

**WYROK**

**z dnia 12 kwietnia 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Aneta Mlącka  
**Członkowie:** Agata Mikołajczyk  
Andrzej Niwicki

**Protokolant:** Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 marca 2013 r. przez **odwołującego – Diagnosterw D..... S....., 89-100 Nakło n/Not., Chrzastowo 4**, w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego – Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A., 01-224 Warszawa, ul. M. Kasprzaka 25**

**orzeka:**

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. unieważnienie czynności wyboru oferty Centrum Nauki W&W Edyta Wawrzyniak w części nr 2,8,9, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania (w części nr 2,8,9) oraz nakazuje dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego (w części nr 2,8,9).**
2. kosztami postępowania obciąża **zamawiającego – Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A., 01-224 Warszawa, ul. M. Kasprzaka 25** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego – Diagnosterw D..... S....., 89-100 Nakło n/Not., Chrzastowo 4** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **zamawiającego – Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A., 01-224 Warszawa, ul. M. Kasprzaka 25** na rzecz **odwołującego – Diagnosterw D..... S....., 89-100 Nakło n/Not., Chrzastowo 4** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający Polskie Gazownictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. prowadzi postępowanie w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem są Kursy językowe dla pracowników PGNiG SA.

Odwołujący DIAGNOSERW D..... S..... wniósł odwołanie i zarzucił Zamawiającemu wadliwe dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty - Centrum Nauki W&W E..... W..... z Jeleniej Góry w częściach 2, 8, 9 pomimo tego, że zdaniem Odwołującego oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą tj. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. wadliwe dokonanie unieważnienia postępowania w częściach 1, 3, 4, 5, 6, 7 pomimo tego, iż zdaniem Odwołującego, nie zostały spełnione przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp. wadliwe wykluczenie Odwołującego z postępowania cz. 1-9/ na podstawie art. 25 ust. 3 i 4 pzp, których to artykułów ustawa prawo zamówień publicznych nie zawiera i dalej wadliwe wykluczenie Odwołującego z postępowania w cz. 1-9 na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp pomimo, że zdaniem Odwołującego brak jest ku temu podstaw, naruszenie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji tj. art. 7 ustawy Pzp. poprzez dokonanie oceny ofert w sposób, który zdaniem Odwołującego jest dyskryminujący.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania Odwołującego w cz. 1-9, wyboru najkorzystniejszej oferty Centrum Nauki W&W E..... W..... z Jeleniej Góry w częściach 2,8,9, unieważnienia postępowania w cz. 1,3,4,5,6,7, wniósł o powtórzenie czynności oceny ofert, wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w cz.1-9.

1. Zarzut wadliwego wykluczenia Odwołującego z postępowania prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego cz. 1-9.

W ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający wymagał, aby każdy Wykonawca składający wniosek o dopuszczenie do dalszego etapu posiadał wiedzę i doświadczenie tj. w okresie 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje 1/ co najmniej 4 usługi z zakresu realizacji grupowych kursów języka angielskiego, każda obejmująca minimum 120 godzin dydaktycznych dla cz. 1-9, 2/ co najmniej 2 usługi z zakresu realizacji indywidualnych kursów języka angielskiego obejmujące łącznie co najmniej 200 godzin dydaktycznych. Ponadto Zamawiający wymagał, aby każdy Wykonawca składający wniosek o dopuszczenie do

dalszego udziału w postępowaniu dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia tj. lektorami i metodykami posiadającymi określone w treści ogłoszenia kompetencje, w tym także określone doświadczenie w prowadzeniu kursów językowych, w języku w którym będzie prowadził zajęcia w ramach niniejszego zamówienia.

Na potwierdzenie spełnienia warunków należało przedłożyć wykaz wykonanych usług, potwierdzający spełnienie warunków (oddzielnie dla każdej części). Do wykazu Wykonawca był zobowiązany załączyć dokumenty potwierdzające, że wykazane usługi zostały wykonane należycie (np. referencje). Należało także załączyć wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacją na temat posiadanych uprawnień oraz o podstawie do dysponowania tymi osobami (oddzielnie dla każdej części). W ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający określił, iż *„Jeżeli Wykonawca będzie polegał na doświadczeniu, wiedzy, potencjale technicznym lub osobach innych podmiotów, jest on zobowiązany przedłożyć wraz z wnioskiem pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Uwaga: z dokumentu musi wynikać jednoznacznie jaki zakres udostępnianego potencjału będzie w dyspozycji Wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Dodatkowo do zobowiązania musi być dołączony dokument potwierdzający uprawnienie do reprezentacji (odpis dokumentu uprawniającego do występowania w obrocie prawnym i pełnomocnictwo, jeśli zobowiązanie będzie podpisane przez osoby nie wymienione w odpisie).”*

Odwołujący w dniu 15.01.2013. złożył wniosek o dopuszczenie do dalszego udziału w postępowaniu dołączając min. wykaz wykonanych 4 usług z zakresu realizacji grupowych kursów języka angielskiego oraz wykaz 2 usług z zakresu realizacji indywidualnych grupowych kursów języka angielskiego. Do wykazu zostały dołączone referencje potwierdzające należyte wykonanie usług. Usługi zostały wykonane przez podmiot trzeci - Training House I..... W..... –S....., która złożyła oświadczenie w dniu 15.01.2013r., iż *„oddaje się do dyspozycji Firmy DIAGNOSERW D..... S..... z siedzibą w Chrzastowie swój potencjał techniczny w postaci wiedzy i doświadczenia w zakresie objętym zamówieniem publicznym ogłoszonym przez Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo SA ul. Marcina Kasprzaka 25 Warszawa. W/w zasoby udostępniono na okres niezbędny do wykonywania zamówienia publicznego pt Szkolenia językowe dla pracowników PGNiGSA.”*

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie narzucał określonej formy udostępnienia wiedzy i doświadczenia przez podmiot trzeci, co byłoby niezgodne z treścią art. 26 ust.2b pzp oraz że Zamawiający nie wymagał żadnych dokumentów od podmiotu trzeciego, jeżeli brałby on udział w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy. W dalszej argumentacji

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający na etapie badania wniosków o dopuszczenie do dalszego etapu postępowania nie widział konieczności wyjaśnienia złożonego oświadczenia podmiotu trzeciego w zakresie formy udostępnienia wiedzy i doświadczenia. W rezultacie we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Odwołujący nie oświadczał w jaki sposób nastąpi udostępnienie wiedzy i doświadczenie.

Odwołujący wskazywał także okoliczność, że wykonanie zamówienia nastąpi przy pomocy trenerów wskazanych w „wykazie osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia”, z którymi Odwołujący zawarł umowy zlecenia. Wśród tych osób będących w bezpośredniej dyspozycji Odwołującego znajduje się p. I..... W..... – S....., która została wykazana jako koordynator szkolenia w części 8 na podstawie umowy zlecenia.

Odwołujący podkreślił, że spełnił warunki udziału w postępowaniu w ten sposób, iż przez cały czas trwania postępowania będzie korzystał z wiedzy i doświadczenia firmy Training House I..... W..... – S..... a jednocześnie będzie dysponował bezpośrednio na podstawie umowy zlecenia osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w tym p. I..... W.....- S....., która będzie osobiście wykonywała wskazane w wykazie czynności.

Odwołujący, po uznaniu przez Zamawiającego, że spełnił warunki udziału w postępowaniu, został zaproszony do dalszego etapu postępowania i złożył najkorzystniejszą cenowo ofertę w częściach 1-9 prowadzonego postępowania.

W SIWZ Zamawiający wymagał, zgodnie z art. 36 ust. 4 ustawy Pzp, wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom. Odwołujący złożył ofertę, z której wynikało, że będzie on wykonywał zamówienie bez udziału podwykonawców.

Badając treść złożonych ofert Zamawiający zwrócił się do Odwołującego na podstawie art.87 pzp o wyjaśnienie treści oferty, wskazując między innymi; *„Skoro nie macie Państwo własnego doświadczenia, a jednocześnie nie korzystacie Państwo z udziału podwykonawcy, w jaki sposób zamierzacie Państwo zrealizować ww. zamówienia w zakresie części 1,2,3,4,5,6,7,8,9?”*. W wyjaśnieniach z dnia 15 marca 2013 r. Odwołujący wskazał iż: *„firma Training House [...] będzie w trakcie wykonywania przedmiotowego zamówienia do dyspozycji firmy DIAGNOSERW w celu doradztwa, nadzorowania oraz kontroli wykonywania zamówienia”*.

Odwołujący podkreślił, że na etapie badania wniosków Zamawiający nie widział konieczności ustalenia, czy podmiot trzeci będzie brał udział w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy. Odwołujący zauważył, że podstawą zmiany decyzji Zamawiającego jest pismo Odwołującego, w którym Odwołujący wyjaśnił, iż „firma Training House udostępniająca potencjału wiedzy i doświadczenia w przedmiotowym postępowaniu będzie brała udział w wykonaniu zamówienia aczkolwiek nie na zasadzie podwykonawstwa. Pismo to przesądza o

faktycznym wykorzystaniu obcego potencjału przy realizacji zamówienia poprzez doradztwo, nadzór i kontrolę realizacji zamówienia.

Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu z postępowania w cz.1-9 powołując się na 1/ art. 25 ust. 3 i 4 pzp, którego to przepisu ustawa prawo zamówień publicznych nie zawiera, 2/ art.24 ust. 2 pkt 4 pzp i art. 24 ust.2pkt.3 pzp uzasadniając, iż odwołujący w sposób fikcyjny wskazał na dysponowanie potencjałem podmiotu trzeciego.

Odwołujący podkreślał, że nie zaszły żadne nowe okoliczności, które uzasadniałyby ponowną weryfikację zdolności podmiotowej Odwołującego. Złożone przez Odwołującego wyjaśnienia sposobu udostępnienia wiedzy i doświadczenia w żaden sposób nie podważyły wiarygodności złożonego wcześniej dokumentu.

Zgodnie z argumentacją Odwołującego, żaden przepis prawa nie daje Zamawiającemu możliwości narzucania określonej formy współpracy poprzez przymusową realizację części zamówienia przez podmiot trzeci w charakterze podwykonawstwa. Usługa szkoleniowa jest specyficzną usługą, której realizacja opiera się głównie na potencjale osobowym. Udostępnienie wiedzy i doświadczenia w przeprowadzeniu podobnych usług szkoleniowych dotyczy głównie kwestii organizacyjnych. Odwołujący przedłożył oświadczenie podmiotu trzeciego, o udostępnieniu Odwołującemu wiedzy i doświadczenia co rodzi już konieczność udziału w postępowaniu w sposób pośredni. Nieuzasadnione jest kreowanie sztucznej sytuacji podwykonawstwa, co polegałoby głównie na prowadzeniu określonej części szkoleń przez podmiot trzeci w miejsce trenerów będących w bezpośredniej dyspozycji Odwołującego.

Odwołujący powoływał się na pierwszy wydany na tym tle wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 25.07.2011r. sygn.akt XII Ga 315/11 w postępowaniu prowadzonym przez Energa Operator na dostawę i uruchomienie infrastruktury licznikowej.

Zamawiający wykluczył Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazując na złożenie przez Odwołującego nieprawdziwych danych wraz z wnioskiem o dopuszczenie do dalszego udziału w postępowaniu. Odwołujący podkreślił w treści odwołania, że zarówno we wniosku o dopuszczenie do dalszego udziału w postępowaniu jak i w ofercie nie złożył nieprawdziwej informacji tj. takiej, która przedstawiałaby odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości. Podnosił, że będzie miał dostęp do wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego na całym etapie realizacji zamówienia, co wynika z prawdziwego oświadczenia podmiotu trzeciego z 15.01.2013r. oraz z prawdziwego wyjaśnienia Odwołującego z dnia 15.03.2013r.

Odwołujący argumentował, że Zamawiający nie powołał się na żaden dowód, który by temu przeczył oraz nie wyjaśnił na czym polega wprowadzenie w błąd Zamawiającego i jaki to ma wpływ na wynik postępowania, skoro informacja o sposobie udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia pojawia się poraż pierwszy dopiero 15.03.2013r. i jest ona spójna z wnioskiem i ofertą.

Zatem w ocenie Odwołującego, wobec braku przesłanek określonych w art. 24 ust. 2 pkt.3 bezzasadne było wykluczenie z postępowania Odwołującego.

## 2. Zarzut bezprawnego unieważnienia postępowania w cz.1,3,4,5,6,7

Zamawiający podzielił zamówienie na części. Podczas czynności otwarcia ofert w dniu 7.03.2013r. podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia dla każdej części: Część 1 dla pracowników Mazowieckiego Oddziału Obrotu Gazem- 48 125,00zł Część 2 dla pracowników Górnośląskiego Oddziału Obrotu Gazem- 65 13 zł,00zł. Część 3 dla pracowników Dolnośląskiego Oddziału Obrotu Gazem- 82350,00 zł. Część 4 dla pracowników Oddziału Ratowniczej Stacji Górnictwa Otworowego- 89881,44 zł Część 5 dla pracowników Karpackiego Oddziału Obrotu Gazem- 28900,00zł Część 6 dla pracowników Wielkopolskiego Oddziału Obrotu Gazem 191183,91zł. Część 7 dla pracowników Oddziału w Sanoku- 126960,00zł. Część 8 dla pracowników Oddziału w Zielonej Górze-793026,54zł. Część 9 dla pracowników Oddziału w Odolanowie - 207 354,00zł. Na realizację 9 zadań 1-9 Zamawiający przeznaczył łączną kwotę 1 632911,90 zł.

Natomiast Odwołujący zaoferował w części 1- 130636,80zł, części 2-46656,00zł, części 3- 121305,60zł, części 4-93312,00zł, części 5- 83980,80zł, części 6- 242611,20zł, części 7- 167961,60zł, części 8- 541209,60zł, części 9-130636,80zł.

Z powyższego, zdaniem Odwołującego wynika, że iż udzielając zamówienia Odwołującemu w budżecie Zamawiającego pozostaną jeszcze środki na szkolenia językowe pracowników w kwocie 74601,50zł. Z powyższego wynika także, że kwoty przeznaczone przez Zamawiającego na poszczególne części przekraczają cenę zaoferowaną przez Odwołującego, nie oznacza to jednak braku możliwości korekty środków przeznaczonych na szkolenie pracowników jednego Oddziału na szkolenie pracowników innego Oddziału.

Odwołujący argumentował, że żaden z Oddziałów Zamawiającego nie ma odrębnego numeru NIP, nie jest jednostką samobilansująca się a wydatki przeznaczone na szkolenie pracowników wszystkich Oddziałów ujmuje się na jednym koncie. Również rozliczenie zamówienia zgodnie z §9 ust.7 wzoru umowy odbywać się będzie na podstawie faktury wystawionej na jeden podmiot PGNiG S.A. /z zaznaczeniem jednostki, której faktura dotyczy/

Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie podał uzasadnienia faktycznego unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4, do czego obligował go przepis art. 93 ust.3pzp.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie.

Wyjaśnił, że bezprzedmiotowy jest zarzut wskazujący, że wykluczenia dokonano w oparciu o „art. 25 ust. 3 i 4 pzp, których to artykułów ustawa prawo zamówień publicznych nie zawiera”. Wskazanie tego przepisu przez Zamawiającego jest oczywistą omyłką pisarską. Odwołujący, zdaniem Zamawiającego, wie, na jakiej podstawie został wykluczony z postępowania, gdyż wynika to z uzasadnienia wykluczenia, a ponadto Odwołaniu zarzucono naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 (w zw. z art. 26 ust. 2b), które stanowią właściwą podstawę wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Zamawiający wyjaśnił, że w SIWZ wymagał, zgodnie z art. 36 ust. 4 ustawy Pzp, wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom. Odwołujący złożył ofertę, z której wynikało, że będzie on wykonywał zamówienie bez udziału podwykonawców. Zamawiający wyjaśnił, że łącząc tę informację, z treścią oświadczenia z 15 stycznia 2013 r. o udostępnieniu potencjału przez firmę Training House, Zamawiający powziął wątpliwości czy Odwołujący jest w stanie wykonać zamówienie tak specyficzne, jak przeprowadzenie kursów językowych. Zobowiązanie podmiotu trzeciego zdaniem Zamawiającego było lakoniczne. Z tego względu uzyskanie na kolejnym etapie postępowania informacji, że Odwołujący nie przewiduje udziału podmiotu trzeciego w charakterze podwykonawcy wywołało wątpliwości Zamawiającego co do realności oferty i możliwości niedoświadczonego wykonawcy co do wykonania zamówienia,

Zamawiający uznał, że posłużenie się potencjałem osoby trzeciej przeważnie nie implikuje obowiązku jej udziału w wykonaniu zamówienia w charakterze podwykonawcy, to nie zmienia to faktu, że wykonawca musi udowodnić rzeczywiste dysponowanie tym potencjałem, co wynika to z przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Z tego względu Zamawiający stwierdził, że właściwie ocenił ofertę Odwołującego (wraz z dokumentami złożonymi z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu). Podkreślił specyfikę przedmiotu zamówienia jaką jest nauka języków obcych, gdzie szczególnie ważne jest doświadczenie wykonawcy. Zdaniem Zamawiającego nie wystarczy zgromadzenie kadry (lektorów) za pomocą umów zlecenia - aby automatycznie przenieść na wykonawcę doświadczenie posiadane przez szkołę jako taką. Ponadto Zamawiający argumentował, że realne posiadanie doświadczenia do organizacji kursów językowych w sposób odpowiadający doświadczeniu szkoły językowej, to znaczenie więcej niż suma doświadczeń



osób fizycznych (w tym np. nauczycieli, koordynatorów etc.), którzy mają wykonywać zamówienie, choćby posiadali doświadczenie w nauczaniu. Szkoła musi posiadać odpowiednio wypracowane standardy nauczania, zarządzanie metodyczne, jakość nauczania, rozwiniętą administrację i strukturę organizacyjną (w tym przyjazna obsługa, dobra atmosfera), odpowiednio wyposażone pomieszczenia sale dydaktyczne, zasady postępowania w przypadku zwolnienia chorobowego czy urlopu nauczyciela (zastępstwo).

Doświadczenie instytucji potwierdza umiejętność przygotowania kursu dostosowanego do potrzeb czyli uwzględniającego specyficzne potrzeby językowe słuchaczy, bazując na wcześniejszych doświadczeniach w tej działalności. Szkoła - przedsiębiorstwo - stanowi odrębny podmiot, posiadający określone doświadczenie.

Zdaniem Zamawiającego nie jest możliwe przekazanie takiego potencjału poprzez samo zobowiązanie o udostępnieniu potencjału w postaci wiedzy i doświadczenia zwłaszcza o tak wąskiej treści jak złożone przez Odwołującego wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Biorąc pod uwagę wskazaną specyfikę przedmiotu zamówienia, oparcie się w całości na doświadczeniu innego podmiotu bezwzględnie wymaga jego udziału w wykonaniu zamówienia w charakterze podwykonawcy.

W ocenie Zamawiającego, biorąc powyższe pod uwagę, Odwołujący nie wykazał realnego dostępu do zasobów Training House w postaci metodyk, standardów nauczania, kwalifikacji do właściwego podziału słuchaczy na grupy z poziomem trudności etc.

Zamawiający podkreślał, że koordynacja osoby doświadczonej sama w sobie nie wystarczy do prawidłowego wykonania zamówienia. Co więcej, udział Pani S..... w charakterze koordynatora dotyczy tylko i wyłącznie części 8 zamówienia. W zakresie części 1 -7 i 9 w wykazie figuruje inna osoba, która jest pracownikiem firmy Happy English, w dalszym ciągu z szkołą tą związana, co może stanowić przeszkodę w pełnym zaangażowaniu tej osoby w wykonywanie zamówienia . Biorąc powyższe pod uwagę nie można zdaniem Zamawiającego uznać, że doszło do przekazania potencjału szkoły Training House, gdyż bez udziału tej firmy w charakterze podwykonawcy (tj bezpośredniego uczestnictwa w wykonywaniu zamówienia) prawidłowe wykonanie umowy nie jest możliwe.

W konsekwencji Zamawiający uznał, że Odwołujący posłużył się potencjałem Training House w sposób nieprawidłowy (fikcyjny) i w konsekwencji został słusznie wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Podstawą wykluczenia Odwołującego było złożenie nieprawdziwych informacji, które potencjalnie mogły mieć wpływ na wynik postępowania tj. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający podkreślił, że wykluczenie na tej podstawie stanowiło konsekwencję oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego. Zamawiający uznał, że z całości dokumentów przedłożonych z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w

postępowaniu, z oferty oraz z wyjaśnień z dnia 15 marca 2013 r. wynika, że Odwołujący stwierdził nieprawdę, iż w sposób rzeczywisty dysponuje on potencjałem niezbędnym do wykonania zamówienia. Zamawiający argumentował, że po wyjaśnieniach Odwołującego nabrał pewności, że Odwołujący świadomie - w sposób zawiniony - postępuje się potencjałem Training House w sposób fikcyjny.

Zamawiający unieważnił postępowanie w częściach 1,3,4,5,6,7 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp. Ceny zaoferowane przez Odwołującego na poszczególne części zamówienia przewyższają kwoty, które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający wyjaśnił, że nie mógł zwiększyć środków przeznaczonych na realizację poszczególnych części, a co szczególnie ważne nie miał takiego obowiązku. Przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 wyraźnie pozostawia tę kwestię do uznania zamawiającego.

Zamawiający zwrócił uwagę na kwestię odrębności „oddziału” jako „wyodrębnionej i samodzielnej organizacyjnie części działalności gospodarczej” (art. 5 pkt. 4 ustawy z 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej). Na potwierdzenie argumentacji załączył Regulamin Spółki PGNiG SA Oddział Spółki, zgodnie z którym oddział to *„zespół wyodrębnionych w ramach Spółki, zintegrowanych składników majątkowych i niemajątkowych, z określonym potencjałem kadrowym, własną strukturą organizacyjną określoną w regulaminie organizacyjnym przyjmowanym przez Zarząd Spółki, utworzony w celu prowadzenia wyodrębnionej działalności gospodarczej Spółki, wpisany jako oddział do Krajowego Rejestru Sądowego - Rejestru Przedsiębiorców pod numerem KRS: 000005949T (pkt. 1.8.4 Regulaminu).* W pkt. 3 wskazana została struktura organizacyjna Zamawiającego, z której wynika odrębność organizacyjna centrali spółki i jej poszczególnych oddziałów. Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z tym punktem Regulaminu, że *„oddziały stanowią wyodrębnione technicznie i organizacyjnie zespoły środków”* służące bezpośrednio wykonywaniu zadań, do których powołano dany oddział (np. pkt 3.4.: Oddziały Spółki w Sanoku i Zielonej Górze). Podobne zapisy świadczące o samodzielności oddziałów znajdują się w regulaminach poszczególnych oddziałów, np. *„Oddział prowadzi wewnętrzną sprawozdawczość, w tym sprawozdawczość finansową oraz ewidencję środków trwałych”.* Dodatkowo Zamawiający wyjaśnił, że poszczególne oddziały znajdują się w różnych częściach kraju i są zarządzane samodzielnie przez odrębnych dyrektorów w granicach uregulowanych aktami wewnętrznymi. Między innymi Dyrektor Oddziału ma samodzielność w dysponowaniu środkami pieniężnymi zgromadzonymi na rachunkach bankowych w zakresie zapewniającym prawidłowe funkcjonowanie Oddziału. Każdy z dyrektorów oddziałów dysponuje samodzielnym budżetem co dotyczy również zarządzania środkami na szkolenia i kursy dla pracowników. Zgodnie z przywołanym wyżej Regulaminem PGNiG SA: pkt 4.2.1. *„Dyrektorzy Oddziałów Spółki kierują jednoosobowo Oddziałami Spółki, na*

podstawie umowy o pracę oraz w granicach pełnomocnictw udzielonych przez Zarząd'] pkt. 4.2.4.7. „Dyrektorzy oddziałów podejmują decyzje we wszystkich sprawach wynikających z odpowiedzialności za majątek znajdujący się w ewidencji księgowej i poza księgową danego Oddziału Spółki”.

Ponadto Zamawiający przypomniał, że postępowanie było podzielone na 10 części. Podział był dokonany w oparciu o kryterium oddziału, dla którego świadczona będzie usługa. Zamawiający jest podmiotem o rozbudowanej strukturze organizacyjnej. Podział na oddziały miał umożliwić sprawne kierowanie przedsiębiorstwem.

Podkreślił, że określenie środków, jakie przeznacza się na poszczególne cele i poszczególne oddziały w tym szkolenia (kursy) dla poszczególnych oddziałów odbywa się według ściśle ustalonych zasad, odzwierciedlających możliwości finansowe i potrzeby poszczególnych oddziałów. Zgodnie z dokumentem „Kluczowe założenia Planu Działalności Gospodarczej PGNiG SA na 2013 r.” „Planowane obroty (przychody, koszty i nakłady) ze Spółkami GK PGNiG należy uzgodnić z każdym z podmiotów powiązanych na poziomie przychodu lub wydatku, którego dotyczą”.

Zamawiający podkreślił, że wysokość budżetu szkoleniowego dla poszczególnych komórek organizacyjnych ustalana jest proporcjonalnie do liczby osób zatrudnionych w danej komórce organizacyjnej. „Ostateczne zatwierdzenie budżetu w podziale na poszczególne komórki organizacyjne następuje po zatwierdzeniu rocznego planu szkoleń przez Dysponenta Środków Budżetowych przeznaczonych na szkolenia”. Ilość środków z przeznaczeniem na poszczególne oddziały jest odrębnie ustalana dla każdego oddziału według jego potrzeb i możliwości finansowych. Nie jest to kwota niezaplanowana, wyjęta z ogólnego budżetu spółki. W konsekwencji Zamawiający podkreślił, że nie może być mowy o naruszeniu zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji tj. art. 7 ustawy Pzp.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Złożył ofertę w niniejszym postępowaniu. Gdyby potwierdziły się zarzuty stawiane w odwołaniu, miałby szansę uzyskać przedmiotowe zamówienie.

Zamawiający w treści zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej jako uzasadnienie wykluczenia Odwołującego napisał: „Wykonawca w wyjaśnieniach z 18 marca 2013 roku nie wykazał, że jest w stanie wykonać zamówienie. Wskazano jedynie, że podmiot trzeci będzie doradzać, nadzorować i kontrolować wykonawcę.”

Z powyższego wynika, że w ocenie Zamawiającego Odwołujący nie jest w stanie wykonać zamówienia. Zamawiający jednak nie wykazał, dlaczego w jego ocenie Odwołujący nie jest w stanie zrealizować przedmiotowego zamówienia. Zdanie powyższe jest więc nieprawdziwe, tym bardziej, że Odwołujący wskazywał w trakcie rozprawy, że jest w stanie zrealizować zamówienie, że dysponuje odpowiednią kadrą, co nie było przez Zamawiającego kwestionowane. Odwołujący wskazywał, że wykonanie zamówienia nastąpi przy pomocy trenerów wskazanych we wniosku w „wykazie osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia”, z którymi Odwołujący zawarł umowy zlecenia.

Spełnienie warunku doświadczenia Odwołujący wykazał na wcześniejszym etapie, a warunek ten miał być spełniony przez udostępnienie Odwołującemu potencjału podmiotu trzeciego, co było dopuszczalne zgodnie z treścią ogłoszenia i ustawy. Wskazał, że podmiot trzeci będzie nadzorował i kontrolował wykonywanie zamówienia przez cały czas jego trwania. Wyjaśnienie przez Odwołującego sposobu współpracy z podmiotem trzecim (poprzez nadzór, doradztwo i kontrolę) nie neguje faktu spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Należy mieć na uwadze, że na etapie składania ofert Odwołujący wskazał jedynie, że będzie realizował zamówienie bez udziału podwykonawców, co nie zostało zanegowane. Doprecyzowanie informacji na etapie składania ofert poprzez wyjaśnienie, że Odwołujący będzie realizował zamówienie bez udziału podwykonawców nie oznacza, że Odwołujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu. Okoliczność w której zamówienie będzie realizowane przy udziale podmiotu trzeciego bez udziału podwykonawcy, nie zmienia faktu, że Odwołujący jest w stanie zrealizować zamówienie.

W świetle Powyższego zatem nie spełniona została przesłanka do wykluczenia Odwołującego na podstawie artykułu 24 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Nie wykazano zatem, w ocenie Izby, aby podmiot trzeci nie mógł nadzorować i kontrolować realizację zamówienia i aby udostępnienie potencjału podmiotu trzeciego było nieprawdziwe.

W ocenie Izby powyższe okoliczności wskazują brak przesłanek do wykluczenia Odwołującego na podstawie artykułu 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający w uzasadniając wykluczenie Odwołującego z postępowania wskazał, że Odwołujący w sposób fikcyjny wskazał na dysponowanie potencjałem podmiotu trzeciego.

Zamawiający przytoczył stwierdzenie Odwołującego, że podmiot trzeci udostępniający swój potencjał będzie doradzać, nadzorować i kontrolować Odwołującego. Jednakże Zamawiający w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej nie wykazał i nie uzasadnił, dlaczego uznał za fikcyjne sposoby korzystania z potencjału podmiotu trzeciego. Z pewnością powyższe nie stanowi także wskazania i uzasadnienia niespełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W powyższym zakresie należy także uznać naruszenie przez Zamawiającego artykułu 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wykluczenie przy braku podstaw i wskazania przesłanek wykluczenia stanowiło naruszenie równego traktowania wykonawców.

Należy także zauważyć, że błędnie została podana podstawa prawna wykluczenia Odwołującego, gdyż w ustawie Prawo zamówień publicznych nie występuje art. 25 ust. 3 i 4. Powołanie się przez Zamawiającego na nieistniejący przepis ustawy nie pozwala na ustalenie, na jakiej podstawie Zamawiający wykluczył Odwołującego, tym bardziej, że Zamawiający nie wskazał także żadnych okoliczności faktycznych, które uzasadniałyby wykluczenie Odwołującego.

Zamawiający jako podstawę wykluczenia Odwołującego z postępowania wskazał także art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W trakcie rozprawy Zamawiający doprecyzował, że nieprawdziwe jest oświadczenie podmiotu trzeciego o udostępnieniu potencjału technicznego w postaci wiedzy i doświadczenia Odwołującemu na okres niezbędny do wykonania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Jednakże, w ocenie Izby, Zamawiający nie udowodnił, aby dokument pochodzący od podmiotu trzeciego udostępniającego swój potencjał Odwołującemu, zawierał nieprawdziwe informacje. Zamawiający nie powołał się na żaden dowód, który przeczyłby prawdziwości informacji zawartych w tym oświadczeniu. Z żadnego dokumentu nie można wywieść, aby Odwołującemu w trakcie realizacji zamówienia nie miały zostać udostępniony potencjał podmiotu trzeciego. Zgodnie z wyrażoną w art. 6 kodeksu cywilnego zasadą rozkładu ciężaru dowodu, ciężar udowodnienia, że wykonawca złożył w postępowaniu nieprawdziwe informacje, spoczywa na Zamawiającym (z uwagi na fakt, iż to Zamawiający jest stroną, która z faktu złożenia nieprawdziwych informacji wywodzi skutek prawny w postaci wykluczenia Odwołującego z postępowania). Tym samym w niniejszej sprawie Zamawiający, jeżeli uznał, że Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje, powinien tę okoliczność wykazać. Co więcej, Zamawiający powinien również wykazać, że takie nieprawdziwe informacje miały wpływ na wynik postępowania. Okoliczności tych w niniejszym postępowaniu Zamawiający nie wykazał. W związku z powyższym Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający unieważnił postępowanie w częściach 1, 3, 4, 5, 6 i 7 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp. Zgodnie ze wskazanym artykułem „Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia jeżeli: cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty”.

W niniejszej sprawie ceny zaoferowane przez Odwołującego w części 1, 3, 4, 5, 6 i 7 zamówienia przewyższają kwoty, które Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Okoliczności tej nie zaprzecza Odwołujący. Zamawiający wskazywał, że nie mógł zwiększyć środków przeznaczonych na realizację poszczególnych części. W ocenie Izby Zamawiający nie miał takiego obowiązku. Przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 wyraźnie pozostawia tę kwestię do uznania Zamawiającego.

Nawet bowiem w przypadku, gdyby Zamawiający mógł przeznaczyć dodatkowe środki na sfinansowanie zamówienia, to decyzja o zwiększeniu kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia jest suwerenną decyzją Zamawiającego i brak jest podstaw do nakazania Zamawiającemu podjęcia takiej decyzji. Brak jest także podstaw do zobowiązania Zamawiającego, aby w celu zwiększenia środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia dokonał przesunięć z innych pozycji swojego budżetu.

Wskazać należy, iż nowelizacja art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wprost dopuściła możliwość zwiększenia przez Zamawiającego kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, do ceny wynikającej z oferty najkorzystniejszej. Jednakże podkreślić ponownie należy, iż taka możliwość jest prawem, a nie obowiązkiem Zamawiającego. Zamawiający w miarę swoich możliwości finansowych może tę kwotę zwiększyć w stosunku do kwoty pierwotnie zaplanowanej, jednakże brak jest jakichkolwiek podstaw prawnych, które pozwalałyby na zobowiązanie Zamawiającego, aby takiego zwiększenia dokonał.

Stanowisko Izby potwierdza także opinia Urzędu Zamówień Publicznych, na którą powołuje się sam Odwołujący. W opinii tej wskazano, że zwiększenie przez Zamawiającego kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia możliwe jest w przypadku, gdy Zamawiający uzna, że zwiększenie tej kwoty jest uzasadnione i celowe. Z opinii tej jednoznacznie wynika więc, że ocena, czy zwiększenie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia jest celowe i uzasadnione, w całości należy do Zamawiającego. W niniejszej sprawie Zamawiający podniósł (powołując się na Regulamin Spółki PGNiG SA załączony do odpowiedzi na odwołanie), a Izba wyjaśnienia te uznała za wiarygodne, że niedokonanie zwiększenia środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia w poszczególnych oddziałach wynika ze specyfiki organizacyjnej Zamawiającego. Zamawiający wyjaśnił, że oddziały wyodrębnione są jako jednostki organizacyjne, a odrębność ta polega m.in. na

samodzielności finansowej i odrębnym ustalaniu środków, jakie dana jednostka może przeznaczyć na poszczególne cele. Ilość środków finansowych przeznaczonych na działalność poszczególnych oddziałów jest ustalana odrębnie dla każdego oddziału - według potrzeb i możliwości finansowych danego oddziału. Powyższe wyjaśnienia Zamawiającego potwierdzają, iż brak było podstaw do nakazania Zamawiającemu zwiększenia środków przeznaczonych na poszczególne części zamówienia, które miały być realizowane w poszczególnych oddziałach Zamawiającego.

W ocenie Izby to Zamawiający decyduje czy zamówienie ma zostać podzielone na części oraz jakie kwoty mają zostać przeznaczone na realizację poszczególnych części zamówienia. Dokonując takiego podziału Zamawiający uprawniony jest do określenia sposobu sfinansowania realizacji poszczególnych części zamówienia. Brak jest jakichkolwiek podstaw prawnych do postawienia Zamawiającemu wymogu aby dokonywał przesunięć środków finansowych wyłącznie w celu doprowadzenia do wyboru najkorzystniejszej oferty, której wartość przewyższa kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację danej części zamówienia. Wykonawcy nie podważali (w terminie wskazanym w ustawie) dokonanego przez Zamawiającego podziału zamówienia na części i sposobu podziału środków na sfinansowanie poszczególnych części. Nie kwestionowali kwot i ustaleń wartości zamówienia. Należy podkreślić, że Odwołujący nie zaprzeczył twierdzeniu Zamawiającego, iż określenie środków jakie Zamawiający przeznacza na poszczególne cele i oddziały, w tym szkolenia dla poszczególnych oddziałów, odbywa się według ściśle określonych zasad, które odzwierciedlają możliwości finansowe i potrzeby poszczególnych oddziałów. Decyzje więc w zakresie ewentualnych przesunięć środków finansowych należą wyłącznie do Zamawiającego.

Z powyższych względów Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego artykułu 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Izby Zamawiający wskazał w treści zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej zarówno podstawę prawną jak i faktyczną uzasadnienia unieważnienia postępowania. Wskazał, że cena oferty najkorzystniejszej przewyższa kwotę, jaką Zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia. W szczególności Zamawiający w informacji przedstawił, którą ofertę uznał za najkorzystniejszą (łącznie z podaniem punktacji). Zamawiający nie przedstawił w zawiadomieniu argumentacji, dlaczego nie zostaną zwiększone lub skorygowane środki w ramach poszczególnych części zamówienia, jednak, w ocenie Izby, zgodnie z powyżej przedstawionym wywodem, zwiększenie środków na realizację zamówienia jest decyzją wewnętrzną Zamawiającego.

Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy Centrum Nauki W&W E..... W..... w częściach nr. 1,3,4,5,6,7. Unieważnił postępowanie w tych częściach, gdyż cena

najkorzystniejsza (zaoferowana przez ww. wykonawcę w każdej części) przekraczała kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie każdej z tych części zamówienia (jest to okoliczność bezsporna). Izba ustaliła, że w każdej z tych części zamówienia Odwołujący złożył ofertę korzystniejszą cenowo niż wybrany wykonawca Centrum Nauki W&W E..... W.....

Jednocześnie Izba ustaliła, że podstawy wykluczenia Odwołującego z postępowania (takie same w każdej części zamówienia) okazały się nieuzasadnione. Izba ustaliła również, że cena zaoferowana przez Odwołującego w każdej z tych części, jakkolwiek niższa niż cena zaoferowana przez wykonawcę wybranego Centrum Nauki W&W E..... W....., to jednak każdorazowo była wyższa od przeznaczonej przez Zamawiającego na realizację zamówienia w poszczególnych częściach.

Wobec powyższych faktów nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert (z uwagi na uwzględnienie zarzutów dotyczących podstaw wykluczenia Odwołującego) pozostawałby bez wpływu na wynik postępowania. Gdyby oferty Odwołującego w poszczególnych częściach zostały uznane za najkorzystniejsze, to i tak ceny tych ofert przekraczałyby kwoty, jakie Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie poszczególnych części zamówienia.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.



O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

