

Sygn. akt KIO/UZP 1255/09

WYROK

z dnia 19 października 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

**Członkowie: Izabela Kuciak
Luiza Łamejko**

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 października 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **COMP S.A., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości, ul. Pańska 81/83, 00-834 Warszawa** protestu z dnia 31 lipca 2009 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **COMP S.A., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **COMP S.A., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa,**
- 2) ~~dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,~~
- 3) ~~dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **COMP S.A., ul. Jutrzenki 116, 02-230 Warszawa.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Inwestycja w kadry 3*”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dziennik Urzędowy Wspólnot Europejskich dnia 28 maja 2009 roku pod numerem 2009/S 101-146113.

Dnia 28 lipca 2009 roku Zamawiający wezwał, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych - wykonawcę Comp SA z siedzibą w Warszawie (zwanym dalej Protestującym lub Odwołującym) do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału w zakresie posiadania doświadczenia.

Zdaniem Zamawiającego, w wykazie przedstawionym przez Protestującego, nie ujęto zamówień wykonanych na czyjeś zlecenie, lecz „*projekty własne*”, na które uzyskano dofinansowanie.

Dnia 31 lipca 2009 roku Protestujący wniósł protest na czynność Zamawiającego polegającą na wezwaniu Protestującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających posiadanie wymaganego doświadczenia, czym naruszył przepisy art. 7 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Protestujący wniósł o:

- unieważnienie decyzji o wezwaniu Protestującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających posiadanie niezbędnego doświadczenia,
- uznanie, że Protestujący spełnia warunki udziału w postępowaniu,
- dokonanie wyboru oferty Protestującego jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając wskazał, iż stanowisko Zamawiającego nie znajduje oparcia ani w treści SIWZ i ogłoszenia, w zapisach ustawy, prawie europejskim ani orzecznictwie. Skoro Zamawiający żądał wykazania się doświadczeniem w realizacji usług, to powinien dokonywać oceny spełniania warunków w oparciu o definicję legalną zawartą w art. 2 pkt 10 ustawy: 10) usługach - należy przez to rozumieć wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy, a są usługami wymienionymi w załączniku II do dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie

koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (...)

W załączniku nr 2 do Dyrektywy 2004/18/WE, usługi szkoleniowe są objęte kategorią 24. Nie może być wobec tego wątpliwości, że w Wykazie wykonanych usług (Załącznik nr 3) Protestujący wskazał usługi, w rozumieniu definicji legalnej art. 2 pkt 10 ustawy Pzp. Określając w § 5 ust 2 pkt 2 Specyfikacji warunek udziału w postępowaniu posiadania przez wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie wymaganego doświadczenia zawodowego, Zamawiający stwierdził, że aby móc realizować przedmiotowe zamówienie, Wykonawca musi wykazać realizację usług określonego rodzaju, dla konkretnej grupy docelowej, na konkretnym obszarze i o konkretnej wartości. Zamawiający nie żądał, aby wykonane usługi były *"realizowane na czyjeś zlecenie"*. Zresztą gdyby nawet tak było, utrzymałby się pogląd, że zleceniodawcą tychże był sam Zamawiający. Był On instytucją finansującą wykazane w wykazie usługi szkoleniowe, dokonał zapłaty oraz wystawił stosowną referencję, która została przez Protestującego załączona do oferty.

Zgodnie Art. 50 TWE za "usługi" przyjmuje się świadczenia wykonywane, co do zasady, za wynagrodzeniem w zakresie, w jakim nie są uregulowane przepisami o swobodnym przepływie towarów, kapitału i osób. Według orzecznictwa Trybunału *"podstawowa cecha charakterystyczna odpłatności polega na tym, że stanowi ona wynagrodzenie za przedmiotową usługę"*, co oznacza, że musi wystąpić ekonomiczne świadczenie wzajemne. Ważne jest, by podkreślić, że usługa nie musi koniecznie zostać opłacona przez usługobiorcę. Utrwaliło się w orzecznictwie, iż "Art. 60 Traktatu nie wymaga, by usługa została opłacona przez osobę, dla której jest wykonywana" (Sprawa Smits i Peerbooms punkt 57; patrz także sprawy C-352/85, Bond van Adverteerders i inni, punkt 16; Deliege, punkt 56; Ramsted, punkt 24). Podstawowa cecha charakterystyczna odpłatności polega na tym, że stanowi ona wynagrodzenie za przedmiotową usługę, niezależnie od tego, w jaki sposób i przez kogo wynagrodzenie to jest finansowane. Charakter odpłatny nie zawsze oznacza, że za usługę musi płacić bezpośredni odbiorca usługi. W sprawie Schindler - ETS uznał za usługę transgraniczną emisję programu telewizyjnego utrzymującego się z reklam, chociaż to nie widzowie płacili za odbiór tego programu, lecz reklamodawcy. W przedmiotowej sprawie, finansującym był Zamawiający.

Zamawiający w swoim zapytaniu (SIWZ) nie wskazywał wymogu realizacji usług "na zlecenie" a jedynie wykonania usług o konkretnym charakterze i zakresie. Określone w piśmie "projekty własne" spełniają wszelkie wymagania Zamawiającego. W szczególności przedstawione referencje jako projekty jednolite i podlegające rozliczeniu zarówno z

usługobiorcami jak i z jednostką dofinansowującą wykazują wręcz doświadczenie wymagane w organizacji dużych projektów oraz umiejętności przygotowania dokumentacji i rozliczenia dotacji, co w wypadku Zamawiającego powinno przemawiać wręcz na korzyść wykonawcy, ze względu na charakter zamawianego projektu.

Dokumenty i wytyczne obowiązujące dla pomocy finansowej udzielanej w ramach SPO RZL (w tym pomocy finansowej udzielanej przez Zamawiającego w oparciu o Rozporządzenie Ministra Gospodarki i Pracy w sprawie udzielania przez Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości pomocy finansowej w ramach Sektorowego Programu Operacyjnego Rozwój Zasobów Ludzkich 2004-2006 z dnia 2004-09-16 (Dz. U. 2004 Nr 207, poz. 2115 z późn. zm.) nie znają pojęcia "projektu własnego" a jedynie "projektu". Zgodnie z tym rozumieniem, projektem jest przedsięwzięcie realizowane w ramach działania, będące przedmiotem umowy o dofinansowanie projektu między beneficjentem a instytucją zarządzającą, instytucją wdrażającą albo działającą w imieniu instytucji zarządzającej instytucją pośredniczącą, albo decyzji, o której mowa w art. 11 ust. 7, lub współfinansowane ze środków pochodzących z Funduszu Spójności (art. 2 pkt 9 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o Narodowym Planie Rozwoju (Dz. U Nr 116, poz. 1206 z późn. zm.).

Zamawiający nie wymagał przedstawienia "*wykazu projektów*" lecz usług. Protestujący zrealizował wskazane usługi na warunkach określonych umową o dofinansowanie realizacji projektu (określonego we wniosku o dofinansowanie) w ramach SPO RZL 2004-2006. Przedmiotowe usługi świadczone w ramach projektów nie były zatem jak sugeruje Zamawiający, "projektami własnymi" (nie podając jednocześnie definicji używanego i stworzonego przez siebie pojęcia oraz kryteriów pozwalających na zakwalifikowanie danego projektu jako "własny" albo inny). Zamawiający nie podał definicji "usługi" referencyjnej i teraz, po złożeniu ofert, nie może tego definiować dowolnie. Protestujący przyjął definicję opartą na utrwalonym orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich oraz w oparciu o TWE.

Również obowiązujące prawodawstwo, to jest Ustawa z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju oraz Rozporządzenie Ministra Rozwoju Regionalnego z dnia 20 czerwca 2008 r. w sprawie udzielania przez Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości pomocy finansowej w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki (Dz. U. z dnia 27 czerwca 2008 r.), nie posługuje się pojęciem "projektu własnego". Znajduje się tam jedynie pojęcie "projekt" - przedsięwzięcie realizowane w ramach programu operacyjnego na podstawie decyzji lub umowy o dofinansowanie, zawieranej między beneficjentem a instytucją zarządzającą, instytucją pośredniczącą lub instytucją wdrażającą.

Z kolei art. 28 Ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju dokonuje podziału "projektu" stwierdzając, że w ramach programu operacyjnego mogą być dofinansowane projekty:

- 1) indywidualne - o strategicznym znaczeniu dla realizacji programu, wskazywane przez instytucję zarządzającą zgodnie z kryteriami zatwierdzonymi przez Komitet Monitorujący;
- 2) systemowe - polegające na dofinansowaniu realizacji zadań publicznych określonych w odrębnych przepisach;
- 3) wyłonione w trybie konkursu;

Zatem pojecie "projektu własnego", którym posługuje się Zamawiający kwestionując wskazane przez Protestującego usługi, w ogóle w prawodawstwie nie występuje. Przy braku definicji takiego pojęcia w Specyfikacji, nie może być ono dyspozycyjnie stosowane przez Zamawiającego w celu eliminacji z postępowania Protestującego.

Ponadto Protestujący wskazał, iż na skutek naruszenia przepisów ustawy przez Zamawiającego, jego interes prawny, w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku.

Zamawiający dnia 10 sierpnia 2009 roku protest oddalił.

Uzasadniając wskazał, co następuje:

Punktem wyjścia jest ocena i kwalifikacja informacji ujętych w Wykazie wykonanych usług w kontekście treści warunku, jaki został przyjęty w SIWZ w zakresie doświadczenia, jakie oczekiwane jest od wykonawców ubiegających się o udzielenie tego zamówienia.

Tylko z tej perspektywy może nastąpić ocena czy podmiot, który ubiega się o przedmiotowe zamówienie spełnia postawiony warunek, tj. treści samego warunku oraz biorąc pod uwagę przedstawiony przez niego wykaz wykonanych zamówień i dokumenty na potwierdzenie ich należytego wykonania.

O wezwaniu Protestującego w trybie art. 26 ust. 3 do uzupełniania dokumentów nie przesądziły inne okoliczności, próba przypisania warunkowi odmiennego znaczenia niż nadane w SIWZ, czy też ocena przedstawionych dokumentów z innej perspektywy niż treść warunku.

Po ponownej analizie wykazu przedstawionego przez Protestującego, w świetle argumentacji przedstawionej w proteście, Zamawiający nie mógł przyjąć, że:

1. obejmuje on wykaz usług szkoleniowych, gdzie Zamawiającym była Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości (PARP),

2. obejmuje on wykaz trzech usług, których przedmiotem było świadczenie usług szkoleniowych posiadających cechy ujęte w treści warunku,
3. dokument przedstawiony na potwierdzenie należytego wykonania ujętych w wykazie zamówień odnosi się do usług szkoleniowych,
4. na podstawie przedstawionego dokumentu można wnioskować o należywym wykonaniu usług szkoleniowych.

Przedstawiony wykaz obejmuje projekty realizowane przez Protestującego w ramach Sektorowego Programu Operacyjnego Rozwój Zasobów Ludzkich 2004-2006, priorytet 2 "Rozwój społeczeństwa opartego na wiedzy", działanie 2.3 "Rozwój kadr nowoczesnej gospodarki", schemat 2.3a "Doskonalenie umiejętności i kwalifikacji kadr", na które uzyskał dofinansowanie na podstawie umów:

1. nr SPORZL - 2.3a-2-14-049/0063 z dnia 14 listopada 2005 r. dla projektu "Rozwój pracowników oraz nowoczesnych kadr menadżerskich w przedsiębiorstwie",
2. nr SPORZL -2.3a-2-14-048/0062 z dnia 6 grudnia 2005 r. dla projektu "Akademia Informatyki -Edukacja i podnoszenie kwalifikacji nowoczesnych kadr informatycznych",
3. nr SPORZL -2.3a-2-14-116/0336 z dnia 3 kwietnia 2006 r. dla projektu "Akademia Informatyki -Rozwój i doskonalenie kwalifikacji kadr informatycznych przedsiębiorstw".

Na określenie tych właśnie projektów posłużono się w wezwaniu z dnia 28 lipca 2009 r. pojęciem "projektów własnych". Jakkolwiek nie jest to pojęcie, które posiada definicję legalną, ocena tego, które z wskazanych, a ujętych w wykazie wykonanych zamówień nie posiadały cech ujętych w SIWZ nie powinno budzić najmniejszych wątpliwości, biorąc pod uwagę, iż sam Protestujący takim właśnie określeniem posługiwał się w toku realizacji tych projektów w korespondencji z PARP czy też sprawozdaniach z ich realizacji. Niemniej istota rzeczy, biorąc pod uwagę wezwanie z dnia 28 lipca 2009 r. sprowadzała się w tym zakresie wyłącznie do wskazania w tym wezwaniu zamówień ujętych przez Protestującego w wykazie, które w naszej ocenie nie posiadały cech ujętych w treści warunku i nie może być oceniana jako próba ich kwalifikacji w sposób, który nie został ujawniony w SIWZ na potrzeby dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Istotę rzeczy stanowi w przedmiotowej sprawie ocena zawartych umów o dofinansowanie, których stronami była PARP i Protestujący i poprzestając na tym należy wskazać, że w tym zakresie Protestujący błędnie przyjął, że przedmiotem tych umów było świadczenie usług szkoleniowych za wynagrodzeniem ujętym i wykazanym w kolumnie "Wartość zamówienia" przedstawionego przez niego wykazu, zaś zaświadczenie o wykonaniu ww. projektów daje podstawę do przyjęcia, że usługi te, tj. usługi szkolenia, zostały wykonane należycie.

Jako, że treść umów o dofinansowanie ww. projektów nie powinna budzić wątpliwości, należy jedynie przypomnieć, że przedmiotem tych umów było określenie zasad, na jakich Protestującemu przyznano środki finansowe na realizację przedstawionych przez niego projektów i rozliczenia się z przyznanymi mu środkami publicznymi. W swoich ustaleniach zaś Protestujący pominął, że szkolenia, które realizował w ramach ww. projektów realizował na podstawie odrębnych umów zawartych bezpośrednio z przedsiębiorcami, którzy delegowali swoich pracowników na te szkolenia. I tylko tym przedsiębiorcom można przypisać miano "Zamawiającego". Co więcej, Protestujący pominął też fakt, iż każda z umów zawartych z tymi przedsiębiorcami, w każdym z projektów określała *essentiali negotii* świadczenia usług szkoleniowych. Zatem wyłącznie z perspektywy umów zawartych z tymi przedsiębiorcami mogłaby nastąpić ocena, czy świadczenia objęte tymi umowami spełniają cechy ujęte w treści warunku i jedynie dokumenty pochodzące od tych przedsiębiorców mogłyby wskazywać, że usługi objęte tymi umowami zostały wykonane należycie. Powyższej perspektywy nie mogą zaś stanowić zawarte między PARP a Protestującym umowy o dofinansowanie projektów.

Błąd w ocenie Protestującego zawartych umów o dofinansowanie projektów odnosi się także do ustaleń i przyjęcia, że:

1. kwoty dofinansowania ujęte w tych umowach odnoszą się wprost do wartości usług szkoleniowych, kiedy wartość usług szkoleniowych świadczonych na rzecz przedsiębiorców, była określona w umowach, które z nimi zawarł,
2. kwota przyznanego dofinansowania stanowiła jego wynagrodzenie z tytułu świadczenia usług szkoleniowych.

Przyjęcie stanowiska, na jakim oparł się Protestujący, jakkolwiek w świetle treści zawartych umów o dofinansowanie projektów, nie ma do tego podstaw, prowadziłyby w istocie rzeczy do przyjęcia, że doświadczenie określone w treści warunku przyjętego SIWZ można wywodzić na podstawie sumy doświadczenia uzyskanego przez Wykonawcę w toku realizacji szeregu świadczeń i sumy ich wartości realizowanych na rzecz różnych podmiotów i odrębnych tytułów. W takim przypadku bez znaczenia pozostawałaby skala poszczególnych usług szkolenia jak i ich wartość, co w świetle treści warunku ujętego w SIWZ jest okolicznością, która ma znaczenie w przedmiotowej sprawie. Jeśli bowiem, tak jak przyjęto w SIWZ, gwarancję należytego wykonania umowy daje tylko taki wykonawca, który świadczył usługi szkolenia o określonej charakterystyce, brak tym samym jest podstaw, do przyjęcia, aby mianem każdej z takich usług określić sumę świadczeń, które dopiero łącznie dają założone wielkości. Przyjęcie zaś takiego poglądu prowadziłyby do naruszenia zasad

uczciwej konkurencji względem wykonawców, którzy posiadają takie doświadczenie, tj. zdobyli je w trakcie realizacji usług szkolenia ujętych w SIWZ, a usługi te posiadają cechy ujęte w treści warunku ujętego w SIWZ.

Niezależnie od tego, że przedmiot zawartych umów o dofinansowanie różni się od przedmiotu usług objętych treścią warunku, należy zwrócić uwagę, że zawarte umowy o dofinansowanie projektów nie mogą też stanowić perspektywy dla oceny spełniania warunków udziału w niniejszym postępowaniu także z innych względów. Nie mamy tu bowiem do czynienia z takim stosunkiem zobowiązaniowym, który byłby właściwy do oceny należytego wykonania usług, świadczonych na rzecz osób trzecich. Tak jak wcześniej wspomniano, w żadnym wypadku nie można przyjąć, iż zawarta umowa o dofinansowanie projektów rodziła dla niego prawo do ingerowania w treść stosunku prawnego łączącego Protestującego z tymi podmiotami. Umowa o dofinansowanie projektu określała, bowiem wyłącznie zasady, na jakich Protestujący może uzyskać środki finansowe tytułem, m.in. świadczenia usług szkoleniowych na rzecz osób trzecich na podstawie odrębnych tytułów. W tym zakresie stanowiła, bowiem o zasadach, wskazując cechy, jakie powinny posiadać szkolenia, których świadczenie uprawnia Protestującego do uzyskania dofinansowania i zasady dokonywania z tego tytułu rozliczeń z PARP. Kwestie związane zaś z oznaczeniem podmiotów, na rzecz, których były świadczone, pozostawały w gestii Protestującego i podmiotów, z którymi zawarł stosowne umowy. Prawa i obowiązki stron zostały, bowiem ukształtowane w umowie o dofinansowanie projektów w taki sposób, aby koncentrować się na kwestiach istotnych z punktu widzenia zasad udzielania pomocy finansowej, poprzestając na relacji Protestującego z PARP, a nie Protestującego z przedsiębiorcami, na rzecz, których świadczył on usługi szkoleniowe.

Zdaniem Zamawiającego, Protestujący błędnie też przyjął, iż na podstawie przedstawionego zaświadczenia stwierdzającego realizację przez Protestującego projektów, na które uzyskał dofinansowanie, można wysnuć wnioski o należyтым wykonaniu usług objętych umowami zawartymi przez Protestującego z podmiotami trzecimi. Należyte wykonanie usługi ze strony Protestującego, z punktu widzenia przedsiębiorcy nie było przedmiotem kontroli PARP i nie można przyjąć, iż stwierdzenie o należyтым wykonaniu tych projektów jest równoznaczne ze stwierdzeniem należytego wykonania tych usług objętych umowami z podmiotami trzecimi. Mając na uwadze treść zawartych umów o dofinansowanie projektów, dokument ten może świadczyć wyłącznie o wywiązaniu się z obowiązków będących treścią umowy o dofinansowanie, w tym rozliczenia się przez Protestującego z przyznanej kwoty dofinansowania dla podanych w treści tego dokumentu wielkości. Niemniej, jeśli Protestujący

podjął próby przypisania mu innej treści niż zamierzona przez osobę, która takie zaświadczenie wystawiła, niewątpliwie konieczne jest sprostowanie jego treści, tak aby powyższe nie budziło wątpliwości.

W świetle zawartych umów o dofinansowanie projektów nie ulega wątpliwości, że przedstawione w wykazie usługi szkoleniowe nie były realizowane na zlecenie PARP zaś przedstawiony dokument nie potwierdza należytego wykonania usług szkoleniowych. Co jednak ważniejsze dla przedmiotowej sprawy, umowy o dofinansowanie projektów nie mogą stanowić podstawy dla przyjęcia, iż na ich podstawie Protestujący może wykazać się doświadczeniem w świadczeniu usług szkoleniowych, których skala dla jednej usługi odpowiada określonej w treści warunku przyjętego w SIWZ.

Wskazać należy, iż nie znajduje swojego oparcia pogląd, iż wykaz wykonanych zamówień może obejmować usługi, które nie są świadczone "na czyjeś zlecenie", czy też w ogóle można mówić o świadczeniu usług na gruncie stosunków cywilnoprawnych, jeśli nie występuje stosunek zobowiązaniowy łączący świadczeniodawcę ze zlecającym, określający przedmiot takiego świadczenia. Definicja ujęta w art. 2 pkt 10 ustawy nie zostawia w tym zakresie wątpliwości, iż z usługą mamy do czynienia tylko w przypadku świadczeń, dalej zaś w definicji wskazano na określony przedmiot tych świadczeń. Przyjęcie odrębnego toku rozumowania prowadziłyby w istocie rzeczy do braku możliwości wykazania się przez podmiot, który realizował tak rozumiane "usługi", w sposób obiektywny, iż zostały one wykonane w sposób należyty.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący i dnia 20 sierpnia 2009 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, podtrzymując zarzuty jak w proteście wniósł o:

- unieważnienie decyzji o wezwaniu Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających posiadanie niezbędnego doświadczenia,
- uznanie, że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu,
- dokonanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej, alternatywnie,
- nakazanie unieważnienia postępowania.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron na rozprawie ustalił, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba, nie uwzględniła wniosku Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z:

- 1) umowy Nr 67/PARP/2.3b/2005 z dnia 5 maja 2006 roku, wraz z zakresem zadań,
- 2) umowy szkoleniowej EFS Nr EFS/A/7279/08 z dnia 2 czerwca 2008 roku
- 3) formularza zgłoszeniowego „Akademia Informatyki Edukacja i podnoszenie kwalifikacji nowoczesnych kadr informatycznych”,

gdyż powyższe, nie mają charakteru dokumentu, nie są podpisane, a tym samym nie jest możliwe stwierdzenie, iż ich ostateczna treść jest tożsama z przedstawioną przez Odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdziła, co następuje.

Zamawiający formułując warunek udziału w postępowaniu, posiadania niezbędnego doświadczenia zawodowego, w §5 ust. 1 punkt 2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), stwierdził, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy *posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawią pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia, tj. w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali należycie co najmniej 3 usługi w tym:*

a) dwie usługi polegające na świadczeniu usług szkoleniowych i w każdej z tych usług:

- usługi szkolenia świadczone były na rzecz przedsiębiorców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, oraz*
- szkolenia ukończyło, co najmniej 1 000 osób, przy czym ukończenie szkolenia było warunkowane, co najmniej obecnością uczestnika szkolenia na 80% czasu zajęć przewidzianych programem szkolenia, oraz*
- fakt ukończenia szkolenia przez uczestnika był dokumentowany przez Wykonawcę wystawieniem na rzecz uczestnika szkolenia odpowiedniego zaświadczenia lub certyfikatu lub dyplomu, oraz*

- wartość usługi szkoleniowej wyniosła, co najmniej 1 500 000 zł (w przypadku, gdy wartość umowy została określona w walucie innej niż złoty przeliczenie nastąpi wg średniego kursu złotego ogłoszonego przez Prezesa NBP i obowiązującego w dniu publikacji ogłoszenia o niniejszym zamówieniu),

b) jedną usługę polegającą na świadczeniu usług szkoleniowych, w której:

- usługi szkolenia świadczone były na rzecz przedsiębiorców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w co najmniej 5 województwach, oraz

- szkolenia ukończyło, co najmniej 2 000 osób, przy czym ukończenie szkolenia było warunkowane, co najmniej obecnością uczestnika szkolenia na 80% czasu zajęć przewidzianych programem szkolenia, oraz

- fakt ukończenia szkolenia przez uczestnika był dokumentowany przez Wykonawcę wystawieniem na rzecz uczestnika szkolenia odpowiedniego zaświadczenia lub certyfikatu lub dyplomu, oraz

- wartość usługi szkoleniowej wyniosła, co najmniej 5 000 000 zł (w przypadku, gdy wartość umowy została określona w walucie innej niż złoty przeliczenie nastąpi wg średniego kursu złotego ogłoszonego przez Prezesa NBP i obowiązującego w dniu publikacji ogłoszenia o niniejszym zamówieniu);

W celu potwierdzenia spełnienia tak postawionego warunku, Odwołujący przedstawił Wykaz wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania, (...) zamówień na formularzu załącznika nr 3 do SIWZ - Wykaz wykonanych usług.

Dokument ten zawiera trzy usługi (strona 22-23 oferty), wykonane na podstawie umów, gdzie Zamawiającym była Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości (PARP).

Odpowiednio:

- 1) pierwsza usługa wykonywana w terminie od 14 czerwca 2005 do 30 czerwca 2008 roku o wartości 8 144 920,61 zł,
- 2) druga usługa wykonywana w terminie od 6 grudnia 2005 do 30 czerwca 2008 roku, o wartości 18 646 155,12 zł,
- 3) trzecia usługa wykonywana w terminie od 3 grudnia 2006 do 30 czerwca 2008 roku, o wartości 9 441 258,47 zł.

Na potwierdzenie należytej realizacji usług wymienionych w załączniku Nr 3, Odwołujący do oferty załączył referencję - załącznik Nr 4 (strona 24 oferty), w którym PARP zaświadczyła, iż wykonawca Comp Safe Suport S.A. zrealizował projekty finansowane ze

środków Sektorowego Programu Operacyjnego Rozwój Zasobów Ludzkich 2004-2006, priorytet 2 "Rozwój społeczeństwa opartego na wiedzy", działanie 2.3 "Rozwój kadr nowoczesnej gospodarki", schemat 2.3a "Doskonalenie umiejętności i kwalifikacji kadr" pod nazwą:

1. "Rozwój pracowników oraz nowoczesnych kadr menadżerskich w przedsiębiorstwie" [...],
2. "Akademia Informatyki - Edukacja i podnoszenie kwalifikacji nowoczesnych kadr informatycznych" [...],
3. "Akademia Informatyki -Rozwój i doskonalenie kwalifikacji kadr informatycznych przedsiębiorstw" [...].

PARP stwierdziła również, że na podstawie posiadanych informacji ww. projekty zostały wykonane i rozliczone należycie.

Zgodnie z § 3 ust. 1 rozporządzenia Ministra Gospodarki i Pracy w sprawie udzielania przez Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości pomocy finansowej w ramach Sektorowego Programu Operacyjnego Rozwój Zasobów Ludzkich 2004-2006 z dnia 16 września 2004 roku (Dz. U. 2004 Nr 207, poz. 2115 z późn. zm.) *Pomoc finansowa w formie bezzwrotnego wsparcia finansowego, zwanego dalej „wsparciem”, może być udzielona: podmiotowi działającemu na rzecz zatrudnienia lub rozwoju zasobów ludzkich organizującemu szkolenia w ramach projektu, zwanemu dalej „Ostatecznym Odbiorcą (beneficjentem)”*, (...). § 5 ust. 1 reguluje kwestie związane ze wsparciem lub zapłatą udzieloną Ostatecznemu Odbiorcy (beneficjentowi), które udzielane są na pokrycie kosztów uczestnictwa w tym szkoleniu przedsiębiorców lub pracowników przez nich delegowanych w części wydatków, o których mowa w § 11 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia, wskazując, iż stanowią one pomoc publiczną dla tych przedsiębiorców (...).

Wydatki kwalifikujące się do objęcia pomocą finansową poniesione przez Ostatecznego Odbiorcę (beneficjenta), zostały enumeratywnie wymienione w § 10 w/w rozporządzenia. Są to tzw. wydatki kwalifikowane.

Zdaniem Izby, umowa o dofinansowanie projektu w ramach sektorowego programu operacyjnego rozwoju zasobów ludzkich 2004-2006 Nr SPORZL/2.3a-2-14-116/0336, złożona w postępowaniu przez Odwołującego jako dowód na okoliczność, iż zakres tej umowy obejmował *essentiali negotii* świadczenia usług szkoleniowych, świadczy jedynie o fakcie zawarcia umowy przez Odwołującego z PARP na dofinansowanie projektu w zakresie określonym § 10 w rozporządzenia Ministra Gospodarki i Pracy.

Referencja przedstawiona do oferty przez Odwołującego, złożona na okoliczność potwierdzenia należytego wykonania usługi, opisanej przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dotyczącej warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia, zdaniem Izby poświadcza jedynie, iż Odwołujący realizując wyżej cytowaną umowę o dofinansowanie, prawidłowo rozliczył i udokumentował wydatkowanie środków przyznanych w ramach przydzielonej pomocy publicznej oraz w jakim zakładanym zakresie i okresie udało się powyższy projekt zrealizować. Świadczy o tym choćby fakt procentowego potwierdzenia realizacji projektu.

I tak w zakresie:

- 1) pierwszego projektu z referencji - wynosi on 97,87 % zakładanych rezultatów projektu,
- 2) drugiego projektu z referencji - wynosi on 143,38 % zakładanych rezultatów projektu,
- 3) trzeciego projektu z referencji - wynosi on 200,20 % zakładanych rezultatów projektu.

Trudno byłoby uznać, stosując ustawę Prawo zamówień publicznych, iż mogłoby dojść do sytuacji wystawienia referencji, które za swój cel mają potwierdzać prawidłową realizację usług, iż zostałaby ona wystawiona z tzw. „wynikiem końcowym pozytywnym” dla zamówienia zrealizowanego w 97,87 %. Niewyobrażalne jest również, by treść referencji – wystawionej w trybie procesu realizacji umowy podpisanej w wyniku procedury udzielenia zamówienia publicznego potwierdzała wykonanie usługi w 200,20 %. Co zatem stanowiłoby 100 % zamówienia? Na jakiej podstawie Zamawiający udzielił pozostałych zamówień w wysokości ponad 100 % zamówienia podstawowego?

Istotą stawiania warunków udziału w postępowaniu, jest chęć współpracy Zamawiającego z podmiotami, które legitymują się określonym doświadczeniem w przedmiocie zamówienia będącego przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wystarczy, aby doświadczenie to odpowiadało swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia. Oczywiście za szczegółowy opis warunku odpowiada Zamawiający, który jednakże musi poruszać się w tej materii, w sposób niebywale ostrożny, aby nie naruszyć zasady uczciwej konkurencji, jednakże tak, aby w postępowaniu nie dopuścić do udziału wykonawców posiadających niedostateczne doświadczenie, które groziłoby – na etapie realizacji umowy – jego nieprawidłową realizacją lub też nie zakończeniem.

Dlatego też, na etapie badania ofert pod kątem spełniania postawionych warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający zobligowany jest dokonywać analizy dokumentów składanych przez wykonawców. Ich brak, lub też wadliwość możliwa jest do skorygowania przez zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dokumenty załączone do oferty – Wykaz wykonanych usług oraz referencje, budziły uzasadnione wątpliwości Zamawiającego, który zobligowany treścią przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do ich uzupełnienia w określonym terminie.

Zdaniem Izby wykaz wykonanych usług – załącznik Nr 3 nie zawiera wykazu wykonanych usług, a jedynie wykaz zawartych umów na dofinansowanie projektów. Usługi były wykonywane przez Odwołującego na rzecz podmiotów trzecich, którzy byli końcowymi odbiorcami usług i to wykaz tych podmiotów winien znaleźć się w załączniku nr 3, a dokumenty potwierdzające prawidłowe wykonanie usług powinny pochodzić od tych podmiotów. Fakt dofinansowania projektów w ramach pomocy publicznej nie stanowi o ich prawidłowej merytorycznej realizacji.

Reasumując, skład orzekający Izby stwierdził, że dokument – załącznik Nr 3 *Wykaz wykonanych usług* (strona 22 i 23 oferty), jak i dokument ze strony 24 oferty, nie potwierdzają spełnienia warunku doświadczenia, określonego przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w § 5 ust. 1. Dokumenty powyższe potwierdzają jedynie udział Odwołującego, w charakterze strony umowy, w trzech projektach organizowanych przez Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości, w których otrzymał dofinansowanie w zakresie tzw. kosztów kwalifikowanych, zgodnie z § 10 rozrządzenia Ministra Gospodarki i Pracy. Dokumenty powyższe, nie potwierdzają doświadczenia Odwołującego w zakresie opisanym w warunkach udziału w postępowaniu, a przedstawiony dokument (strona 24 oferty) – referencje, potwierdza jedynie procent zakładanych rezultatów przeprowadzanego projektu oraz jego właściwe rozliczenie w zakresie kosztów.

Tym samym Izba uznała, iż wykaz wykonanych usług, jak i referencja przedstawione przez Odwołującego, w przedmiotowym postępowaniu - do oferty, nie odpowiadają warunkom udziału w postępowaniu, jakie postawił Zamawiający zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co przesądza o prawidłowości czynności Zamawiającego polegającej na wezwaniu Odwołującego, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentów.

Zdaniem Izby Zamawiający nie naruszył również przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż traktował wszystkich wykonawców w sposób równy, zapewniający zachowanie zasady uczciwej konkurencji.

Izba nie dopatrzyła się również, uchybień w zakresie naruszenia art. 7 ust. 1 przy egzekwowaniu od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu poprzez ich wadliwy czy też niezrozumiały opis. Warunki udziału w

postępowaniu zostały opisane w sposób jasny i czytelny, równy dla wszystkich wykonawców. Jeżeli zaś Odwołujący, miał jakieś zastrzeżenia, co do ich treści, mógł je zgłaszać na wcześniejszym etapie postępowania – przed składaniem ofert.

W tym stanie faktycznym skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej stwierdził, iż Zamawiający prawidłowo dokonał czynności określonej przepisem art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wzywając Odwołującego, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia.

W związku z powyższym, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....