

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 12 kwietnia 2018 roku

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 14 marca 2018 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego, którym jest: Centrum Spotkania Kultur w Lublinie, dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „*Obsługa widowni i szatni podczas wydarzeń oraz wszelkich innych imprez z udziałem widowni odbywających się w Centrum Spotkania Kultur w Lublinie*” z dnia 2 marca 2018 r., znak: KND/27/17/DKZP

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Członkowie: Agata Mikołajczyk

Ewa Sikorska

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego z dnia 14 marca 2018 r. do Informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 2 marca 2018 r. nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

I. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej jako „Prezes Urzędu”) przeprowadził kontrolę doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „*Obsługa widowni i szatni podczas wydarzeń oraz wszelkich innych imprez z udziałem widowni odbywających się w Centrum Spotkania Kultur w Lublinie*” przez zamawiającego – Centrum Spotkania Kultur w Lublinie (dalej jako „Zamawiający”), w wyniku której stwierdził naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, ze zm.), zwanej dalej także „ustawą Pzp”:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp, poprzez brak opisanie sposobu przyznawania punktów w ramach kryterium oceny ofert pn. Doświadczenie wykonawcy, oraz art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz, w konsekwencji naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp oraz art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisów art 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 2 pkt 5 ustawy Pzp;
- 2) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „Ochrona24” P. M. (Lider), Grupa Ochrony Biznesu sp. z o.o. i Grupa Ochrony Biznesu R. P. (członkowie) do uzupełnienia dokumentu składanego na potwierdzenie posiadanej zdolności kadrowej (wykazu osób), mającego potwierdzić spełnianie warunku udziału w postępowaniu wskazanego w art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp;
- 3) art. 8 ust. 1 i art. 96 ust. 1 ustawy Pzp w związku z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, poprzez nieprzewodzenie protokołu postępowania w sposób rzetelny.

Uzasadniając stanowisko przedstawione w ww. Informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezes Urzędu wskazał, co następuje:

Ad. 1)

Zamawiający w rozdziale XIII Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej „SIWZ” („Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz

z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert”), zamieścił zapisy w następującym brzmieniu:

A. Cena oferty- 60%

Punktacja:

Liczba punktów (najniższa cena: cena badanej oferty) x 100 pkt x 60%

B. Doświadczenie Wykonawcy— 40%

Punktacja:

Zamawiający przyzna Wykonawcy dodatkowe punkty w tym kryterium za wykazanie się wykonaniem ponad minimum określone w rozdz. V ust. 1 pkt 2) SIWZ przez Wykonawcę w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, usługi polegającej na obsłudze widowni, odpowiadającej swoim rodzajem usługom, stanowiącym przedmiot zamówienia, świadczonych na rzecz instytucji artystycznych — w szczególności takich jak teatr, filharmonia, opera (zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej (tekst. jedn. Dz. U. z 2012 r., poz. 406 ze zm.) — posiadających sale widowiskowe z co najmniej 300-osobową widownią. Wykazane usługi obsługi widowni wykonywane być muszą w sposób ciągły, na podstawie umowy zawartej na okres nie krótszy, niż 12 miesięcy. Do oferty należy załączyć dowody potwierdzające należyte wykonanie usług (np.: referencje).

*Wykonawca w celu otrzymania punktów w tym kryterium załączy do oferty **Informację o wykonanych usługach**, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ. **Do przedmiotowej Informacji nie ma zastosowania art 26 ust. 3 ustawy.***

W zakresie dowodów odpowiednio Zamawiający będzie stosował Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231).

Do przyznania punktów w kryterium „Doświadczenie Wykonawcy” będą uwzględniane wyłącznie usługi obsługi widza wykonane albo wykonywana przez Wykonawcę, którego oferta jest oceniana. Nie będą przyznawane punkty za doświadczenie udostępnione przez inny podmiot na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego do upływu terminu składania ofert złożone zostały 2 oferty, tj.:

- 1) oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Ochrona 24 P. M. (Lider) oraz Grupa Biznesu Sp. z o.o., Grupa Ochrony Biznesu R. P. (członkowie), zwanych dalej także „Konsorcjum”, zawierająca cenę 588 924,00 zł oraz cenę jednostkową brutto (stawkę roboczogodziny obsługi) wynoszącą 22,14 zł;
- 2) oferta wykonawcy Firma S. Obsługa Widowni Teatralnych s.c. L. S. A.S., zwanego dalej także „Firma S.”, zawierająca cenę 642 124,00 zł oraz cenę jednostkową brutto (stawkę roboczogodziny obsługi) wynoszącą 24,14 zł.

Oferta Konsorcjum zawierała dwa odrębne wykazy wykonanych usług (w każdym z nich wymieniono po 3 usługi). Treść obydwu przedmiotowych wykazów została przez wykonawcę zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa. Do wykazów nie dołączono dowodów, że wymienione w nich usługi zostały wykonane należycie.

Oferta Firmy S. zawierała natomiast niżej wymieniony wykaz wykonanych usług. Do przedmiotowego wykazu dołączono również referencje dotyczące wskazanych w nim usług.

Załącznik nr 7 do SIWZ

WYKAZ WYKONANYCH USŁUG PRZEZ WYKONAWCĘ W CIĄGU OSTATNICH 3 LAT:

L.p.	Przedmiot (rodzaj i zakres)	Data wykonania	Całkowita wartość brutto	Odbiorca (nazwa Zamawiającego)
1	OBSŁUGA WIDOWNI I SZATNI	IX/1998 OBECNIE	483 500,00 za sezon 2015/2016	TEATR NARODOWY WARSZAWA
2.	OBSŁUGA WIDOWNI I SZATNI	IX/2010 OBECNIE	123 000,00 za sezon 2015/2016	TEATR POLSKI WARSZAWA
3.	OBSŁUGA WIDOWNI I SZATNI	II/2005 OBECNIE	148 528,65 za sezon 2015/2016	TEATR KOMEDIA WARSZAWA
4.	OBSŁUGA WIDOWNI I SZATNI	IX/2005 OBECNIE	- 154 488,00 za sezon 2015/2016	TEATR SYRENA WARSZAWA
5.	OBSŁUGA WIDOWNI I SZATNI	IX/2009 OBECNIE	101 644,13 za sezon 2015/2016	TEATR ATENEUM WARSZAWA
6.	OBSŁUGA WIDOWNI I SZATNI	X/2010 OBECNIE	60 122,40 za sezon 2015/2016	TEATR DRAMATYCZNY SCENA NA WOLI WARSZAWA
7.	OBSŁUGA WIDOWNI I SZATNI	III/2011 OBECNIE	61 116,24 za sezon 2015/2016	TEATR ŻYDOWSKI WARSZAWA

Zamawiający w dniu 7 września 2016 r. wybrał jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Firma S., przyznając jej łącznie 74 pkt (55 pkt w kryterium cena oraz 19 pkt w kryterium doświadczenie). Oferta wykonawcy Konsorcjum uzyskała natomiast łącznie 60 pkt (60 pkt w kryterium cena i 0 pkt w kryterium doświadczenie).

W skierowanych do Urzędu wyjaśnieniach dotyczących sposobu dokonania oceny ofert złożonych w postępowaniu Zamawiający wskazał, iż przyznał on po 1 pkt za każdą dodatkową (w stosunku do analogicznych usług wymaganych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu) usługę, tj. świadczoną w sposób ciągły na okres nie krótszy niż 12 miesięcy polegającą na obsłudze widowni, odpowiadającej swoim rodzajem usługom, stanowiącym przedmiot zamówienia, świadczonych na rzecz instytucji artystycznych — w szczególności takich jak teatr, filharmonia, opera — posiadających sale widowiskowe z co najmniej 300 osobową widownią. Z oferty wykonawcy Firma S. wynikało, zdaniem Zamawiającego, w sposób czytelny i jednoznaczny, iż wszystkie wskazane w niej usługi (wykonywane na rzecz siedmiu odbiorców) były realizowane w okresie ponad trzech lat. Nie budziło również wątpliwości Zamawiającego, iż wszyscy odbiorcy usług wskazani w wykazie są instytucjami artystycznymi. Dalej Zamawiający wskazał, że zgodnie z SIWZ jako „okres referencyjny” przyjął termin trzech lat przed upływem terminu składania ofert. W związku z powyższym Zamawiający, w celu obliczenia punktów w ramach oceny ofert wykonał następujące działanie: $7 \times 3 = 21$, i następnie od uzyskanej liczby odjął 3 pkt za wymagane doświadczenie minimalne. Jednakże do otrzymanego wyniku (18) dodał następnie wykonawcy Firma S. 1 punkt za realizowanie przez niego usług od 1998 r., chcąc nagrodzić w ten sposób profesjonalizm wykonawcy oraz dobrą współpracę z instytucjami artystycznymi.

Jednocześnie Zamawiający wyjaśnił, że przyczyną nieprzyznania ofercie Konsorcjum Ochrona 24 P. M. (Lider) oraz Grupa Biznesu Sp. z o.o., Grupa Ochrony Biznesu R. P. (członkowie), żadnego punktu w ramach kryterium „Doświadczenie Wykonawcy” było niezłączenie przez Konsorcjum do złożonej oferty dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług wymienionych w informacji o wykonanych usługach, co było wymagane zgodnie z SIWZ. Jednocześnie Zamawiający w SIWZ zastrzegł, że ww. dokumenty, służące do oceny ofert w ramach kryterium „Doświadczenie Wykonawcy”, nie będą podlegały uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe ustalenia Prezes Urzędu zauważył, że poprzestanie przez zamawiającego jedynie na wskazaniu w SIWZ kryteriów oceny ofert oraz przypisanej im wagi nie może zostać uznane za działanie wyczerpujące w pełnym zakresie dyspozycję przepisu art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z ww. przepisem, ustawodawca wymaga

jeszcze dodatkowo dwóch elementów, tzn. dookreślenia zastosowanych kryteriów oceny ofert poprzez podanie ich znaczenia oraz wskazania sposobu oceny ofert. Powyższe oznacza, że specyfikacja, oprócz określenia wag poszczególnych kryteriów oceny ofert, powinna także zawierać informację na temat sposobu oceny ofert przy ich zastosowaniu. W praktyce przygotowywania postępowania o udzielenie zamówienia, każde kryterium powinno być szczegółowo opisane i określać precyzyjnie oraz jednoznacznie, w jaki sposób zamawiający będzie dokonywał oceny ofert w jego ramach. Na zamawiającym ciąży bowiem, stosownie do art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp, obowiązek podania do wiadomości wykonawców sposobu oceny ofert na podstawie danego kryterium, tj. określenia, za co konkretnie zamawiający będzie przyznawał punkty i w jakiej wysokości. Kryterium oceny ofert powinno być więc tak opisane, aby wykonawcy biorący udział w postępowaniu wiedzieli nie tylko jaką wagę zamawiający przypisuje danemu kryterium, ale także za co konkretnie będzie on przyznawał w ramach tego kryterium punkty. Zatem w ramach opisu każdego kryterium oceny ofert powinna znaleźć się informacja dla wykonawców o dokumentach bądź szczególnych elementach oferty, które będą brane pod uwagę przez zamawiającego. Drugim niezwykle istotnym elementem z punktu widzenia czynności oceny ofert jest określenie przez zamawiającego sposobu (z reguły w postaci odpowiedniego wzoru), w oparciu o który przyznane ofertom punkty zostaną przeliczone z uwzględnieniem przyjętej przez zamawiającego wagi danego kryterium, jak również na podstawie którego będzie możliwe porównanie ze sobą złożonych w postępowaniu ofert. Opis kryteriów oceny ofert powinien być skonstruowany w sposób umożliwiający dokonanie oceny ofert w sposób obiektywny i wynikający z zastosowania jasnych i logicznych reguł. Kompletność i jednoznaczność opisu kryteriów oceny ofert powinna umożliwiać każdemu zamawiającemu dokonanie, w oparciu o treść złożonych ofert ich właściwej i obiektywnie uzasadnionej oceny, jak również ich hierarchizacji w rankingu ofert. Tego rodzaju opis ma na celu wyeliminowanie sytuacji, w których wybór oferty najkorzystniejszej następuje na podstawie sposobu oceniania znanego tylko zamawiającemu lub sprzecznego ze sposobem, jaki wynikał z treści SIWZ. Należy przy tym również mieć na uwadze, że art. 2 pkt 5 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania przewidywał, że za najkorzystniejszą mogła zostać uznana oferta, która przedstawiała najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia albo oferta z najniższą ceną. Z powyższych przepisów wynika, że celem ustanawiania kryteriów oceny ofert jest wybór oferty, która zaspokaja w największym stopniu potrzeby zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, wyrażane właśnie poprzez ustanawiane w postępowaniu kryteria go dotyczące.

W odniesieniu do powyższego Prezes Urzędu stwierdził, iż w kontrolowanym postępowaniu Zamawiający nie określił w treści SIWZ liczby punktów, jaka będzie przyznawana w ramach

kryterium „Doświadczenie wykonawcy” za wykazanie się jedną usługą ponad wymagane minimum stanowiące warunek udziału w postępowaniu. Zamawiający nie wskazał również w treści SIWZ żadnego wzoru służącego do obliczenia liczby punktów w ramach niniejszego kryterium. Zamawiający w wyjaśnieniach skierowanych do Urzędu podał wprawdzie, że przyznał po 1 pkt za każdą tego rodzaju usługę, niemniej należy zauważyć, że w SIWZ nie określono zasad przyznawania punktów w ramach przedmiotowego kryterium. Wykonawcy zatem nie mieli możliwości zapoznania się z regułami obowiązującymi odnośnie sposobu oceny ofert przed ich złożeniem. Ponadto z wyjaśnień Zamawiającego wynika, że dokonując oceny oferty wykonawcy Firma S. przyznał on jej dodatkowe punkty za każdy drugi i trzeci rok wykonywania usługi wskazanej w wykazie wykonanych usług oraz za długoletnie świadczenie usług, podczas gdy w SIWZ nie zawarto jakichkolwiek reguł dotyczących sposobu oceny ofert, w tym informujących, że Zamawiający właśnie w taki sposób będzie dokonywał punktowania ofert.

Zamawiający podniósł, że kryterium odnoszące się do doświadczenia wykonawcy było opisane w sposób wystarczająco precyzyjny, ponieważ Zamawiający wskazał, że będzie ono miało wagę 40%. Z powyższym stanowiskiem Zamawiającego nie sposób się zgodzić. Poprzestanie na wskazaniu samej tylko wagi danego kryterium, bez jednoczesnego określenia sposobu przyznawania punktów z uwzględnieniem przyznanej wagi (tj. odpowiedniego wzoru), powoduje, że podane przez Zamawiającego znaczenie danego kryterium nie ma praktycznego zastosowania. Powyższe jest wyraźnie widoczne w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy — Zamawiający w ramach kryterium „Doświadczenie Wykonawcy” przyznał ofercie wykonawcy Firma S. punkty według arbitralnych, nieznanych wcześniej uczestnikom postępowania zasad, a następnie, w związku z brakiem w SIWZ odpowiedniego wzoru nie przemnożył uzyskanego wyniku przez przewidzianą w SIWZ wagę kryterium, dodając po prostu przyznane punkty do punktów uzyskanych przez oferty w ramach kryterium ceny. W wyniku powyższego ocena ofert została dokonana w sposób całkowicie uznaniowy. Zamawiający równie dobrze — wobec braku postanowień SIWZ w tym zakresie — mógł przyznać ofercie (ofertom) dowolną liczbę punktów za wykazanie się wykonaniem 1 usługi ponad minimum wymagane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, a liczba punktów możliwa do uzyskania w ramach kryterium doświadczenia mogła nawet przekraczać liczbę punktów możliwą do uzyskania w ramach kryterium ceny (pomimo tego, iż teoretycznie kryterium doświadczenia posiadało mniejszą wagę aniżeli kryterium ceny). Analogicznie z równym powodzeniem Zamawiający mógł przyznawać wykonawcom po 1 pkt za każdą wykonaną usługę trwającą co najmniej 12 m-cy, bez dodawania punktów za każdy kolejny rok (12 m-cy) jej świadczenia dla danego Zamawiającego.

Zdaniem Prezesa Urzędu powyższe nakazuje uznać, że w niniejszej sprawie opis kryterium oceny ofert pn. „Doświadczenie Wykonawcy” został przez Zamawiającego sporządzony w sposób niejednoznaczny, naruszający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, w wyniku czego uniemożliwił on dokonanie w sposób zobiektywizowany i jednakowy dla wszystkich wykonawców wyboru oferty najkorzystniejszej. Powyższe naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania, ponieważ oferta Konsorcjum w ramach kryterium ceny otrzymała 60 pkt, natomiast oferta wykonawcy Firma S. Obsługa Widowni Teatralnych s.c. L. S. A.S. — 55 pkt. Gdyby zatem Zamawiający istotnie — jak wskazywał w przesłanych do Urzędu wyjaśnieniach - zastosował metodę obliczania punktów polegającą na przyznaniu ofercie po 1 pkt za każdą pojedynczą usługę wykazaną ponad minimum wymagane na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu (bez modyfikacji polegających na uznaniowym dodawaniu i odejmowaniu punktów), oferta wykonawcy Firma S. otrzymałaby łącznie 59 pkt, a zatem nie byłaby już ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu. Należy jednak podkreślić, że w związku z zaniechaniem określenia przez Zamawiającego w SIWZ liczby punktów możliwych do uzyskania w ramach przedmiotowego kryterium, jak i zasad ich przyznawania i obliczenia punktacji z uwzględnieniem wagi przyjętego kryterium, każdy sposób przyznania ofercie punktów byłby wadliwy (nie mógłby on bowiem podlegać weryfikacji w oparciu o zasady określone w SIWZ, co uniemożliwiłoby dokonanie oceny ofert w tym zakresie w sposób przejrzysty i zobiektywizowany).

Ad. 2)

Zamawiający w rozdz. V.3) SIWZ w zakresie zdolności kadrowej postawił warunek, aby wykonawca dysponował co najmniej 30 osobami, które:

- a) posiadają minimum średnie wykształcenie,
- b) znają w stopniu komunikatywnym (tzn. w stopniu podstawowym, umożliwiającym udzielenie prostych odpowiedzi na pytania w zakresie wykonywanych obowiązków) minimum jeden język obcy.

Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku Zamawiający wymagał, zgodnie z rozdz. VI ust. 1 lit. c) SIWZ, oprócz złożenia oświadczenia o jego spełnianiu, również wykazu osób zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 8 do SIWZ.

Konsorcjum załączyło do oferty wykaz osób (zastrzegając jego treść jako tajemnicę przedsiębiorstwa), sporządzony na wzorze określonym w załączniku nr 8 do SIWZ, w którym wskazało jedynie 4 osoby, podczas gdy Zamawiający wymagał dysponowania minimum 30 osobami spełniającymi określone przez Zamawiającego wymagania.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania), zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym

terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Jak wskazał Prezes Urzędu z dokumentacji kontrolowanego postępowania wynika, że Zamawiający nie wezwał w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Konsorcjum do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie powyżej opisanego warunku dotyczącego zdolności kadrowej, polegającego na dysponowaniu co najmniej 30 osobami, które posiadają minimum średnie wykształcenie oraz znają w stopniu komunikatywnym (tzn. w stopniu podstawowym, umożliwiającym udzielenie prostych odpowiedzi na pytania w zakresie wykonywanych obowiązków) minimum jeden język obcy.

Ad. 3)

Prezes Urzędu wskazał, iż w pkt 10 protokołu postępowania (druk ZP-PN) Zamawiający zaznaczył w ppkt 1 („Zastosowano art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. — Prawo zamówień publicznych”) opcję „nie”, co jest sprzeczne ze stanem faktycznym ustalonym w kontrolowanym postępowaniu. Z dokumentacji postępowania wynika bowiem, że Zamawiający wezwał w dniu 19 sierpnia 2016 r. Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Ponadto w pkt 16 protokołu postępowania („Środki ochrony prawnej”) nie zamieszczono informacji o wniesieniu przez Konsorcjum do Zamawiającego, w dniach 11 sierpnia 2016 r. oraz 8 i 12 września 2016 r., informacji o czynności bezprawnie podjętej lub zaniechanej, o której nowa w art. 181 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do powyższego Prezes Urzędu zauważył, że protokół postępowania jest dokumentem odwzorowującym przebieg postępowania i służy realizacji zasady jawności wyrażonej w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Tylko prowadzenie protokołu postępowania na bieżąco i w sposób rzetelny prowadzi do wypełnienia jego funkcji informacyjnej. Ustawa Prawo zamówień publicznych, w art. 96 ust. 1 ustawy Pzp, określa minimalny zakres informacji, które muszą być podane w protokole. Szczegółowy zakres informacji, jakie powinien zawierać protokół, został określony w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października

2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 223, poz. 1458). Zgodnie z § 2 rozporządzenia protokół, oprócz informacji, o których mowa w art. 96 ust. 1 ustawy Pzp, zawiera m.in. informacje o środkach ochrony prawnej. Z kolei zgodnie z § 3 rozporządzenia, wzór protokołu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego stanowi załącznik do rozporządzenia. Z punktu 10 wzoru protokołu stanowiącego załącznik do rozporządzenia wynika, iż zamawiający jest zobowiązany zaznaczyć, czy w postępowaniu o udzielenie zamówienia zastosował art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Natomiast z pkt 16 wzoru protokołu wynika, że zamawiający jest zobowiązany zamieścić informacje o wniesionych w toku postępowania środkach ochrony prawnej, w tym również o informacji wniesionej do zamawiającego na podstawie art. 181 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z tym, Prezes Urzędu stwierdził, iż Zamawiający, nie prowadząc protokołu postępowania w sposób rzetelny, uchybił treści art. 8 ust. 1, art. 96 ust. 1 ustawy Pzp w związku z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

II. Pismem z dnia 14 marca 2018 r. (znak: CSK/OR/03/2018/75/GS) Zamawiający na podstawie art. 167 ust. 1 ustawy Pzp zgłosił umotywowane zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej, wskazując, co następuje:

Ad. 1)

Zamawiający wskazał, iż w toku kontroli nie uwzględniono następujących okoliczności w zakresie dotyczącym redakcji kryteriów w SIWZ. Opis kryterium „doświadczenie wykonawcy” był znany wszystkim wykonawcom i nie wzbudzał żadnych wątpliwości na etapie przed składaniem ofert - nie było żadnych pytań w tym zakresie ze strony wykonawców. Wykonawcy składając ofertę jednocześnie złożyli w niej oświadczenie o następującej treści: „Zapoznaliśmy się ze SIWZ wraz z załącznikami i nie wnosimy do niego zastrzeżeń.

Zamawiający powołał się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu do wyroku z dnia 17 października 2017 r. (sygn. akt KIO 2055/17; KIO 2063/17): (...) *W pierwszej kolejności, dokonując analizy wadliwych lub niezbyt precyzyjnych zapisów SIWZ (które jednak nie zostały zaskarżone a zatem nie wzbudziły w potencjalnych Wykonawcach wątpliwości w zakresie możliwości złożenia oferty co do zasady), należało rozważyć te zapisy pod kątem możliwości dokonania wykładni i w ten sposób usunięcia potencjalnych rozbieżności. Podobnie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 19 sierpnia 2014 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1607/14 wskazując, że: Unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) może nastąpić jedynie*

w razie wystąpienia wad postępowania o wysokim ciężarze gatunkowym, to jest takich, które skutkują, że zawarta umowa obciążona będzie nieważnością albo może zostać unieważniona. Oznacza to, że wady postępowania, w szczególności niedoskonałości dokumentu jakim jest specyfikacja istotnych warunków zamówienia muszą mieć charakter takich, których nie da się usunąć z zastosowaniem reguł interpretacyjnych i kolizyjnych, pozwalających na wyeliminowanie ewentualnych niejasności, czy sprzeczności postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający za bezsporne uznał, iż spośród dwóch złożonych ofert tylko jedna mogła otrzymać punkty w kryterium „doświadczenie wykonawcy” - wyłącznie oferta złożona przez wykonawcę Firma S..

W związku z powyższym Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko, iż w kryterium „doświadczenie wykonawcy” zastosował logiczną metodologię przyznawania dodatkowych punktów. Zamawiający przyznał 1 pkt za każdą dodatkową usługę świadczoną w sposób ciągły na okres nie krótszy niż 12 miesięcy polegającą na obsłudze widowni, odpowiadającej swoim rodzajem usługom, stanowiącym przedmiot zamówienia, świadczonych na rzecz instytucji artystycznych – w szczególności takich jak teatr, filharmonia, opera [zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy o organizowaniu i prowadzeniu działalności kulturalnej (tekst jedn.: Dz. U. z 2012 r., poz. 406 ze zm.)] – posiadających sale widowiskowe z co najmniej 300-osobową widownią. Z oferty najkorzystniejszej wynika w sposób czytelny i jednoznaczny, iż wszystkie wykazane usługi dla siedmiu odbiorców były realizowane w okresie ponad trzech lat. Bezspornym jest także, iż wszyscy odbiorcy usług wykazanych w Informacji są instytucjami artystycznymi.

Zamawiający wskazał, iż problematyce unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poświęcona jest Informacja o wyniku kontroli doraźnej UZP z dnia 30 sierpnia 2012 r. (UZP/DKD/KND/37/10). Zamawiający unieważnił postępowanie, uznając, że zapisy określające warunki udziału oraz potwierdzające je dokumenty nie były wystarczająco precyzyjne. W protokole z kontroli podniesiono, że dla unieważnienia postępowania musi istnieć wada, która ma charakter nieusuwalny, a przy tym w sposób obiektywny uniemożliwia podpisanie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Przywołano w tym kontekście wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 2003 r. (V CK 474/02). Kontrolujący przyznali, że warunki sformułowane przez zamawiającego były tak nieprecyzyjne, iż poszczególni wykonawcy mogli interpretować je w odmienny sposób. W toku kontroli uznano jednak, że fakt braku precyzji w opisie wymaganych uprawnień i potwierdzających je dokumentów nie jest wystarczającą przesłanką do unieważnienia postępowania. Powołano przy tym wyrok z dnia 29 sierpnia 2008 r. (KIO/UZP 844/08), w którym Izba podkreśliła, że obowiązkiem zamawiającego jest stworzyć SIWZ w sposób jasny i czytelny, a wszystkie wątpliwości przy zachowaniu przepisów prawa muszą być interpretowane na korzyść wykonawcy.

Ad. 2)

Zamawiający zgodził się z wynikami kontroli w zakresie oceny oferty złożonej przez Konsorcjum – w zakresie dotyczącym spełniania przez tego wykonawcę warunku udziału dotyczącego personelu (zdolności kadrowej).

Dodatkowo Zamawiający zwrócił uwagę, iż uzupełnione przez ww. wykonawcę dowody potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia po wnikliwej ich analizie wzbudzają poważne wątpliwości co do ich treści. Dwie referencje wystawione przez [.....] potwierdzają wykonanie usługi dotyczącej [.....], który na podstawie ogólnodostępnych informacji nie trwa dłużej niż kilka dni, a nie jak wynika z wystawionych referencji dłużej niż 12 miesięcy. Zdaniem Zamawiającego oznacza to, iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające mieć wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Ponadto zauważył, iż kserokopie referencji wystawionych przez [.....] nie są jednoznaczne w zakresie ich formy – mało czytelny podpis Wystawcy i nieścisłości w datach, co Zamawiający mógł uznać za okoliczność stanowiącą podstawę do odrzucenia oferty, a finalnie jednak dopuścił ofertę do oceny dając ww. wykonawcy szansę udziału w dalszym toku postępowania.

Ad. 3)

Odnosząc się do kolejnego zarzutu Zamawiający zauważył, iż jak powszechnie przyjmuje się w doktrynie i orzecznictwie, wszelkie uchybienia w zakresie prawidłowości sporządzenia protokołu nie stanowią naruszeń przepisów mających wpływ na wynik postępowania (zob. np. Informacja o wynikach kontroli uprzednich Prezesa UZP zakończonych w okresie od 01.01.2008 r. do 30.06.2008 r., s. 15). Protokół postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie stwierdzonych w nim błędów został podobnie potraktowany w nowym wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 marca 2017 r., gdzie Izba przyjęła, iż omyłkowe wymienienie w treści protokołu osoby, która faktycznie nie wykonywała czynności w postępowaniu nie ma żadnego wpływu na ocenę prawidłowości przebiegu postępowania.

III. Pismem z dnia 29 marca 2018 r. Prezes Urzędu poinformował Zamawiającego, że podtrzymuje stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 2 marca 2018 r.

Izba zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż zastrzeżenia Zamawiającego zgłoszone pismem z dnia 14 marca 2018 r. do Informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu z dnia 2 marca 2018 r. nie zasługują na uwzględnienie. Odnosząc się do argumentacji przedstawionej przez

Zamawiającego w zakresie poszczególnych naruszeń stwierdzonych przez Prezesa Urzędu Izba wskazuje, co następuje:

Ad. 1)

Izba podzieliła zawarte w Informacji o wyniku kontroli doraźnej stanowisko Prezesa Urzędu dotyczące stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp, poprzez brak opisanie sposobu przyznawania punktów w ramach kryterium oceny ofert „doświadczenie wykonawcy”, oraz art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, co w konsekwencji skutkowało przeprowadzeniem czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisów art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

Nie ulega wątpliwości, iż w treści SIWZ Zamawiający nie zawarł postanowień dotyczących sposobu oceny ofert w zakresie kryterium „doświadczenie wykonawcy”. Zamawiający wskazał wprawdzie w SIWZ, iż przewiduje ww. kryterium, przypisuje mu wagę 40 %, a punkty będzie przyznawać za wykazane, określone w SIWZ doświadczenie, jednakże brak było jakichkolwiek postanowień regulujących sposób przyznawania tych punktów (tj. za co dokładnie i w jakiej ilości będą one przyznawane) i obliczenia punktacji z uwzględnieniem wagi przyjętego kryterium. Zamawiający nie wskazał ile punktów zostanie przydzielonych za każdą wykazaną usługę (ostatecznie przydzielał 1 pkt za każdy rok wykonywania usługi), nie określił zasad przyznawania dodatkowych punktów za doświadczenie (ostatecznie został przyznany 1 pkt za profesjonalizm wykonawcy oraz dobrą współpracę z instytucjami artystycznymi) jak i nie określił maksymalnej liczby punktów możliwych do uzyskania w tym kryterium oraz sposobu przeliczenia punktów z uwzględnieniem przyjętej przez niego wagi tego kryterium (w praktyce wykonawca mógł uzyskać za wykazane doświadczenie liczbę punktów znacznie przekraczającą 40% wagę tego kryterium). Powyższe zaniechanie ze strony Zamawiającego stanowi naruszenie przepisu art. 36 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp, a jednocześnie narusza określone przez ustawodawcę w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady przygotowania i przeprowadzenia postępowania: zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu nie mieli podstawowej wiedzy dotyczącej sposobu oceny ofert w zakresie jednego z dwóch, ustalonych przez Zamawiającego kryterium. Ww. uchybienie prowadziło do sytuacji, w której w zakresie przedmiotowego kryterium złożone w postępowaniu oferty podlegały całkowicie dowolnej ocenie Zamawiającego, której zasady przeprowadzenia mogły zostać określone już po otwarciu ofert. Sposób dokonania tej oceny nie mógł być w żaden sposób zweryfikowany

w toku postępowania, albowiem nie zostały w SIWZ określone żadne reguły, do których można by odnieść postępowanie Zamawiającego. Brak określenia sposobu dokonywania oceny ofert, chociażby w zakresie jednego z ustalonych kryteriów, stoi zatem w sprzeczności z podstawowymi założeniami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które winno być jawne, przejrzyste, przeprowadzone z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Stwierdzenie zatem ww. wady postępowania po upływie terminu składania ofert skutkuje koniecznością jego unieważnienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, albowiem jest to tego rodzaju wada, która na tym etapie postępowania nie może już zostać przez Zamawiającego usunięta. Zaniechanie unieważnienia postępowania prowadzi natomiast do wadliwości czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, pozostającej w sprzeczności z przepisami art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

Zastrzeżenia zgłoszone przez Zamawiającego w odniesieniu do ww. naruszenia należy uznać za niezasadne. Okoliczność, iż opis kryterium „doświadczenie wykonawcy” był znany wykonawcom i nie wzbudzał ich wątpliwości na etapie przed składaniem ofert, nie ma istotnego znaczenia dla dokonanej w tym zakresie oceny postępowania. Korzystanie ze środków ochrony prawnej czy zwrócenie się o wyjaśnienie treści SIWZ stanowi uprawnienie wykonawców, z którego nie muszą oni skorzystać. Jednocześnie sam fakt nieskorzystania przez wykonawców z tego uprawnienia nie świadczy o prawidłowości prowadzenia postępowania przez Zamawiającego. Oceny w tym zakresie należy bowiem dokonywać w sposób obiektywny, a nie subiektywny – zależny od stanowiska wykonawców biorących udział w postępowaniu. Ostatnia z wymienionych okoliczności może być jedynie brana pod uwagę uzupełniająco, jako dodatkowe potwierdzenie stanowiska ustalonego w oparciu o obiektywne okoliczności, jakimi w tym przypadku są postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Przywołane w treści pisma z dnia 14 marca 2018 r. poglądy zawarte w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej oraz Informacji o wyniku kontroli doraźnej z 30 sierpnia 2012 r. nie mają zastosowania w niniejszej sprawie, albowiem dotyczą one sytuacji, w której postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie zostały sformułowane w sposób wystarczająco precyzyjny (co skutkuje koniecznością rozważenia zastosowania określonych reguł interpretacyjnych i kolizyjnych). Natomiast w kontrolowanym postępowaniu istotne postanowienia w zakresie sposobu oceny ofert w ogóle nie zostały zawarte w SIWZ. Za oczywiste należy uznać, iż dokonywanie wykładni możliwe jest jedynie w odniesieniu do postanowień zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a nie tych które w tym dokumencie w ogóle nie zostały sformułowane.

Za niemającą znaczenia należy uznać argumentację Zamawiającego, iż w kryterium „doświadczenie wykonawcy” zastosował logiczną metodologię przyznawania dodatkowych punktów. Stwierdzone przez Prezesa Urzędu naruszenie dotyczy bowiem braku określenia w SIWZ sposobu oceny ofert w zakresie jednego z kryteriów, a nie prawidłowości tego sposobu, który został ostatecznie przez Zamawiającego zastosowany. W treści SIWZ brak było postanowień określających sposób oceny ofert w kryterium „doświadczenie wykonawcy”, a zatem Zamawiający nie był w ogóle uprawniony do dokonania oceny ofert w tym zakresie, a jedynym właściwym postępowaniem w przypadku stwierdzenia występowania ww. braku było unieważnienia postępowania. Przyjęta przez Zamawiającego metodologia przyznawania punktów w zakresie przedmiotowego kryterium mogłaby być przedmiotem kontroli i oceny w przypadku, gdyby została ona uprzednio przewidziana w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, iż zastrzeżenia zgłoszone przez Zamawiającego w odniesieniu do pierwszego z naruszeń stwierdzonych przez Prezesa Urzędu w Informacji o wyniku kontroli doraźnej, nie zasługiwały na uwzględnienie.

Ad. 2)

W odniesieniu do naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do uzupełnienia dokumentu składanego na potwierdzenie posiadanej zdolności kadrowej (wykazu osób), mającego potwierdzić spełnianie warunku udziału w postępowaniu wskazanego w art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, Zamawiający w treści pisma z dnia 14 marca 2018 r. oświadczył, iż zgadza się z wynikami kontroli w tym zakresie. Należy zatem uznać, iż w odniesieniu do tego naruszenia brak jest zastrzeżeń Zamawiającego, podlegających zaopiniowaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą zgodnie z przepisem art. 167 ust. 3 ustawy Pzp.

Dodatkowo Zamawiający zauważył, iż uzupełnione przez Konsorcjum dokumenty na potwierdzenie spełniania innego warunku udziału w postępowaniu (dotyczącego doświadczenia) po wnikliwej ich analizie wzbudzały poważne wątpliwości co do ich treści, tj. treść referencji wystawionych przez [.....] prowadzi do wniosku, iż Konsorcjum złożyło nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, natomiast referencje wystawione przez [.....] nie są jednoznaczne w zakresie ich formy (mało czytelny podpis Wystawcy i nieścisłości w datach).

Wymaga zatem zauważenia, iż wskazane powyżej nieprawidłowości w zakresie dokumentów złożonych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia nie mają znaczenia dla stwierdzonego naruszenia dotyczącego dokumentu składanego na potwierdzenie innego warunku udziału w postępowaniu (dotyczącego zdolności

kadrowej). Mogłyby one mieć znaczenie, jeżeli zostałyby stwierdzone w toku postępowania i skutkowały wykluczeniem wykonawcy z postępowania, a w konsekwencji odrzuceniem jego oferty. W takim bowiem przypadku stosowanie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w odniesieniu do dokumentu złożonego na potwierdzenie innego warunku udziału w postępowaniu stałoby się zbędne, a wręcz niecelowe. Jednakże w stanie faktycznym niniejszej sprawy ww. dodatkowe nieprawidłowości nie zostały stwierdzone w toku postępowania przez Zamawiającego, Konsorcjum nie zostało wykluczone z postępowania, jak i jego oferta nie została odrzucona. Tym samym przedstawione powyżej dodatkowe okoliczności dotyczące potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia nie mają żadnego znaczenia dla oceny naruszenia wskazanego w pkt 2 Informacji o wyniku kontroli doraźnej.

Ad. 3)

W treści pisma z dnia 14 marca 2018 r. Zamawiający nie zakwestionował również dopuszczenia się naruszenia art. 8 ust. 1 i art. 96 ust. 1 ustawy Pzp w związku z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, poprzez nieprowadzenie protokołu postępowania w sposób rzetelny – a jedynie stwierdził, powołując się na stanowisko doktryny i orzecznictwa, iż wszelkie uchybienia w zakresie prawidłowości sporządzania protokołu nie stanowią naruszeń przepisów mających wpływ na wynik postępowania.

Wystąpienie ww. naruszenia nie stanowi zatem okoliczności spornej, kwestionowanej przez Zamawiającego w formie zastrzeżeń od wyniku kontroli. Z kolei ocena skutków ww. naruszenia, sprowadzona przez Zamawiającego do braku wpływu na wynik postępowania, nie została zakwestionowana przez Prezesa Urzędu w treści pisma z dnia 29 marca 2018 r., którym poinformował Zamawiającego o nieuwzględnieniu zastrzeżeń wniesionych od wyniku kontroli doraźnej z dnia 2 marca 2018 r. Jak bowiem stwierdził Prezes Urzędu w ww. piśmie „okoliczność, że powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania jest pozbawiona znaczenia, ponieważ nie było ono jedynym naruszeniem wskazanym w *Informacji o wyniku kontroli* z dnia 2 marca 2018 r.”.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....