

**WYROK**

**z dnia 12 czerwca 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 czerwca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 maja 2014 r. przez **Fundację Fundusz Współpracy w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Narodowe Centrum Badań i Rozwoju w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **SADREN Biuro Audytorskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **Fundację Fundusz Współpracy w Warszawie** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Fundację Fundusz Współpracy w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Narodowe Centrum Badań i Rozwoju w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na przeprowadzenie w roku 2014 kontroli projektów nadzorowanych przez Narodowe Centrum Badań i Rozwoju.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 30 maja 2014 roku wykonawca Fundacja Fundusz Współpracy w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty Wykonawcy - Biuro Audytorskie Sadren sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (00-656), ul. Śniadeckich 10 (dalej jako: „Sadren”) oraz odrzuceniu oferty odwołującego w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na przeprowadzenie w roku 2014 kontroli projektów nadzorowanych przez Narodowe Centrum Badań i Rozwoju, część I.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego, która zdaniem zamawiającego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia pomimo tego, że cena zaoferowana przez odwołującego nie zawierała rażąco niskiej ceny;
- 2) art. 90 ust. 2 ustawy Pzp poprzez jego pominięcie przy ocenie złożonych przez odwołującego wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny;
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie odwołującego z Postępowania z uwagi na rzekome niespełnianie warunków udziału w postępowaniu pomimo tego, że odwołujący spełnił warunki udziału w postępowaniu;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego, pomimo iż wykonawca ten nie podlegał wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- 5) art. 92 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny;

6) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z wykluczeniem oraz odrzuceniem oferty wykonawcy, który spełnił wszystkie warunki udziału w postępowaniu oraz zaoferował cenę gwarantującą rzetelne wykonanie zamówienia;

Odwołujący wniósł o:

- a. uwzględnienie odwołania oraz
- b. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części I, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, dokonania ponownej oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego oraz dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że w dniu 21 maja 2014 r. zamawiający przesłał odwołującemu drogą elektroniczną pismo - zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty informując, iż ofertę najkorzystniejszą w zakresie części I postępowania złożył wykonawca Sadren jednocześnie informując, iż odwołujący został wykluczony z postępowania, a jego oferta została odrzucona.

W zakresie zarzutu bezzasadnego odrzucenia oferty odwołującego w związku z tym, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny odwołujący podniósł, że zamawiający pismem z dnia 29 kwietnia br. wszczął procedurę wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaoferowanej przez odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty wskazując, iż weźmie pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność założeń wykonawcy oraz ewentualny wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

W odpowiedzi na powyższe odwołujący pismem z dnia 9 maja 2014 r. rzetelnie wywiązał się z obowiązku, jakim było złożenie szczegółowych wyjaśnień w zakresie elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Podniósł między innymi, iż zaoferowana cena zapewnia wykonanie usługi w należyty sposób z zachowaniem wysokiej jakości i terminowości wykonania zamówienia, zawierając tym samym wszystkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji zamówienia, w tym m.in. koszty wynagrodzenia ekspertów, koszty delegacji krajowych oraz koszty pośrednie. Odwołujący w piśmie podkreślił, iż jest jednostką organizacyjną typu non -

profit, co ma również wpływ na cenę zaoferowaną w niniejszym postępowaniu. Ponadto, co zostało już zamawiającemu przedstawione, wpływ na zaproponowaną cenę w postępowaniu miało również wieloletnie doświadczenie odwołującego w usługach pokrewnych w związku z czym, odwołujący ma już wypracowane skuteczne mechanizmy oceny i kontroli wewnętrznej pozwalające na prowadzenie efektywnych działań, a mających odzwierciedlenie w ekonomice przeprowadzania kontroli oraz w cenie zaoferowanej przez odwołującego. Pozostałymi czynnikami, mającymi również wpływ na niższą cenę, co zostało przedstawione w wyjaśnieniach, lecz najwyraźniej umknęło uwadze zamawiającego jest fakt, że beneficjenci, u których prowadzone były przez odwołującego weryfikacje stanowią 36% wszystkich Beneficjentów objętych zamówieniem – co w ewidentny sposób ułatwia i przyspiesza prowadzenie kontroli, tym samym wpływa na zaoferowanie niższej ceny. Zamawiający w analizie pominął również fakt, iż odwołujący dysponuje szeregiem pakietów rabatowych w zakresie usług hotelowych na terenie całego kraju.

Zamawiający w niniejszym postępowaniu odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp - jak wynika z informacji o wyborze z dnia 21 marca br. Zgodnie z informacją o wyborze zamawiający uznał, iż cena oferty złożonej w postępowaniu przez odwołującego znacząco odbiega od szacunku zamawiającego dla tej części zamówienia podstawowego oraz średniej ceny ofert ustalonej na podstawie cen pozostałych ofert złożonych w niniejszym postępowaniu, przez co zaoferowana cena może być uznana za rażąco niską. Zamawiający wskazał, iż w jego opinii odwołujący nie złożył wyczerpujących wyjaśnień i nie udowodnił realności zaoferowanej ceny. W opinii zamawiającego, z przedłożonych przez odwołującego wyjaśnień nie wynika jakie obiektywne czynniki i w jaki sposób wpłynęły na wysokość zaoferowanej przez odwołującego ceny, co zdaniem odwołującego jest bezzasadne.

Odwołujący stwierdził, że w niniejszym postępowaniu zamawiający ustalił wartość zamówienia podstawowego dla części I na kwotę 255.414,63 zł netto - co po powiększeniu o odpowiednią stawkę podatku VAT stanowi 314.159.99 zł brutto. Analizując ceny zaoferowanych ofert, były one bardzo rozbieżne zarówno między samymi ofertami, jak i między szacunkiem, ustalonym przez zamawiającego. Zamawiający w informacji o wyborze uznał, co zostało powyżej wskazane, iż cena oferty złożonej przez odwołującego znacząco odbiega od szacunku dla tej części zamówienia podstawowego oraz średniej ceny ofert. Jednakże podkreślenia wymaga fakt, co umknęło uwadze zamawiającego, że aż 4 z 6 zaoferowanych w ofertach cen jest poniżej szacunkowej wartości zamówienia, ustalonej dla danej części przez zamawiającego. W niniejszym postępowaniu, w zakresie części I

złożonych zostało 6 ofert. Cena zaoferowanej przez odwołującego oferty w zakresie części I niniejszego postępowania wyniosła 143.172,00 zł brutto, natomiast cena oferty wybranej w danej części wyniosła 145.976,40 zł. Tym samym różnica między ceną oferty odrzuconej za rzekomo rażąco niską cenę, a ceną oferty wybranej jako najkorzystniejsza stanowi jedynie 2.804,40 zł. Mając na uwadze powyższe, niezrozumiałym jest dla odwołującego działanie zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty odwołującego, a wyborze droższej jedynie o 2.804,40 zł. oferty Sadner. Zdumiewa tym samym odwołującego pewność zamawiającego, iż cena zaoferowana przez Sadner jest ceną, za którą możliwe jest wykonanie zamówienia publicznego w należyty sposób oraz uznanie, iż nie jest ona ceną oderwaną od realiów rynkowych. Sam fakt, iż odwołujący zaproponował cenę niższą nie oznacza automatycznie, że jest to cena rażąco niska. Zatem skoro zamawiający uznał za realne wykonanie zamówienia za cenę na poziomie zaoferowanym przez Sadner, powyższe ceny (w tym cena zaoferowana przez odwołującego) powinny być uznane za rynkowe dla przedmiotowego zamówienia pomimo różnicy w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Dodatkowo odwołujący wskazał, iż zamawiający naruszył art. 92 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, bowiem w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty odwołującego nie odniósł się do wyjaśnień złożonych przez odwołującego. Podał tylko ogólnikowo m.in., iż „Wykonawca nie złożył wyczerpujących wyjaśnień i nie udowodnił realności zaoferowanej ceny”.

W zakresie zarzutu bezzasadnego wykluczenia odwołującego z postępowania z uwagi na rzekome niespełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia odwołujący podniósł, że w rozdziale 5, pkt. 5.2.1. SIWZ zamawiający wymagał od wykonawców, aby wykazali, że w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonali co najmniej 3 usług polegających na przeprowadzeniu kontroli finansowej łącznie co najmniej 45 projektów, przy czym każda usługa: a) polegała na sprawdzeniu zgodności realizacji projektu i poniesionych wydatków z postanowieniami umowy; b) obejmowała prowadzenie kontroli projektów finansowych ze środków publicznych; c) była wykonana z zachowaniem zasady bezstronności, tj. Wykonawca był podmiotem zewnętrznym w stosunku do podmiotu kontrolowanego oraz zlecającego realizację kontroli.

Odwołujący w wykazie usług dla części I, celem potwierdzenia spełnienia powyższego warunku wskazał w poz. 1 usługę weryfikacji/kontroli dokumentacji finansowej projektów POIG tj. usługę polegającą na przeprowadzeniu kontroli finansowej 836 projektów na rzecz Władzy Wdrażającej Programy Europejskie (dalej, jako „WWPE”), w poz. 2 odwołujący wskazał usługę weryfikacji/kontroli dokumentacji finansowej projektów POIG tj.

usługę polegającą na przeprowadzeniu kontroli finansowej 213 projektów na rzecz NCBiR, w poz. 3 odwołujący wskazał usługę weryfikacji dokumentacji finansowej projektów POIG tj. usługę polegającą na przeprowadzeniu kontroli finansowej 667 projektów na rzecz NCBiR oraz, w poz. 4 odwołujący wskazał usługę weryfikacji dokumentacji finansowej projektów POIG tj. usługę polegającą na przeprowadzeniu kontroli finansowej 159 projektów na rzecz Ministerstwa Gospodarki. Do oferty załączone zostały również dowody potwierdzające należyte wykonanie pw. usług - 2 noty referencyjne NCBiR z dnia 8 kwietnia br., list referencyjny Ministerstwa Gospodarki z dnia 9 kwietnia br. oraz list referencyjny WWPE z dnia 8 kwietnia br. Wszystkie ze wskazanych przez odwołującego usługi spełniały warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, określony w rozdziale 5, pkt. 5.2.1. SIWZ zarówno co do przedmiotu, rozmiaru jak i czasu wykonania danej usługi.

W trakcie badania i oceny ofert zamawiający powziął wątpliwość co do ww. usług i wezwał odwołującego pismem z dnia 29 kwietnia br. do uzupełnienia wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi, że usługi wskazane w wykazie usług zostały wykonane należycie. W uzasadnieniu zamawiający wskazał, iż w zakresie poz. 1, 2 oraz 3 wykazu usług, z załączonych referencji WWPE oraz NCBiR wynika, iż usługi te nie polegały na kontroli dokumentacji finansowej, a na weryfikacji dokumentacji księgowej.

W odpowiedzi na powyższe odwołujący pismem z dnia 9 maja br. nie uzupełnił wykazu, o który wzywał zamawiający w związku z tym, że wskazane w ofercie usługi spełniały warunki udziału w postępowaniu wymagane przez zamawiającego. Odwołujący wskazał, że zamawiający posługując się pojęciem „kontroli” w SIWZ sam go nie zdefiniował. Zwrócił również uwagę, iż nie ma legalnej definicji „kontroli” ani w SIWZ, ani w dokumentach dotyczących projektów przeznaczonych do kontroli. Zarówno w przepisach dotyczących prowadzenia polityki rozwoju, jak i w samych wytycznych w zakresie procesu kontroli w ramach obowiązków Instytucji Pośredniczących i Instytucji Wdrażających dla Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka, 2007-2013 z 27 października 2010 r. brak jest takiej definicji. Przy czym, weryfikacja wskazana w wytycznych jest określona jako sprawdzenie dostarczenia zakupionych towarów i usług współfinansowanych w ramach projektów, prawidłowości przedkładanych wniosków o płatność, faktyczności poniesienia wydatków oraz ich zgodności z zasadami unijnymi i krajowymi. Kontrola wydatków dokonywana jest w szczególności na podstawie weryfikacji dokumentów finansowych oraz w trakcie kontroli projektów na miejscu. Ponadto należy zauważyć, że weryfikacja wydatków w rozumieniu wytycznych jest tożsama z czynnościami określonymi przez zamawiającego jako kontrola finansowa. Ponadto, weryfikacja została określona jako jeden z rodzajów kontroli. Znamiennym jest, że wytyczne wskazane przez właściwego Ministra definiują inne kontrole natomiast nie posługują się definicją kontroli finansowej. Oznacza to, że również wykładnia

systemowa pojęcia weryfikacji określa ją jako kontrolę, której zakres odpowiada zakresowi czynności kontroli finansowej, którą określił zamawiający. Wreszcie nie można pominąć wykładni *sui generis* autentycznej, zawartej na stronach <https://www.poig.gov.pl/PoradnikBeneficjenta/Strony/kontrola.aspx>, która wyraźnie wskazuje że weryfikacja jest kontrolą. Nie można również pominąć że powszechne językowe rozumienie weryfikacji i kontroli jest tożsame pod względem znaczeniowym. Skoro zarówno jedno jak i drugie sformułowanie oznacza sprawdzenie, to w odniesieniu do określenia użytego przez zamawiającego, kontroli finansowej, należy odnieść się do tego co sam zamawiający uznał za czynności składające się na kontrolę finansową, które to czynności są tożsame z czynnościami wykonanymi przez odwołującego, zwłaszcza, że żaden przepis ustawy nie definiuje pojęcia kontroli finansowej, zaś niewątpliwie wytyczne wskazują, że weryfikacja jest kontrolą. Tym samym, weryfikacja jest jednym z rodzajów kontroli finansowej o wyraźnie określonym przedmiocie. W przypadku czynności prowadzonych przez odwołującego, kontrola finansowa miała na celu potwierdzenie, że współfinansowane towary i usługi zostały dostarczone oraz że wydatki zadeklarowane przez beneficjentów w związku z realizowanymi projektami zostały rzeczywiście poniesione i są zgodne z zasadami wspólnotowymi i krajowymi. Ponieważ przedmiotowe kontrole były prowadzone na miejscu u beneficjenta - służyły uzyskaniu uzasadnionej pewności, że projekt został zrealizowany poprawnie, a zakładane rezultaty zostały osiągnięte. Przedmiotem kontroli była dokumentacja finansowa, w szczególności dokumentacja księgową związaną z realizacją projektu. W opinii odwołującego, biorąc powyższe pod uwagę, weryfikację tę należało uznać za tożsamą z kontrolą finansową. Ponadto, w sytuacji kiedy brak jest jednoznacznej definicji kontroli finansowej, uznać należy, iż zarówno zakres, procedura jak i efekt omawianych powyżej czynności jest tożsamy, niezależnie, czy występuje pod nazwą kontroli finansowej czy weryfikacji dokumentacji księgowej. Dodatkowo odwołujący w piśmie wskazał, że w wytycznych w zakresie kontroli realizacji Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2007-2013 z 28 maja 2013 r., jako kontrolę określa się narzędzie skutecznego i sprawnego zarządzania, obejmujące w szczególności badanie stanu rzeczywistego i jego porównanie ze stanem pożądanym oraz umożliwiające wyeliminowanie zidentyfikowanych, negatywnych zjawisk. Takie ujęcie również odpowiadało zakresowi czynności obejmujących sprawdzenie, czyli weryfikację określonych okoliczności lub dokumentów. Przy czym, w wytycznych tych nie znajduje się również określenie kontroli finansowej. Odwołujący podkreślił również w przedmiotowym piśmie, że przedstawiony przez zamawiającego w dokumentacji Postępowania zakres kontroli pokrywa się z zakresem czynności weryfikacji prowadzonych przez wykonawcę. Lista sprawdzająca raportu z weryfikacji, którą posługiwał się odwołującego w trakcie realizacji zakwestionowanych usług, jest jeszcze bardziej



szczegółowa i zawiera większą ilość pytań, niż lista, która stanowi załącznik do umowy z wykonawcą na realizację I części niniejszego zamówienia.

Zamawiający pismem z dnia 21 maja br. poinformował odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty, o wykluczeniu jego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp oraz o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp. W uzasadnieniu wskazał m.in. iż z interpretacji dokonanej przez odwołującego w piśmie z dnia 9 maja br. wynika, iż obie czynności, tj. kontrola i weryfikacja nie są tożsame. Ponadto zamawiający wskazał, iż weryfikacja dokumentacji jest tylko jednym z zadań wykonywanych podczas przeprowadzenia kontroli projektu, obok np. dokonywania oględzin, wyposażenia, aparatury lub innych składników majątkowych beneficjenta mających związek z realizowanym projektem. Zamawiający podkreślił także, że w zakresie pozycji nr 3 wykazu usług - tj. umową zawartą między odwołującym, a samym zamawiającym, przedmiotowa weryfikacja dokumentów była przeprowadzona bez Wytycznych w zakresie procesu kontroli w ramach obowiązków Instytucji Pośredniczących i Instytucji Wdrażających dla Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka, zdaniem zamawiającego kluczowego dokumentu regulującego kwestię przeprowadzenia kontroli projektów. Poza tym, według zamawiającego jedyną komórką odpowiedzialną za przeprowadzenie kontroli projektów nadzorowanych przez zamawiającego jest wyłączenie Działu Kontroli Projektów, która nie współpracowała, także w zakresie prowadzenia kontroli finansowych z odwołującym.

Odwołujący nie zgadza się z powyższym stanowiskiem, przedstawionym przez zamawiającego. Kluczowy w analizie usługi, wykazanej przez odwołującego w ofercie w nawiązaniu do warunku udziału w postępowaniu, określonego w dokumentacji postępowania powinien być zakres wykonanych czynności kontroli, oraz zbieżność z czynnościami, które będą wykonane w ramach niniejszego zamówienia. Jak przedstawił to odwołujący w swoim piśmie z dnia 9 maja br. w zestawieniu przedmiotowych zapisów w SIWZ i zakresu czynności odwołującego opisanych m.in. w raporcie z weryfikacji wykonanych usług jest on tożsamy.

Niezwykle istotnym jest również fakt, iż w dokumentacji postępowania zamawiający posłużył się własną, niezdefiniowaną w SIWZ, jak i w jakimkolwiek innym akcie powszechnie obowiązującym definicją „kontroli”. Podkreślić należy, iż wykonawca, w tym przypadku odwołujący, nie może ponosić negatywnych konsekwencji na skutek niedoprecyzowania w SIWZ tak istotnej definicji, jaką była kontrola finansowa. W związku z tym, bezpodstawne jest dokonanie analizy definicji „kontroli” dopiero na etapie badania i oceny oferty odwołującego, a w konsekwencji wykluczenie go z postępowania. Zamawiający dopiero na etapie rozpatrywania stanowiska wykonawcy zaczął definiować co rozumie pod pojęciem kontroli, przy czym odwołuje się do wewnętrznych regulacji, o których brak jest wzmianki w SIWZ.

Dodatkowo odwołujący wskazał, iż w przywołanych przez zamawiającego wytycznych w zakresie procesu kontroli w ramach obowiązków Instytucji Pośredniczących i Instytucji Wdrażających dla POIG, 20117-2013, definicja weryfikacji jest opisana jako sprawdzenie, ale również jako kontrola wydatków. W rozdziale 5 ww. wytycznych, główne czynności kontrolne w ramach obowiązków IP oraz IW opisane są jako weryfikacja. Odwołujący nie zgadza się również z argumentem zamawiającego, w kontekście tego postępowania, że „weryfikacja jest tylko jednym z zadań wykonywanych podczas przeprowadzania kontroli projektu, obok np. dokonywania oględzin wyposażenia SIWZ nie wymaga od wykonawcy oględzin wyposażenia, aparatury - wymaga takich czynności kontrolnych, które FFW realizuje w ramach umów z Instytucjami Pośredniczącymi.

W zakresie zarzutu bezzasadnego wykluczenia odwołującego z postępowania z uwagi na niespełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjał osobowego odwołujący podniósł, że w rozdziale 5, pkt. 5.3.1. SIWZ zamawiający wymagał od wykonawców, aby dysponowali czterema osobami, w tym: 3 ekspertami, z których każdy: a) musi spełniać warunki określone w art. 286 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych; b) posiadać doświadczenie związane z kontrolą dokumentacji finansowej co najmniej 10 projektów finansowych ze środków publicznych, które to kontrole były wykonane z zachowaniem zasady bezstronności oraz podlegałyby na weryfikacji zgodności realizacji projektu z postanowieniami umowy w zakresie finansowym; oraz co najmniej 1 osobą wyznaczoną do koordynacji wykonania przedmiotu zamówienia.

Odwołujący w wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia dla części I, celem potwierdzenia spełnienia powyższego warunku wskazał jako eksperta nr 1 Beatę Rękawek. W zakresie doświadczenia tego eksperta odwołujący wskazał 10 wymaganych przez zamawiającego kontroli dokumentacji finansowej. Jednakże, doświadczenie Eksperta nr 1 zdaniem zamawiającego było nieprawidłowe. Pismem z dnia 29 kwietnia br. zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia wykazu osób. Jak wynika z pisma, zdaniem zamawiającego Ekspert nr 1 nie spełnia wszystkich wymagań, wskazane w poz. 3, 4 oraz 10 wykazu osób dot. Eksperta nr 1 usługi realizowane na rzecz zamawiającego nie polegały na przeprowadzeniu kontroli dokumentacji finansowej lecz na weryfikacji projektu i poniesionych wydatków z postanowieniami umowy o dofinansowanie.

W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 9 maja br. odwołujący odniósł się do wyjaśnień zawartych w tym piśmie w zakresie usług wskazanych w wykazie osób. Stwierdził, iż w świetle tych wyjaśnień usługi, które realizował Ekspert nr 1 były tożsame z prowadzeniem kontroli dokumentacji finansowej. Mając na uwadze fakt, że powyższe usługi, jak i kontrole dokonane przez Eksperta nr 1 spełniają warunki udziału w postępowaniu nie

załączył nowego wykazu osób. W związku z tym, Ekspert nr 1 spełniał warunki udziału w postępowaniu w zakresie potencjału osobowego. Zamawiający nie zgodził się z odwołującym i wykluczył go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp. W informacji o wyborze poza informacjami podniesionymi powyżej, zamawiający uznał, iż jedyną komórką odpowiedzialną za przeprowadzenie kontroli projektów nadzorowanych przez odwołującego jest wyłączenie Dział Kontroli Projektów, który nie współpracował, także w zakresie prowadzenia kontroli finansowych z Ekspertem nr 1 wskazanym w ofercie.

Odwołujący nie zgadza się z decyzją z zamawiającego. Jak zostało wskazane w części dot. „wiedzy i doświadczenia” usługi wskazane zarówno w wykazie usług, jak i w doświadczeniu Eksperta nr 1 w wykazie osób stanowiły kontrolę finansową, wymaganą przez zamawiającego. W niniejszej sprawie odwołujący nie podlega wykluczeniu z przedmiotowego postępowania w związku z tym, iż spełnił warunki udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem osobowym. W związku z tym zamawiający bezzasadnie wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu prowadzenia przez zamawiającego postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia odwołujący podniósł, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy, zachodzi sytuacja, w której zamawiający nie dokonał właściwej oceny oferty odwołującego. Takie działanie narusza zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, stanowiąc tym samym rażąco obrazę art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 10 czerwca 2014 roku wniósł o oddalenie odwołania.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający ustalił wartość zamówienia podstawowego dla części I na kwotę 255.414,63 zł netto - co po powiększeniu o odpowiednią stawkę podatku VAT stanowi 314.159,99 zł brutto. W zakresie części I złożonych zostało 6 ofert. Cena zaoferowanej przez odwołującego oferty w zakresie części I niniejszego postępowania wyniosła 143.172,00 zł brutto, natomiast cena oferty wybranej w danej części wyniosła 145.976,40 zł.

Zamawiający pismem z dnia 29 kwietnia br. wszczął procedurę wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaoferowanej przez odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty wskazując, iż weźmie pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność założeń wykonawcy oraz ewentualny wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

W odpowiedzi na powyższe odwołujący pismem z dnia 9 maja 2014 r. wskazał, że zaoferowana cena zapewnia wykonanie usługi w należyty sposób z zachowaniem wysokiej jakości i terminowości wykonania zamówienia, zawierając tym samym wszystkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji zamówienia, w tym m.in. koszty wynagrodzenia ekspertów, koszty delegacji krajowych oraz koszty pośrednie. Odwołujący w piśmie podkreślił, iż jest jednostką organizacyjną typu non - profit, co ma również wpływ na cenę zaoferowaną w niniejszym postępowaniu. Ponadto wpływ na zaproponowaną cenę w postępowaniu miało również wieloletnie doświadczenie odwołującego w usługach pokrewnych, w związku z czym odwołujący ma już wypracowane skuteczne mechanizmy oceny i kontroli wewnętrznej pozwalające na prowadzenie efektywnych działań, a mających odzwierciedlenie w ekonomice przeprowadzania kontroli oraz w cenie zaoferowanej przez odwołującego. Działalność wykonawcy polega na wykonywaniu usług weryfikacji i dokumentacji finansowo-księgowej wydatków w ramach wniosków o płatność w siedzibie beneficjenta na terenie całego kraju na rzecz Instytucji Wdrażających i Instytucji Pośredniczących. Wykonawca weryfikuje średnio 400 wniosków o płatność na miesiąc dysponując zespołem 30 osobowym. Weryfikacje prowadzone są w jednostkach sektora finansów publicznych, w szczególności na uczelniach publicznych i w Polskiej Akademii Nauk i tworzonych przez nią jednostkach organizacyjnych, także w sektorze prywatnym (przedsiębiorstwa, organizacje prywatne). Ponadto odwołujący podkreślił, że beneficjenci, u których prowadzone były przez odwołującego weryfikacje, stanowią 36% wszystkich beneficjentów objętych zamówieniem – co w ewidentny sposób ułatwia i przyspiesza prowadzenie kontroli, tym samym wpływa na zaoferowanie niższej ceny oraz że odwołujący dysponuje szeregiem pakietów rabatowych w zakresie usług hotelowych na terenie całego kraju.

W zakresie wybranych rozwiązań technicznych odwołujący wskazał, że dysponuje w pełni wyposażoną infrastrukturą biurową, w tym sprzętem komputerowym, pozwalającą na obniżenie kosztów związanych z wykorzystaniem ekspertów zewnętrznych. Każdy z ekspertów/audytorów zostanie wyposażony w niezbędne narzędzia potrzebne do należytego

wykonania zamówienia. W ten sposób obniżony został koszt każdego indywidualnego eksperta.

Wykonawca prowadzi efektywną politykę kontroli merytorycznej i finansowej kosztów dojazdów w ramach delegacji służbowych. Wykonawca prowadzi skuteczną politykę delegowania zasobów na poziomie operacyjnym i strategicznym. Wykonawca dysponuje stabilnym, profesjonalnym i wysoko kwalifikowanym zespołem ekspertów spełniającym wymagania zawarte w SIWZ, co zapewni utrzymanie wysokiej jakości usług wykonania przedmiotu zamówienia przy zachowaniu wymaganego terminu jej wykonania. Cena usługi została skalkulowana na poziomie kosztów usług, który wynika z doświadczeń ostatnich 4 lat realizacji usług przy uwzględnieniu zmiennych, tj. liczny ekspertów do jednej kontroli.

W rozdziale 5, pkt. 5.2.1. SIWZ zamawiający wymagał od wykonawców, aby wykazali, że w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonali co najmniej 3 usługi polegające na przeprowadzeniu kontroli finansowej łącznie co najmniej 45 projektów, przy czym każda usługa: a) polegała na sprawdzeniu zgodności realizacji projektu i poniesionych wydatków z postanowieniami umowy; b) obejmowała prowadzenie kontroli projektów finansowych ze środków publicznych; c) była wykonana z zachowaniem zasady bezstronności, tj. Wykonawca był podmiotem zewnętrznym w stosunku do podmiotu kontrolowanego oraz zlecającego realizację kontroli.

W rozdziale 5, pkt. 5.3.1. SIWZ zamawiający wymagał od wykonawców, aby dysponowali czterema osobami, w tym: 3 ekspertami, z których każdy: a) musi spełniać warunki określone w art. 286 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych; b) posiadać doświadczenie związane z kontrolą dokumentacji finansowej co najmniej 10 projektów finansowych ze środków publicznych, które to kontrole były wykonane z zachowaniem zasady bezstronności oraz podlegałyby na weryfikacji zgodności realizacji projektu z postanowieniami umowy w zakresie finansowym; oraz co najmniej 1 osobą wyznaczoną do koordynacji wykonania przedmiotu zamówienia.

Odwołujący w wykazie usług dla części I, celem potwierdzenia spełniania powyższego warunku wskazał w poz. 1 usługę weryfikacji/kontroli dokumentacji finansowej projektów POIG tj. usługę polegającą na przeprowadzeniu kontroli finansowej 836 projektów na rzecz Władzy Wdrażającej Programy Europejskie (dalej, jako „WWPE”), w poz. 2 odwołujący wskazał usługę weryfikacji/kontroli dokumentacji finansowej projektów POIG tj. usługę polegającą na przeprowadzeniu kontroli finansowej 213 projektów na rzecz NCBiR, w

poz. 3 odwołujący wskazał usługę weryfikacji dokumentacji finansowej projektów POIG tj. usługę polegającą na przeprowadzeniu kontroli finansowej 667 projektów na rzecz NCBiR oraz, w poz. 4 odwołujący wskazał usługę weryfikacji dokumentacji finansowej projektów POIG tj. usługę polegającą na przeprowadzeniu kontroli finansowej 159 projektów na rzecz Ministerstwa Gospodarki. Do oferty załączone zostały również dowody potwierdzające należyte wykonanie pw. usług - 2 noty referencyjne NCBiR z dnia 8 kwietnia br., list referencyjny Ministerstwa Gospodarki z dnia 9 kwietnia br. oraz list referencyjny WWPE z dnia 8 kwietnia br.

Odwołujący w wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia dla części I, celem potwierdzenia spełniania powyższego warunku wskazał jako eksperta nr 1 Beatę Rękawek. W zakresie doświadczenia tego eksperta odwołujący wskazał 10 kontroli dokumentacji finansowej.

W trakcie badania i oceny ofert zamawiający powziął wątpliwość co do usług i wezwał odwołującego pismem z dnia 29 kwietnia br. do uzupełnienia wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi, że usługi wskazane w wykazie usług zostały wykonane należyte. W uzasadnieniu zamawiający wskazał, iż w zakresie poz. 1, 2 oraz 3 wykazu usług, z załączonych referencji WWPE oraz NCBiR wynika, iż usługi te nie polegały na kontroli dokumentacji finansowej, a na weryfikacji dokumentacji księgowej.

Pismem z dnia 29 kwietnia br. zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia wykazu osób. Jak wynika z pisma, zdaniem zamawiającego Ekspert nr 1 nie spełnia wszystkich wymagań, wskazane w poz. 3, 4 oraz 10 wykazu osób dot. Eksperta nr 1 usługi realizowane na rzecz zamawiającego nie polegały na przeprowadzeniu kontroli dokumentacji finansowej lecz na weryfikacji projektu i poniesionych wydatków z postanowieniami umowy o dofinansowanie.

W odpowiedzi na powyższe odwołujący pismem z dnia 9 maja br. nie uzupełnił wykazu, o który wzywał zamawiający w związku z tym, że wskazane w ofercie usługi spełniały warunki udziału w postępowaniu wymagane przez zamawiającego. Odwołujący wskazał, że zamawiający posługując się pojęciem „kontroli” w SIWZ sam go nie zdefiniował. Zwrócił również uwagę, iż nie ma legalnej definicji „kontroli” ani w SIWZ, ani w dokumentach dotyczących projektów przeznaczonych do kontroli. Zarówno w przepisach dotyczących prowadzenia polityki rozwoju, jak i w samych wytycznych w zakresie procesu kontroli w ramach obowiązków Instytucji Pośredniczących i Instytucji Wdrażających dla Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka, 2007-2013 z 27 października 2010 r. brak jest takiej definicji. Przy czym, weryfikacja wskazana w wytycznych jest określona jako sprawdzenie dostarczenia zakupionych towarów i usług współfinansowanych w ramach

projektów, prawidłowości przedkładanych wniosków o płatność, faktyczności poniesienia wydatków oraz ich zgodności z zasadami unijnymi i krajowymi. Kontrola wydatków dokonywana jest w szczególności na podstawie weryfikacji dokumentów finansowych oraz w trakcie kontroli projektów na miejscu. Ponadto należy zauważyć, że weryfikacja wydatków w rozumieniu wytycznych jest tożsama z czynnościami określonymi przez zamawiającego jako kontrola finansowa. Ponadto, weryfikacja została określona jako jeden z rodzajów kontroli. Znamiennym jest, że wytyczne wskazane przez właściwego Ministra definiują inne kontrole natomiast nie posługują się definicją kontroli finansowej. Oznacza to, że również wykładnia systemowa pojęcia weryfikacji określa ją jako kontrolę, której zakres odpowiada zakresowi czynności kontroli finansowej, którą określił zamawiający. Wreszcie nie można pominąć wykładni *sui generis* autentycznej, zawartej na stronach <https://www.poig.gov.pl/PoradnikBeneficjenta/Strony/kontrola.aspx>, która wyraźnie wskazuje że weryfikacja jest kontrolą. Nie można również pominąć że powszechne językowe rozumienie weryfikacji i kontroli jest tożsame pod względem znaczeniowym. Skoro zarówno jedno jak i drugie sformułowanie oznacza sprawdzenie, to w odniesieniu do określenia użytego przez zamawiającego, kontroli finansowej, należy odnieść się do tego co sam zamawiający uznał za czynności składające się na kontrolę finansową, które to czynności są tożsame z czynnościami wykonanymi przez odwołującego, zwłaszcza, że żaden przepis ustawy nie definiuje pojęcia kontroli finansowej, zaś niewątpliwie wytyczne wskazują, że weryfikacja jest kontrolą. Tym samym, weryfikacja jest jednym z rodzajów kontroli finansowej o wyraźnie określonym przedmiocie. W przypadku czynności prowadzonych przez odwołującego, kontrola finansowa miała na celu potwierdzenie, że współfinansowane towary i usługi zostały dostarczone oraz że wydatki zadeklarowane przez beneficjentów w związku z realizowanymi projektami zostały rzeczywiście poniesione i są zgodne z zasadami wspólnotowymi i krajowymi. Ponieważ przedmiotowe kontrole były prowadzone na miejscu u beneficjenta - służyły uzyskaniu uzasadnionej pewności, że projekt został zrealizowany poprawnie, a zakładane rezultaty zostały osiągnięte. Przedmiotem kontroli była dokumentacja finansowa, w szczególności dokumentacja księgową związaną z realizacją projektu. W opinii odwołującego, biorąc powyższe pod uwagę, weryfikację tę należało uznać za tożsamą z kontrolą finansową. Ponadto, w sytuacji kiedy brak jest jednoznacznej definicji kontroli finansowej, uznać należy, iż zarówno zakres, procedura jak i efekt omawianych powyżej czynności jest tożsamy, niezależnie, czy występuje pod nazwą kontroli finansowej czy weryfikacji dokumentacji księgowej. Dodatkowo odwołujący w piśmie wskazał, że w wytycznych w zakresie kontroli realizacji Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2007-2013 z 28 maja 2013 r., jako kontrolę określa się narzędzie skutecznego i sprawnego zarządzania, obejmujące w szczególności badanie stanu rzeczywistego i jego porównanie ze stanem pożądanym oraz umożliwiające wyeliminowanie zidentyfikowanych, negatywnych

zjawisk. Takie ujęcie również odpowiadało zakresowi czynności obejmujących sprawdzenie, czyli weryfikację określonych okoliczności lub dokumentów. Przy czym, w wytycznych tych nie znajduje się również określenie kontroli finansowej. Odwołujący podkreślił również w przedmiotowym piśmie, że przedstawiony przez zamawiającego w dokumentacji postępowania zakres kontroli pokrywa się z zakresem czynności weryfikacji prowadzonych przez wykonawcę.

W zakresie wątpliwości zamawiającego dotyczącego doświadczenia osoby wskazanej jako ekspert nr 1 odwołujący podtrzymał argumentację podniesioną wobec wezwania go do uzupełnienia wykazu wykonanych usług.

Zamawiający pismem z dnia 21 maja br. poinformował odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty, o wykluczeniu jego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp oraz o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp. W uzasadnieniu wskazał m.in. iż z interpretacji dokonanej przez odwołującego w piśmie z dnia 9 maja br. wynika, iż obie czynności, tj. kontrola i weryfikacja nie są tożsame. Ponadto zamawiający wskazał, iż weryfikacja dokumentacji jest tylko jednym z zadań wykonywanych podczas przeprowadzenia kontroli projektu, obok np. dokonywania oględzin, wyposażenia, aparatury lub innych składników majątkowych beneficjenta mających związek z realizowanym projektem. Zamawiający podkreślił także, że w zakresie pozycji nr 3 wykazu usług - tj. umową zawartą między odwołującym, a samym zamawiającym, przedmiotowa weryfikacja dokumentów była przeprowadzona bez Wytycznych w zakresie procesu kontroli w ramach obowiązków Instytucji Pośredniczących i Instytucji Wdrażających dla Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka, zdaniem zamawiającego kluczowego dokumentu regulującego kwestię przeprowadzenia kontroli projektów. Poza tym, według zamawiającego jedyną komórką odpowiedzialną za przeprowadzenie kontroli projektów nadzorowanych przez zamawiającego jest wyłączenie Działu Kontroli Projektów, która nie współpracowała, także w zakresie prowadzenia kontroli finansowych z odwołującym.

Zamawiający odrzucił również ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z informacją o wyborze zamawiający uznał, iż cena oferty złożonej w postępowaniu przez odwołującego znacząco odbiega od szacunku zamawiającego dla tej części zamówienia podstawowego oraz średniej ceny ofert ustalonej na podstawie cen pozostałych ofert złożonych w niniejszym postępowaniu, przez co zaoferowana cena może być uznana za rażąco niską. Zamawiający wskazał, iż w jego opinii odwołujący nie złożył wyczerpujących wyjaśnień i nie udowodnił realności zaoferowanej ceny. W opinii zamawiającego, z przedłożonych przez odwołującego wyjaśnień nie wynika



jakie obiektywne czynniki i w jaki sposób wpłynęły na wysokość zaoferowanej przez odwołującego ceny, co zdaniem odwołującego jest bezzasadne.

### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba uznała, stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutów dotyczących nieuprawnionego wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Izba uznała, iż nie zostały one uzasadnione i nie zasługują na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że w zasadzie nie było sporu pomiędzy stronami co do tego, iż nie istnieje żadna legalna definicja kontroli. Nie było również sporu co do tego, że odwołujący przedstawił doświadczenie w zakresie weryfikacji. Istota sporu sprowadzała się do rozumienia pojęcia „weryfikacja” w tym znaczeniu, czy jest wyrażenie tożsame z „kontrolą” (jak utrzymywał odwołujący), czy też kontrola ma zakres daleko szerszy (jak wskazywał zamawiający).

W ocenie Izby zasadnicze znaczenie dla niniejszego rozstrzygnięcia ma fakt, że zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozdziale 5, pkt 5.2.1 wskazał na cechy, jakie winny spełniać usługi, by mogły być uznane za kontrolę w rozumieniu warunków niniejszego postępowania. Dlatego też Izba uznała za nieistotne argumenty odwołującego przedstawiającego słownikowe definicje „kontroli” i „weryfikacji”. Równie nieistotne jest odwoływanie się do definicji weryfikacji wskazanej w Wytocznych w zakresie procesu kontroli w ramach obowiązków Instytucji Pośredniczących i Instytucji Wdrażających dla POIG, 20117 -2013 oraz w Poradniku Beneficjenta. Zważyć należy, że definicje zawarte w tych aktach czy dokumentach nie były obowiązujące w tym postępowaniu, a zatem nieuprawnione jest powoływanie się na nie przez stronę odwołującą. Izba podkreśla, że wykonawcy obowiązani byli spełniać warunki w takim zakresie, jaki wskazał zamawiający w rozdziale 5 specyfikacji. Jeżeli którykolwiek z wykonawców nie zgadzał się z tak postawionymi warunkami, mógł je zakwestionować w drodze odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej. Ponieważ żaden z wykonawców nie wniósł odwołania na zapisy specyfikacji, w tym zakresie należy uznać za obowiązujące. I tak wykonawcy winni byli wykonać co najmniej 3 usługi 45 projektów finansowych, przy czym każda usługa: a) polegała na

sprawdzeniu zgodności realizacji projektu i poniesionych wydatków z postanowieniami umowy; b) obejmowała prowadzenie kontroli projektów finansowych ze środków publicznych; c) była wykonana z zachowaniem zasady bezstronności, tj. Wykonawca był podmiotem zewnętrznym w stosunku do podmiotu kontrolowanego oraz zlecającego realizację kontroli.

Z przedłożonych przez odwołującego dokumentów, mających stanowić potwierdzenie należytego wykonania usługi wynika, że usługi wykonane przez odwołującego nie polegały na kontroli finansowej projektów oraz nie polegały na sprawdzeniu zgodności realizacji projektów z postanowieniami umowy. W rzeczywistości przedmiotem usług była weryfikacja wniosków o płatność głównie w oparciu o sprawdzenie, na wybranej próbie, zgodności dokumentacji księgowej z treścią wniosków o płatność oraz poprawności dokumentacji księgowej pod kątem wymogów opisanych w umowie o dofinansowanie projektu. Nie obejmowały zaś sprawdzenia innych aspektów realizacji projektów pod kątem zgodności z umową.

Odwołujący podnosił, że opis warunku udziału w postępowaniu należy odnieść do opisu przedmiotu zamówienia. Ze stanowiskiem odwołującego nie sposób się zgodzić. Jak wskazał Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 27 maja 2013 roku sygn. akt KIO 1068/13 opis warunku udziału w postępowaniu dokonywany w oparciu o art. 22 ust. 4 ustawy Pzp jest odrębną instytucją od opisu przedmiotu zamówienia dokonywanego w oparciu o art. 29 ustawy Pzp. Opis warunku powinien być związany z przedmiotem zamówienia, jednak nie musi, a nawet nie powinien z nim być tożsamy.

Powyższa argumentacja znajduje również zastosowanie w przypadku zarzutu dotyczącego bezpodstawnego wykluczenia odwołującego z postępowania z powodu niespełnienia przez niego warunków w zakresie potencjału osobowego, tj. doświadczenia osoby wskazane jako ekspert 1.

Izba uznała za niezasadny zarzut bezpodstawnego odrzucenia przez zamawiającego oferty odwołującego z powodu zaoferowania przez niego rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy – Pzp zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Analiza treści wskazanego przepisu pozwala na wniosek, iż zamawiający jest obowiązany żądać od wykonawcy udzielenia stosownych wyjaśnień każdorazowo, gdy tylko poweźmie wątpliwości co do zaoferowanej ceny pod względem jej rażącego zaniżenia. Zamawiający obowiązany jest zbadać zaoferowaną cenę w odniesieniu do danych, którymi dysponuje. Izba stoi na stanowisku, iż punktem odniesienia dla zamawiającego powinna być zarówno ustalona przez niego wartość

zamówienia, ale także ceny zaoferowane przez innych wykonawców, biorących udział w postępowaniu.

A zatem, jeśli w trakcie oceny ofert zamawiający ma do czynienia z ofertą zawierającą cenę odbiegającą w istotny sposób od wartości przedmiotu zamówienia lub cen innych ofert, w celu ustalenia, czy oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, obowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny.

Izba zbadała zatem przesłanki konieczności przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w kwestii rażąco niskiej ceny i skonstatowała, iż w przypadku oferty odwołującego istniały podstawy do żądania złożenia przez niego wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Cena oferty odwołującego znacząco odbiega od szacunku zamawiającego oraz średniej ceny oferty wynoszącej 334.048,36 zł brutto, ustalonej przez zamawiającego na podstawie cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu.

Izba wskazuje na brzmienie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp odnoszącego cenę do wartości przedmiotu zamówienia – ma to być „cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Tym samym, to realna, rynkowa wartość danego zamówienia jest punktem odniesienia dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego rzeczywistej wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających... *etc.* Definicja tego typu została wypracowana w orzecznictwie i nie występują w tym zakresie kontrowersje.

Dokonując analizy wyjaśnień złożonych przez odwołującego Izba stwierdziła, iż wyjaśnienia te są zbyt ogólne, by uznać je za wystarczające do uznania, że wykonawca ten nie zaoferował rażąco niskiej ceny. W ocenie Izby informacje zawarte w wyjaśnieniach nie stanowią o żadnych wyjątkowo korzystnych okolicznościach wykonania zamówienia, które dotyczą wyłącznie odwołującego. Nie ma w nich również przekonujących argumentów co do

wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych itp. Okoliczności, na które powołał się odwołujący równie dobrze mogą dotyczyć większości, o ile nie wszystkich wykonawców biorących udział w przetargu.

W ocenie Izby udzielone informacje w żadnej mierze nie pozwalają na ocenę, czy zaoferowana przez odwołującego cena nie jest rażąco niska. Tymczasem dla wyjaśnienia elementów ceny mających wpływ na jej wysokość istotne są właśnie konkretne wartości elementów cenotwórczych. Brak podstawowych danych w tej kwestii budzi uzasadnione wątpliwości, ponieważ odwołujący skalkulował cenę oferty i winien wiedzieć, na podstawie czego i w jaki sposób mógł obniżyć cenę oferty.

W myśl art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W dyspozycji tegoż przepisu znajduje się również sytuacja, kiedy wykonawca złożył wyjaśnienia, ale wyjaśnienia te nie potwierdzają, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Zważyć należy, iż nie chodzi tu bowiem o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz takich wyjaśnień, które w sposób nie budzący wątpliwości pozwalają na ocenę oferty pod względem zaoferowania rażąco niskiej ceny. Wskazówką dla wykonawcy składającego wyjaśnienia winien być przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, w którym jest mowa nie tylko o złożonych wyjaśnieniach, ale również o dowodach na ich potwierdzenie. Oczywistym jest zatem, że przedstawione wyjaśnienia winny być nie tylko konkretne i przekonujące, ale również poparte stosownymi dowodami.

Uznając, że odwołujący nie udowodnił, iż jego cena nie jest rażąco zaniżona Izba uznała, że czynności zamawiającego nie naruszają wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....