

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 23 kwietnia 2015 roku

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 25 marca 2015 roku, zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie, dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 17 marca 2015 r. (znak: UZP/DKUE/KD/36/2014) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na 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 – część A.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Członkowie: Izabela Kuciak
Emil Kuriata

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia do wyniku kontroli są zasadne w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp; w pozostałym zakresie zastrzeżenia są niezasadne.

UZASADNIENIE

Zamawiający, PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., przeprowadził na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą” lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia na 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 – część A.

Po przeprowadzeniu kontroli ww. zamówienia, w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej* z dnia 17 marca 2015 r., Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, m.in.:

„[...]”

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.

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

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 odpowie 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 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 nie 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 – niezależności 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 potencjalnie 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 byłiby w stanie zrealizować przedmiotowego zamówienia. Stwierdzić należy, że wykonawca posiadający doświadczenie w realizacji usług tożsamy 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 byłiby 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.

[...]"

Pismem z dnia 25 marca 2015 r. Zamawiający wniosło Prezesa UZP zastrzeżenia wobec ww. wyniku kontroli.

W zastrzeżeniach wskazano:

„[...]”

Zamawiający nie zgadza się z wynikami przeprowadzonej kontroli, w tym ze wskazanymi w jej treści naruszeniami przepisów ustawy Pzp. Uzasadniając swoje stanowisko Zamawiający wskazuje co następuje:

Ad. 1)

Zamawiający wskazuje, iż termin związania ofertą stanowi instytucję prawa cywilnego określającą okres ważności oferty. Z terminem związania ofertą ściśle związana jest z kolei instytucja wadium, stanowiącego zabezpieczenie finansowe, podlegające przepadkowi na rzecz Zamawiającego, na wypadek uchylenia się przez wykonawcę od odmowy podpisania umowy w okresie związania ofertą. Wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie byli świadomi obowiązku utrzymania wadium do momentu wyboru oferty najkorzystniejszej (pkt 11.8 SIWZ), a w odniesieniu do wykonawcy wybranego, do momentu zawarcia umowy (pkt 11.9 SIWZ). Oczywistym jest, iż w przypadku sformułowania wymagań dotyczących terminu związania ofertą oraz ważności wadium w tym terminie upływ terminu związania ofertą, czy też, upływ ważności wadium uniemożliwia dokonanie wyboru oferty

najkorzystniejszej, a w konsekwencji skutkuje koniecznością wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Uznanie, iż upływ terminu związania ofertą oraz upływ ważności wadium nie uniemożliwia wyboru oferty najkorzystniejszej oznaczałoby brak możliwości skorzystania z przepadku wadium w okolicznościach odmowy podpisania umowy. Przepis art. 46 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp obliguje Zamawiającego do zatrzymania wadium w takich okolicznościach. Nie sposób zatem przyjąć, że Zamawiający może dopuścić do sytuacji w której wykluczone jest wypełnienie dyspozycji art. 46 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp. Utrata ważności wadium oraz upływ terminu związania musi zatem skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

Nie sposób zgodzić się z Prezesem UZP, iż z treści art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp wynika, że wykluczenie wykonawcy na tej podstawie możliwe jest jedynie po uprzednim wezwaniu wykonawcy do przedłużenia terminu związania ofertą. Wniosek ten nie wynika nie tylko z wykładni literalnej, ale i celowościowej przepisu. Skoro przepis art. 85 ust. 2 ustawy Pzp jednakowo traktuje sytuację w której wykonawca samodzielnie przedłuża termin związania ofertą z sytuacją w której przedłuża on ten termin na wniosek zamawiającego, to nie sposób przyjąć, że zastosowanie przesłanki wykluczenia o której mowa jest w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp możliwe jest jedynie w jednej z ww. sytuacji, a w drugiej już nie. Wniosek ten znajduje zresztą potwierdzenie w orzecznictwie KIO, a jedynie tytułem przykładu należy przywołać wyrok KIO z dnia 7 marca 2014 r. sygn. akt KIO 276/14 oraz KIO 302/14 (skład 3 osobowy), gdzie stwierdzono: „W ocenie Izby, sytuację braku samodzielnego (przez wykonawcę) przedłużenia terminu związania ofertą należy utożsamić z sytuacją braku wyrażenia zgody (przez wykonawcę) na przedłużenie terminu związania ofert. Obydwie sytuacje prowadzą bowiem do ostatecznego efektu - braku związania ofertą. Brak związania ofertą uniemożliwia zamawiającemu dokonania jej oceny, a tym samym ewentualnego wyboru, jako najkorzystniejszej”

Zamawiający wskazuje, iż utrzymanie ciągłości terminu związania ofertą leży w interesie samego wykonawcy. Upływ terminu związania ofertą oznacza bowiem dla zamawiającego, że wykonawca nie jest już zainteresowany wykonaniem zamówienia na warunkach określonych w ofercie. Sytuacja ta, musi zatem skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

Wykluczeniem z postępowania musi ponadto skutkować brak zachowania ciągłości wadium przez cały okres związania ofertą, co w szczególności dotyczy sytuacji w której brak ten następuje jeszcze przed dokonaniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający ponownie wskazuje, iż w odniesieniu do oferty Instytutu Konsultantów Europejskich z dniem 14.01.2013 r. upłynął termin związania tą ofertą. Z uwagi na uprzednie wezwanie o przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni Zamawiający nie mógł ponownie wezwać tego wykonawcy do przedłużenia okresu związania ofertą. Z kolei, wykonawca ten pomimo dyspozycji art. 85 ust. 2 ustawy Pzp nie skorzystał z możliwości samodzielnego wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Od dnia 14.01.2013 r. przerwana została zatem ciągłość związania ofertą ww. wykonawcy. Ponadto, z dniem 14.01.2013 r. utraciła ważność gwarancja wadium tego wykonawcy. W tych okolicznościach oferta wykonawcy nie mogła zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Z kolei, wskazywana przez Kontrolującego okoliczność, w której w dniu 18.01.2013 r., Instytut Konsultantów Europejskich, w formie mailowej, przekazał Zamawiającemu oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą oraz aneks do gwarancji wadium w żaden sposób nie uchylała obowiązku wykluczenia tego wykonawcy z postępowania. Nie tylko bowiem przerwana została ciągłość terminu związania ofertą, ale również przerwana została ciągłość wadium. Do zachowania ciągłości wadium konieczne jest dysponowanie dokumentem gwarancyjnym przez cały okres związania ofertą. Tymczasem, w dniach 14 -18.01.2013 r. Zamawiający pozbawiony był możliwości skorzystania z wadium. Ewentualna odmowa podpisania umowy ze strony tego wykonawcy uniemożliwiłaby Zamawiającemu wypełnienie dyspozycji art. 46 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp. W tym miejscu wskazać należy na wyrok KIO z dnia 23.07.2014 r. sygn. akt KIO 1404/14 w którym wyrażona została zasada ciągłości wadium oraz ciągłości terminu związania ofertą: /.../ skład orzekający].%by stwierdza, że dbałość o zapewnienie ciągłości dysponowania przez Zamawiającego wadium spoczywa na zamawiającym, ale także obowiązek dbałości o zapewnienie ciągłości dysponowania przez zamawiającego wadium spoczywa na wykonawcach, jeżeli zamawiający nie podejmie lub nie będzie mógł podjąć właściwych kroków w celu zapewnienia ciągłości dysponowania wadium.

W rozpoznawanym postępowaniu odwołujący nie zadbał o ciągłość wadium i nie wniósł do zamawiającego nowego wadium przed upływem ważności starego (pierwotnego), co miało miejsce 18.06.2014 r. Odwołujący wniósł do zamawiającego wadium dopiero 27.06.2014 r., czyli uległa przerwaniu ciągłość zabezpieczenia wadium oferty";

„Również zamawiający nie mógł przyjąć nowego wadium, gdyż taki dokument może być przyjęty tylko przed upływem terminu obowiązywania dotychczasowego wadium. W innym przypadku zamawiający musi zastosować się do art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp i wykluczyć

wykonawcę, który nie wniósł wadium na przedłużony okres związania ofertą, a to miało miejsce od 18.06 do 27.06.2014 r., kiedy odwołujący nie wniósł do zabawiającego odpowiedniego dokumentu."

Ze wskazanego wyżej orzeczenia wprost wynika, że Zamawiający nie mógł przyjąć dokumentu wadialnego po upływie dotychczasowej gwarancji wadialnej.

W odniesieniu do przywołanego przez Kontrolującego orzeczenia KIO Zamawiający wskazuje, iż orzeczenie to jedynie potwierdza, że kwestia dotycząca braku zachowania ciągłości związania ofertą oraz wadium jest przedmiotem sporu w doktrynie. Zamawiający wnosi jednak o uwzględnienie okoliczności w której zarówno z dniem prowadzenia przedmiotowego postępowania, jak też obecnie prawidłowość podjętej przez Zamawiającego czynności znajdowała i znajduje potwierdzenie w orzecznictwie KIO, co zresztą nie jest kwestionowane przez Kontrolującego. Niezależnie od okoliczności w której Zamawiający uznaje prawidłowość podjętych przez siebie decyzji, wskazać należy, iż nie może on ponosić negatywnych skutków istnienia rozbieżności w doktrynie co do danej instytucji prawnej.

Ad.2)

Zamawiający w pełni podtrzymuje swoje dotychczasowe stanowisko, zawarte min. w piśmie wyjaśniającym z dnia 25.02.2015 r., iż warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia opisany został w sposób związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Nie sposób zgodzić się z Kontrolującym, iż do sformułowania zarzutu nieproporcjonalnego opisanego warunku wystarczające jest ustalenie, iż: „/.../ nie 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,). Zamawiający stwierdza ponadto, iż dowolne jest ustalenie Kontrolującego, 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, że byliby oni zdolni do wykonania zamówienia".

Zamawiający pragnie wskazać, iż nie wymagał, aby umowy w ramach, których realizowane były szkolenia i usługi świadczone były na rzecz różnych podmiotów zamawiających. Istotne było to, aby te szkolenia i usługi realizowane były w ramach odrębnych umów, odrębnych stosunków zobowiązaniowych. Istotna jest bowiem różnica pomiędzy wykonawcą, który

przeprowadził 20 szkoleń w ramach jednej umowy, a wykonawcą, który przeprowadził te 20 szkoleń w ramach odrębnych umów. Wykonawca, który zrealizował 20 umów szkoleniowych potwierdza, że cieszył się zaufaniem zamawiających, którzy gotowi byli ponawiać zlecenia świadczenia kolejnych szkoleń. Mając na uwadze zakres zamówienia Zamawiający nie mógł pozwolić sobie na dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy, któremu dotychczas tylko raz udało się zrealizować jedną umowę w ramach, której przeszkolił choćby 200 osób. Taki wykonawca nie cechuje się powtarzalnością w zakresie świadczonych usług szkoleniowych. Podobnie należy się odnieść do warunku dotyczącego wykonania w ramach trzech odrębnych umów usług, których przedmiotem była organizacja oraz prowadzenie szkoleń o łącznej wartości nie mniejszej niż 350.000 zł. Wykonawca, który pozyskał co najmniej trzy zlecenia (3 umowy) na organizację szkoleń jest w nieporównywalnie innej sytuacji od wykonawcy, który w ramach jednej umowy zorganizował szkolenia o wartości nawet 350.000 zł.

Brak dostrzeżenia przez Kontrolującego ww. zależności oznacza wadliwość sformułowanych zarzutów. Podkreślić bowiem należy, iż sformułowane zarzuty nie dotyczą ilości wymaganych szkoleń (min. 20) oraz usług (min.3), a jedynie wymogu, aby szkolenia te i usługi realizowane były w ramach odrębnych umów. Zamawiający wykazał, że wymagana ilość umów w ramach, których organizowane były szkolenia ma znaczenia z punktu widzenia oceny kwalifikacji wykonawcy do wykonania zamówienia.

Zamawiający ponownie wskazuje, iż wartość zamówienia wynosiła 2.100.000 zł netto, co przekładało się na bardzo dużą ilość szkoleń, zatem nie sposób uznać, aby wymóg wykazania się doświadczeniem w realizacji min. 3 umów dotyczących organizacji i przeprowadzenia szkoleń o łącznej wartości 350.000 zł był nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Podobnie należy się odnieść do wymogu zorganizowania min. 20 szkoleń w określonej tematyce, w ramach odrębnych umów.

Ograniczeniu konkurencji poprzez opisany warunek przeczy również ilość złożonych ofert w postępowaniu (20). Właśnie ta okoliczność jest zasadniczym dowodem potwierdzającym, że dla wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia o tak dużym zakresie spełnienie opisanego warunku nie stanowiło żadnego problemu. Zamawiający nie rozumie, jaka kategoria wykonawców, zdolnych do wykonania zamówienia, pozbawiona została możliwości złożenia oferty.

[...]"

Pismem z dnia 08.04.2015 r. Prezes UZP poinformował Zamawiającego o nie uwzględnieniu ww. zastrzeżeń oraz ich przekazaniu do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Odnosnie zastrzeżeń w ww. piśmie wskazano:

„[...]”

1. Wnosząc zastrzeżenia do wyniku kontroli Zamawiający w pierwszej kolejności odniósł się do naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp wskazując w szczególności, iż brak związania ofertą uniemożliwia zamawiającemu dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty. Należy wskazać, że żaden z obowiązujących przepisów ustawy Pzp nie daje podstaw do twierdzenia, że nie jest możliwe rozpatrywanie, ocena i wybór oferty, której termin związania upłynął. Termin związania ofertą nie wyznacza sztywnych ram czasowych w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jest to termin, w którym można skutecznie żądać od wykonawcy zawarcia umowy na warunkach określonych w ofercie. Natomiast upływ terminu związania ofertą pociąga za sobą skutek w postaci ustania obowiązku wykonawcy do zawarcia umowy, jednak żaden z przepisów ustawy Pzp nie wiąże z upływem omawianego terminu sankcji w postaci niemożności wyboru oferty, której termin związania upłynął. Innymi słowy, po upływie terminu związania ofertą wykonawca nie jest zobligowany do zawarcia umowy i nie ponosi negatywnych konsekwencji odmowy jej zawarcia (w postaci utraty wadium, jeśli było przewidziane), ale też nie traci uprawnień do zawarcia tej umowy, jeśli jego oferta jest najkorzystniejsza w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert. Uwzględniając powyższe, brak jest podstaw do uznania, że niedopuszczalne jest dokonywanie oceny i wyboru oferty, którą wykonawca nie jest związany.

Powyższe potwierdza m.in. stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej zaprezentowane w wyroku z dnia 21 maja 2013 r. (sygnatura akt: KIO 1007/13, KIO 1021/13, KIO 1050/13, KIO 1054/13), w uzasadnieniu którego wskazano m. in. że „(...) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego upływ terminu związania ofertą nie powoduje bowiem utraty przez ofertę waloru stanowczości, polegającego na umożliwieniu Zamawiającemu doprowadzenia do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego poprzez samo przyjęcie oferty. Z tego względu upływ terminu związania ofertą nie decyduje o nieskuteczności oferty lub o tym, że nie mamy już do czynienia z ofertą, ale o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy (w takiej sytuacji wykonawca staje się uprawniony jedynie do zawarcia umowy). W związku z powyższym, brak jest podstaw do przyjęcia, że oferta, co do

której upłynął termin związania ofertą, straciła cechy oferty i w związku z tym powinna być uznana za nieważną lub podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, albo że wykonawca powinien w takiej sytuacji zostać wykluczony (...).

W zastrzeżeniach do wyniku kontroli Zamawiający zakwestionował stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dotyczące zakresu zastosowania przesłanki wykluczenia wykonawcy, określonej w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający przekonuje, że powyższy przepis stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy zarówno w przypadku, gdy odmawia on przedłużenia terminu związania ofertą na wezwanie zamawiającego, jak również wtedy, gdy samodzielnie nie dokonuje tej czynności.

Odnosząc się do powyższego należy wskazać, że katalog przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania, określony w art. 24 ustawy Pzp, jest zamknięty i nie może być interpretowany rozszerzająco, ponieważ skutkiem jego zastosowania jest wyeliminowanie wykonawcy z postępowania i uniemożliwienie mu uzyskania zamówienia. Z tego też tytułu zapisy siwz (pkt 11.8 i 11.9) nie mogą oddziaływać na treść przepisów ustawy dotyczących wykluczenia wykonawcy. Art. 85 ust. 2 ustawy Pzp wprost przewiduje, że zamawiający „może zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu”, a art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp nawiązuje do tego sformułowania przewidując, że wyklucza się wykonawców, którzy „nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą”. Tym samym z obu przepisów jasno wynika, że wykluczenie wykonawcy może nastąpić wyłącznie w przypadku, gdy został on poproszony o wyrażenie zgody i zgody takiej nie wyraził. Przepis nie przewiduje natomiast możliwości wykluczenia wykonawcy w sytuacji, gdy nie przedłużył on terminu związania ofertą z własnej inicjatywy, nie będąc o to poproszonym. Odmienne, rozszerzająca interpretacja przesłanek wykluczenia z przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp prowadziłaby do wniosków niezgodnych z literalnym brzmieniem powyższych przepisów, a także umożliwiałaby omijanie przepisów ustawy, np. w drodze powiadamiania tylko wybranych wykonawców drogą nieformalną o konieczności przedłużenia okresu związania ofertą, eliminując jednocześnie z postępowania innych wykonawców, którzy samodzielnie nie dokonają niniejszej czynności.

Na marginesie należy wskazać, że możliwość wykluczenia wykonawców, którzy nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą, określona w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, istnieje w niezmienionej postaci od dnia wejścia w życie ustawy z dnia 24 stycznia 2004 r. -

Prawo zamówień publicznych, a więc jeszcze w czasie, gdy wykonawcom nie przysługiwało wyrażone obecnie w przepisach ustawy uprawnienie do samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą. Wprowadzając - na podstawie ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008 r. nr 171, poz. 1058) możliwość samodzielnego przedłużenia tego terminu, ustawodawca nie zmienił przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp - pozostawił go w dotychczasowym brzmieniu. Gdyby intencją ustawodawcy było wprowadzenie sankcji w postaci wykluczenia z postępowania również wykonawcy, który nie przedłużył samodzielnie terminu związania ofertą, zostałyby to wprost wyrażone w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Przedstawione wyżej rozumienie przedmiotowej przesłanki wykluczenia wykonawcy podzielane jest w orzecznictwie sądów powszechnych. W wyroku Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 16 lutego 2011 r., sygn. akt VI Ga 192/10, wskazanym i obszernie przywołanym również m. in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 marca 2012 r. (sygn. akt: KIO 459/12), stwierdzono: „Stosownie do treści art. 24 ustęp 2 punkt 2 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy (...) nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. Wykładnia językowa przedmiotowej normy wskazała wprost, iż wykluczenie wykonawcy następuje jedynie w przypadku, kiedy nie zgodził się na przedłużenie okresu związania ofertą, co oznacza, iż zastosowanie tego przepisu możliwe jest jedynie w sytuacji uprzedniego zwrócenia się przez Zamawiającego do wykonawcy o wyrażenie takiej zgody. W przypadku zaś kiedy nikt wykonawcy o taką zgodę nie pytał, brak jest podstaw dla stwierdzenia, iż nie wyraził on zgody, nie zgodził się, na przedłużenie okresu związania ofertą. Za powyższym przemawia również dokonana przez Sąd Okręgowy wykładnia systemowa, to jest odczytanie treści art. 24 ustęp 2 pkt 2 Pzp w świetle powoływanego zresztą przez skarżącego art. 85 ustęp 2 Pzp. Zgodnie z tą normą wykonawca samodzielnie lub na wniosek Zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym, że Zamawiający może tylko raz, co najmniej na trzy dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni.

Norma ta wskazuje więc na dwie możliwości. Pierwsza to kiedy wykonawca samodzielnie przedłuży termin związania ofertą, druga kiedy to Zamawiający zwróci się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu. W korelacji właśnie z drugą z tych możliwości, posługując się zresztą dokładnie tym samym określeniem (odmowa wyrażenia zgody na przedłużenie terminu) pozostaje możliwość wykluczenia wykonawcy z

postępowania przetargowego. Gdyby bowiem ustawodawca chciał, aby podstawa wykluczenia skorelowana była z pełną treścią art. 85 ustęp 2 Pzp, a więc zarówno co do samodzielnego przedłużenia, jak i w odpowiedzi na zwrócenie się o „wyrażenie zgody”, to wówczas w art. 24 ustęp 2 pkt 2 nie zastosowałby z pewnością odnośnika do wyrażenia zgody, a to określenia „nie zgodzili się” na przedłużenie okresu związania ofertą, ale określenia typu „nie nastąpiło przedłużenie okresu związania ofertą”, „nie przedłużyli okresu związania ofertą” i tym podobne. Ustawodawca natomiast użył wyraźnego określenia „nie zgodzili się” odnosząc się wyłącznie do drugiego fragmentu (drugiej możliwości) przewidzianej treścią art. 85 ustęp 2 Pzp”.

Jednoznaczne stanowisko w powyższej kwestii zajął również Sąd Okręgowy w Lublinie, który w wyroku z dnia 17 stycznia 2014 r., sygn. akt IX Ga 392/13, stwierdził, że „upływ terminu związania ofertą w żadnym przypadku, sam przez się, nie może stanowić podstawy do wykluczenia z postępowania wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, bowiem nie stanowi przeszkody do badania oferty, jej wyboru i podpisania umowy (...). Wykładnia językowa i systemowa omawianego przepisu nie pozostawia wątpliwości i jest ugruntowana w orzecznictwie sądów powszechnych”.

Z powyższego wynika, że wbrew twierdzeniu Zamawiającego, wykładnia literalna, jak i celowościowa normy wyrażonej w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp przekonuje o braku możliwości wykluczenia wykonawcy w sytuacji, jaka miała miejsce w przedmiotowym postępowaniu. Zaprezentowany przez Zamawiającego pogląd o zasadności dokonanego wykluczenia opiera się na niedopuszczalnym rozszerzeniu interpretacji przepisu ustawy, którego zakres zastosowania został wyrażony jasno. Potwierdza to również przywołana powyżej regulacja zawarta w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp. Jak już wskazano, dyspozycja tego przepisu, przypisuje okoliczność „wyrażenia zgody” sytuacji, gdy zachowanie wykonawcy jest następstwem odpowiedniego działania po stronie Zamawiającego. W tym też kontekście należy interpretować regulację art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający wykluczył wykonawcę Instytut Konsultantów Europejskich, uzasadniając to faktem, że do upływu terminu związania ofertą wykonawca ten nie przedłużył tego terminu. Mając na uwadze przedstawioną wyżej argumentację należy stwierdzić, że Zamawiający nie miał podstaw do dokonania tej czynności, ponieważ w przedmiotowej sprawie nie zachodziła żadna z przesłanek wykluczenia wykonawców, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy

Pzp, a w szczególności przesłanka braku wyrażenia przez wykonawcę zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

W przedmiotowym postępowaniu należy dodatkowo zauważyć, że wykonawca w istocie przedłużył termin związania ofertą z własnej inicjatywy, o czym świadczy przedłużenie terminu ważności gwarancji wadialnej, przy czym aneks do gwarancji wystawiony został w dniu 14.01.2013 r., tj. w ostatnim dniu terminu związania ofertą. Tym samym oferta bez przerwy zabezpieczona była wadium. Faktem jest, że wykonawca poinformował o przedłużeniu terminu związania ofertą i przedłużenia wadium dopiero w dniu 18.01.2013 r., jednakże powyższe nie wpływa na fakt, że po pierwsze - w dniu wykluczania wykonawcy z postępowania Zamawiający dysponował już ww. oświadczeniem i dokumentami potwierdzającymi zabezpieczenie oferty wadium, po drugie - nawet ewentualny brak przedłużenia okresu związania ofertą i wadium z własnej inicjatywy wykonawcy, jak już wskazano wyżej, nie stanowi podstawy jego wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Tym samym podtrzymuję stanowisko przedstawione w Informacji o wyniku kontroli o naruszeniu przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

2. Odnosząc się do zastrzeżeń Zamawiającego dotyczących opisu warunku wiedzy i doświadczenia, w pierwszej kolejności należy ponownie wskazać, iż Zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Oznacza to, że podmiotowe warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem zapewnienie wykonawcom posiadającym możliwości wykonania danego zamówienia dostępu do realizacji zamówienia na zasadach niedyskryminacyjnych. Jednocześnie 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. Pojęcie „proporcjonalny do przedmiotu zamówienia” oznacza, że opis powinien być adekwatny do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Tym samym opis warunku powinien być dokonany z uwzględnieniem takich elementów wiedzy i doświadczenia wykonawcy, których posiadanie jest niezbędne do wykonania przez niego należycie przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w zastrzeżeniach podtrzymał swoją wcześniejszą argumentację oraz wskazał, iż istotą tak opisanego warunku wiedzy i doświadczenia było zapewnienie wykonania zamówienia przez wykonawcę charakteryzującego się należyтым wykonaniem usług oraz zaufaniem zamawiających. Zdaniem Zamawiającego wykonawca, który wykonał 3 usługi lub 20 szkoleń - każde na podstawie odrębnej umowy, cieszy się zaufaniem zamawiających, którzy gotowi byli ponawiać zlecenia świadczenia kolejnych szkoleń, a tym samym wykonawca taki zapewnia należyte wykonanie przedmiotu umowy. Ponadto, Zamawiający wskazał, iż nie mógł pozwolić sobie na dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy, któremu dotychczas tylko raz udało się zrealizować jedną umowę, w ramach której przeszkolił choćby 200 osób. Taki wykonawca, zdaniem Zamawiającego, nie cechuje się powtarzalnością w zakresie świadczonych usług szkoleniowych, a tym samym może nie zapewnić należytego ich wykonania.

Nie można zgodzić się z Zamawiającym, iż opisanie warunku udziału w postępowaniu w ww. sposób gwarantuje należyte wykonanie umowy. Jak już wskazano w Informacji o wyniku kontroli, brak jest podstaw by stwierdzić, iż wykonawcy, którzy zrealizowali podobne szkolenia o porównywalnej wartości na podstawie mniejszej ilości umów, nie byłiby w stanie wykonać przedmiotowego zamówienia. Wykonawcy posiadający doświadczenie w realizacji usług tożsamyh do przedmiotu zamówienia, tj. usług szkoleniowych, dają rękojmię prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, bez względu na liczbę zawartych umów. Co więcej, na podstawie jednej umowy, wykonawca może zrealizować większą ilość szkoleń i w konsekwencji posiadać większe doświadczenie, niż wykonawca zawierający jedną umowę na jedno szkolenie. Innymi słowy: dany wykonawca na podstawie jednej umowy może zrealizować 100 szkoleń, podczas gdy inny - na podstawie 20 umów, tylko 20 szkoleń. Ilość zawartych umów nie przekłada się zatem na doświadczenie szkoleniowe wykonawcy. Również zawarcie określonej ilości umów na szkolenie nie dowodzi, że wykonawca cieszy się zaufaniem różnych zamawiających, bo wszystkie te umowy mogą być zawarte z jednym zamawiającym. Ponadto, należyte wykonanie każdej ze zrealizowanych przez wykonawców usług, jest potwierdzone referencjami bądź innymi dokumentami potwierdzającymi, że usługi zostały wykonane należyte i to na tej podstawie Zamawiający może ocenić rzetelność wykonawców.

W tym miejscu należy podkreślić, że tak sformułowany warunek udziału w postępowaniu wyeliminował z przedmiotowego postępowania wykonawców posiadających doświadczenie przy realizacji wymaganej ilości tożsamyh usług realizowanych na podstawie kilku lub

kilkunastu umów, a więc wykonawców niewątpliwie posiadających duże doświadczenie w prowadzeniu szkoleń. Zamawiający nie wykazał jednocześnie, że wykonawcy dysponujący takim doświadczeniem nie byłiby w stanie prawidłowo zrealizować przedmiotu zamówienia. Argumentacja Zamawiającego wskazana w zastrzeżeniach nie pozwala więc na uznanie, że minimalny poziom doświadczenia, jaki pozwala na weryfikację wykonawcy pod kątem zdolności do realizacji zamówienia, to realizacja 3 usług lub 20 szkoleń na podstawie 3 lub 20 umów.

Zamawiający wskazał również, iż w przedmiotowym postępowaniu nie doszło do ograniczenia konkurencji, ponieważ złożono 20 ofert złożonych w postępowaniu. Powyższa ilość złożonych ofert, jaką przywołuje Zamawiający, dotyczy jednak części B niniejszego zamówienia, która nie była objęta przedmiotową kontrolą. W kontrolowanej części A przedmiotowego zamówienia tylko trzech wykonawców złożyło oferty, z czego dwóch zostało wykluczonych, a ich oferty odrzucone.

Mając na względzie powyższe, stwierdzić należy, że dokonany przez Zamawiającego opis sposobu oceny spełniania warunku w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia poprzez wymaganie wykonania 3 usług lub 20 szkoleń, z których każde powinno być przeprowadzone w ramach innej, odrębnej umowy, nie był niezbędny do osiągnięcia celu, jakim był wybór wykonawcy zdolnego do należytej realizacji zamówienia, a zatem nie był proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Oznacza to, że Zamawiający naruszył art. 22 ust. 4 ustawy Pzp opisując warunek udziału w postępowaniu w ww. sposób.

[...]"

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Stan faktyczny sprawy został należycie zreferowany w treści pism i dokumentów przytoczonych powyżej i nie jest pomiędzy Kontrolującym a Kontrolowanym sporny. Podano tam również i zacytowano wszystkie adekwatne przepisy prawa znajdujące zastosowanie w sprawie.

Izba nie podziela stanowiska Prezesa UZP wyrażonego w przedmiotowej *Informacji o wyniku kontroli następczej doraźnej*, że dokonana przez Zamawiającego czynność

wykluczenia z postępowaniawykonawcy Instytut Konsultantów Europejskich naruszała przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Zgodnie z powołanym przepisem ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza sięwykonawców, którzy m.in. nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert i na przedłużony okres związania ofertą.

Powyższa regulacja w zestawieniu z normami art. 46 ustawy prowadzi do wniosku, iż wszystkie oferty złożone zamawiającemu w całym okresie związania ofertą, mają być nieprzerwanie zabezpieczone wadium (z wyjątkami wynikającymi z ww. przepisu).

W zastanym stanie faktycznym należy stwierdzić brakciągłości zabezpieczenia wadialnego oferty Instytutu Konsultantów Europejskich. W dniu 14 stycznia 2013 r. upłynęła ważność gwarancji wadialnej przedłożonej w tym celu Zamawiającemu. Natomiast aneks przedłużający ważność gwarancji, Wykonawca przekazał Zamawiającemu dopiero w dniu 18 stycznia 2013. Tym samym w okresie pomiędzy 14 a 18 stycznia 2013 r. oferta pozostawała faktycznie niezabezpieczona wadium.

Bez znaczenia dla oceny powyższego pozostaje podnoszona przez Kontrolującego okoliczność, że uzupełniony w dniu 18 stycznia 2013 r. aneks gwarancji wadialnej był datowany na dzień 14 stycznia 2013 r. Pomiedzy tymi datami Zamawiający nie posiadał żadnych informacji o przedłużeniu gwarancji, a tym bardziej, wobec braku obowiązującego dokumentu gwarancji, nie miał żadnych podstaw dozaspokojenia się z wadium w przypadku zaistnienia którejkolwiek z okoliczności, o których mowa w art. 46 Pzp – w przypadku dokonania jakiegokolwiek czynności, która zatrzymaniem wadium by skutkowała. Natomiast wadium, z którego zamawiający nie mogą skorzystać należy uznać za niewniesione w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Na marginesie można wskazać, iż opisany przypadek nie różni się od sytuacji, w której wykonawca nie przekazuje Zamawiającemu dokumentu gwarancyjnego przed składaniem ofert, ale czyni to w terminie późniejszym. Nawet jeżeli zdąży z tego typu uzupełnieniem przed wyborem najkorzystniejszej oferty, a uzupełniona gwarancja wystawiona jest z datą sprzed składania ofert, taka sytuacja jednoznacznie zakwalifikowana zostanie jako brak zabezpieczenia oferty wadium.

Reasumując, wskazane okoliczności faktyczne przesądzały o faktycznym braku zabezpieczenia oferty Instytutu wadium, co obligowało Zamawiającego do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

W pozostałym zakresie, tj. w odniesieniu do zarzutów dotyczących opisu warunków udziału w postępowaniu Izba podziela stanowisko Prezesa UZP i uznaje je za własne.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie art. 167 ust. 3 Pzp wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....