

UZP/DKUE/KD/36/2014

Informacja o wyniku kontroli doraźnej następczej

1. Określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które było przedmiotem kontroli:

Zamawiający:	PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa
Rodzaj zamówienia:	usługi
Przedmiot zamówienia:	zorganizowanie i przeprowadzenie szkoleń dla pracowników PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. zatrudnionych w Centrum Realizacji Inwestycji oraz Centrali Spółki z zakresu zagadnień inwestycyjnych, zagadnień „miękkich” oraz zakresu zarządzania przez cele – <u>część A</u>
Tryb postępowania:	przetarg nieograniczony
Wartość zamówienia:	1 289 600,00 zł (tj. 320.827,94 euro) – część A, 2 100 000,00 zł (tj. 522 440,05 euro) - całkowita wartość zamówienia
Środki UE:	Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko 2007-2013

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku:

1.

Jak wynika z dokumentacji kontrolowanego postępowania termin składania ofert został ostatecznie wyznaczony na dzień 17.09.2012 r. Jednocześnie, zgodnie z treścią

SIWZ, termin związania ofertą został ustalony na 60 dni, co oznacza, że upływał w dniu 15.11.2012 r.

Do upływu terminu składania ofert złożono 3 oferty:

1. Instytut Badawczo – Szkoleniowy Sp. z o.o. z ceną 8.174.080,00 PLN,
2. Instytut Konsultantów Europejskich z ceną 1.252.896,00 PLN,
3. CS Szkolenia i Doradztwo Sp. z o.o. z ceną 1.494.696,00 PLN.

Pismem z dnia 12.11.2012 r. zamawiający zgodnie z dyspozycją art. 85 ust. 2 ustawy Pzp wezwał wykonawców do wyrażenia zgody na wydłużenie terminu związania ofertą o 60 dni. Wykonawcy wyrazili zgodę na przedłużenie okresu związania ofertą wraz z przedłużeniem terminu ważności wadium.

Dnia 14.01.2013 r. upłynęło 120 dni od dnia składania ofert tj. suma okresu 60 dni związania ofertą oraz jednokrotnego przedłużenia tego terminu o kolejne 60 dni.

W trakcie prowadzonego postępowania wykonawca CS Szkolenie i Doradztwo Sp. z o.o. trzykrotnie informował zamawiającego o samodzielnym wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą oraz przedłużeniu ważności wadium:

- pismem z dnia 11.01.2013 r., które przedłużało ważność oferty do dnia 22.01.2013 r.,
 - pismem z dnia 18.01.2013 r., które przedłużało ważność oferty do dnia 31.01.2013 r.
- oraz pismem z dnia 01.02.2013 r., które przedłużało ważność oferty do dnia 28.02.2013 r.

W dniu 18.01.2013 r. również wykonawca Instytut Konsultantów Europejskich przekazał mailem oświadczenie o samodzielnym wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą oraz aneks gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium (pismo datowane na dzień 14.01.2013 r., aneks gwarancji ubezpieczeniowej wystawiony również na 14.01.2013 r. przedłużał ważność gwarancji do dnia 15.03.2013 r.).

Pismami z dnia 24.01.2013 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy CS Szkolenie i Doradztwo Sp. z o.o. oraz o wykluczeniu z postępowania wykonawców: Instytut Badawczo – Szkoleniowy Sp. z o.o., Instytut Konsultantów Europejskich na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż „wykonawca nie przedłużył samodzielnie okresu związania ofertą”. W uzasadnieniu zamawiający wskazał, że wymienieni wykonawcy do upływu terminu związania ofertą, tj. do dnia 14.01.2013 r., nie przedłużyli samodzielnie okresu związania ofertą.

Mając na uwadze powyższe, odnosząc się do uzasadnienia wykluczenia wykonawcy Instytutu Konsultantów Europejskich, należy zauważyć, co następuje.

Zgodnie z art. 85 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca samodzielnie lub na wniosek zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą. Z przepisu tego wynika, że przedłużenie ww. terminu jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem wykonawcy. Jednocześnie należy zauważyć, iż art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. Cytowany przepis określa przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, do których zalicza się brak zgody wykonawcy na przedłużenie okresu związania ofertą. Odniesienie w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp do wyrażenia zgody przez wykonawcę na przedłużenie terminu związania ofertą oznacza zatem, że wykluczenie z postępowania jest następstwem wyłącznie takiej sytuacji, gdy to zamawiający zwrócił się o zgodę na przedłużenie, a wykonawca odmówił wyrażenia zgody. Przepis nie przewiduje natomiast wykluczenia wykonawcy w sytuacji, gdy ten nie przedłużył terminu związania ofertą z własnej inicjatywy. Tym bardziej zatem nie przewiduje takiego wykluczenia, gdy wykonawca wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą i przedłużył ważność wadium, najpierw w terminie na wezwanie zamawiającego w trybie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, a następnie z własnej inicjatywy (mailem z dnia 18.01.2013 r., informującym jednak o przedłużeniu od dnia 14.01.2013 r.). Należy przy tym podkreślić, iż przesłanek wykluczenia wykonawców z postępowania nie można interpretować rozszerzająco - należy zatem, przy podejmowaniu decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania, interpretować je ściśle.

W przedmiotowym stanie faktycznym przesłanką wykluczenia wykonawcy Instytut Konsultantów Europejskich była w istocie kilkudniowa zwłoka w poinformowaniu zamawiającego o ciągłości okresu związania ofertą, które nastąpiło po upływie obligatoryjnych terminów określonych przez zamawiającego na podstawie w art. 85 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Co należy jednak podkreślić, powyższa zwłoka nie dotyczyła samego wadium wniesionego w formie gwarancji ubezpieczeniowej, które zostało w terminie aneksowane. Zwrócić należy także uwagę, że zamawiający w dacie wykluczenia wykonawcy dysponował już jego ważnym oświadczeniem woli o przedłużeniu okresu związania ofertą i ważnym aneksem do gwarancji wadialnej.

Stanowisko o bezpodstawności wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w podobnych stanach faktycznych znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. W jednym z wyroków KIO orzekła jednoznacznie, że „upływ

okresu związania ofertą nie jest podstawą do odrzucenia oferty, ani wykluczenia wykonawcy – za wyjątkiem wskazanym w art. 24 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp, który dotyczy tylko sytuacji nie wyrażenia zgody na przedłużenie okresu związania ofertą, w oparciu o wniosek Zamawiającego” (wyrok z dnia 10 stycznia 2013, KIO 2856/12). Z kolei w wyroku z dnia 2 sierpnia 2010 r. o sygn. akt KIO 1469/10 Izba wyraziła pogląd, iż „w świetle przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp wykluczyć z postępowania można wyłącznie wykonawcę, który nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Z powyższego wynika, iż Zamawiający wyklucza takiego wykonawcę jedynie w sytuacji, gdy Zamawiający wystąpił do niego o przedłużenie terminu związania ofertą. Izba podkreśla, co zostało już wcześniej wskazane, że wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji bezczynności i zaniechania Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (...).”

W konsekwencji należy stwierdzić, że zamawiający, wykluczając z udziału w postępowaniu wykonawcę, Instytut Konsultantów Europejskich z powodu nieprzedłużenia w terminie z własnej inicjatywy okresu związania ofertą naruszył dyspozycję art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ przepis ten stawia wymóg, by wykluczenie zostało poprzedzone wezwaniem wykonawcy do przedłużenia okresu związania ofertą, na które wykonawca odpowiedział negatywnie, a ponadto gwarancja wadialna była w terminie przedłużona, zapewniając zabezpieczenie oferty.

2.

Jak wynika z dokumentacji niniejszego postępowania w ramach przedmiotowej procedury zamawiający w pkt 8.4.1) specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w Sekcji III pkt 2.3) ogłoszenia o zamówieniu wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. wykonawcy musieli wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, (a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) wykonali:

a) 3 usługi, których przedmiotem była organizacja oraz prowadzenie szkoleń o łącznej wartości nie mniejszej niż 350 000,00 PLN brutto, przy czym przynajmniej jedna z tych usług była realizowana w ramach projektu dla jednego podmiotu w formie szkolenia zamkniętego. („Szkolenie zamknięte” – realizowane w ramach jednego podmiotu i przeznaczone tylko i wyłącznie dla jego pracowników).

Każda z usług powinna być wykonana w ramach innych odrębnych umów, z podaniem wartości, przedmiotu, daty wykonania i odbiorcy (Załącznik nr 4 do SIWZ).

b) co najmniej 20 szkoleń, z których każde polegało na zorganizowaniu i przeprowadzeniu szkoleń i/lub warsztatów z zakresu zagadnień inwestycyjnych i w ramach każdej z tych usług przeszkolono minimum 10 osób. Każde z tych szkoleń powinno być przeprowadzone

w ramach innych, odrębnych umów z podaniem wartości, tematu szkolenia, daty wykonania i odbiorcy oraz łącznej liczby osób przeszkolonych w ramach danego szkolenia.

Pismem z dnia 20.02.2015 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego o wyjaśnienie zasadności dokonania opisu warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia wykonawcy, w szczególności:

- dlaczego każde szkolenie, przedstawione na potwierdzenie spełniania warunku doświadczenia, musiało być przeprowadzone w ramach odrębnej umowy,
- dlaczego wykonawcy, którzy zorganizowali i przeprowadzili minimum 20 szkoleń na podstawie mniejszej ilości umów niż 20, nie byłoby w stanie należycie wykonać zamówienia,
- jaka jest różnica między zorganizowaniem i przeprowadzeniem 20 szkoleń na podstawie 20 umów, a zorganizowaniem i przeprowadzeniem 20 szkoleń na podstawie np. 2 lub 10 lub 15 umów.

W odpowiedzi z dnia 25.02.2015 r. zamawiający wyjaśnił, iż jego zdaniem „(...)szczególnie w tej specyficznej formule zakresu rzeczowego zamówienia jakim są szkolenia, meritum doświadczenia wykonawcy nie może opierać się na kilku, incydentalnych, przypadkowych umowach, ale musi mieć swoje podłoże w realizacji tego typu usług na potrzeby różnych instytucji, o wszechstronnym katalogu wymagań, co przy ustalonej wartości szacunkowej zamówienia na kwotę 2 100 000,00 PLN netto, miało niebagatelne znaczenie. Odpowiadając wprost na wszystkie pytania Zamawiający informuje, iż istotą podstawy wskazania na potwierdzenie spełnienia warunku, odrębności umów był przede wszystkim fakt, iż szerokie spectrum zamawiających, na rzecz których wykonawcy świadczyli usługi, gwarantowało dokładną weryfikację wiedzy i doświadczenia wskazanego w złożonej przez niego ofercie. Biorąc pod uwagę fakt, iż w przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło 20 Wykonawców na wszystkie części zamówienia, nie sposób zgodzić się, nawet z hipotetycznym poglądem, że taka konstrukcja warunków udziału w postępowaniu mogła naruszyć generalną zasadę UPZP zawartą w art. 7 dot. zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Kolejną kwestią wartą wykazania jest to, iż kontrolowane postępowanie dotyczy usługi z katalogu usług o charakterze nieprioretytowym wskazanym w Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. co, zgodnie z art. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) (dalej: „UPZP”), daje również możliwość dostosowania warunków udziału w postępowaniu do charakteru całego zamówienia publicznego. Zauważyć należy również, iż zamówienie było współfinansowane przez Unię Europejską ze środków Funduszu Spójności w ramach pomocy technicznej Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko. Dokumentacja była

przedmiotem kontroli ex-ante prowadzonej przez Ministerstwo Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej -Departament Funduszy UE i uzyskała pozytywny wynik, a świadczy to o tym, iż Zamawiający prawidłowo sformułował warunki udziału w postępowaniu, co ma istotne znaczenie w zakresie kwalifikowalności wydatków.”

W świetle wyżej opisanego stanu faktycznego należy wskazać, że podstawowymi zasadami obowiązującymi w systemie zamówień publicznych są wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zasady te sprowadzają się do zapewnienia jak najszerszego dostępu wykonawców do ubiegania się o udzielenie zamówienia. W związku z tym, zamawiający przygotowując i prowadząc postępowanie, powinien dążyć do realizacji ww. zasad, unikając w ten sposób wszelkich działań mogących skutkować ograniczeniem dostępu do postępowania. Zauważyć należy, że szczególnie istotnym momentem procedury z punktu widzenia możliwości naruszenia powyższych zasad jest formułowanie warunków udziału w postępowaniu. W ten sposób bowiem zamawiający wyznacza pewien zakres decydując o tym, jakie podmioty będą mogły ubiegać się o zamówienie, a dla których droga ta będzie zamknięta.

Zgodnie z treścią art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Ww. przepis wskazuje dyrektywy postępowania przez zamawiającego przy dokonywaniu opisu, które przede wszystkim mają zapewnić realizację podstawowych zasad prowadzenia postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, tj. uczciwej konkurencji i równego traktowania (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Pojęcie „proporcjonalny do przedmiotu zamówienia” oznacza, że opis powinien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Dokonany przez zamawiającego opis powinien wskazywać, iż wykonawcy nie spełniający kryteriów podmiotowych nie dają rękojmi możliwości realizacji zamówienia publicznego. Zamawiający formułując opis oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu musi mieć pewność, że nie spowoduje to wykluczenia wykonawców, którzy byliby w stanie wykonać zamówienie. Innymi słowy: opis warunków udziału w postępowaniu nie powinien być wygórowany w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie powinien powodować, że nie będą w stanie złożyć ofert wykonawcy zdolni do wykonania tego zamówienia. Nieprawidłowe jest zatem na tyle rygorystyczne opisanie warunków udziału w postępowaniu, że nie można ich uzasadnić potrzebami zamawiającego.

Jak wynika z dokumentacji postępowania zamawiający uzasadniał ustalenie powyższego warunku udziału w postępowaniu tym, iż „(...) *meritum doświadczenia wykonawcy nie może opierać się na kilku, incydentalnych, przypadkowych umowach, ale musi mieć swoje podłoże*

w realizacji tego typu usług na potrzeby różnych instytucji, o wszechstronnym katalogu wymagań (...)” oraz że wykazanie się 20 szkoleniami na podstawie odrębnych umów gwarantowało dokładną weryfikację wiedzy i doświadczenia wykonawcy wskazanego w złożonej przez niego ofercie.

Odnosząc się do przywołanych powyżej argumentów Zamawiającego można zgodzić się, że tylko wykonawca, który wykonał 3 usługi lub 20 szkoleń na podstawie 3 lub 20 umów jest w stanie zrealizować prawidłowo zamówienie, a jego wiedza i doświadczenie jest większa niż wykonawcy, który zrealizował podobne szkolenia o porównywalnej wartości na podstawie mniejszej ilości umów. Przyjęcie zaproponowanego przez zamawiającego toku rozumowania przy ocenie usług szkoleniowych prowadzi do wniosku, że o możliwości spełnienia warunku decyduje nie tylko przedmiot zamówienia wykazywanego w doświadczeniu i jego zakres, ale ilość czynności prawnych stanowiących podstawę wykonania tego przedmiotu zamówienia. W konsekwencji odmiennie będzie oceniane spełnienie tak opisanego warunku doświadczenia w organizacji np. tych samych szkoleń – w zależności od tego, czy zrealizowane one zostały w oparciu o jedną, kilka umów, czy wymagane 20 umów. Jednakże nie można zgodzić się z Zamawiającym, że liczba zawartych umów świadczy o potencjale wykonawcy, gdyż po pierwsze – duża ich liczba nie musi być zawarta przez wykonawcę z różnymi instytucjami o różnym katalogu wymagań, ale może być zawierana cały czas z jednym zleceniodawcą, po drugie – ich liczba nie świadczy o liczbie wykonanych szkoleń, gdyż możliwa jest sytuacja, w której na podstawie 20 umów wykonawca zrealizuje 20 szkoleń, a inny wykonawca na podstawie 10 umów – więcej niż 20 szkoleń. W związku z powyższym Zamawiający nie wykazał, że przedstawiony opis sposobu oceny spełniania warunków posiadania wiedzy i doświadczenia wykonawcy jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, tj. nie wykazał, że inni wykonawcy posiadający doświadczenie w świadczeniu tego samego rodzaju usług, które zostały zrealizowane na podstawie mniejszej ilości umów, niż 3 lub 20, nie byłoby w stanie zrealizować przedmiotowego zamówienia. Stwierdzić należy, że wykonawca posiadający doświadczenie w realizacji usług tożsamych do przedmiotu zamówienia, tj. usług szkoleniowych, daje rękojmię prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, bez względu na liczbę zawartych umów. O doświadczeniu wykonawcy świadczy bowiem rodzaj, wielkość i złożoność usługi, której realizacją może się wykazać, nie zaś to czy została ona zrealizowana na podstawie np. 5, 10 czy 20 umów.

Mając na względzie powyższe, należy stwierdzić, że żądanie od wykonawców wykazania się wykonaniem 3 usług lub 20 szkoleń w ramach innych, odrębnych umów jest warunkiem nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia, gdyż ogranicza dostępność zamówienia dla wykonawców, którzy realizowali usługi lub szkolenia o porównywalnej wartości, zakresie

i sposobie organizacji w ramach mniejszej ilości umów, pomimo iż byliby oni zdolni do wykonania zamówienia.

Wobec powyższego należy uznać, że dokonując opisu sposobu dokonywania oceny warunków udziału w postępowaniu poprzez wymaganie wykonania 3 usług lub 20 szkoleń, z których każde powinno być przeprowadzone w ramach innej, odrębnej umowy, zamawiający naruszył dyspozycję art. 22 ust. 4 ustawy Pzp.

Ponadto informuję, że zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej następczej w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.