykazanie należytego przeprowadzenia szkolenia w sytuacji, gdy średnia ocen z ankiet ewaluacyjnych wystawionych przez uczestników szkolenia nie osiągnęła wymaganego wskaźnika co najmniej 50% ocen pozytywnych oraz doprecyzowaniu, czy wykonawca w sytuacji nienależytego przeprowadzenia szkolenia będzie zobowiązany niezależnie od obowiązku ponownego przeprowadzenia szkolenia do zapłaty kary umownej.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Prokuraturę Krajową z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie**;

2.2. zasądza od **zamawiającego Prokuratury Krajowej z siedzibą w Warszawie**

na rzecz **odwołującego Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** kwotę

15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania

odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający Prokuratura Krajowa z siedzibą w Warszawie prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) {dalej również: „ustawa pzp” lub „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Zakup usługi transmisji danych dla jednostek organizacyjnych prokuratury* (nr postępowania PK XF 261.19.2017).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 25 sierpnia 2017 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2017/S_162 pod poz. 335187. W tym samym dniu Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej również specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

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

4 września 2017 r. Odwołujący Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Orange”} wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od postanowienia specyfikacji dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia w zakresie objętym poniższym zarzutem.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 29 ust. 1 i art. 7 ust. 1 – przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty w odniesieniu do procedury odbioru szkoleń, gdyż nie będzie ona polegała na weryfikacji, czy szkolenie obejmowało elementy wskazane w opisie przedmiotu zamówienia, lecz będzie w istocie uzależniona od subiektywnych opinii uczestników szkolenia.

2. Art. 140 ust. 1 – przez to, że powyższy mechanizm odbioru szkoleń może polegać na innych czynnościach niż przewidziane w opisie przedmiotu zamówienia i ofercie, a zamierzających do zaspokojenia dodatkowych oczekiwań uczestników szkoleń,

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany specyfikacji polegającej na wprowadzeniu jako podstawy odbioru szkoleń pisemnego protokołu potwierdzającego ich realizację zgodnie z wymaganiami opisanymi w załączniku nr 1 do SIWZ w pkt XI.1-XI.20.

Ponadto Odwołujący sprecyzował powyższą listę zarzutów wskazanie następujących okoliczności prawnych i

faktycznych dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

Odwołujący zacytował brzmienie pkt XI.22 opisu przedmiotu zamówienia zawartego w załączniku nr 1 do SIWZ: *Odbiór szkoleń odbędzie się na podstawie wyników ankiet wypełnionych przez uczestników szkolenia oraz raportu Wykonawcy z przeprowadzonego szkolenia wraz z dołączoną listą obecności uczestników. Zamawiający dokonuje odbioru szkolenia poprzez potwierdzenie odbioru na raporcie z przeprowadzonego szkolenia przekazanym przez Wykonawcę. W przypadku gdy średnia ocen ankiet ewaluacyjnych nie osiągnie 50% ocen pozytywnych Wykonawca zobowiązany jest powtórzyć szkolenie w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, pod rygorem naliczenia kar umownych. Zapłata kar umownych nie zwalnia z obowiązku powtórzenia szkolenia.*

Odwołujący zarzucił, że przewidziany przez Zamawiającego mechanizm odbioru szkoleń nie odnosi się do kwestii merytorycznych opisanych w pkt od 1 do 20 części XI OPZ, gdzie Zamawiający wskazał na szereg wymagań, które spełnić ma wykonawca przygotowując i przeprowadzając szkolenia, w tym m.in. opracowanie zakresu i szczegółowego planu szkoleń, który podlega akceptacji Zamawiającego (pkt XI.5 OPZ). Stąd zdaniem Odwołującego weryfikacja poprawności przeprowadzenia szkoleń i dokonanie ich odbioru powinny nastąpić w oparciu o zaakceptowany przez Zamawiającego zakres i plan szkoleń.

Zdaniem Odwołującego wprowadzony mechanizm powoduje, że możliwe, a nawet bardzo prawdopodobne, jest zmanipulowanie wyników ankiet, gdyż uczestnicy mogą negatywnie ocenić szkolenie również w sytuacji, gdy zostało ono przeprowadzone przez wykonawcę prawidłowo. Na ocenę uczestników wpływać mogą bowiem czynniki pozamerytoryczne, np. praca personelu pomocniczego (kelnerzy, hostessy), dobór potraw w menu, wygląd sali. Co więcej, w przypadku prawidłowego przeprowadzenia szkolenia przez wykonawcę, uczestnicy zainteresowani ponownym udziałem w takim szkoleniu mogą z premedytacją negatywnie ocenić szkolenie.

Dodatkowo Odwołujący zwrócił uwagę na nieprecyzyjny opis sankcji, jakie obciążać będą wykonawcę w przypadku niedokonania odbioru szkolenia lub szkoleń przez Zamawiającego. Odwołujący zarzucił, że przywołane postanowienie jest niejednoznaczne w odniesieniu do sankcji, gdyż nie pozwala ustalić, czy Zamawiający naliczy kary tylko, jeśli wykonawca nie powtórzy szkolenia w wyznaczonym czasie, czy też naliczy kary w każdym przypadku, gdy średnia ocen ankiet ewaluacyjnych nie osiągnie 50% ocen pozytywnych.

Zamawiający złożył na posiedzeniu pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie, w szczególności następująco uzasadniając swoje stanowisko.

Zdaniem Zamawiającego z art. 29 ust. 1 i 2 pzp wynika, że podstawowym obowiązkiem zamawiającego jest określenie przyszłego przedmiotu świadczenia. Przy czym przez świadczenie, jak się wskazuje w doktrynie prawa cywilnego, należy rozumieć zachowanie się dłużnika zgodne z treścią zobowiązania i czyniące zadość interesowi wierzyciela. Zakres świadczenia wykonawcy wyznacza przede wszystkim opis przedmiotu zamówienia. W przypadku procedury udzielania zamówienia publicznego treść przyszłego zobowiązania określa specyfikacja istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, które szczegółowo określają przedmiot świadczenia, oraz projekt (wzór) umowy – z dokumentów tych musi wynikać właściwy zakres świadczenia. Stąd zamawiający winien dokonać pełnego opisu przyszłego przedmiotu świadczenia w taki sposób, aby dłużnik (wykonawca) posiadał wiedzę o tym, jak ma się zachować w celu wykonania tego świadczenia.

W ocenie Zamawiającego w prowadzonym aktualnie postępowaniu spełnił powyższe wymagania, gdyż określił w sposób jednoznaczny i pełny, jak ma wyglądać zakup usług transmisji danych dla jednostek organizacyjnych prokuratury, tj., że wykonawca zobowiązany jest m.in. do przeprowadzenia szkoleń jako przedostatniego z elementów wyszczególnionych w § 2 wzoru umowy, z których każdy został szczegółowo opisany w załączniku nr 1 do SIWZ. Według Zamawiającego ponieważ Odwołujący nie kwestionuje dokonanego opisu przyszłego świadczenia w zakresie konieczności przeprowadzenia szkoleń dla personelu zamawiającego, czyli nie ma jakichkolwiek zastrzeżeń co do sposobu przeprowadzenia szkoleń (zakresu merytorycznego itp.), nie może stawiać zarzutu wadliwego opisu przedmiotu zamówienia. A kwestionowanie sposobu odbioru wykonania umowy w zakresie szkoleń nie mieści się w dyspozycji normy art. 29 ust. 1 pzp, co powoduje, że zarzut odwołania jako błędny powinien zostać oddalony.

Na marginesie Zamawiający podkreślił, że w przypadku każdej umowy wierzyciel (zamawiający) jest uprawniony do dokonania oceny spełnienia świadczenia przez dłużnika. W praktyce najczęściej brak jest jakichkolwiek postanowień umownych dotyczących procedury odbioru, poza koniecznością sporządzenia protokołu obioru, który stanowi podstawę do wystawienia faktury przez wykonawcę. Jest to wystarczające z uwagi na konstrukcję przepisów powszechnie obowiązujących, w szczególności Kodeksu cywilnego – skoro wykonawca spełnił swoje świadczenie, należy mu się umówione wynagrodzenie i bez znaczenia jest kwestia sporządzenia protokołu.

Odnosząc powyższe do wniesionego odwołania, Zamawiający stwierdził, że jeżeli wykonawca udowodni, że

wpływ na ocenę dokonaną w ankietach miały czynniki pozamerytoryczne np. praca personelu pomocniczego, dobór potraw w menu, wygląd sali itp., ale samo szkolenie zostało przeprowadzone w sposób zgodny z SIWZ (uczestnicy dysponują wymaganą wiedzą), może domagać się umówionego wynagrodzenia.

Niezależnie od powyższego Zamawiający podniósł, że przeprowadzanie ankiet w usługach szkoleniowych jest nie tylko powszechną praktyką, ale standardem.

Zamawiający wskazał, że według słownika jęz. polskiego ewaluacja oznacza określenie wartości czegoś. Precyzyjniej ewaluacja to obiektywna ocena projektu, programu lub polityki na wszystkich etapach, tj. planowania, realizacji i mierzenia rezultatów, która powinna dostarczyć rzetelnych i przydatnych informacji, pozwalając wykorzystać zdobytą wiedzę w procesie decyzyjnym. Często dotyczy ona procesu określenia wartości lub ważności działania, polityki lub programu.

Zamawiający podniósł, że obecnie każdy projekt realizowany ze środków UE (nie tylko w zakresie usług szkoleniowych, edukacyjnych czy oświatowych) winien zostać poddany ewaluacji, co wynika z wydanego przez Radę Unii Europejskiej rozporządzenia nr 1083/2006 z 11 lipca 2006 r. ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności i uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1260/199.

Zamawiający wskazał również, że tradycja badań ewaluacyjnych sięga początków XX wieku, a ich kolebką są Stany Zjednoczone.

Ponadto zwrócił uwagę, że w niektórych branżach określono szczególne ramy ewaluacji, opisując jak to wygląda w oświacie i w szkolnictwie wyższym, skupiając się szczególnie na ewaluacji wewnętrznej, czyli autoewaluacji.

Zamawiający podał, że zgodnie z pkt 4 i 5 rozdziału XI OPZ zakres i szczegółowy plan szkoleń wykonawca przedstawi Zamawiającemu do akceptacji minimum 10 dni roboczych przed rozpoczęciem pierwszego szkolenia. Dla każdego typu szkoleń wykonawca przygotuje materiały szkoleniowe, które zostaną przekazane Zamawiającemu do akceptacji minimum 10 dni przed rozpoczęciem szkolenia.

Według Zamawiającego ponieważ z powyższych postanowień i innych postanowień umownych wynika jednoznacznie, że wykonawca przygotowuje wszelkie materiały szkoleniowe, mieści się w tym również sporządzenie ankiet według przyjętej przez siebie metodyki. W związku z tym nie ma podstaw do podnoszenia jako zarzutu możliwości manipulowania ankietami przez uczestników szkoleń.

W piśmie z 6 września 2017 r. Zamawiający poinformował Izbę, że 5 września 2017 r. zamieścił kopię odwołania na swojej stronie internetowej.

Izba ustaliła, że do Prezesa Izby nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w tej sprawie

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

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

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, Izba skierowała sprawę do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony podtrzymały swoje dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

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

W ocenie Izby Odwołujący jako wykonawca zainteresowany ubieganiem się w tym postępowaniu o przedmiotowe zamówienie, którego opis przedmiotu zamówienia kwestionuje jako niejednoznaczny, wykazał spełnienie powyższych przesłanek, co nie było też sporne.

Izba ustaliła następujące okoliczności i jako istotne dla rozpoznania sprawy:

We wzorze umowy stanowiącej załącznik nr 1 do s.i.w.z. zdefiniowano szkolenia jako zajęcia dydaktyczne, teoretyczne i praktyczne, rozumiane jako szkolenia wstępne i szkolenia specjalistyczne, przeprowadzone dla personelu technicznego Zamawiającego przez wykonawcę zgodnie z wymaganiami zawartymi w załączniku nr 1 do

umowy, czyli opisie przedmiotu zamówienia {dalej również: „OPZ”}.

Z rozdziału XI OPZ dotyczącego szkoleń wynika, co następuje:

Po pierwsze – wykonawca w ramach umowy zobowiązany jest do przeprowadzenia trzech kategorii szkoleń: 1) szkolenia wstępnego z zakresu realizacji usługi typu B (dotyczącej zapewnienia scentralizowanego, odseparowanego od będącej przedmiotem usługi typu A sieci WAN-PROK, dostępu do sieci Internet dla wszystkich jednostek organizacyjnych prokuratury); 2) szkolenia administratorów-instruktorów z zakresu SBUP (czyli Systemu Bezpieczeństwa Usługi typu B), SZUP (czyli Systemu Zarządzania Usługi typu B) i SMLB (czyli Systemu Monitorowania i Korelacji Logów Usługi typu B); 3) szkolenia specjalistycznego w formie voucherów.

Po drugie – szkolenie wstępne skierowane jest do 60 osób z personelu technicznego Zamawiającego i ma polegać na 3-dniowych warsztatach technicznych (dla grup maksymalnie 20-osobowych) w zakresie zagadnień organizacyjnych projektu oraz informacji technicznych dotyczących obsługi SBUP, SZUB i SMLB.

Po trzecie – druga kategoria szkolenia skierowana jest do 32 administratorów- instruktorów, polegać zarówno na wprowadzeniu teoretycznym, jak i warsztatach obejmujących ćwiczenia praktyczne z zakresu konfiguracji i rozwiązywania problemów eksploatacyjnych z dostępem do konsoli zarządzania poszczególnymi urządzeniami (przez które rozumie się zarówno sprzęt, jak i oprogramowanie dostarczone przez wykonawcę w ramach realizacji umowy) w toku 5-dniowych sesji dla 8-osobowych grup.

Po czwarte – przygotowane przez siebie zakres i szczegółowy plan powyższych szkoleń oraz materiały szkoleniowe mają zostać przedstawione Zamawiającemu do akceptacji minimum 10 dni roboczych przed rozpoczęciem odpowiednio pierwszego szkolenia lub danego szkolenia.

Po piąte – powyższe szkolenia mają być przeprowadzone przez wykonawcę przed terminem odbioru zestawienia i uruchomienia łączy realizujących Usługę typu B, a wykonawca ma zapewnić uczestnikom szkoleń zakwaterowanie i wyżywienie w hotelu o standardzie minimum 3-gwiazdkowym, a także zaplecze techniczno-dydaktyczne, w tym infrastrukturę sprzętową niezbędną dla przeprowadzenia warsztatów, w tym dla każdego uczestnika samodzielny dostęp do konsoli urządzeń SBUP lub interfejsu graficznego (w zależności od konfigurowanych parametrów) oraz stację roboczą umożliwiającą dostęp do konsoli zarządzającej urządzeniami realizujących Usługę typu B oraz do sieci Internet.

Po szóste – szkolenia specjalistyczne z zakresu administracji, użytkowania, utrzymania i obsługi urządzeń SBUP, SZUB i SMLB skierowane są do 32 administratorów i muszą odbyć się w autoryzowanych przez producenta rozwiązaniach centrach szkoleniowych.

Po siódme – wykonawca zapewni przeprowadzenie wszystkich 3 kategorii szkoleń w języku polskim przez wykwalifikowaną kadrę posiadającą wiedzę teoretyczną i praktyczną z zakresu przedmiotu zamówienia w formie stacjonarnej, zapewniając materiały szkoleniowe dla uczestników i dostarczając Zamawiającemu multimedialne materiały szkoleniowe w postaci zapisu na płycie CD-ROM lub innym równoważnym nośniku.

Po ósme – przeprowadzone szkolenia mają zostać potwierdzone protokołem odbioru szkolenia (zawierającym: nazwę, tematykę i czas trwania warsztatów; datę i miejsce przeprowadzenia; imienną listę osób uczestniczących w warsztatach; imię i nazwisko oraz specjalizację osób prowadzących warsztaty), który podlega zatwierdzeniu przez Zamawiającego. Odbiór szkoleń ma się odbyć na podstawie ankiet wypełnionych przez ich uczestników oraz raportu wykonawcy z przeprowadzonego szkolenia wraz z załączoną listą uczestników. Przy czym Zamawiający zastrzegł, że jeżeli średnia ocen z ankiet ewaluacyjnych nie osiągnie wskaźnika 50% ocen pozytywnych, wykonawca będzie zobowiązany powtórzyć szkolenie w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, pod rygorem zapłaty kar umownych, których zapłata nie zwalania z obowiązku powtórzenia szkolenia.

Natomiast w rozdziale XI OPZ, nie licząc powyższego zastrzeżenia odwołującego się do wyników ankiet ewaluacyjnych, brak jest postanowień regulujących ewaluację szkoleń, w szczególności kto i w jaki sposób ma ją przygotować i przeprowadzić oraz według jakiej metodologii.

Stanowisko Zamawiającego, jakoby z pkt 5 i 7 rozdziału XI OPZ, względnie z całości regulacji zawartej w tym rozdziale, wynikało, że do przygotowania ankiet ewaluacyjnych uprawniony i zobowiązany jest wykonawca, nie ma pokrycia w treści opisanych powyżej postanowień. Ponieważ ewaluacja rezultatów szkolenia stanowi odrębne w stosunku do planu szkolenia czy materiałów szkoleniowych zagadnienie merytoryczne, nie ma podstaw, aby w sposób dorozumiany przyjąć takie założenie na podstawie postanowień regulujących zupełnie inne kwestie. Zamawiający, który nie był w stanie wskazać żadnych konkretnych postanowień dotyczących ewaluacji szkoleń, *de facto* potwierdził, że sposób przeprowadzenia ewaluacji szkoleń nie został uregulowany w s.i.w.z.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba rozważyła, z uwzględnieniem okoliczności dotyczących tej sprawy, zakres zastosowania art. 29 ust. 1

pzp, który stanowi, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Jak podkreślił Sąd Okręgowy w Szczecinie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt VIII Ga 80/09), specyfikacja istotnych warunków zamówienia od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Elementem specyfikacji o szczególnym znaczeniu jest opis przedmiotu zamówienia. Zamawiający powinien dokonać zgodnie z wymogami określonymi w art. 29-31 Prawa zamówień publicznych. Opis przedmiotu zamówienia umieszczony w SIWZ powinien wskazywać wykonawcy wszystkie warunki i przedmiot jego przyszłego świadczenia, gdyż od niego będzie zależeć w pierwszym rzędzie decyzja wykonawcy o złożeniu oferty, a następnie kalkulacja cenowa. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w art. 29 wyznaczają sposób dokonywania opisu przedmiotu zamówienia przez zamawiającego. Podstawowym obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, zidentyfikować, co jest przedmiotem zamówienia (jakie usługi, dostawy czy roboty budowlane), i że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w nim uwzględnione. Opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. Ustawa podaje także, że opisu należy dokonać za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń oraz uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Do tego typu okoliczności i wymagań należy zaliczyć m.in. wymogi dotyczące gwarancji na przedmiot zamówienia – jej zakres i okres obowiązkowego świadczenia z gwarancji, miejsce spełnienia świadczenia, świadczenia dodatkowe związane z świadczeniem głównym i inne związane z nim obowiązki, także dotyczą w podmiotowych warunków udziału w zamówieniu.

Sąd zaznaczył również, że decydująca dla oceny poprawności sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia winna być perspektywa wykonawcy. Okoliczność, że inny wykonawca składa ofertę zgodną z założeniem zamawiającego, nie ma znaczenia, gdyż wystarczy, że określenie przedmiotu zamówienia mogło wprowadzić w błąd jakiegokolwiek wykonawcę.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że najobszerniejsze wywody odpowiedzi na odwołanie, dodatkowo rozszerzone złożonym na rozprawie artykułem z fachowego periodyku, okazały się zbędne. Odwołujący oświadczył bowiem na rozprawie, że nie kwestionuje potrzeby wprowadzenia ewaluacji szkoleń, a brak opisu procesu ewaluacji w taki sposób, aby umożliwiał jak najbardziej zobiektywizowaną ocenę jakości szkolenia, a w konsekwencji obowiązek powtórzenia szkolenia ograniczał się do sytuacji, w której rzeczywiście zostało ono nierzetelnie przeprowadzone przez wykonawcę. Natomiast szczupłość regulacji dotyczącej ewaluacji w OPZ kontrastuje z obszernymi wywodami zawartymi w odpowiedzi na odwołanie i artykule z periodyku „Personel i zarządzanie” dotyczącym ewaluacji szkoleń złożonym na rozprawie, co pośrednio potwierdza, że kwestia ta została jedynie zdawkowo potraktowana ... w specyfikacji przygotowanej przez Zamawiającego. Tymczasem we wspomnianym artykule wskazuje się m.in., że ewaluacja nie sprowadza się do ankiet, gdyż stanowi proces, który powinien rozpoczynać się od wyboru właściwej metody ewaluacji, wyboru narzędzia ewaluacji (np. ankiety), zebrania danych (np. badanie ankietowe), analizy zebranych danych, a kończyć wnioskami i rekomendacjami.

Ponadto w świetle powyższego artykułu zupełnie nieadekwatne jest stanowisko zajęte przez Zamawiającego na rozprawie, jakoby sam nie mógł sporządzić ankiet ewaluacyjnych, gdyż nie wie, na jakich urządzeniach (czyli według terminologii OPZ sprzęcie i oprogramowaniu) zostanie oparte rozwiązanie wdrożone przez danego wykonawcę na etapie realizacji umowy. Ewaluacja, która ma mierzyć poziom satysfakcji uczestników szkolenia, nie jest uwikłana w dziedzinę będącą jego przedmiotem, co uwidacznia zamieszczona w artykule tabela wymieniająca w odniesieniu do grup tematycznych przykładowe badane aspekty występujące w ankietach ewaluacyjnych, takie jak: cele szkolenia – znajomość, ocena stopnia osiągnięcia; wiedza, szkolone umiejętności i kompetencje – ocena osiągniętego poziomu, ocena kompletności przekazywanej wiedzy; prowadzący szkolenie – przygotowanie szkolenia, wiarygodność merytoryczna, zrozumiałość języka; materiały szkoleniowe – ocena ilości i jakości; elementy programu szkolenia (zawartość merytoryczna) – ocena braków i ważności; metody szkoleniowe (wykład, dyskusja, ćwiczenie, odgrywanie roli, film etc.) – ocena metod i częstotliwości stosowania; ocena jakości przeprowadzonego szkolenia – aktywizowanie uczestników, odpowiadanie na ich pytania; organizacja szkolenia i sprawy administracyjne – sala, wyżywienie, hotel, ocena organizacji szkolenia; pomoce audiowizualne – wykorzystanie rzutnika, kamery, wideo, komputera; ogólna ocena szkolenia – atmosfera, jakość, przydatność w aktualnej lub przyszłej pracy zdobytej wiedzy lub umiejętności; dane o osobie wypełniającej ankietę i szkoleniu – temat, data, trener.

W drugiej kolejności Izba zaznacza, że bezzasadne jest stanowisko Zamawiającego, jakoby zawarty w

odwołaniu zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 pzp podlegał oddaleniu jako nie dotyczący opisu przedmiotu zamówienia w odniesieniu do szkoleń, gdyż przedmiotem zaskarżenia nie jest żadne z postanowień załącznika nr 1 do umowy dotyczących sposobu przeprowadzenia szkoleń, ich zakresu merytorycznego, wymagań organizacyjnych, a jedynie kwestia sposobu potwierdzenia odbioru przedmiotu świadczenia przez Zamawiającego. Obszerne wywody teoretyczne zaprezentowane w odpowiedzi na odwołanie {powyżej zrelacjonowane w niezbędnym dla ich zrozumienia zakresie} zupełnie abstrahują od faktu, że zaskarżone postanowienie stanowi element opisu przedmiotu zamówienia sporządzonego przez Zamawiającego. Ponadto proponowane przez Zamawiającego rozgraniczenie pomiędzy opisem przedmiotu świadczenia a sposobem odbioru świadczenia, nawet jeżeli da się uzasadnić na gruncie teoretyczno-cywilistycznym, zupełnie nie przystaje do wypracowanego w doktrynie i orzecznictwie dotyczącym zamówień publicznych rozumienia art. 29 ust. 1 pzp (m.in. w powyżej przywołanym orzeczeniu), które paradoksalnie również zostało zaprezentowane w odpowiedzi na odwołanie.

Przede wszystkim umknęło uwadze Zamawiającego, że nawet przy prezentowanym przez niego stanowisku zastrzeżenie obowiązku ponownego przeprowadzenia szkolenia przez wykonawcę w oczywisty sposób wprowadza do treści zobowiązania wynikłego

z umowy w sprawie realizacji przedmiotowego zamówienia dodatkowe świadczenie wykonawcy. A przedmiotem zaskarżenia jest brak wyczerpującego opisanie w sposób obiektywizowany, w jakich okolicznościach wykonawca będzie musiał je spełnić. Nie budzi przy tym żadnych wątpliwości, że w konsekwencji utrudnia to rzetelną wycenę oferty, gdyż wykonawca musi liczyć się z tym, że będzie musiał dwukrotnie wykonać świadczenie, skoro ocena jego należytego wykonania jest co najmniej częściowo uzależniona od czynników, na które nie ma wpływu, czyli oceny wyrażonej przez uczestników szkolenia w ankietach ewaluacyjnych.

Zamawiający uzależnił odbiór szkoleń, czyli uznanie należytego wykonania świadczenia, którego przedmiotem jest szkolenie, wyłącznie od subiektywnej opinii uczestników szkolenia, która może nie być adekwatna (choćby z powodów wskazywanych w odwołaniu), nie wprowadzając w ramach umowy żadnego mechanizmu umożliwiającego wykonawcy wykazanie, że szkolenie zostało przeprowadzone z należytą starannością, w sposób odpowiadający opisowi przedmiotu zamówienia, pomimo negatywnych ocen wystawionych przez uczestników szkolenia w ankietach ewaluacyjnych. Oznacza to *de facto*, że Zamawiający obarczył wykonawcę zamówienia odpowiedzialnością na zasadzie ryzyka za osiągnięcie określonego rezultatu, którym jest nie tyle nabycie przez adresatów szkolenia określonych kompetencji, ale za ich subiektywne poczucie usatysfakcjonowania. Tymczasem nie ma powodów, aby wykonawca nie mógł uwolnić się od obowiązku powtórzenia szkolenia, jeżeli wykaże, że przeprowadził je z należytą starannością w sposób, który obiektywnie umożliwiał nabycie tych kompetencji, a nieosiągnięcie takiego rezultatu wynika z okoliczności dotyczących uczestników szkolenia, za które nie ponosi odpowiedzialności (np. brak obecności podczas całych zajęć danego uczestnika) lub zakładany cel szkolenia obiektywnie został osiągnięty, a negatywna ocena wynikająca z ankiet nie jest adekwatna.

Izba zważyła, że zaprezentowane w odpowiedzi na odwołanie stanowisko Zamawiającego, jakoby wykonawca mógł zwolnić się od ponownego przeprowadzenia szkolenia, jeżeli udowodni, że na negatywną ocenę wynikającą z ankiet miały wpływ czynniki pozamerytoryczne, zmuszałoby wykonawcę do wdania się w spór z Zamawiającym. Przede wszystkim abstrahuje od treści postanowienia, które uzależnia obowiązek ponownego spełnienia świadczenia li tylko od nieosiągnięcia określonej średniej ocen wystawionych przez uczestników, stąd uzasadnione jest, jak to powyżej wskazano, że w istocie wykonawca odpowiada na zasadzie ryzyka za osiągnięcie wymaganego wskaźnika.

Nie zasługuje również na uznanie stanowisko Zamawiającego, który na rozprawie deprecjonował znaczenie zaskarżonego postanowienia w odniesieniu do zastrzeżenia kary umownej na wypadek nieprzeprowadzenia ponownego szkolenia w razie negatywnej oceny wynikającej z ankiet, podnosząc, że nie ma ona odzwierciedlenia w postanowieniach samej

umowy. Skoro opis przedmiotu zamówienia stanowi załącznik nr 1 do tej umowy, jest jej integralną częścią, której postanowienia wiążą na równi do tych, które zawarte są we wzorze umowy. Niezależnie od tego skoro Zamawiający potwierdza, że zaskarżone postanowienie w tym zakresie jest wadliwe lub zbędne, winien je usunąć, aby usunąć niejednoznaczność, która może być zarzewiem sporu na etapie realizacji zamówienia.

Natomiast nie miało znaczenia dla uwzględnienia odwołania, że Izba nie podzieliła argumentacji odwołania jakoby zakwestionowane postanowienie mogło prowadzić do naruszenia wynikającej z art. 140 ust. 1 pzp zasady, że zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem wynikającym z oferty. Skoro opis przedmiotu zamówienia przewiduje obowiązek powtórzenia szkolenia, zobowiązanie wykonawcy wynikające z oferty musiałoby również odpowiadać w tym zakresie treści specyfikacji, a tym samym stałoby się ono również treścią zawartej umowy. Izba zważyła, że właśnie brak zgody Odwołującego na zaciągnięcie takiego zobowiązania, jako nieskonkretyzowanego w sposób odpowiadający zasadom z art. 29 ust. 1 pzp, przywiódł go do wniesienia odwołania od tego postanowienia umowy.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 i § 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 rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.) – zaliczając do tych kosztów uiszczony przez Odwołującego wpis oraz zasądzając jego równowartość od Zamawiającego na rzecz Odwołującego.

Przewodniczący.....