

**Sygn. akt: KIO 972/17**

**WYROK**  
**z dnia 29 maja 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Sylwia Jankowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 maja 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 maja 2017 r. przez Wykonawcę **W. T.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą C&T System W. T. w Świdnicy przy ul. Żeromskiego 36/8 (58-100 Świdnica) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Związek Powiatów Województwa Dolnośląskiego** ul. Sikorskiego 21 (67-200 Głogów)

przy udziale

Wykonawcy **ITTI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Poznaniu przy ul. Rubież 46 (61-612 Poznań) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

**1 Oddala odwołanie.**

2.1 Kosztami postępowania obciąża Wykonawcę W. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą C&T System W. T. i:

2.2 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę W. T., tytułem wpisu od odwołania;

2.3 zasądza od Wykonawcy W. T. prowadzącego działalność pod firmą C&T System W. T. na rzecz Zamawiającego – Związku Powiatów Województwa Dolnośląskiego kwotę 3.600,00 zł. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od

dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Legnicy**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Związek Powiatów Województwa Dolnośląskiego w trybie przetargu nieograniczonego na *wybór zewnętrznego Podmiotu Zarządzającego Projektem pn. Platforma Elektronicznych Usług Geodezyjnych – PEUG* (nr ref. ZPWD.02.2017), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 30.03.2017 r., 2017/S 063-118275, Wykonawca W. T. (dalej jako Odwołujący), wniósł w dniu 15 maja 2017 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 972/17). Odwołanie dotyczy czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, o której Zamawiający poinformował w dniu 5 maja 2017 r., a także zmiany warunku udziału w postępowaniu po upływie terminu składania ofert i zaniechania dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Przez opisane czynności i zaniechania Zamawiający dopuścić miał się naruszenia przepisów:

1. art. 7 ust 1 ustawy Pzp w zw. z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający uprawniony jest do interpretacji warunku dotyczącego się zdolności wykonawcy w sposób, który prowadzi de facto do zmiany tego warunku po upływie terminu składania ofert;
2. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert względem opublikowanej treści siwz, a co za tym idzie jest zobowiązany do weryfikacji zdolności Odwołującego w odniesieniu do literalnego brzmienia siwz, z pominięciem treści niezwerbalizowanych w opublikowanym dokumencie;
3. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający jest uprawniony do uznania, że pomimo iż Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta nie podlega wykluczeniu, Zamawiający może zaniechać wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, choć zgodnie z kryteriami winna być wybrana.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia go z postępowania, dokonania ponownej oceny oferty Odwołującego w oparciu o literalną treść warunku i dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Podstawa zarzutów stawianych Zamawiającemu wynika z wykładni warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 5.2.3 siwz – zdolność techniczna, w którym Zamawiający wymagał wykonania co najmniej 1 usługi polegającej na pełnieniu funkcji inżyniera projektu lub innej o charakterze kierowniczym i/lub nadzorczym nad realizacją projektu partnerskiego

obejmującego minimum 10 JST o wartości realizowanego/nadzorowanego projektu nie mniejszej niż 5 mln zł.

Odwołujący wraz z ofertą złożył wykaz doświadczenia, który nie potwierdzał spełniania warunku udziału w postępowaniu i Zamawiający na podstawie art. 22a ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp wezwał do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających dysponowanie zdolnością techniczną lub zawodową. Odwołujący polegając na zdolnościach podmiotu trzeciego wykazał się projektem realizowanym w ramach partnerstwa publiczno-prawnego, (potwierdzającego warunek dotyczący „projektu partnerskiego”), obejmującym 21 powiatów i 101 gmin (potwierdzającego spełnienie warunku: „obejmującego minimum 10 JST”). Zamawiający w siwz nie wskazał, że „projekt partnerski” należy definiować, jako „wspólną realizację zadań”, zatem Odwołujący stosując się do wytycznych uznał, iż projekt spełnia warunek udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał na odpowiedź Zamawiającego, jakiej udzielił w piśmie z dnia 7 kwietnia 2017 r. na pytanie nr 1, w której odmówił dokonania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu przed złożeniem oferty dodając, iż warunek wynika z zapisów wniosku o dofinansowanie. Wniosek do którego odesłał nie został udostępniony wykonawcom, a z przekazanych wraz z siwz dokumentów nie wynika, że „projekt partnerski” oznacza wyłącznie „wspólną realizację zadań”. Generalne wytyczne Ministerstwa Rozwoju Regionalnego prezentowane w opracowaniu „Partnerstwa w Programie Operacyjnym Kapitał Ludzki” nie zawężają partnerstwa wyłącznie do „wspólnej realizacji zadań”. Przeciwnie, partnerstwo publiczno-prawne, zlecenie zadania publicznego podmiotowi, a nawet zakup usługi od innego podmiotu są traktowane jako „partnerstwo”.

Zamawiający wykluczając Odwołującego powołał się na warunek, który nie ma odzwierciedlenia w opublikowanej treści siwz, gdyż Zamawiający stwierdził, że usługa nie była wykonana w partnerstwie minimum 10 JST wyjaśniając dalej, iż „potwierdzeniem realizacji w partnerstwie są odpowiednie zapisy wynikające z zawartej umowy o dofinansowanie realizacji projektu oraz np. umowa partnerska”.

Odwołujący w piśmie z dnia 27 kwietnia 2017 r. wyjaśnił, że projekt był realizowany w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego, na podstawie umowy partnerskiej, zawartej pomiędzy marszałkiem województwa, a partnerem prywatnym, obejmował 21 powiatów i 101 gmin, która znajduje się w ogólnodostępnej bazie projektów realizowanych w formule partnerstwa publiczno-prywatnego, który spełnia warunek wskazany w pkt 5.2.3 siwz. Zamawiający wykluczył Wykonawcę z postępowania wskazując, że projekt nie był realizowany w partnerstwie jednostek samorządu terytorialnego. Taka wykładnia warunku stanowi w ocenie Odwołującego niedozwoloną jego zmianę na gruncie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp.

W dalszej części Odwołujący przywołał fragmenty uzasadnień z wyroków KIO, w których negatywnie odnoszono się do wadliwości działań zamawiających, którzy dokonywali nadinterpretacji wymagań zawartych w siwz po otwarciu ofert. Ponieważ Zamawiający nie dał w siwz wyrazu swoim intencjom, nie jest dopuszczalne na obecnym etapie postępowania modyfikowanie treści siwz i dokonywanie negatywnej oceny zdolności w odniesieniu do nadinterpretowanego warunku. Takie działanie ocenił jako nielegalne na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Konsekwencją wadliwej czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania jest zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż to jego oferta powinna być uznana za najkorzystniejszą.

Do postępowania odwoławczego przystąpił w dniu 19 maja 2017 r. po stronie Zamawiającego Wykonawca ITTI Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej określany jako ITTI).

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie. Zamawiający odniósł się do specyfiki realizowanego projektu, finansowanego z środków Unii Europejskiej. We wniosku o dofinansowanie projektu wskazani zostali członkowie Związku Powiatów Województwa Dolnośląskiego (23 powiaty), którzy są zaangażowani we wspólną realizację projektu. W związku z niezbędnym zaangażowaniem wszystkich partnerów od etapu powstania koncepcji projektu do zakończenia realizacji wspólnego przedsięwzięcia, tj. zamknięcia i rozliczenia projektu, wszyscy partnerzy wnoszą do projektu zasoby ludzkie, organizacyjne, techniczne oraz finansowe, stosownie do zakresu udziału w projekcie. Szczegółowa charakterystyka zasobów określona została min. w koncepcji projektu oraz w studium wykonalności. Realizacja projektu odbywa się na warunkach określonych w umowie partnerskiej z dnia 22.02.2016 r. Zgodnie z art. 28 a ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz. U. Nr 227, poz. 1658 ze zm.) przewiduje, że *w celu wspólnej realizacji projektów, o których mowa w art. 28 ust. 1, w zakresie określonym przez instytucję zarządzającą, mogą być tworzone partnerstwa przez podmioty wnoszące do projektu zasoby ludzkie, organizacyjne, techniczne lub finansowe, realizujące wspólnie projekt zwany dalej „projektem partnerskim” na warunkach określonych w porozumieniu lub umowie partnerskiej lub na podstawie odrębnych przepisów.* Zamawiający oczekiwał doświadczenia w zarządzaniu projektami partnerskimi, w którym siedziby partnerów zlokalizowane są na dużym obszarze, a wszyscy partnerzy, jako strona umowy, są bezpośrednio zaangażowani w realizację projektu. Doświadczenie Odwołującego (podmiotu trzeciego) związane jest natomiast z zarządzaniem projektem realizowanym przez jedną jednostkę samorządu terytorialnego we współpracy z podmiotem prywatnym. Zamawiający wystąpił do Urzędu Marszałkowskiego Województwa Warmińsko-Mazurskiego o udostępnienie umowy nr POPW.02.01.00-28-043/10-00 o dofinansowanie projektu, z której

wynika, że nie był on realizowany w partnerstwie jednostek samorządu terytorialnego tylko przez Samorząd Województwa Warmińsko-Mazurskiego.

Zgodnie z wnioskiem o dofinansowanie projektu w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Dolnośląskiego 2014-2020, Zamawiający zobowiązany jest do jego realizacji z udziałem podmiotu posiadającego doświadczenie w zarządzaniu projektami partnerskimi z udziałem co najmniej 10 Partnerów (JST).

Zamawiający zaprzeczył, aby dokonał rozszerzenia treści warunku poprzez interpretację „projektu partnerskiego obejmującego minimum 10 JST”, jako „projekt w partnerstwie minimum 10 JST”. Zarówno wykładnia literalna, systemowa, jak i celowościowa prowadzi do wniosku, że Zamawiający miał na względzie „wspólną realizację zadań” przez Partnerów oraz ustalenie zdolności i doświadczenia Wykonawcy w obsłudze mnogości podmiotów po stronie Zamawiającego. Formułując warunek kierował się rodzajem oraz zakresem przedmiotu zamówienia, który będzie realizowany w partnerstwie 23 JST zlokalizowanych na terenie całego województwa dolnośląskiego. Zamawiający uznał, iż pytanie z dnia 7 kwietnia 2017 r. nie dotyczyło tego jak rozumieć „projekt partnerski”, tj. czy jako projekt w partnerstwie między JST, czy też w jakiegokolwiek innej formie współpracy, jak również nie dotyczyło tego czy ma on być wykonywany przy udziale 10 JST jako strony umowy, czy też na obszarze 10 JST. Stąd jego odpowiedź nie dotyczyła wykładni warunku udziału w postępowaniu, bowiem nie posiadał wiedzy, aby zapis siwz mógł być niezrozumiały dla potencjalnych oferentów.

Partnerstwo publiczno-prywatne (PPP) nie jest jednym z rodzajów partnerstw, a jednym ze sposobów współdziałania podmiotów. Określenie „partnerstwo” nie zostało w żadnym akcie prawnym czy wytycznych zdefiniowane w sposób wprost uwzględniający PPP. Dokument przygotowany na zlecenie Ministerstwa Rozwoju Regionalnego *Ocena realizacji projektów partnerskich realizowanych w ramach krajowych i regionalnych programów operacyjnych w okresie perspektywy finansowej 2007-2013* definiuje PPP jako formę współpracy podmiotów publicznych oraz prywatnych w celu realizacji zadań publicznych przez podmioty prywatne lub z ich udziałem. Jako projekt z definicji związany z „przekazaniem realizacji zadań”, PPP ma zatem zasadniczo inny cel i strukturę, niż partnerstwo dla „wspólnej realizacji zadań”. Z wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego Funduszu Społecznego oraz Funduszu Spójności na lata 2014-2020, autorstwa Ministerstwa Rozwoju nr MR/H 2014-2020/12(02)/09/2016 (rozdział III pkt 1), *partner jest to podmiot w rozumieniu art. 33 ust. 1 ustawy wdrożeniowej, który jest wymieniony w zatwierdzonym wniosku o dofinansowanie projektu, realizujący wspólnie z beneficjentem i ewentualnie innymi partnerami projekt na warunkach określonych w umowie o dofinansowanie i porozumieniu albo umowie o partnerstwie i wnoszący do projektu zasoby ludzkie, organizacyjne, techniczne lub finansowe. Projekt partnerski natomiast jest to projekt*

w rozumieniu art. 33 ustawy wdrożeniowej. Wskazany przepis przewiduje, iż w celu wspólnej realizacji projektu, w zakresie określonym przez instytucję zarządzającą krajowym programem operacyjnym albo instytucję zarządzającą regionalnym programem operacyjnym, może zostać utworzone partnerstwo przez podmioty wnoszące do projektu zasoby ludzkie, organizacyjne, techniczne lub finansowe, realizujące wspólnie projekt, zwany dalej „projektem partnerskim”, na warunkach określonych w porozumieniu albo umowie o partnerstwie. Umowa na, którą powołał się Odwołujący nie może być kwalifikowana jako projekt partnerski w rozumieniu Wytycznych w zakresie kwalifikowalności wydatków i art. 33 ust. 1 ustawy wdrożeniowej, gdyż podmiot prywatny – Otwarte Regionalne Sieci Szerokopasmowe Sp. z o.o., nie był uwzględniony w ramach wniosku i umowy o dofinansowanie i został włączony do projektu w terminie późniejszym na podstawie umowy z 19.04.2013 r. Oznacza to, że ORSS Sp. z o.o. nie spełnia definicji partnera wynikającej z ustawy i załączników do siwz.

### **Stanowisko Izby**

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

W pierwszej kolejności, odnosząc się do interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, w rozumieniu art. 179 ust. 1 Ustawy należało uznać, iż w świetle stanu faktycznego postępowania, w którym Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania zachodziła potrzeba ochrony interesu w postępowaniu, co realizowane jest poprzez wniesienie odwołania. Decyzja o wykluczeniu Odwołującego z postępowania została podjęta wobec oferty, która według rankingu ofert przygotowanego na dzień 13.04.2017 r. uzyskała najwyższą liczbę punktów (100), a zatem wnosząc odwołanie Wykonawca mógł zakładać, iż przywrócenie go do postępowania może doprowadzić do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. W świetle powyższego, należało przyjąć, iż sytuacja Odwołującego wymagała podjęcia czynności prawnych w postaci wniesienia odwołania, które służy ochronie jego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz przeciwdziała niekorzystnym dla tego Wykonawcy czynnościom Zamawiającego podjętym w postępowaniu (art. 179 ust. 1 Ustawy).

Na podstawie specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), dokumentacji przedłożonej w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym oferty Odwołującego, a także prezentowanych na rozprawie stanowisk i dowodów, Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Zamawiający w pkt 5.2.3 siwz określił warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, który wykonawca miał spełnić przez wykazanie, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej 1 usługę, polegającą na pełnieniu funkcji inżyniera projektu lub innej o charakterze kierowniczym i/lub nadzorczym nad realizacją projektu partnerskiego obejmującego minimum 10 JST; wartość realizowanego projektu nie może być mniejsza niż 5 mln zł.

Zamawiający w dniu 7 kwietnia 2017 r. udzielił odpowiedzi na pytanie nr 1 z dnia 4 kwietnia 2017 r., dotyczące wyjaśnienia warunku z pkt 5.2.3 siwz:

*Czy Zamawiający uzna warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert wykonał usługę polegającą na pełnieniu funkcji inżyniera projektu lub innej o charakterze kierowniczym i/lub nadzorczym dla projektu obejmującego minimum 10 partnerów / jednostek organizacyjnych / oddziałów o wartości realizowanego / nadzorowanego projektu nie mniejszej niż 5 mln zł?*

Zamawiający wskazał, iż *nie może dokonać oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu przed złożeniem oferty. Należy jednak dodać, iż warunek udziału w postępowaniu wynika z zapisów wniosku o dofinansowanie.*

Zamawiający na rozprawie przedłożył wniosek o dofinansowanie, w którym dla zewnętrznego podmiotu zarządzającego projektem wskazano doświadczenie w zarządzaniu projektami partnerskimi z udziałem co najmniej 10 Partnerów (JST) (...) Wniosek ten nie stanowił załącznika do siwz udostępnionej wykonawcom. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia odnosi się do Partnerów, a także projektu partnerskiego – pkt I: *Związek Powiatów Województwa Dolnośląskiego pełni rolę Lidera w ramach projektu partnerskiego obejmującego 23 Jednostki Samorządu Terytorialnego (Partnerów). W koncepcji Projektu Zamawiający zdefiniował „Partnera”, jako podmiot wnoszący do projektu zasoby ludzkie, organizacyjne, techniczne i finansowe, realizujący wspólnie projekt, na warunkach określonych w porozumieniu lub umowie partnerskiej (pkt 2.36). W Studium Wykonalności, pkt 2.1 określone zostało, iż zgodnie z Umową partnerską projekt PEUG będzie realizowany w partnerstwie przez Lidera – ZPWD i 23 Powiaty Woj. Dolnośląskiego. Lider powołany został w 2013 r. przez 26 Powiatów, działa w oparciu o statut, zgodnie z którym realizuje m.in. cele polegające na informatyzacji zbiorów PZGiK, w obszarach wskazanych przez Członków Związku. Wybór Partnerów PEUG- zgodnie z art. 33 ust. 6 ustawy wdrożeniowej, tj. Lider dokonał wyboru do Projektu wyłącznie partnerów z sektora finansów publicznych (str. 10). Zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 9 ustawy o samorządzie powiatowym (...) powiaty w związku z art. 65 ust. 1 ustawy (...) są zrzeszone w Związku Powiatów Województwa Dolnośląskiego,*



*zwanym również w ramach niniejszego opracowania Liderem Partnerstwa, powołanym do wspólnej realizacji zadań, związanych z realizacją obowiązków wynikających z obowiązujących przepisów w zakresie geodezji i kartografii (pkt 2.2, str. 11/12).*

*W umowie o dofinansowanie Projektu zostały powtórzone definicje „Partnera” i „Projektu”. W Par. 1.14 „Partner” został określony jako podmiot wymieniony we wniosku o dofinansowanie uczestniczący w realizacji Projektu, którego udział jest uzasadniony, konieczny i niezbędny, wnoszący do Projektu zasoby ludzkie, organizacyjne, techniczne lub finansowe, realizujący Projekt wspólnie z Beneficjentem na warunkach określonych w porozumieniu lub umowie partnerskiej, zawartej przed złożeniem do Instytucji Zarządzającej wniosku o dofinansowanie.*

*Odwołujący przedstawił Zamawiającemu doświadczenie podmiotu trzeciego, jakie zdobył przy realizacji projektu „Sieć Szerokopasmowa Polski Wschodniej” (SSPW), dofinansowanego umową o nr POPW.02.01.00-28-043/10-00 (przedłożoną na rozprawie przez Zamawiającego). W par. 1 umowy o dofinansowanie (słowniczek) określono „Partnera”, jako podmiot wymieniony we wniosku o dofinansowanie Projektu realizujący Projekt wspólnie z Beneficjentem na podstawie umowy partnerskiej, wnoszący do Projektu zasoby ludzkie, organizacyjne, techniczne lub finansowe, wybrany zgodnie z art. 28a ustawy, uprawniony do ponoszenia wydatków kwalifikowanych, o ile możliwość ponoszenia wydatków przez Partnera w ramach realizacji Projektu została przewidziana w umowie partnerskiej (pkt 4). W par. 9 umowy o dofinansowanie (zasady realizacji Projektu) wskazano, iż w przypadku realizacji Projektu w formie partnerstwa za realizację przez Partnera obowiązków wymienionych w ust. 1 odpowiada Beneficjent (ust. 3). Podmiotami upoważnionymi do ponoszenia wydatków kwalifikowanych w ramach realizowanego Projektu są: Urząd Marszałkowski Województwa Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie, ul. Emilii Plater 1, 10-562 Olsztyn, NIP: 7392965551 (ust. 5). Przy tym postanowieniu umowy wskazano zgodnie z przypisem nr 4 - jednostkę organizacyjną Beneficjenta realizującą Projekt.*

Zamawiający otrzymał od Beneficjenta Projektu odpowiedzi na dwa pytania udzielone mailowo w dniu 22 maja 2017 r., w których wskazuje:

*Odpowiadając kolejno na poniższe pytania:*

*- czy projekt był realizowany w partnerstwie jednostek samorządu terytorialnego, które zostało określone we wniosku o dofinansowanie lub innym dokumencie NIE, natomiast w związku z wybudowaniem sieci z szerokim gronem samorządów (gmin i powiatów) z terenu województwa podpisano porozumienie ws Planu Cyfrowego 2025 dla Warmii i Mazur, które mówi m.in. o wspólnym utrzymaniu wybudowanej sieci SSPW i tworzeniu warunków do rozwoju społeczeństwa informacyjnego.*

- czy była podpisana umowa partnerska pomiędzy jednostkami samorządu terytorialnego na wspólną realizację projektu zawarta przed ubieganiem się o dofinansowanie NIE.

Zamawiający oceniając doświadczenie związane z opisanym projektem uznał, iż nie potwierdza ono wymaganego warunku udziału w postępowaniu i w dniu 5 maja 2017 r. wykluczył Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy. W uzasadnieniu wskazał, iż usługa nie dotyczyła projektu partnerskiego obejmującego min. 10 JST, a tym samym nie potwierdza spełniania warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, co było poprzedzone wezwaniem do wyjaśnień (25.04.2017 r.). Usługa realizowana na zasadach partnerstwa publiczno-prywatnego pomiędzy JST a podmiotem prywatnym nie potwierdza realizacji projektu w partnerstwie min. 10 JST, co Wykonawca poświadczył podając informację, iż usługa realizowana była na obszarze JST, jednak nie w partnerstwie z tymi jednostkami. Zamawiający będąc związany wnioskiem o dofinansowanie w części dotyczącej charakterystyki Zewnętrznego Podmiotu Zarządzającego Projektem, stanowiącym załącznik do zawartej umowy o dofinansowanie, był zobowiązany do prowadzenia postępowania z uwzględnieniem wszystkich zapisów w/w dokumentów.

#### **Uwzględniając powyższe Izba zważyła.**

Odwołanie podlega oddaleniu w całości.

Zarzuty kierowane wobec czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania Odwołujący opiera na odmiennej interpretacji warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 5.2.3 siwz, niż wskazana w uzasadnieniu przez Zamawiającego. Strony w sposób odmienny rozumiały zapis opisujący usługę referencyjną, polegającą na pełnieniu funkcji inżyniera projektu lub innej o charakterze kierowniczym i/lub nadzorczym nad realizacją projektu partnerskiego obejmującego minimum 10 JST. Zamawiający poprzez projekt partnerski rozumiał wspólną realizację zadań przez partnerów projektu – minimum 10 JST (jednostek samorządu terytorialnego). Odwołujący natomiast jako projekt partnerski rozumiał projekt realizowany w ramach partnerstwa publiczno-prawnego, realizowany na obszarze obejmujący 21 powiatów i 101 gmin. Nie było spornym, iż projekt PPP stanowi inny sposób realizacji projektu, niż wspólna realizacja zadań przez partnerów.

Tak wyznaczona oś sporu sprowadzała rozstrzygnięcie do ustalenia, czy Zamawiający w sposób zgodny z ustalonym warunkiem ocenił doświadczenie zdobyte przez inżyniera kontraktu przy nadzorze w ramach PPP jednego partnera prywatnego ORSS Sp. z o.o., realizującego projekt budowlany na rzecz beneficjenta, przy którym to projekcie nie było współpracy pomiędzy partnerami. Aby rozstrzygnąć, w jaki sposób należało ocenić takie doświadczenie, koniecznym było dokonanie wykładni warunku udziału w postępowaniu, co do której strony nie były zgodne. W ocenie Izby istotnym dla ustalenia treści warunku było

wyjaśnienie znaczenia pojęcia „projekt partnerski”, który nie został dookreślony przez Zamawiającego na etapie formułowania treści siwz przez wskazanie literalnie na „wspólną realizację zadań”. W tym obszarze odpowiedzi należy poszukiwać zarówno w przepisach ustawy wdrożeniowej – art. 33 ust.1 ustawy o zasadach realizacji programów w zakresie polityki spójności finansowanych w perspektywie finansowej 2014-2020 z dnia 11 lipca 2014 r. (Dz. U. poz. 1146 ze zm.), jak i w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia. Wskazany przepis przewiduje, iż *w celu wspólnej realizacji projektu, w zakresie określonym przez instytucję zarządzającą krajowym programem operacyjnym albo instytucję zarządzającą regionalnym programem operacyjnym, może zostać utworzone partnerstwo przez podmioty wnoszące do projektu zasoby ludzkie, organizacyjne, techniczne lub finansowe, realizujące wspólnie projekt, zwany dalej „projektem partnerskim”, na warunkach określonych w porozumieniu albo umowie o partnerstwie*. Odwołujący również wskazywał na ten akt prawny oraz normę opisaną w art. 33 ustawy wdrożeniowej z tym, że odnosił się do innej formy współpracy kilku podmiotów w realizacji projektu, min. PPP, jako formy współpracy podmiotów publicznych oraz prywatnych w celu realizacji zadań publicznych przez podmioty prywatne lub z ich udziałem.

PPP stanowi formę współpracy podmiotów w celu realizacji projektu, co nie budzi zastrzeżeń. Należy natomiast rozstrzygnąć, czy w świetle warunku udziału w postępowaniu projekt ten może być uznany za projekt partnerski. Nie można pominąć przy ocenie spełniania warunku wskazania na konieczność realizacji projektu partnerskiego, a nie jakiegokolwiek projektu. Jako projekt z definicji związany z „przekazaniem realizacji zadań”, PPP ma zatem zasadniczo inny cel i strukturę, niż partnerstwo dla „wspólnej realizacji zadań”. Aby prawidłowo ocenić przedstawną usługę nadzoru nad projektem należało przeanalizować zapisy umowy o dofinansowanie, złożoną przez Zamawiającego jako dowód w sprawie. Analiza umowy o dofinansowanie projektu wskazuje, iż mógł być on wykonany w formie partnerstwa, ale nie musiał. W par. 9 ust. 3 umowy o dofinansowanie (zasady realizacji Projektu) wskazano, iż w przypadku realizacji Projektu w formie partnerstwa za realizację przez Partnera obowiązków wymienionych w ust. 1 odpowiada Beneficjent. Ta sama umowa w par. 1 ust. 4 (słowniczek) definiuje „Partnera”, jako *podmiot wymieniony we wniosku o dofinansowanie Projektu realizujący Projekt wspólnie z Beneficjentem na podstawie umowy partnerskiej, wnoszący do Projektu zasoby ludzkie, organizacyjne, techniczne lub finansowe, wybrany zgodnie z art. 28a ustawy, uprawniony do ponoszenia wydatków kwalifikowanych, o ile możliwość ponoszenia wydatków przez Partnera w ramach realizacji Projektu została przewidziana w umowie partnerskiej*. Samo zatem ustalenie istnienia współdziałania podmiotu publicznego i prywatnego nie musiało jeszcze oznaczać partnerstwa w znaczeniu, jakie wynika z całokształtu umowy partnerskiej, które wymagałoby

ustalenia udziału „Partnera”, definiowanego w umowie, jako podmiot wymieniony we wniosku o dofinansowanie projektu realizujący projekt wspólnie z beneficjentem. Tym samym projekt partnerski, to projekt polegający na wspólnej realizacji przedsięwzięcia. Przedłożona na rozprawie odpowiedź beneficjenta wskazuje, iż projekt nie był realizowany w partnerstwie jednostek samorządu terytorialnego. Na rozprawie Odwołujący nie zaprzeczył temu, iż jedynym Partnerem był podmiot prywatny, który wykonywał roboty budowlane bez współdziałania z innymi podmiotami (Partnerami). W ocenie Izby wnioski Odwołującego dotyczące wykładni językowej warunku nie wynikały z rzeczywistej niejasności określenia „projekt partnerski”, używanego w przepisach właściwych oraz umowach o dofinansowanie projektów, ale budowanej na tej podstawie argumentacji, która pozwoliłaby inaczej ocenić doświadczenie w nadzorze, niż wynika to z zapisów umowy o dofinansowanie projektu. Odwołujący w piśmie procesowym przekonywał, iż projekt PPP może mieć walor partnerstwa w rozumieniu art. 33 ustawy wdrożeniowej, jednak pomijał istotny element partnerstwa, jakim jest wspólna realizacja zadań przez Partnera. Izba odnosząc się do przedstawionych dowodów doszła do przekonania, iż partnerstwo stanowi pojęcie szersze i obejmuje wszystkie formy współdziałania w ramach systematyki prezentowanej na schemacie, a więc „wspólną realizację zadań” – precyzowaną jako „partnerska” oraz „przekazania realizacji” – co może mieć postać PPP, zakupu usług od innego podmiotu, zlecenia zadania publicznego innemu podmiotowi.

Mając powyższe na uwadze Izba doszła do wniosku, iż użyty w opisie warunku zwrot „projekt partnerski” wymaga wspólnej realizacji zadań przez partnerów. Wynika to z koncepcji partnerstwa związanej z przedmiotem zamówienia, co nie może budzić wątpliwości z uwagi na szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, w którym Zamawiający definiuje lidera partnerstwa powołanego w ZPWD (definicja nr 13 OPZ), partnera, partnerstwo - projekt partnerski (str. 2, 4 szczegółowy opis przedmiotu zamówienia). Taki kierunek wykładni znajduje potwierdzenie w orzecznictwie sądowym, w którym podkreśla się potrzebę dokonywania wykładni siwz nie tylko zgodnie z samym literalnym brzmieniem spornych sformułowań, ale także z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia i oczekiwań zamawiającego (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 18.06.2014 r., sygn. V Ca 1235/14). Potrzeby Zamawiającego wynikały w sposób czytelny z opisu przedmiotu zamówienia, który wymagać będzie sprawowania nadzoru nad wspólną realizacją zadań przez 23 Partnerów (JST). Ponieważ sporny warunek miał na celu zweryfikowanie doświadczenia przyszłego wykonawcy, koniecznym było zapewnienie Zamawiającego, iż podoła on obowiązkowi koordynującemu – nadzorczym przy obsłudze mnogości podmiotów po stronie Zamawiającego, zlokalizowanych na terenie całego województwa dolnośląskiego. Pomocniczym dla prawidłowej interpretacji siwz, mogą być także wytyczne jakimi powinien

kierować się Zamawiający formułując warunek. Formułowanie warunku udziału w postępowaniu musi być związane z przedmiotem zamówienia. W wyroku z dnia 9.05.2014 r. Sąd Okręgowy w Krakowie sformułował tezę o niedozwolonym formułowaniu warunku, który nie wykazuje związku z przedmiotem zamówienia. *Warunek udziału, który abstrahuje od przedmiotu zamówienia zawsze ogranicza w sposób niedozwolony dostęp do zamówienia, gdyż nie będzie obiektywnego uzasadnienia dla jego zastosowania. Zamawiający może powiązać ze sposobem spełnienia świadczenia, szczególnymi warunkami wykonania zobowiązania, terminem wykonania, świadczeniami akcesoryjnymi, jak również skalą, zakresem zamówienia, gdyż te elementy składają się na charakterystykę przedmiotu zamówienia. Powiązanie z przedmiotem zamówienia opiera się na uwzględnieniu w opisie sposobu dokonania oceny spełniania warunku takich elementów, które występują w przyszłej umowie (składają się na całość przyszłego zobowiązania).* Przyjmując zatem, iż warunek udziału w postępowaniu pozostawał w związku z przedmiotem zamówienia, zwrot użyty w opisie warunku „projekt partnerski”, oznacza projekt realizowany przy współdziałaniu partnerów. Takiego odbioru opisu warunku mógł oczekiwać Zamawiający wychodząc z założenia, iż zamówienie kierowane jest do podmiotów, od których wymaga doświadczenia przy obsłudze projektów współfinansowanych z środków pochodzących z Unii Europejskiej, a więc obeznanych z wymaganiami, jakie muszą być dopełnione już na etapie składania wniosku o dofinansowanie. Kwestia dotycząca Partnera już w tym momencie nabiera znaczenia, gdyż musi być on wskazany we wniosku. Do tej znajomości odsyłał Zamawiający w odpowiedzi na pytanie, a skoro samo pytanie nie było skierowane na wyjaśnienie pojęcia „projekt partnerski”, to Zamawiający mógł przyjąć, iż warunek co do jego prawidłowe zrozumienia nie budzi zastrzeżeń.

Wskazanie w opisie warunku na „projekt partnerski obejmujący minimum 10 JST” nie mogło być inaczej rozumiane, niż wymóg współpracy minimum 10 JST (Partnerów projektu). Takie rozumienie wpisuje się w koncepcję wspólnej realizacji zadań, jaka ma miejsce w projekcie partnerskim. Wskazanie na ilość i rodzaj Partnerów odpowiada celowi zamówienia i potrzebom Zamawiającego, który we wniosku o dofinansowanie wskazuje 23 Partnerów (JST). Skoro element współpracy stanowi o istocie projektu partnerskiego, to wskazanie na JST miało ten skutek, że wyznaczało konieczną do spełnienia warunku cezurę ilości podmiotów ze sobą współpracujących przy projekcie w charakterze Partnerów, a nie zasięg terytorialny projektu. Informacja otrzymana od beneficjenta (Urzędu Marszałkowskiego Województwa Warmińsko-Mazurskiego) o zawarciu porozumienia ws Planu Cyfrowego 2025 dla Warmii i Mazur potwierdza, iż na etapie wdrażania projektu JST nie uczestniczyły w budowie sieci szerokopasmowej Polski Wschodniej, który był realizowany tylko przez Samorząd Województwa Warmińsko-Mazurskiego.

W świetle powyższego Izba uznała, iż odmienna wykładania warunku prezentowana przez Odwołującego dopiero po wykluczeniu z postępowania nie mogła być uznana za poprawną. Wykonawca miał możliwość zabezpieczenia swoich interesów na etapie poprzedzającym decyzję o złożeniu oferty, przez wystąpienie do Zamawiającego z zapytaniem wskazującym na konieczność wyjaśnienia pojęcia „projekt partnerski obejmujący minimum 10 JST”. Prezentowana na potrzeby postępowania odwoławczego wykładnia odbiegała od celu zamówienia, a także warunków projektu referencyjnego wyznaczonych umową o dofinansowanie. Skoro w samej umowie wskazano na możliwość realizacji projektu w partnerstwie na zasadach, do jakich odwoływał się Zamawiający, czyli „wspólnej realizacji projektu”, to nie może budzić wątpliwości, iż sama formuła PPP nie potwierdza jeszcze partnerstwa, o jakie chodziło Zamawiającemu. Nie można bowiem ustalić pomiędzy jakimi Partnerami projektu miała miejsce współpraca ukierunkowana na osiągnięcie celu projektu, a także, aby ilość Partnerów odpowiadała ilości potrzebnej do uznania, że Wykonawca podoła obowiązkowi, jakie wiązać się będą z realizacją zamówienia na rzecz Zamawiającego.

W świetle powyższego odwołanie w całości oddalono.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 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 ze zm.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis uiszczony przez Odwołującego oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego, stwierdzone rachunkiem złożonym przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nimi Odwołującego.

**Przewodniczący: .....**