

**Wykonawcy biorący udział  
w postępowaniu**

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego na podstawie art. 39 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm. – sprzed nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 r.), zwanej dalej „ustawą”, na **zapewnienie bazy konferencyjnej na lata 2016-2018, w tym dostarczenie wybranych usług w ramach organizacji posiedzeń Komitetu Monitorującego Programu Operacyjnego Wiedza Edukacja Rozwój 2014–2020 i spotkań/grup roboczych/warsztatów na potrzeby PO WER.**

**UNIEWAŻNIENIE POSTĘPOWANIA**

Działając na podstawie art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm. - sprzed nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 r.), Zamawiający zawiadamia, że **UNIEWAŻNIA CZĘŚĆ I I II ZAMÓWIENIA** na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy pzp, tj. postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

**UZASADNIENIE FAKTYCZNE**

Zamawiający stwierdził następujące naruszenia w przebiegu postępowania:

1. Zamawiający sformułował w rozdziale IV SIWZ warunek dotyczący obowiązku posiadania przez wykonawcę wpisu do ROTiPT zgodnie z ustawą o usługach turystycznych (Dz.U 2016 r., poz. 187 ze zm.) obowiązującą w dniu wszczęcia postępowania. Jednocześnie wbrew art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. w związku z §1 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia „w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane” nie żądał żadnego dokumentu potwierdzającego fakt posiadania wpisu do rejestru ROTiPT. Należy podkreślić, iż w postępowaniach o wartości wyższej od kwot wynikających z przepisów wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. potwierdzenie warunku nie może wynikać tylko z oświadczenia, o którym mowa w art. 44 ustawy Pzp. Całkowite odstępienie od odpowiedniego dokumentu nie jest możliwe. Brak wskazania dokumentów potwierdzających spełnianie warunku w SIWZ oraz ogłoszeniu o zamówieniu może skutkować korektą w wysokości 25% wartości dofinansowania na podstawie poz. 9 tabeli nr 1 Taryfikatora.
2. Zamawiający dokonując zmiany formularza oferty w części II postępowania i sposobu obliczenia ceny oferty na kilkanaście godzin przed upływem terminu składania ofert bez wydłużenia tego terminu naruszył zasadę przejrzystości postępowania, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Podobnie należy ocenić zmianę zakresu i opisu przedmiotu zamówienia w części I i II dokonana w ogłoszeniu o zamówieniu (zmiany dotyczyły liczby organizowanych posiedzeń Komitetu Monitorującego PO WER – 2 zamiast 4 oraz liczby spotkań / warsztatów na potrzeby PO WER – 40 zamiast 138), o której informację przekazano w dniu 29 kwietnia 2016 r., zaś jej publikacja w DzUUE nastąpiła dopiero 3 maja, czyli na 3 dni przed terminem składania ofert. Późna zmiana ogłoszenia o zamówieniu utrudnia złożenie oferty wykonawcom, którzy pozyskują wiedzę o zamówieniu z ogłoszenia, a potrzebują dodatkowego czasu na dokonanie zmian w ofercie. Szczególnie utrudnia to dostęp do zamówienia wykonawcom zagranicznym, którzy muszą przygotowaną ofertę zmienić oraz dostarczyć do zamawiającego w terminie. Niniejsze postępowanie z racji jego wartości i miejsca publikacji ogłoszenia powinno uwzględniać sytuację wykonawców spoza Polski.



Zgodnie z Wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 18 grudnia 2013 r. (sygn. KIO 2781/13; KIO 2783/13) „wobec braku zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, nie ma bezpośredniego zastosowania przepis art. 12a p.z.p., lecz przepis art. 38 ust. 6 p.z.p. mówiący o zmianie specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepis ten co prawda nie określa, jaki powinien być ten dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach - zależy on w dużej mierze od chwili i zakresu zmian specyfikacji istotnych warunków zamówienia, m.in. jak dużo czasu pozostało do upływu terminu składania ofert. Niewątpliwie powinien być to czas "odpowiedni", pozwalający na przeanalizowanie zmian specyfikacji i nową analizę rynku pod względem produktów, które mogą być zaoferowane w związku z nowymi wymaganiami.”

Pozostawienie kilkunastu godzin w części II na wprowadzenie zmian (niecałe 3 dni w zakresie części I) oraz dostarczenie ofert do Zamawiającego (szczególnie w postępowaniu kierowanym do wykonawców z całej UE) stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji. W wyroku z dnia 21 kwietnia 2011 r. (sygn. KIO 741/11) Izba wprost stwierdziła, iż taka sytuacja uniemożliwia zawarcie ważnej umowy i wypełnia przesłankę art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W wyniku zaniechania wydłużenia terminu składania ofert wykonawcy wyceniali świadczenie w oparciu o różne zapisy SIWZ i ogłoszenia. Przykładem negatywnego skutku takiego działania było odrzucenie oferty Wykonawcy Vmoris Agency Strefa efektywnego marketingu, ze względu na niezgodność z SIWZ. Zamawiający w pierwszej kolejności dokonał poprawy innej omyłki (na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp) poprzez obliczenie ceny oferty z uwzględnieniem zmiany formularza oferty z dnia 5 maja 2016 r. Wykonawca wyraził zgodę na poprawienie i wskazał, iż Zamawiający powinien jeszcze raz rozważyć czy zmiana nie ma charakteru istotnej zmiany treści oferty. Zamawiający po ponownym rozważeniu sprawy stwierdził, że ze względu na fakt, iż cena oferty po zmianie ma charakter ceny rażąco niskiej nie podlega poprawie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. i odrzucił ofertę Wykonawcy. Różnica w wycenie oferty Vmoris wyniosła bowiem aż 50% (2,6 mln vs. 1,3 mln zł), co wskazuje, że w postępowaniu wystąpiła wada uniemożliwiająca porównanie ofert i tym samym zawarcie ważnej umowy w części II postępowania. W części I sam fakt pozostawienia zbyt krótkiego terminu między publikacją ogłoszenia o sprostowaniu a składaniem ofert mogło to uniemożliwić złożenie ofert wykonawcom. Brak odpowiedniego wydłużenia terminu składania ofert po zmianie ogłoszenia lub SIWZ może skutkować korektą do 5% wartości dofinansowania na podstawie poz. 15 tabeli nr 1 Taryfikatora.

3. Zamawiający wykluczył wykonawcę KDK w obu częściach postępowania za brak spełnienia warunku zatrudniania więcej niż 50% osób niepełnosprawnych z uwagi na fakt, że Wykonawca ten złożył oświadczenie o zatrudnianiu równo 50% osób niepełnosprawnych. Zamawiający zaniechał wezwania do uzupełnienia oświadczenia o liczbie osób niepełnosprawnych na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zaniechanie wezwania do wyjaśnienia lub uzupełnienia oświadczenia uniemożliwiło ocenę wykonawcy pod kątem spełniania tego warunku (wykonawca mógł np. podać błędną informację nt. zatrudnienia). Wykluczenie wykonawcy w części I nie miało wpływu na wynik postępowania (wykonawca złożył wykaz doświadczenia do kryterium tylko w części II, a więc w części I nie zdobyłby żadnych punktów za doświadczenie), natomiast mogło mieć wpływ na wynik postępowania w II części, ponieważ wykonawca wskazał 7 usług do kryterium i mógłby zdobyć 40 pkt, co przy jednoczesnym złożeniu najtańszej oferty mogłoby spowodować uzyskanie najwyższej liczby punktów we wszystkich kryteriach i wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej.
4. Zamawiający w części I postępowania ocenił jako najkorzystniejszą ofertę Vmoris Agency. Wykonawca ten w tabeli nr 2 służącej ocenie oferty w kryterium doświadczenia wskazał 8 pozycji, z czego trzy pierwsze okazały się niezgodne z rzeczywistością, ponieważ nie uwzględniały niektórych usług wymaganych w SIWZ, a tym samym nie mogły stanowić podstawy do przyznania punktacji w kryterium. Z pisma z dnia 23 maja od Vmoris Agency wynika, że wykonawca przyznał, że usługi podane w poz. 1 – 3 tabeli nr 2 zawierały błędne dane i poprosił o ich usunięcie. Zamawiający uznał, iż nie będzie brał tych pozycji pod uwagę podczas oceny oferty w kryterium doświadczenia. Należy uznać w związku z tym, iż Zamawiający zaniechał wykluczenia tego wykonawcy z postępowania ze względu na podanie informacji, które mogły mieć wpływ na wynik postępowania.



Zdaniem KIO (wyrok z dnia 2 stycznia 2016 r., sygn. 1/16) „wyrażona w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nakazuje Zamawiającemu bezwzględne wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców, jeśli w toku postępowania złożyli oni nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Izba wskazuje, iż aby została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp muszą zostać spełnione łącznie następujące przesłanki:

(i) musi dojść w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do złożenia nieprawdziwych informacji przez wykonawcę w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp; oraz (ii) złożenie nieprawdziwych informacji musi mieć wpływ lub może mieć wpływ na wynik tego postępowania. Weryfikacji więc podlegają okoliczności faktyczne zawarte w dokumentacji ofertowej danego wykonawcy. Weryfikacja ta następuje w kategoriach prawda – nieprawda. Wskazać tu należy na orzeczenie Sądu Najwyższego. W uzasadnieniu wyroku z 5 kwietnia 2002 r. (sygn. akt II CKN 1095/99; opubl. Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna rok 2003, Nr 3, poz. 42) Sąd Najwyższy wskazał m.in. „Pojęcia „prawda”, „prawdziwy”, bądź ich zaprzeczenia występują w Prawie prasowym w art. 6 ust. 1, art. 12 ust. 1 pkt 1, art. 31 pkt 1 i art. 41, a także wielokrotnie w innych aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, 103 § 2, art. 252, 253. 254 § 1 i 2, art. 268, 304, 333 § 2, art. 339 § 2, art. 485 § 2, art. 913 § 2, art. 1045), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 303 § 1, art. 312) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 190 § 1). We wszystkich tych przypadkach pojęcie „prawda” rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi – w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”). Odpowiada to – na gruncie filozoficznym – tzw. klasycznej koncepcji prawdy. W tym sensie wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości.

Wykładnia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp powinna być dokonywana przy uwzględnieniu treści art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE L z 30 kwietnia 2004 r.; dalej: „dyrektywa 2004/18/WE” lub „dyrektywa klasyczna”). Zgodnie z tym przepisem z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji. Przywołana regulacja, w przeciwieństwie do literalnego brzmienia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, odwołuje się wprost do winy wykonawcy, który to wykonawca przez złożenie lub niezłożenie informacji poważnie wprowadził w błąd zamawiającego. Z tym że podkreślić należy, że ustawodawca europejski nie zawęży winy wykonawcy wyłącznie do winy umyślnej (zamiaru bezpośredniego i ewentualnego). Nie ma zatem podstaw, aby wyłączać spod zakresu zastosowania tej podstawy wykluczenia przypadków poważnego wprowadzenia w błąd nieprawdziwymi informacjami złożonymi w wyniku niedbalstwa wykonawcy. Izba wzięła pod uwagę stanowisko jakie zajął Sąd Unii Europejskiej w wyroku z 26 września 2014 r. w połączonych sprawach T-91/12 i T-280/12 (Flying Holding NV z siedzibą w Wilrijk, Flying Group Lux SA z siedzibą w Luksemburgu, Flying Service NV z siedzibą w Deurne przeciwko Komisji Europejskiej. Komisja Europejska w prowadzonym na podstawie rozporządzenia Rady (WE, Euratom) nr 1605/2002 z dnia 25 czerwca 2002 r. w sprawie rozporządzenia finansowego mającego zastosowanie do budżetu ogólnego Wspólnot Europejskich (Dz. U. L 248, s. 1; z późn. zm) wykluczyła tych wykonawców na podstawie 94 lit. b tego rozporządzenia. Przepis ten stanowi, że nie udziela się zamówienia kandydatom, którzy w związku z procedurą udzielania zamówień są winni złożenia nieprawdziwych oświadczeń przy dostarczaniu informacji wymaganych przez instytucję zamawiającą w celu dopuszczenia do udziału w procedurze udzielania zamówień lub nie dostarczyli tych informacji. Sąd stwierdził, że w przypadku, gdy, tak jak w rozstrzyganej sprawie, wykryte zostaje przekazanie nieprawdziwych danych, Komisja nie ma innego wyboru niż zastosowanie powyższego przepisu, gdyż pojęcie „nieprawdziwe oświadczenia” odnosi się zarówno do oświadczeń umyślnie wprowadzających w błąd jak i tych, które są błędne w wyniku niedbalstwa i



po ustaleniu nieprawdziwego charakteru oświadczeń nie ma potrzeby przeprowadzania analizy uzasadnienia tej nieprawdziwości. (...) Wobec złożenia nieprawdziwych oświadczeń, niezależnie od tego, czy doszło do tego w sposób umyślny czy też wskutek niedbalstwa skarżących, Komisja nie miała innego wyboru niż zastosowanie art. 94 lit. b) rozporządzenia finansowego... (por. pkt 75 i 119 wyroku). Zdaniem składu orzekającego Izby, co prawda, powyższy wyrok dotyczył stosowania przepisu aktu prawnego stosowanego przez Komisję Europejską przy udzielaniu zamówień publicznych, jednak treść przepisu art. 94 lit. b) rozporządzenia finansowego, tak jak art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE, odwołuje się do winy wykonawcy (kandydata) składającego nierzetelne informacje, bez wskazywania na postać tej winy. Wydaje się, że wina, o której mowa w oby tych przepisach dotyczących analogicznej podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, powinna być interpretowana w taki sam sposób.

Reasumując, dla wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp konieczne jest stwierdzenie, że: po pierwsze – wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje, po drugie – stanowiło to poważne wprowadzenie w błąd zamawiającego, gdyż informacje te miały wpływ lub mogły mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, po trzecie – wykonawca działał z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd lub nastąpiło to w wyniku jego niedbalstwa (tak też w wyroku KIO z 11.02.2015, sygn. akt: 177/15, wyrok KIO z 23.07.2015, sygn. akt: 1425/15). W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykazanie winy umyślnej wykonawcy jest niezwykle trudne, gdyż wymaga dowodów spoza dokumentacji o udzielenie zamówienia, które potwierdzałyby zamiar wprowadzenia w błąd zamawiającego, czyli że wykonawca wyobrażał sobie taki skutek i tego chciał, ewentualnie na to się godził. Uzyskanie takich dowodów, czy to przez prowadzącego postępowanie, czy też przez konkurenta jest mało prawdopodobne, gdyż wymaga dostępu do wewnętrznych dokumentów wykonawcy, ewentualnie uzyskania zeznań świadków. Takie podejście ograniczałoby znacząco zastosowanie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co w ocenie Izby nie było celem ustawodawcy. Celem bowiem przepisu jest ochrona zamawiającego przed nieuczciwym jak również nieprofesjonalnym działaniem wykonawców, którzy decydując się na udział w postępowaniu winni dołożyć należytej staranności w weryfikacji składanych dokumentów, szczególnie tych, które otrzymał od osób trzecich. Skoro wykonawca - Odwołujący samodzielnie nie jest w stanie spełnić wymagań zamawiającego, aby wziąć udział w postępowaniu i decyduje się na skorzystanie z potencjału podmiotu trzeciego, to oczywistym jest, że musi zweryfikować co zostaje mu oddane do dyspozycji i czy rzeczywiście podmiot udostępniający ma prawo do przekazania określonych zasobów, a tym samym czy informacje zawarte w treści referencji są informacjami prawdziwymi.

Dalej wskazać należy, że wykazanie wykonawcy niedbalstwa czyli niedołożenia należytej staranności przy podawaniu zamawiającemu wprowadzających w błąd informacji należy mieć na uwadze art. 355 § 1 kc, zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 kc precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości."




Wobec powyższego wskazanie przez Wykonawcę w tabeli nr 2 informacji o zapewnieniu tłumaczy, usługi transportu oraz przygotowania stenogramu poprzez zaznaczenie wprost w odpowiednich kolumnach słowa „TAK” wypełnia definicję niedbalstwa lub nienależytej staranności Wykonawcy, a tym samym powinna zdecydować o jego wykluczeniu szczególnie jeśli sam wykonawca uznał konieczność „usunięcia” tych pozycji z tabeli nr 2.

W związku z powyższymi naruszeniami, Zamawiający nie może zawrzeć umowy o udzielenie zamówienia w żadnej części postępowania bez ryzyka postawienia zarzutu naruszenia przepisów ustawy Pzp, a w konsekwencji naliczenia korekty finansowej w obu częściach postępowania. Wysokości korekt w zależności od kumulacji zarzutów mogą wynosić do 25% za naruszenie obowiązku informowania wykonawców w ogłoszeniu lub SIWZ o wymaganych dokumentach potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Istotny jest również fakt, iż w części I najtańsza i najkorzystniejsza oferta wykonawcy KDK już wygasła (wykonawca nie jest nią związany), a więc nie ma już możliwości zawarcia z nim umowy. Ten fakt może w przypadku uznania, iż wykonawca nie podlegała wykluczeniu z postępowania skutkować naliczeniem korekty w wysokości różnicy cen oferty wykonawcy KDK oraz wykonawcy, z którym zostałaby zawarta umowa.

#### UZASADNIENIE PRAWNE

Zamawiający unieważnił przedmiotowe postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy pzp, tj. postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

z up. Dyrektora  
Naczelnik Wydziału Administracji  
Centrum Projektów Europejskich  
  
**Magdalena Sitko**

