

**Sygn. akt: KIO 2415/11**

**WYROK**

**z dnia 22 listopada 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Agnieszka Bartczak-Żuraw**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 listopada 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 listopada 2011 r. przez wykonawcę **Grupa Gumułka-Audyty sp. z o. o., ul. Jana Matejki 4, 40-077 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez **Ośrodek Rozwoju Edukacji, Al. Ujazdowskie 28, 00-478 Warszawa,**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Usługowe KONTAFIN Sp. z o.o. (lider), Radosław Rembiś prowadzący działalność gospodarczą pod firmą MRC Radosław Rembiś, ul. Sokołowska 37/41, 08-110 Siedlce** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Grupa Gumułka-Audyt sp. z o. o., ul. Jana Matejki 4, 40-077 Katowice** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Grupa Gumułka-Audyt sp. z o. o., ul. Jana Matejki 4, 40-077 Katowice** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r., Nr113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Ośrodek Rozwoju Edukacji, Al. Ujazdowskie 28, 00-478 Warszawa, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Wykonanie 21 kontroli projektów konkursowych realizowanych w ramach Priorytetu III Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki”, znak postępowania 37/ORE/PN/UE/2011: - Część A zamówienia: Wykonanie 7 kontroli projektów w ramach Działania 3.4 Upowszechnienie uczenia się przez całe życie- projekty konkursowe, - Część B zamówienia: Wykonanie 7 kontroli projektów w ramach Działania 3.3.4 Modernizacja treści i metod kształcenia- projekty konkursowe, - Część C zamówienia: Wykonanie 7 kontroli projektów w ramach Działania 3.3.4 Modernizacja treści i metod kształcenia - projekty konkursowe i Działania 3.3.2 Efektywny system kształcenia i doskonalenia nauczycieli- projekty konkursowe (dalej „Postępowanie”). Wartość przedmiotowego zamówienia na usługi oszacowano na kwotę mniejszą od wyrażonej w złotych równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (poniżej 125.000 euro). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 258529-2011 z dnia 30 września 2011 r.

W dniu 3 listopada 2011 r. Zamawiający powiadomił wykonawców o wynikach ponownego badania i oceny ofert.

W dniu 8 listopada 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Grupa Gumułka-Audyt Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, ul. Jana Matejki 4, 40-077 Katowice (dalej „Odwołujący”) od czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego w zakresie części A, B i C - wbrew art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, pomimo że Odwołujący wykazał, iż spełnia warunki udziału w przedmiotowym Postępowaniu.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu w zakresie części A, B i C unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności badania i oceny ofert w tych zakresach, a także powtórzenia czynności badania i oceny ofert w tych zakresach i powtórzenia wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu - przy uwzględnieniu wniosków płynących z rozstrzygnięcia niniejszego odwołania.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazywał, iż oferta Odwołującego została przez Zamawiającego sklasyfikowana na miejscu pierwszym, co udowadnia posiadanie interesu prawnego, który może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Zamawiający pismem z dnia 3 listopada 2011 r. wykluczył Odwołującego, powołując się na brzmienie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, jakoby Odwołujący nie wykazał spełnienia podmiotowych warunków udziału.

W uzasadnieniu faktycznym takiego rozstrzygnięcia Zamawiający wskazał iż „z dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usługi wymienionej w pozycji nr 2 wykazu wynika, że 5 kontroli było finansowanych ze środków inicjatywy wspólnotowej EQUAL, 5 kontroli było realizowanych w ramach SPO RZL, 1 kontrola z Funduszy Pomocowych Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury”. Tym samym Zamawiający ocenił, że „w związku z powyższym Grupa Gumułka nie spełnia warunku postawionego przez Zamawiającego w SIWZ tj.: Wykonawca (...) wykonał należycie (...) co najmniej trzy usługi kontroli lub audytu zewnętrznego projektów współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki, polegające na sprawdzeniu zgodności realizacji projektu i poniesionych wydatków z postanowieniami umowy, wykonane na zlecenie podmiotu zewnętrznego (...)”.

Zdaniem Odwołującego, tak ustalony stan faktyczny urąga rzeczywistości - nie jest oparty na prawdzie i doprowadził Zamawiającego (współ z innymi Jego naruszeniami) do wadliwego rozstrzygnięcia.

Odwołujący w dniu 24 sierpnia 2010 r. zawarł ze Skarbem Państwa - Ministrem Rozwoju Regionalnego (dalej także „MRR”) umowę na wykonanie usługi 43 kontroli działań realizowanych w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki (dalej także „PO KL”) (dowód: umowa z dnia 24 sierpnia 2010 r.) W ramach tej umowy Odwołujący zrealizował m.in. kontrolę projektów:

- a) w ramach Sektorowego Programu Operacyjnego Rozwój Zasobów Ludzkich (dalej także „SPO RZL”) (por. paragraf 2 ust. 1 lit. i) umowy),
- b) w ramach Inicjatywy Wspólnotowej EQUAL (dalej także „PIW EQUAL”) (por. paragraf 2 ust. 1 lit. j) umowy),
- c) w Krajowej Szkole Sądownictwa i Prokuratury (por. paragraf 2 ust. 1 lit. c).

Zdaniem Zamawiającego okoliczność, że kontrolowane projekty w ramach działań Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki były uprzednio finansowane w ramach innych programów

powoduje, że usługa kontroli nie spełnia warunku postawionego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”). Taka interpretacja świadczy o całkowitym niezrozumieniu zasad programowania i kontroli funduszy unijnych. Program Operacyjny Kapitał Ludzki został przygotowany m.in. na podstawie ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz. U. Nr 227, poz. 1658 z późn. zm. (dalej „ustawa”). Z uwagi na ogólny charakter programów operacyjnych kierowanych do Komisji Europejskiej, każda instytucja zarządzająca programem operacyjnym przygotowała dodatkowy dokument precyzujący jego postanowienia - w przypadku Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki jest to Szczegółowy Opis Priorytetów Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki, opracowany przez Ministra Rozwoju Regionalnego (pełniącego rolę Instytucji Zarządzającej na podstawie art 15 ust. 5 ustawy). Program Operacyjny Kapitał Ludzki został zatwierdzony przez Komisję Europejską w dniu 28 września 2007 r. decyzją nr K (2007) 4547 w sprawie przyjęcia w ramach pomocy wspólnotowej programu operacyjnego Europejskiego Funduszu Społecznego objętego celem „konwergencja” w regionach w Polsce (por. Monitor Polski M.P.07.82.877). W dokumencie tym wymieniono 10 priorytetów, z których pod numerem X wskazano priorytet Pomoc Techniczna, którego zadaniem jest m.in. zapewnić wsparcie procesów zarządzania i wdrażania programu poprzez wprowadzenie i realizację odpowiednich procedur kontroli, zgodnych ze standardami Komisji Europejskiej. Jako typ realizowanych operacji (projektów) przewidziano w szczególności przeprowadzanie kontroli na miejscu. Pojęcie „działania” zostało skonkretyzowane w art. 15 ust. 1 ustawy, gdzie ustawodawca zdefiniował „programy” jako dokumenty o charakterze operacyjno-wdrożeniowym ustanawiane w celu realizacji średniookresowej strategii rozwoju kraju oraz strategii rozwoju (o których mowa w art. 9 pkt 3 ustawy), określające działania przewidziane do realizacji zgodnie z ustalonym systemem finansowania i realizacji, stanowiące element programu. W Priorytecie X ustanowiono jedno działanie, a mianowicie Działanie 10.1, w ramach którego wybierane są projekty. W konsekwencji pojęcie działania mieści w swym zakresie wszystkie realizowane projekty spełniające cele tego działania.

W wyniku powyższych regulacji, w ramach zamówienia publicznego, Minister Rozwoju Regionalnego zlecił Odwołującemu przeprowadzenie kontroli 43 działań, co zarazem oznacza, że były to kontrole projektów w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki, w tym projektów PIW EQUAL i SPO RZL.

Mając zaś na uwadze, że kontrole te dotyczyły projektów współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej oraz że polegały na sprawdzeniu zgodności realizacji projektu i poniesionych wydatków z postanowieniami umowy oznacza to, że spełnione są warunki postawione przez Zamawiającego w SIWZ.

W ocenie Odwołującego Zamawiający bezzasadnie dochodzi do wniosku, iż jeśli kontrolowany projekt nosi w swej nazwie określenie EQUAL lub SPO RZL, to oznacza to, że kontrola tego projektu nie była realizowana w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki. Próba autorytarnego stwierdzenia, że Minister Rozwoju Regionalnego nielegalnie sfinansował w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki kontrole innych programów, wykracza poza kompetencje Zamawiającego. Nawet jednak abstrahując od kwestii legalności postępowania Ministra Rozwoju Regionalnego, to i tak trzeba jednoznacznie stwierdzić, że w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki przeprowadzono kontrolę projektów współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej, co było warunkiem postawionym przez Zamawiającego.

Uprzedzając ewentualną argumentację Zamawiającego Odwołujący zwracał uwagę, że nie sformułował On warunku w SIWZ, który dawałby uprawnienie do wyłącznego interpretowania w sposób przedstawiony w decyzji o wykluczeniu Odwołującego. Argumentacja przedstawiona przez Odwołującego jest co najmniej tak samo uprawniona, a w konsekwencji wątpliwości dotyczące treści SIWZ, należy, badając i oceniając oferty, rozstrzygać na korzyść wykonawcy. Wówczas, gdy uprawnionych jest kilka równoważnych interpretacji danego postanowienia SIWZ należy przyjąć, iż niezależnie od tego, do której dany wykonawca się dostosował, nie można wyciągnąć w stosunku do niego (Jego oferty) negatywnych konsekwencji. Niedopuszczalne jest bowiem, aby obciążać wykonawcę ewentualnym brakiem staranności zamawiającego w przygotowaniu postępowania (por. wyrok KIO z dnia 31 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1770/11). Zamawiający nie tylko jest uprawniony, ale i zobowiązany przeprowadzić procedurę wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z ustawą Pzp. Jego obowiązek stanowi także korekta w każdym czasie (do momentu zawarcia umowy) wadliwie dokonanych czynności.

Odwołujący podnosił również naruszenie przez Zamawiającego reguły określonej w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którą zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Należy bowiem zwrócić uwagę, iż w cytowanym artykule ustawodawca sformułował imperatyw zwrócenia się do wykonawcy o wyjaśnienie treści dokumentów, nie pozostawiając w tej kwestii swobody decyzyjnej (w odróżnieniu do normy art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w myśl którego zamawiający jedynie może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert).

Tymczasem Zamawiający zignorował brzmienie tego przepisu, bezzasadnie wywodząc z przedstawionych dokumentów treści całkowicie nieuprawnione. O pochoptości wniosków wyciąganych przez Zamawiającego jedynie poprzez lekturę treści referencji,

zdaniem Odwołującego, świadczy również fakt, że zakwestionował On kontrolę przeprowadzoną w Krajowej Szkole Sądownictwa i Prokuratury, podczas gdy kontrolowany w tej instytucji projekt finansowany był (jest) właśnie z PO KL (o czym Zamawiający mógł się z łatwością przekonać poprzez lekturę informacji w publicznie dostępnej sieci Internet - numer projektu: POKL 05.03.00-00-002/08 - lub przez wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp).

Odwołujący zauważał, że prowadzone przez Zamawiającego postępowanie jest w szczególności brzemiennie w skutki. Wynika to z wpływu, jaki niesie wybór audytora na kwalifikowalność środków unijnych. W tym przypadku Zamawiający musi poddać się w tym zakresie odpowiedzialności, w szczególności na gruncie regulacji finansów publicznych. Druga z kolei okoliczność wiąże się z koniecznością zwrotu nie tylko wydatków poniesionych na kontrole projektów, ale wręcz z zakwestionowaniem wszystkich przyszłych wydatków sfinansowanych z pozyskanych funduszy unijnych, a wydatkowanych na cele wynikające z kontrolowanych projektów, w których przeprowadzono kontrolę przez wadliwie wybranego wykonawcę.

Odwołujący wskazywał, iż uważa niniejsze odwołanie za usprawiedliwione, a wnioski postawione na wstępie - za zasadne.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 8 listopada 2011 r.

W dniu 8 listopada 2011 r. Zamawiający wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i przekazał kopię odwołania.

W dniu 10 listopada 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Usługowe KONTAFIN Sp. z o.o. (lider), Radosław Rembiś prowadzący działalność gospodarczą pod firmą MRC Radosław Rembiś, ul. Sokołowska 37/41, 08-110 Siedlce (dalej także „Konsorcjum” lub „Uczestnik”). Zgłaszający przystąpienie wnosił o odrzucenie, względnie oddalenie odwołania. Wskazywał, iż interes prawny zgłaszającego przystąpienie przejawia się w tym, że w przypadku odrzucenia lub oddalenia odwołania – zamówienia zostanie udzielone Konsorcjum. W uzasadnieniu zgłaszający przystąpienie podnosił, iż Odwołujący, wnosząc odwołanie, załączył kserokopię odpisu KRS poświadczoną za zgodność z oryginałem przez prokurenta Małgorzatę Pawlytę. Zgodnie z K.C. prokura jest pełnomocnictwem udzielonym przez przedsiębiorcę podlegającego obowiązkowi wpisu do rejestru przedsiębiorców, które obejmuje umocowanie do czynności sądowych i pozasądowych, jakie są związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa. Nie uprawnia zaś do

uwierzytelniania kserokopii dokumentów. Zgodnie z art. 89 K.P.C. pełnomocnik jest obowiązany przy pierwszej czynności procesowej dołączyć do akt sprawy pełnomocnictwo z podpisem mocodawcy lub wiarygodny odpis pełnomocnictwa. Zgodnie z orzecznictwem sądów powszechnych odnosi się to również do postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą (w załączeniu: postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie, sygn.: V Ca 2343/09). Powyższe świadczy niezbicie, że wnoszący odwołanie nie wykazał przy pomocy oryginalnych dokumentów lub poświadczonych za zgodność przez uprawnioną osobę, iż osoby podpisujące odwołanie są do tego umocowane. Zgodnie z art. 185 ust. 7 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o sędzie polubownym (arbitrażowym), jeżeli ustawa nie stanowi inaczej. Reasumując, odwołanie powinno zostać odrzucone z przyczyn o których mowa powyżej.

Z ostrożności procesowej, niezależnie od przesłanek odrzucenia odwołania zgłaszający przystąpienie zwracał uwagę, że z merytorycznego punktu widzenia odwołanie powinno zostać oddalone.

Na poparcie zasługuje decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

Zgodnie z zapisami SIWZ postawiono następujące wymagania w stosunku do Wykonawcy:

Wykonawca wykaże się należytych wykonaniem lub wykonywaniem w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał należycie (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje), co najmniej trzy usługi kontroli lub audytu zewnętrznego projektów współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki, polegające na sprawdzeniu zgodności realizacji projektu i poniesionych wydatków z postanowieniami umowy, wykonane na zlecenie podmiotu zewnętrznego, o wartości każdej usługi nie mniejszej niż 100 000,00 zł brutto każda.

W ofercie Odwołującego wykazano następujące usługi:

- 1) Przeprowadzenie usługi kontroli projektów współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej w ramach PO KL, polegających na sprawdzeniu zgodności realizacji projektów i poniesionych wydatków z postanowieniami umowy, wartość usługi: 245.220,00 zł, zamawiający: Ministerstwo Rozwoju Regionalnego,
- 2) Przeprowadzenie usługi kontroli projektów współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej w ramach PO KL, polegających na sprawdzeniu zgodności realizacji



projektów i poniesionych wydatków z postanowieniami umowy, wartość usługi: 141.994,58 zł, zamawiający: Ministerstwo Rozwoju Regionalnego,

- 3) Przeprowadzenie usługi audytu zewnętrznego 25 projektów współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej w ramach PO KL, polegające na sprawdzeniu zgodności realizacji projektów i poniesionych wydatków z postanowieniami umowy, wykonane na zlecenie podmiotu zewnętrznego pn. „Audyt usług szkoleniowych realizowanych w ramach projektów systemowych PARP Poddziałanie 2.1.3. PO KL”.

W ramach poz. 2 wykazano 13 kontroli, których 5 było finansowanych ze środków Inicjatywy Wspólnotowej EQUAL, 5 było realizowanych w ramach Sektorowego Programu Operacyjnego Rozwój Zasobów Ludzkich, 1 z Funduszy Pomocowych Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury.

Usługi te nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ponieważ nie są to usługi kontroli projektów współfinansowanych w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki. Projekty realizowane w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki są nową jakością i istotnie różnią się od projektów realizowanych ze środków Inicjatywy Wspólnotowej EQUAL oraz w ramach Sektorowego Programu Operacyjnego Rozwój Zasobów Ludzkich. Doświadczenie w kontroli projektów PO KL jest specyficzne i unikalne i nie może być traktowane zamiennie z doświadczeniem w ramach innych programów operacyjnych. Fakt, że Zamawiający (Ministerstwo Rozwoju Regionalnego) finansował zamówienie z PO KL nie ma tutaj znaczenia i nie potwierdza postawionego warunku udziału w postępowaniu. Wolą Zamawiającego - co nie budziło wątpliwości, bo wykonawca nie wnosił o wyjaśnienie SIWZ - było doświadczenie w kontroli projektów PO KL a nie innych niż POKL projektów, niezależnie od źródeł finansowania czynności kontrolnych. Użyte w tym względzie wywody należy uznać za próbę manipulacji zapisami SIWZ, która ma na celu zasadniczą zmianę znaczenia tego wymogu SIWZ (w sposób niezgodny z jego literalnym brzmieniem). Nie taka też była intencja Zamawiającego o czym świadczy wykluczenie.

W związku z powyższym zgłaszający przystąpienie podnosił, iż należy stwierdzić, że Odwołujący wykazał tylko 2 usługi spełniające wymagania Zamawiającego (poz. 1 i poz. 3 uzupełnionego wykazu), wobec czego Odwołujący powinien zostać wykluczony, a jej oferta odrzucona.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Konsorcjum, Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z obowiązującymi przepisami i zapisami sporządzonej przez siebie SIWZ. Wobec powyższego przedmiotowe odwołanie powinno zostać oddalone (względnie odrzucone), o co zgłaszający przystąpienie wnosił.

Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu i Odwołującemu.

W dniu 22 listopada 2011 r. podczas posiedzenia przed Izbą Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie.

Zamawiający wskazywał, iż warunkiem uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego było wykazanie się przez wykonawcę, że w określonym czasie wykonał co najmniej 3 usługi kontroli lub audytu zewnętrznego projektów współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki. Odwołujący odczytuje ten zapis w ten sposób, że spełnieniem warunku byłoby wykonanie kontroli w ramach PO KL, które to kontrole dotyczyłyby projektów współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej, niezależnie od tego, w ramach jakich programów projekty te byłyby współfinansowane. Taka interpretacja cytowanego zapisu jest niezgodna z zasadami składni języka polskiego.

Zgodnie z zasadami budowy zdań w języku polskim, przydawki określają te rzeczowniki, przed którymi lub po których bezpośrednio występują, o ile zastosowane w zdaniu znaki interpunkcyjne nie decydują inaczej: Wykonawca (podmiot) wykonał (orzeczenie) 3 usługi kontroli lub audytu zewnętrznego projektów (dopełnienie) współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej w ramach PO KL (przydawka). W cytowanym zdaniu nie ma żadnych znaków interpunkcyjnych i tym samym nie ma podstaw, aby interpretować je inaczej niż wynikałoby to z jego prostego zapisu. Gdyby Zamawiający chciał dopuścić jako spełnianie warunku udziału w postępowaniu, wykonanie usług kontroli przeprowadzanych w ramach PO KL, które to kontrole dotyczyły projektów finansowanych ze środków UE (ale nie tylko z PO KL), to właśnie w ten sposób sformułowałby taki warunek. Aby uznać interpretację Odwołującego za uprawnioną, w zdaniu określającym warunek udziału w postępowaniu musiałyby pojawić się znaki interpunkcyjne - przecinki, myślniki lub nawiasy - i zdanie to musiałyby wyglądać np. następująco: wykonawca wykonał co najmniej 3 usługi kontroli lub audytu zewnętrznego projektów (współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej) w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki, choć taki zapis byłby bezcelowy, gdyż kontrola w ramach PO KL może dotyczyć wyłącznie projektów współfinansowanych ze środków UE.

Zamawiający zwracał uwagę, że w treści SIWZ Zamawiający wielokrotnie użył określeń: w ramach PO KL, w ramach Działania (...) PO KL lub w ramach Priorytetu III PO KL w innym kontekście i za każdym razem określenia te dotyczyły projektów, np. w słowniku szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia: 2) Kontrola - wizyty kontrolne wykonywane w siedzibie Beneficjenta, oraz w miejscu realizacji usługi (wizyta monitoringowa), w celu zbadania, pod względem merytorycznym i finansowym, zgodności projektów realizowanych w ramach Priorytetu III PO KL z prawem krajowym, (...); 5) Podmiot kontrolowany - Beneficjenci

konkursowi realizujący projekty w ramach Priorytetu III PO KL. W żadnym wypadku określenie to nie było użyte w stosunku do pojęcia kontroli, co czyni tym bardziej niezrozumiałą i nieuprawnioną próbę interpretacji przedmiotowego zapisu w SIWZ w sposób prezentowany przez Odwołującego.

Zamawiający nie skorzystał z przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, co zarzuca mu Odwołujący, ponieważ, w świetle powyższego, Zamawiający nie miał wątpliwości, że dokumenty, które Odwołujący złożył wraz z ofertą nie potwierdzają spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający podnosił, iż dziwi natomiast fakt, że Odwołujący, pomimo stwierdzenia pośrednio, że obie interpretacje - zarówno Odwołującego jak i Zamawiającego - mogą być tak samo uprawnione, nie zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie tej kwestii.

Ponadto Zamawiający podnosił, że z uwagi na przedmiot zamówienia, Zamawiającemu zależało na wyborze wykonawcy, który ma doświadczenie szczególnie w zakresie wykonywania kontroli projektów współfinansowanych z PO KL, będących w trakcie realizacji. Kontrole w zakresie zachowania zasad trwałości projektów finansowanych z Sektorowego Programu Operacyjnego Rozwój Zasobów Ludzkich oraz z EQUAL, których wykonaniem wykazał się Odwołujący, podlegają zupełnie innym zasadom niż kontrole projektów w trakcie ich realizacji, z czego Odwołujący doskonale zdaje sobie sprawę. Doświadczenie w kontrolach trwałości projektu nie może być przydatne do realizacji kontroli będących przedmiotem zamówienia. Tym bardziej Odwołujący powinien powziąć wątpliwość, czy doświadczenie przez niego wykazane jest pożądane przez Zamawiającego i wystarczające do spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W konsekwencji Odwołujący powinien zwrócić się do Zamawiającego z właściwym zapytaniem, do czego miał prawo, a czego nie uczynił.

W konsekwencji Zamawiający podtrzymał swoje ustalenia co do rozstrzygnięcia Postępowania i wnosił o oddalenie odwołania.

**Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Uczestnika złożone na piśmie oraz ustnie do protokołu, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

***Izba ustaliła następujący stan faktyczny.***

Zgodnie z rozdziałem IV SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” przedmiotem zamówienia jest usługa wykonania 21 kontroli projektów konkursowych realizowanych w ramach Priorytetu III Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki.

Zamawiający podzielił postępowanie na trzy części:

Część A zamówienia: Wykonanie 7 kontroli projektów w ramach Działania 3.4 Upowszechnienie uczenia się przez całe życie - projekty konkursowe

Część B zamówienia: Wykonanie 7 kontroli projektów w ramach Działania 3.3.4 Modernizacja treści i metod kształcenia - projekty konkursowe

Część C zamówienia: Wykonanie 7 kontroli projektów w ramach Działania 3.3.4 Modernizacja treści i metod kształcenia - projekty konkursowe i Działania 3.3.2 Efektywny system kształcenia i doskonalenia nauczycieli - projekty konkursowe

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawierał załącznik nr 1 do SIWZ.

Zgodnie z powyższym załącznikiem nr 1 do SIWZ:

„1.1. *Przedmiotem zamówienia jest wykonanie 21 kontroli projektów konkursowych realizowanych w ramach Priorytetu III Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki, polegających na zbadaniu zgodności projektów realizowanych w ramach Priorytetu III POKL z prawem krajowym, prawem Unii Europejskiej, umowami/decyzjami o dofinansowanie i wytycznymi Instytucji Zarządzającej, na podstawie Zasad kontroli PO KL.*”

(...)

„1.5. *Kontrole projektów konkursowych zostaną przeprowadzone na terenie Rzeczypospolitej Polskiej w trakcie realizacji projektów lub po ich zakończeniu i będą się odbywać w biurze projektu lub siedzibie Beneficjenta, oraz w miejscu realizacji usługi (wizyta monitoringowa).*

1.6. *Celem każdej kontroli jest stwierdzenie, czy projekt jest realizowany zgodnie z prawem krajowym, prawem Unii Europejskiej, umową o dofinansowanie i wytycznymi Instytucji Zarządzającej. Kontrola projektu powinna stanowić krytyczną ocenę prawidłowości jego realizacji zarówno w ujęciu formalnym, jak i pod względem wartości dodanej oraz zgodności z zasadami gospodarności, efektywności i skuteczności.*

1.7. *Wszystkie kontrole powinny zostać przeprowadzone zgodnie z obowiązującymi na dzień kontroli Zasadami kontroli PO KL oraz zgodnie z co najmniej jednym z wymienionych poniżej standardów:*

- a) *Międzynarodowymi Standardami Rewizji Finansowej i normami wykonywania zawodu biegłego rewidenta,*
- b) *Kodeksem Etyki Zawodowej Biegłych Rewidentów, ogłoszonym przez Krajową Izbę Biegłych Rewidentów,*
- c) *Międzynarodowymi Standardami Audytu Wewnętrznego oraz Kodeksem Etyki, ogłoszonymi przez Institute of Internal Auditors (IIA),*

- d) *Standardami kontroli wydanymi przez Komisję Standardów Kontroli Międzynarodowej Organizacji Najwyższych Organów Kontroli (INTOSAI) lub Europejskimi Wytycznymi Stosowania Standardów Kontroli INTOSAI.* (...)

„2.7. Zakres kontroli obejmuje weryfikację:

- a) *prawidłowości rozliczeń finansowych w ramach projektu (weryfikacja minimum 20% - w ujęciu liczbowym i wartościowym dokumentów księgowych dokumentujących poniesione wydatki, ujętych w złożonych na dzień przeprowadzenia kontroli wnioskach o płatność),*
- b) *kwalifikowalności wydatków dotyczących personelu projektu (weryfikacja dokumentacji dotyczącej osób wskazanych we wniosku o dofinansowanie w zadaniu): „Zarządzanie projektem” - 100% liczby osób zaangażowanych w realizację projektu),*
- c) *sposobu pozyskiwania, przechowywania oraz przetwarzania danych o uczestnikach projektu na potrzeby Podsystemu Monitorowania PEFS zgodnie z ustawą z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. z 2002 r. Nr 101, poz. 926, z późn. zm.) (weryfikacja minimum 10% dokumentów dotyczących danych osobowych uczestników projektu),*
- d) *zgodności danych przekazywanych we wniosku o płatność w części dotyczącej postępu rzeczowego oraz postępu finansowego z dokumentacją dotyczącą realizacji projektu dostępną w siedzibie beneficjenta (weryfikacja minimum 20% - w ujęciu liczbowym i wartościowym dokumentów księgowych zaewidencjonowanych i ujętych w ramach wniosku o płatność),*
- e) *kwalifikowalności uczestników projektu (weryfikacja dokumentacji dotyczącej minimum 10% uczestników projektu),*
- f) *poprawności stosowania ustawy PZP (weryfikacja minimum 20% - w ujęciu liczbowym i wartościowym udzielonych zamówień publicznych, jednakże nie mniej niż dwa zakończone postępowania o udzielenie zamówienia publicznego),*
- g) *poprawności stosowania zasady konkurencyjności (weryfikacja minimum 20% - w ujęciu liczbowym i wartościowym wydatków poniesionych na podstawie zasady konkurencyjności, jednakże nie mniej niż dwa zakończone postępowania, o ile były przeprowadzone),*
- h) *poprawności udokumentowania rozeznania rynku w przypadku wydatków, do których nie mają zastosowania przepisy ustawy PZP i zasady konkurencyjności,*

- i) *prawidłowości wypełniania zobowiązań promocyjno-informacyjnych (weryfikacja oznakowania miejsca realizacji projektu, zakupionego sprzętu oraz prawidłowości stosowania znaków graficznych EFS i UE),*
- j) *poprawności realizacji usługi (wizyta monitoringowa),*
- k) *prawidłowości realizowania projektu pod kątem ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240, z późn. zm.) i ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114, z późn. zm.).*

„2.8. Weryfikacja przez Wykonawcę zakresu kontroli, o którym mowa w ust. 2.10 odbywać się będzie na podstawie Listy sprawdzającej do kontroli na miejscu projektu, stanowiącej załącznik nr 7 do Zasad Kontroli PO KL.” (...).

SIWZ w rozdziale VI „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” pkt 1 przewidywała:

„1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy:

**- którzy spełniają warunki, określone w art. 22 ust. 1 ustawy dotyczące:**

- a) *posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania,*
- b) *posiadania wiedzy i doświadczenia,*
- c) *dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,*
- d) *sytuacji ekonomicznej i finansowej;*

(...)

*w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku określonego w **pkt b**, Wykonawca wykaże się należytych wykonaniem lub wykonywaniem w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał należycie (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje), co najmniej trzy usługi kontroli lub audytu zewnętrznego projektów współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki, polegające na sprawdzeniu zgodności realizacji projektu i poniesionych wydatków z postanowieniami umowy, wykonane na zlecenie podmiotu zewnętrznego, o wartości każdej usługi nie mniejszej niż 100 000,00 zł. brutto każda;”*

Z kolei rozdział VII „ Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie wykonawcy mają dostarczyć w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz wykazania braku podstaw do wykluczenia” SIWZ w pkt 2.2. przewidywał obowiązek złożenia wraz z ofertą:

*„2.2. wykaz wykonanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te usługi zostały wykonane należycie – wzór wykazu stanowi załącznik nr 4 do formularza ofertowego. Z powyższego wykazu musi jednoznacznie wynikać spełnienie przez Wykonawcę warunku opisanego w rozdziale VI SIWZ tj. za usługę odpowiadającą swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia Zamawiający rozumie przeprowadzenie co najmniej trzech usług kontroli lub audytu zewnętrznego projektów współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki, polegające na sprawdzeniu zgodności realizacji projektu i poniesionych wydatków z postanowieniami umowy, wykonane na zlecenie podmiotu zewnętrznego, o wartości każdej usługi nie mniejszej niż 100 000,00 zł brutto każda”.*

Odwołujący złożył ofertę, do której nie załączył wykazu usług stanowiącego załącznik nr 4 do formularza ofertowego.

W dniu 11 października 2011 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia oferty m.in. o wykaz wykonanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te usługi zostały wykonane należycie – wzór wykazu stanowi załącznik nr 4 do formularza ofertowego. Z powyższego wykazu musi jednoznacznie wynikać spełnienie przez Wykonawcę warunku opisanego w rozdziale VI SIWZ tj. za usługę odpowiadającą swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia Zamawiający rozumie przeprowadzenie co najmniej trzech usług kontroli lub audytu zewnętrznego projektów współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki, polegające na sprawdzeniu zgodności realizacji projektu i poniesionych wydatków z postanowieniami umowy, wykonane na zlecenie podmiotu zewnętrznego, o wartości każdej usługi nie mniejszej niż 100 000,00 zł brutto każda, wskazując, iż Odwołujący nie dołączył do oferty ww dokumentu. Zamawiający wyznaczył termin do 14 października 2011 r. do godz. 10.00. (znak sprawy BO/322/37/2011/IKG).

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący przedłożył pismo z dnia 13 października 2011 r. (otrzymane 14 października 2011 r. godz. 8.40), do którego załączył wykaz usług. W załączonym wykazie wskazał 3 usługi:

- w pozycji 1 – przeprowadzenie usługi kontroli projektów współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki, polegających na sprawdzeniu zgodności realizacji projektów i poniesionych wydatków z postanowieniami umowy, wykonane na zlecenie podmiotu zewnętrznego – wartość usługi 245.220 PLN brutto, czas realizacji 21 września 2009 r.- 10 grudnia 2009 r., zamawiający: Ministerstwo Rozwoju Regionalnego, przedmiot usługi: przeprowadzenie usługi kontroli projektów współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki, polegających na sprawdzeniu zgodności realizacji projektów i poniesionych wydatków z postanowieniami umowy, wykonane na zlecenie podmiotu zewnętrznego. W pozycji 1 wykazu wskazano 22 kontrole. Wskazano, iż każda kontrola obejmowała m.in. sprawdzenie zgodności realizacji projektu i poniesionych wydatków z postanowieniami umowy oraz była wykonana z zachowaniem zasady bezstronności, tj. Wykonawca był podmiotem zewnętrznym w stosunku do podmiotu audytowanego.

- pozycja 2 - przeprowadzenie usługi kontroli projektów współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki, polegających na sprawdzeniu zgodności realizacji projektów i poniesionych wydatków z postanowieniami umowy, wykonane na zlecenie podmiotu zewnętrznego – wartość usługi 141.994, 58 PLN brutto, czas realizacji 24 sierpnia 2010 r. - 27 stycznia 2011 r., zamawiający: Ministerstwo Rozwoju Regionalnego, przedmiot usługi: przeprowadzenie usługi kontroli projektów współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki, polegających na sprawdzeniu zgodności realizacji projektów i poniesionych wydatków z postanowieniami umowy, wykonane na zlecenie podmiotu zewnętrznego. Wskazano 13 kontrole. Wskazano, iż każda kontrola obejmowała m.in. sprawdzenie zgodności realizacji projektu i poniesionych wydatków z postanowieniami umowy oraz była wykonana z zachowaniem zasady bezstronności, tj. Wykonawca był podmiotem zewnętrznym w stosunku do podmiotu audytowanego.

- pozycja 3 - przeprowadzenie usługi audytu zewnętrznego 25 projektów współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki, polegających na sprawdzeniu zgodności realizacji projektów i poniesionych wydatków z postanowieniami umowy, wykonane na zlecenie podmiotu zewnętrznego pn. „Audyt usług szkoleniowych realizowanych w ramach projektów systemowych PARP



Poddziałanie 2.1.3 PO KL, wartość usługi: 109.934,88 PLN brutto, zamawiający: Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości. Wskazano 12 pozycji.

Wraz z wykazem przedłożono protokoły odbioru stwierdzające prawidłowość wykonanych usług. Z protokołów odbioru dotyczących usługi wykazanej w pozycji 2 wynikało, iż 5 projektów było wykonywanych w ramach Programu Inicjatywy Wspólnotowej EQUAL (PIW EQUAL), 5 projektów było wykonywanych w ramach Sektorowego Programu Operacyjnego Rozwój Zasobów Ludzkich (SPO RZL), 1 w ramach Funduszy Pomocowych Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury. Wynagrodzenie z tytułu każdej kontroli wynosiło 10 922, 66 zł brutto.

W dniu 27 października 2011 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Odwołującego w części A, B i C.

W dniu 29 października 2011 r. Zamawiający otrzymał pismo Konsorcjum, w którym zwracano uwagę, iż usługa wykazana przez Odwołującego w pozycji 2 nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Wskazywano, iż w ramach tej usługi wykazano 13 kontroli, których 5 było finansowanych ze środków PIW EQUAL, 5 było realizowanych w ramach SPO RZL, 1 z Funduszy Pomocowych Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury. Konsorcjum wskazywało, iż Odwołujący powinien być wykluczony z Postępowania, a jego oferta odrzucona z uwagi na niespełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zwracał uwagę, iż w podobnym przetargu organizowanym przez MEN Odwołujący został wykluczony z postępowania, ponieważ nie spełniał warunków udziału w postępowaniu, które i tak były łagodniejsze (co najmniej 3 usługi kontroli lub audytu zewnętrznego projektów współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki, polegających na sprawdzeniu zgodności realizacji projektów i poniesionych wydatków z postanowieniami umowy, wykonane na zlecenie podmiotu zewnętrznego, o wartości każdej z usług co najmniej 50.000 zł brutto). Jednocześnie w ofercie złożonej MEN Odwołujący wykazał to samo zamówienie wskazane w ofercie złożonej w niniejszym Postępowaniu, które MEN uznał za niespełniające warunków SIWZ.

Zamawiający unieważnił pierwotny wybór oferty najkorzystniejszej, dokonał ponownego badania i oceny ofert, w wyniku której zdecydował o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Uznał bowiem, iż z dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usługi wymienionej w pozycji 2 wykazu wynika, iż 5 było finansowanych ze środków Inicjatywy Wspólnotowej EQUAL, 5 było realizowanych w ramach SPO RZL, 1 z Funduszy Pomocowych Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury. W związku z powyższym Odwołujący nie spełnia warunku określonego w SIWZ, tj. Wykonawca wykaże się należytem wykonaniem lub wykonywaniem

w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał należycie (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje), co najmniej trzy usługi kontroli lub audytu zewnętrznego projektów współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki, polegające na sprawdzeniu zgodności realizacji projektu i poniesionych wydatków z postanowieniami umowy, wykonane na zlecenie podmiotu zewnętrznego, o wartości każdej usługi nie mniejszej niż 100 000,00 zł. brutto każda. Zamawiający wskazywał, iż nie miał podstaw prawnych do wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż uczynił to pismem z dnia 11 października 2011 r. (*błędnie wskazano – 21 października 2011 r. – dop. autora*)

***W oparciu o powyższy stan faktyczny Izba zważyła, co następuje.***

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Izba nie uwzględniła wniosku o odrzucenie odwołania zgłoszonego przez Konsorcjum z uwagi na okoliczność, iż kopia odpisu z KRS Odwołującego załączona do odwołania została poświadczona za zgodność z oryginałem przez prokurenta Odwołującego, który, wedle stanowiska Konsorcjum, nie posiada w tym zakresie uprawnień. Doprecyzowano, iż podstawą odrzucenia winien być w tym zakresie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, tj. wniesienie odwołania przez podmiot nieuprawniony. Na potwierdzenie swojego stanowiska Konsorcjum przytaczało postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie V Wydział Cywilny-Odwoławczy z dnia 14 grudnia 2009 r. Sygn. akt V Ca 2343/09. Sąd postanowił w nim o odrzuceniu odwołania wniesionego przez prokurenta lidera konsorcjum działającego, zgodnie z treścią odwołania, na podstawie pełnomocnictwa załączonego do oferty. Uznał bowiem, iż prokurent spółki będącej pełnomocnikiem innych spółek wchodzących w skład konsorcjum nie jest umocowany do potwierdzania za zgodność dokumentów potwierdzających umocowanie organu osoby prawnej do udzielania pełnomocnictwa (odpisy z KRS lidera i członka konsorcjum zostały potwierdzone za zgodność z oryginałem przez prokurenta lidera). Sąd wskazywał, iż z treści art. 109 § 1 K.C. (*błędnie przywołano K.P.C. – dop. autora*) nie można uznać, iż przepis ten upoważnia do uwierzytelniania kserokopii dokumentów. Uwierzytelnianie odpisów dokumentów co do zasady powierzone zostało notariuszom, wykonującym zawód zaufania publicznego. Zgodnie z art. 89 § 1 K.P.C. pełnomocnik jest zobowiązany przy pierwszej czynności procesowej dołączyć do akt sprawy pełnomocnictwo z podpisem mocodawcy lub wierzytelny odpis pełnomocnictwa. Adwokat, radca prawny oraz rzecznik patentowy mogą sami uwierzytelnić odpis udzielonego im pełnomocnictwa. Zgodnie z art. 186 ust. 4 ustawy Pzp (*obecnie art. 185 ust. 7 ustawy Pzp – dop. autora*) do postępowania przed KIO stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu postępowania cywilnego

o sądzie polubownym, w tym również cytowany odpowiednio art. 89 § 1 K.P.C. Sąd przywoływał uchwałę SN z dnia 29 stycznia 2009 r. III CZP 118/08 dotyczącą pełnomocnictwa dalszego. Ustalenia te doprowadziły go do wniosku, iż nawet adwokat, radca prawny lub rzecznik patentowy (osoby wykonujące zawód zaufania publicznego) będący dalszym pełnomocnikiem nie może uwierzytelnić odpisu pełnomocnictwa podstawowego. Tym bardziej prokurent spółki będącej pełnomocnikiem innych osób prawnych nie może uwierzytelniać dokumentów potwierdzających umocowanie osób występujących w imieniu tych podmiotów. Reasumując, Sąd uznał, iż wnosząc odwołanie pełnomocnik konsorcjum nie wykazał przy pomocy oryginalnych dokumentów lub poświadczonych za zgodność przez uprawnioną osobę, iż może działać w imieniu konsorcjum. W związku z powyższym odwołanie zawierało brak formalny w rozumieniu art. 126 § 3 K.P.C. Izba stwierdziła, iż stan faktyczny i prawny przytoczony w uzasadnieniu powyższego postanowienia nie jest adekwatny do przedmiotowej sprawy. W niniejszym postępowaniu odwoławczym Odwołujący występuje samodzielnie, zaś prokurent poświadczył za zgodność z oryginałem dokumenty rejestrowe podmiotu, co do którego posiada prawo samodzielnej reprezentacji ujawnione w odpisie z KRS (prokura samodzielna). Tym samym wywody odnośnie pełnomocnictwa dalszego, w tym zakresu uprawnień prokurenta spółki będącej pełnomocnikiem innych osób prawnych do uwierzytelniania dokumentów potwierdzających umocowanie osób występujących w imieniu tych podmiotów nie znajdują zastosowania w niniejszej sprawie. Ponadto zmianie uległ również stan prawny. Obecnie obowiązujące przepisy umożliwiają profesjonalnym pełnomocnikom uwierzytelnianie innych dokumentów wykazujących ich umocowanie (zmiana art. 89 § 1 K.P.C.). Profesjonalny pełnomocnik może też poświadczać za zgodność z oryginałem odpisy dokumentów składanych w sprawie, w której jest pełnomocnikiem (art. 129 § 2 K.P.C.). Abstrahując od powyższego, stwierdzić należy, iż istotą sporu jest ocena dopuszczalności wykazania umocowania prokurenta wnoszącego odwołanie do reprezentacji Odwołującego za pomocą odpisu z KRS przedłożonego w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez prokurenta, tj. czy forma taka jest wystarczająca dla uznania, iż wykazał on w należyty sposób prawo do działania w imieniu odwołującego się wykonawcy, czy też przedłożenie odpisu z KRS w takiej formie uzasadnia odrzucenie odwołania jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony (który nienależycie wykazał umocowanie do reprezentacji Odwołującego). Zgodnie z art. 185 ust. 7 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego stosuje się przepisy K.P.C. o sądzie polubownym (arbitrażowym), o ile ustawa Pzp nie stanowi inaczej. Przepis ten poza wąskim zakresem odesłania do przepisów K.P.C. (jedynie o sądzie polubownym) ustanawia jednocześnie prymat regulacji szczególnej zawartej w ustawie Pzp. Powyższe oznacza zatem, iż dla ustalenia konsekwencji określonych czynności w ramach postępowania odwoławczego

przede wszystkim należy uprzednio zbadać regulację ustawy Pzp i przepisów do niej wykonawczych. Zgodnie z § 4 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. Nr 48, poz. 280) wynika, iż do odwołania dołącza się odpis z KRS, pełnomocnictwo albo inny dokument potwierdzający umocowanie do reprezentowania odwołującego. W przypadku prokurenta dokumentem wystarczającym będzie odpis z KRS, gdyż prokura jest w nim ujawniona. Przepis nie wskazuje natomiast na formę, w jakiej powyższe dokumenty mają zostać przedłożone. Takiej regulacji nie zawierają także przepisy ustawy Pzp. Paragraf 9 ww rozporządzenia przewiduje natomiast, iż w przypadku gdy odwołanie zawiera braki formalne, w szczególności z zakresu, o którym mowa w § 4 ust. 1 pkt 5-8 (elementy składowe odwołania), bądź nie zawiera dokumentów, o których mowa w § 4 ust. 2 (np. odpis z KRS), niezbędne jest wezwanie odwołującego do usunięcia braków formalnych odwołania w terminie 3 dni pod rygorem zwrotu odwołania. Na obowiązek wezwania do usunięcia braków formalnych, które uniemożliwiają nadanie odwołaniu prawidłowego biegu (wskutek niezachowania warunków formalnych) wskazuje także art. 187 ust. 3 i 7 ustawy Pzp. Z powyższego wynika, iż celem ustawodawcy jest umożliwienie wykonawcy sanowania wad formalnych odwołania, które uniemożliwiają nadanie mu prawidłowego biegu i rozpoznanie. W tym samym kontekście należy zatem według Izby oceniać formę przedkładanych dokumentów. Zdaniem Izby skoro przepisy nie ustanawiają w tym zakresie jednoznacznych reguł, w tym nie nakładają jasnego obowiązku przedkładania oryginałów lub uwierzytelnionych notarialnie kopii dokumentów, należy kierować się przede wszystkim celem, dla którego określone dokumenty są żądane. Odpis z KRS ma wykazać sposób reprezentacji podmiotu wnoszącego odwołanie. W ocenie Izby przedłożenie odpisu w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez prokurenta w wystarczająco wiarygodny sposób wykazuje zasady reprezentacji, zwłaszcza, że, jak podnosił zgłaszający przystąpienie, nie kwestionował on uprawnień osoby podpisującej odwołanie do samodzielnego działania w imieniu Odwołującego, lecz podnosił jedynie wadę formalną przedłożonego dokumentu. Zdaniem Izby tak formalistyczne podejście abstrahuje od specyfiki regulacji prawa zamówień publicznych, jak również nie znajduje oparcia w wyraźnych przepisach ustawy Pzp czy rozporządzeń wykonawczych. Należy bowiem wskazać, iż § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 226, poz. 1817) daje możliwość składania dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, a zamawiający może żądać oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii dokumentu wyłącznie wtedy, gdy złożona kopia jest nieczytelna lub budzi wątpliwości co do jej prawdziwości, co wskazuje na pewną

odrębność regulacji zamówień publicznych w tym zakresie. Wprawdzie powyższa regulacja nie odnosi się bezpośrednio do postępowania odwoławczego, jednak wskazuje ona na pewien kierunek oceny formy dokumentów przedkładanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto, zdaniem Izby, przedłożenie odpisu z KRS w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez prokurenta może być ewentualnie kwalifikowane jako wada formalna nie wstrzymująca jednak możliwości nadania odwołaniu prawidłowego biegu, skoro prawdziwość informacji zawartych w odpisie z KRS nie jest w żaden sposób podważana. Nawet jednak gdyby uznać, iż przedłożenie odpisu z KRS w takiej formie kwalifikować jako brak formalny uzasadniający wezwanie do jego usunięcia, odrzucenie odwołania byłoby dopuszczalne wówczas, gdy w wyniku wezwania przedstawiono dokument, który nie potwierdza uprawnień do reprezentacji odwołującego. Brak zadośćuczynienia wezwaniu co do formy skutkować mogłoby co najwyżej zwrotem odwołania. Nie ma zatem podstaw do stwierdzenia, aby uznać iż zaistniała podstawa odrzucenia odwołania określona w art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Ponadto także dotychczasowa praktyka KIO wskazuje na ograniczanie formalizmu w tym zakresie, gdy przedkładany dokument nie budzi wątpliwości.

Odwołujący spełnia też przesłanki określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Jego oferta w poszczególnych częściach A, B i C była ofertą najtańszą, przy jedynym kryterium oceny ofert - cena. Tym samym w przypadku potwierdzenia się zarzutów wskazanych w odwołaniu ma on możliwość uzyskania zamówienia, której to możliwości na skutek zarzucanych naruszeń ustawy Pzp został pozbawiony.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania, w tym ogłoszenie o zamówieniu, SIWZ, ofertę Odwołującego, pismo Zamawiającego z dnia 11 października 2011 r. dotyczące wezwania do uzupełnienia dokumentów (znak BO/322/37/2011/IKG), odpowiedź Odwołującego z dnia 13 października 2011 r. (OFU 0777/RMX), odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedź na odwołanie.

Izba uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby nie potwierdził się bowiem zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez niezasadne wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo iż wykazał on spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby, wbrew stanowisku Odwołującego, opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia określony w rozdziale VI pkt 1 lit. b) SIWZ został określony na tyle precyzyjnie, aby wykonawcy wiedzieli, jakiego typu usługami winni się wykazać. SIWZ wskazywała bowiem,

iż: „w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku określonego **pkt b** (wiedzy i doświadczenia – dop. autora) Wykonawca wykaże się należytych wykonaniem lub wykonywaniem w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał należycie (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje), co najmniej **trzy usługi kontroli lub audytu zewnętrznego projektów współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki, polegające na sprawdzeniu zgodności realizacji projektu i poniesionych wydatków z postanowieniami umowy, wykonane na zlecenie podmiotu zewnętrznego, o wartości każdej usługi nie mniejszej niż 100 000,00 zł. brutto każda**”.

Zdaniem Izby z wykładni gramatycznej powyższego postanowienia SIWZ jednoznacznie wynika, iż określenie „współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki” należy rozpatrywać łącznie i odnosi się ono do pojęcia „projektów”, a nie „kontroli lub audytu zewnętrznego”. Sposób sformułowania przedmiotowego zdania, z uwzględnieniem reguł gramatycznych, składniowych i interpunkcyjnych języka polskiego, nie pozwala na wywiedzenie interpretacji, na którą powołuje się Odwołujący, a zatem, iż określenie „współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej” dotyczy projektów, natomiast „w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki” charakteryzuje kontrolę lub audyt zewnętrzny. Izba podziela w tym zakresie uzasadnienie przedstawiane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. Izba wskazuje, iż w rozdziale VI pkt 1 lit. b) wydzielono znakami interpunkcyjnymi (przecinkami) poszczególne istotne elementy opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia. W zdaniu tym wskazano bowiem, iż Wykonawca zobligowany jest wykazać: „co najmniej **trzy usługi kontroli lub audytu zewnętrznego projektów współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki** (rodzaj usługi - dop. autora), **polegające na sprawdzeniu zgodności realizacji projektu i poniesionych wydatków z postanowieniami umowy** (przedmiot/zakres usługi - dop. autora), **wykonane na zlecenie podmiotu zewnętrznego** (zlecienniodawca - dop. autora), **o wartości każdej usługi nie mniejszej niż 100 000,00 zł. brutto każda** (wartość usługi - dop. autora)”. W opisie rodzaju usługi pomiędzy określeniem „projektów współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej” a sformułowaniem „w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki” nie pojawia się żaden znak interpunkcyjny, który nakazywałby oderwanie znaczeniowe tych pojęć czy konieczność ich rozłącznej interpretacji. Gdyby intencją Zamawiającego miało być ustalenie, iż warunek realizacji w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki miał odnosić się do kontroli lub audytu, zaś kontrolowany/audytowany projekt mógł być realizowany w ramach

jakiegokolwiek programu współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej, wówczas należałoby oczekiwać jakiejś formy oddzielenia pojęcia „projektów współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej” od sformułowania „w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki” np. znakiem interpunkcyjnym. Należy bowiem zauważyć, iż Zamawiający za pomocą znaków interpunkcyjnych (przecinków) wydzielał poszczególne istotne elementy opisu warunku. Tym samym w ocenie Izby brak jest jakiegokolwiek przekonującego argumentu opartego na wykładni gramatycznej spornego postanowienia SIWZ dla tezy Odwołującego, iż powyższe postanowienie może być interpretowane na dwa równorzędne sposoby, w tym ten wskazany przez Odwołującego. Nieadekwatne jest zatem odwoływanie się do orzecznictwa nakazującego nieobciążanie wykonawców konsekwencjami braku precyzji w sformułowaniach postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Taka sytuacja w niniejszym Postępowaniu nie zachodzi. Postanowienie SIWZ jest jasne i precyzyjne. Ponadto Odwołujący pomija okoliczność, iż interpretacja postanowienia rozdziału VI pkt 1 lit. b) SIWZ prezentowana przez Zamawiającego jest zbieżna z pozostałymi regulacjami SIWZ odnoszącymi się do opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. odnoszącymi się do dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (rozdział VI pkt 1 lit. c) SIWZ). Przewidziano tam, iż:

*„w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku określonego w punkcie c Wykonawca jest zobowiązany wykazać się, że dysponuje lub będzie dysponował:*

- *co najmniej 5 osobami, z których każda przeprowadziła kontrolę dokumentacji merytorycznej, w tym prawidłowości udzielania zamówień publicznych, co najmniej 3 projektów współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki (polegającą na weryfikacji zgodności realizacji projektu z postanowieniami umowy) o wartości nie mniejszej niż 2 000 000, 00 zł każdy,*
- *co najmniej 2 osobami posiadającymi uprawnienia audytora wewnętrznego spełniającego wymogi określone w art. 286 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. Nr 157 poz. 1240 z późn. zm.), który przeprowadził kontrolę co najmniej 3 projektów współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki (polegającą na weryfikacji zgodności poniesionych wydatków z zapisami umowy) o wartości nie mniejszej niż 2 000 000, 00 zł każdy.”*

Z powyższych postanowień jednoznacznie i bez wątplenia wynika, iż wymóg współfinansowania ze środków Unii Europejskiej w ramach Programu Operacyjnego Kapitał

Ludzki odnosi się do projektów, a nie ogranicza się do wykonania kontroli w ramach PO KL, zaś sam kontrolowany projekt miałby być tylko współfinansowany ze środków Unii Europejskiej. Zamawiający jest w sposobie formułowania warunków podmiotowych konsekwentny. Brak jakiegokolwiek uzasadnienia merytorycznego, aby w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia przypisywać Zamawiającemu inny zamiar czy cel.

Także wykładnia celowościowa spornego postanowienia SIWZ, oparta na zasadzie, iż opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia ma być związany z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalny, a przede wszystkim gwarantować złożenie ofert przez wykonawców posiadających niezbędną wiedzę i doświadczenie dla realizacji przedmiotu zamówienia, przeczy stanowisku Odwołującego. Przedmiotem zamówienia objętego niniejszym Postępowaniem jest kontrola projektów współfinansowanych z PO KL. Celem kontroli jest stwierdzenie, czy projekt jest realizowany zgodnie z prawem krajowym, prawem UE, umową o dofinansowanie i wytycznymi Instytucji Zarządzającej. Jak wynika z treści SIWZ, kontrola projektu powinna stanowić krytyczną ocenę prawidłowości realizacji projektu zarówno w ujęciu formalnym, jak i pod względem wartości dodanej oraz zgodności z zasadami gospodarności efektywności i skuteczności. Obejmuje ona weryfikację prawidłowości rozliczeń finansowych w ramach projektu, kwalifikowalności wydatków dotyczących personelu projektu, sposobu pozyskiwania, przechowywania oraz przetwarzania danych o uczestnikach projektu na potrzeby Podsystemu Monitorowania PEFS zgodnie z ustawą z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. z 2002 r. Nr 101, poz. 926, z późn. zm.), zgodności danych przekazywanych we wniosku o płatność w części dotyczącej postępu rzeczowego oraz postępu finansowego z dokumentacją dotyczącą realizacji projektu dostępną w siedzibie beneficjenta, kwalifikowalności uczestników projektu, poprawności stosowania ustawy Pzp, poprawności stosowania zasady konkurencyjności, poprawności udokumentowania rozeznania rynku w przypadku wydatków, do których nie mają zastosowania przepisy ustawy Pzp i zasady konkurencyjności, prawidłowości wypełniania zobowiązań promocyjno-informacyjnych (weryfikacja oznakowania miejsca realizacji projektu, zakupionego sprzętu oraz prawidłowości stosowania znaków graficznych EFS i UE), poprawności realizacji usługi (wizyta monitoringowa), prawidłowości realizowania projektu pod kątem ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240, z późn. zm.) i ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114, z późn. zm.). Realizacja tak szczegółowego zakresu usługi wymaga znajomości merytorycznych zasad Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki. Kontrola jedynie wykonywana czy finansowana w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki, a nie odnosząca się do projektu



współfinansowanego w ramach PO KL, nie zapewnia stosownej wiedzy i doświadczenia, gdyż nie weryfikuje praktycznej znajomości zasad PO KL. Zdaniem Izby bez znaczenia dla oceny wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia przez usługę określoną w pozycji 2 wykazu jest odwołanie się do definicji działania realizowanego w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki, którym posługuje się umowa z nr DZF/BDG-III-POKL-46/10 z dnia 24 sierpnia 2010 r. zawarta pomiędzy MRR a Odwołującym. Umowa ta przewiduje bowiem, iż jej zakresem jest objęte wykonanie usługi 43 kontroli działań realizowanych w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki, przy czym m.in. w pkt i) i j) ujęto kontrole projektów w zakresie zachowania trwałości w ramach SPO RZL i PIW EQUAL. Taka kwalifikacja na potrzeby powyższej umowy nie zmienia sposobu, w jaki należy oceniać sam kontrolowany projekt i zasady jego finansowania. Odwołujący w istocie nie kwestionował, iż projekty (ich realizacja) podlegające kontroli w zakresie zachowania zasady trwałości zgodnie z § 2 ust. 1 lit. i) i j) umowy, były współfinansowane ze środków pochodzących z innych Programów niż PO KL. Podnosił okoliczność, iż kontrola tych projektów była przeprowadzona w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki, a same projekty były współfinansowane ze środków Unii Europejskiej, co łącznie, zdaniem Odwołującego, zapewnia realizację wymogu Zamawiającego. Jak było wskazane powyżej Izba nie podziela powyższej interpretacji. To że w ramach danego działania PO KL mieści się kontrola projektów finansowanych z innych środków Unii Europejskiej, a zatem sama kontrola wykonywana jest w ramach PO KL, a projekty są współfinansowane ze środków UE, nie wystarczy dla spełnienia warunku postawionego przez Zamawiającego, gdyż taka wykładnia rozdziału VI pkt 1 lit. b) SIWZ jest sprzeczna z jego literalnym brzmieniem. Tym samym projekty współfinansowane z PIW EQUAL oraz SPO RZL wykazane w pozycji nr 2 wykazu nie spełniają wymogu współfinansowania projektów ze środków Unii Europejskiej w ramach PO KL, jak tego wymagano w treści SIWZ. Ponadto wiedza i doświadczenie nabyte przy wykonywaniu kontroli jedynie realizowanej/finansowanej w ramach PO KL nie gwarantuje pozyskania umiejętności niezbędnych dla wykonywania przedmiotu zamówienia objętego niniejszym Postępowaniem. Jak bowiem przyznawał Odwołujący, zapewnia znajomość procedur kontrolnych obowiązujących w PO KL, jednak merytoryczna weryfikacja zgodności projektu z postanowieniami umowy dotyczy zasad określonych w Programie, z którego projekt był finansowany. Odwołujący nie dowodził, ani nawet tak nie twierdził, iż wszelkie zasady w tym zakresie są tożsame dla PO KL, SPO RZL i PIW EQUAL. Nie sposób zatem zakładać, iż w zakresie wiedzy i doświadczenia Zamawiający sformułował opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu wedle całkowicie odmiennych założeń niż w zakresie warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a co więcej w sposób nie gwarantujący mu pozyskanie wykonawcy posiadającego doświadczenie w

realizacji zamówień odpowiadających przedmiotowi zamówienia określonego w niniejszym Postępowaniu (de facto zaprzeczałoby to sformułowaniu wynikającemu z rozdziału VII pkt 2.2. SIWZ, gdzie Zamawiający wskazywał w odniesieniu do treści wykazu wykonanych usług stanowiącego załącznik nr 4 do formularza ofertowego: „Z powyższego wykazu musi jednoznacznie wynikać spełnienie przez Wykonawcę warunku opisanego w rozdziale VI SIWZ tj. za usługę odpowiadającą swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia Zamawiający rozumie przeprowadzenie co najmniej trzech usług kontroli lub audytu zewnętrznego projektów współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki, polegające na sprawdzeniu zgodności realizacji projektu i poniesionych wydatków z postanowieniami umowy, wykonane na zlecenie podmiotu zewnętrznego, o wartości każdej usługi nie mniejszej niż 100 000,00 zł brutto każda”). Ponadto słusznie zauważał Zamawiający, iż odniesienie do pojęcia projektu jedynie wymogu współfinansowania ze środków Unii Europejskiej, zaś wymogu „w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki” do kontroli/audytu, w istocie nie niosłoby ze sobą żadnego merytorycznego znaczenia, gdyż w ramach PO KL mogą być realizowane/finansowane tylko kontrole projektów współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej. Odwołujący nie wykazał ani nie twierdził, iż może być inaczej.

Ta sama argumentacja jak prezentowana powyżej znajduje zastosowanie również do tezy, iż treść wymogu „współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki” można odnosić tylko do kontroli/audytu, abstrahując od określenia źródła finansowania samego projektu (taka argumentacja pojawiła się na rozprawie).

Uwzględniając powyższe, zdaniem Izby, brak jest zatem uzasadnienia zarówno opartego na wykładni gramatycznej jak i celowościowej spornego postanowienia SIWZ dla interpretacji prezentowanej przez Odwołującego. Zdaniem Izby brak jest również uzasadnienia dla jakiegokolwiek innej wykładni niż ta wynikająca bezpośrednio z literalnego sposobu sformułowania ww postanowienia SIWZ, tj. iż Wykonawca miał zamieścić w wykazie co najmniej 3 usługi kontroli lub audytu zewnętrznego, które to kontrole lub audyty winny dotyczyć projektów współfinansowanych ze środków Unii Europejskiej w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki. W ocenie Izby w istocie źródłem wątpliwości co do jego wykładni jest nie tyle samo brzmienie warunku, co treść uzasadnienia wykluczenia Odwołującego z postępowania odwołująca się m.in. do źródła finansowania kontroli, a nie jednoznacznie projektów, co jednak, zdaniem Izby, ma znaczenie wtórne wobec weryfikacji zasadności zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Należy także podkreślić, iż Odwołujący w pozycji 2 wykazu usług wskazał wybrane przez siebie projekty (13 spośród 43 objętych umową z Ministrem Rozwoju Regionalnego) oraz załączył protokoły odbioru dotyczące kontroli tych projektów, przy czym uczynił to na skutek wezwania do uzupełnienia dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Toteż bez znaczenia dla oceny prawidłowości wykazania przez Odwołującego spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia jest fakt, czy pozostałe projekty objęte umową z MRR mogłyby być uznane za zgodne z treścią warunku wskazanego w SIWZ. Odwołujący, który dokonał samodzielnego wyboru projektów najbardziej odpowiadających według niego treści wymogu SIWZ, nie ma już bowiem możliwości uzupełnienia wykazu z uwagi na wyczerpanie procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem ma ona charakter jednorazowy.

Natomiast w zakresie zarzucanego naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp stwierdzić należy, iż z treści przedstawionych wraz z wykazem protokołów odbioru usług w zakresie projektów realizowanych w ramach PIW EQUAL oraz SPO RZL wynikał zarazem sposób ich finansowania. Żądanie wyjaśnień nie było tym samym niezbędne. Wątpliwość dotyczyć mogła projektu finansowanego z Funduszy Pomocowych Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury, gdzie Zamawiający przyznał, iż nie weryfikował, w ramach jakiego programu finansowany był przedmiotowy projekt. Nawet jednak gdyby istotnie projekt finansowany z Funduszy Pomocowych Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury był objęty PO KL, zaniechanie wezwania do wyjaśnień w tym zakresie pozostaje bez wpływu na wynik postępowania. Pozostałe 10 projektów, które z pewnością nie są zgodne z treścią wymogu Zamawiającego stanowi bowiem 109 226,60 zł brutto wartości wykazanej usługi (w wykazie 141 994,58 zł brutto). Nie został zatem spełniony wymóg wartości każdej usługi co najmniej 100 000, 00 zł brutto.

Ponadto, w ocenie Izby, także rzeczowy zakres usług wskazanych w pozycji 2 wykazu obejmujący kontrole zachowania zasad trwałości projektów finansowanych w ramach SPO RZL oraz PIW EQUAL (10 projektów) nie odpowiada literalnej treści warunku, gdzie usługa miała polegać na sprawdzeniu zgodności realizacji projektu i poniesionych wydatków z postanowieniami umowy. Jak przyznawał sam Odwołujący badanie zachowania zasad trwałości projektu dotyczy zwykle etapu po jego zakończeniu. Odwołuje się do wąskiego zakresu postanowień umowy i w istocie nie polega na szczegółowej analizie sposobu realizacji projektu i wydatkowania środków w takim zakresie, jakiego oczekuje Zamawiający od wykonawcy zamówienia objętego przedmiotowym Postępowaniem. Zgodnie z umową z MRR kontrola w tym zakresie obejmowała bowiem: 1) określenie, co podlega zasadzie trwałości w ramach każdego z wybranych projektów, na podstawie materiału *Trwałość projektów finansowanych z Europejskiego Funduszu Społecznego*, stanowiącego Załącznik

nr 1 do Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (np. zakupiony sprzęt x w ilości y), 2) weryfikacji, czy w ramach wyłonionych projektów zachowano zasadę trwałości, czy też doszło do naruszeń w tym zakresie, a jeśli tak, to w jakim zakresie (np. zakupiony sprzęt nie jest wykorzystywany w kontrolowanych placówkach do celów zgodnych z celami projektu), 3) weryfikacji wypełniania zobowiązań promocyjno-informacyjnych (weryfikacja oznakowania miejsca realizacji projektu, zakupionego sprzętu oraz prawidłowości stosowania znaków graficznych Europejskiego Funduszu Społecznego i Unii Europejskiej) w zakresie podlegającym zasadzie trwałości (np. zakupiony sprzęt jest właściwie oznakowany), 4) weryfikacji przestrzegania zasad archiwizacji dokumentacji projektowej. Weryfikacja zakresu kontroli odbywać się miała na podstawie *Listy sprawdzającej do kontroli trwałości* stanowiącej Załącznik nr 2 do Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia. Z powyższego wynika zatem, iż zakres kontroli jest znacznie węższy i nie obejmuje w szczególności weryfikacji zgodności poniesionych wydatków z postanowieniami umowy (np. kwalifikowalności wydatków, przestrzegania stosownych procedur itp.). Słusznym jest zatem argumentacja Zamawiającego podnoszona w odpowiedzi na odwołanie, iż kontrole w zakresie trwałości projektów finansowanych z SPO RZL i PIW EQUAL podlegają innym zasadom niż kontrole projektów w trakcie realizacji współfinansowanych z PO KL. Tym samym doświadczenia nabytego w takich kontrolach nie można uznać za wystarczające, aby potwierdzało spełnienie wymogu postawionego przez Zamawiającego. Wprawdzie powyższa argumentacja nie została zawarta w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego, a dopiero w odpowiedzi na odwołanie, jednak Izba, oceniając spełnienie przez Odwołującego wymogów wynikających z SIWZ, zobligowana była odnieść się także do tego argumentu.

Z uwagi na powyższe Izba uznała, iż nie zachodzą podstawy do uwzględnienia odwołania na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, toteż orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący .....**