

Sygn. akt: KIO 471/10

**WYROK**  
**z dnia 14 kwietnia 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

**Protokolant: Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Krajową Agencję Informacyjną „INFO” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 11-041 Olsztyn, Warkały 18** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę – Miasto Elbląg, 82-300 Elbląg, ul Łączności 1**

przy udziale „**INFOSTRATEGIA**” **Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba spółka jawna, 30-081 Kraków, ul. Królewska 57**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Uwzględni odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności wykluczenia Krajowej Agencji Informacyjnej „INFO” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 11-041 Olsztyn, Warkały 18 oraz dokonanie ponownej oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża „INFOSTRATEGIA” Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba spółka jawna, 30-081 Kraków, ul. Królewska 57 i nakazuje:**
  - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **7500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Krajową Agencję Informacyjną „INFO” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 11-041 Olsztyn, Warkały 18,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) przez „**INFOSTRATEGIA**” Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba spółka jawna, 30-081 Kraków, ul. Królewska na rzecz **Krajowej Agencji Informacyjnej „INFO”** spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 11-041 Olsztyn, Warkały 18, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, 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 **Elblągu**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasto Elbląg – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) /zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”/, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest usługa pełnienia funkcji inżyniera kontraktu przy realizacji projektu pn. *Budowa elektronicznej platformy edukacyjnej dla ludności regionu elbląskiego na bazie ESIP*.

Pismem przesłanym 18 marca 2010 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wynikach postępowania – wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę „INFOSTRATEGIA” Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba spółka jawna z Krakowa oraz o wykluczeniu Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp i odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 pzp.

Odwołujący 23 marca 2010 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie od wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty. Kopia odwołania została doręczona Zamawiającemu w tym samym dniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu:

- 1) naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp przez przyjęcie, iż Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i wykluczenie go z postępowania;
- 2) dokonanie badania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i oceny ofert z naruszeniem przepisów pzp i sporządzonej przez Zamawiającego specyfikacji istotnych warunków zamówienia /zwanej dalej w skrócie s.i.w.z./;
- 3) naruszenie przepisu art. 7 ustawy pzp.

W związku z postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł w odwołaniu o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności spełnienia warunków udziału w postępowaniu, oceny oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienia czynności wykluczenia z postępowania Odwołującego,
- 3) dokonania ponownej oceny ofert i wybór oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając podniesione zarzuty, Odwołujący podniósł w szczególności następujące okoliczności uzasadniające podniesione zarzuty.

Stanowisko Zamawiającego, iż Fundacja „Fundusz Współpracy” nie jest jednostką sektora publicznego jest niewłaściwe i opiera się na błędnym założeniu. Zamawiający

nie uzasadnił, na czym opiera swoje przekonanie, ponadto nie sprecyzował w s.i.w.z., w oparciu o jakie kryterium będzie oceniał, czy dana jednostka należy do sektora publicznego (a nie sektora finansów publicznych, który jest pojęciem nieco węższym). Tymczasem w oparciu o różne definicje sektora publicznego, zarówno słownikowe, jak i ustawowe można potwierdzić tezę, iż Fundacja „Fundusz Współpracy” należy do sektora publicznego.

W potocznym rozumieniu sektor publiczny określany jest mianem segmentu gospodarki składającego się z instytucji publicznych i wykonujących na zasadach niekomercyjnych zadania państwa.

W myśl art. 9 ustawy z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1420) do sektora finansów publicznych zalicza się, między innymi: państwowe lub samorządowe osoby prawne utworzone na podstawie odrębnych ustaw lub przepisów w celu wykonywania zadań publicznych. Tym samym Fundacja „Fundusz Współpracy” w pełni wyczerpuje znamiona powyższego przepisu, bowiem została założona we wrześniu 1990 roku, a ustanowił ją Skarb Państwa. Powołanie Fundacji wynikało z potrzeby stworzenia wyspecjalizowanej i sprawnie działającej organizacji, która w sposób przejrzysty zarządzałaby w imieniu rządu środkami pomocowymi i zarazem służyłaby pomocą realizatorom projektów wspieranych z pomocy zagranicznej. Zgodnie z ustawą o fundacjach z dnia 6 kwietnia 1984 (Dz. U. z 1984 r. Nr 21, poz. 97) jedynym fundatorem i tym samym właścicielem Fundacji „Fundusz Współpracy” jest Minister Skarbu.

Powyższy stan faktyczny potwierdza także stanowisko Głównego Urzędu Statystycznego, który do sektora publicznego zalicza wszystkie jednostki organizacyjne, w których własność Skarbu Państwa lub samorządu ma udział większy niż 50%. Do sektora publicznego (obok jednostek w podanym wyżej zakresie) należą również przedsiębiorstwa państwowe, spółki prawa handlowego z większościowym udziałem podmiotu publicznego oraz inne jednostki państwowe i samorządowe posiadające osobowość prawną. Ponadto według Instytutu Badań nad Gospodarką Rynkową wszystkie instytucje państwowe i komunalne finansowane ze środków publicznych, niezależnie od ich formy organizacyjnej, należą do sektora publicznego.

W myśl ustawy pzp podmiot publiczny jest pojmowany jako inna niż jednostka sektora finansów publicznych osoba prawna, utworzona w celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemająca charakteru przemysłowego ani handlowego. Warunkiem zaliczenia instytucji do podmiotów publicznych jest także to, że jednostki sektora finansów publicznych, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot: finansują je w ponad 50%, lub posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub mają prawo do powołania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego. Jednak w kontekście zaliczenia fundacji

do podmiotów publicznych ważne znaczenie będzie miał cel, jaki przyświecał przy jej tworzeniu, tj. czy została spełniona przesłanka, że utworzona została w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego.

Nie są to jedyne definicje sektora publicznego, bowiem istnieje wiele interpretacji, które włączają lub wyłączają z niego na przykład przedsiębiorstwa państwowe czy spółki komunalne.

Istotnym w przedmiotowej sprawie jest również charakter samego projektu realizowanego przed Odwołującym dla „Funduszu Współpracy”, tj. „Mentoring IT”, mający na celu opracowanie rezultatu w postaci kompleksowego oprogramowania komputerowego wspierającego proces naturalnej fluktuacji kadr z wykorzystaniem elementów zarządzania wiedzą i podnoszenia kwalifikacji zawodowych beneficjentów ostatecznych w ramach Programu Inicjatywy Wspólnotowej Equal.

Wobec powyższego oraz wobec faktu, iż Zamawiający nie sprecyzował w oparciu o co uznaje za jednostkę sektora publicznego, należy przyjąć, iż Fundacja „Fundusz Współpracy” jest jednostką sektora publicznego, a przedstawiona przez nią referencja potwierdza wykonanie usługi dla instytucji sektora publicznego, zatem wykonawca spełnia wszystkie warunki zawarte w s.i.w.z. Należy przy tym pamiętać, iż Zamawiający określając warunki udziału w postępowaniu ma na celu wyłonienie wykonawcy, posiadającego doświadczenie w zakresie usług tożsamy z przedmiotem zamówienia. W tej sytuacji Zamawiający nie powinien mieć wątpliwości, iż Odwołujący posiada doświadczenie w zakresie realizacji dwóch zadań finansowanych przez jednostki sektora publicznego.

Zamawiający 29 marca 2010 r. wniósł na piśmie odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości zarzuty Odwołującego i zobowiązał się do powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podniósł, iż nie podziela poglądu Odwołującego, że Fundacja „Fundusz Współpracy” mieści się w kategorii podmiotów publicznych, o których mowa w ustawie z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych i w cytowanym przez Odwołującego przepisie ustawy pzp. Jednakże z uwagi na niesprecyzowanie w s.i.w.z. w oparciu o jakie kryteria będzie oceniane czy jednostka należy do sektora publicznego, Odwołujący nie może ponosić negatywnych skutków braku precyzyjnego zapisu. Wobec braku legalnej definicji jednostki sektora publicznego należy uznać, że do kategorii jednostek sektora publicznego należy zaliczyć jednostki organizacyjne, w których Skarb Państwa lub samorząd terytorialny posiada większościowy udział. Przyjmując takie kryteria należy uznać, że Fundacja „Fundusz Współpracy”, której

jedynym fundatorem i właścicielem jest Skarb Państwa jest jednostką sektora publicznego.

Skoro Fundacja Fundusz Współpracy jest jednostką sektora publicznego, to Odwołujący spełnił warunek udział w postępowaniu w zakresie wykonania w sposób należyty w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej 2 usług polegających na zarządzaniu projektem w zakresie budowy informatycznych systemów zarządzania w sektorze publicznym o wartości powyżej 2 000 000,00 zł netto za każdy projekt.

25 marca 2010 r. Zamawiający przesłał do wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu informację o wniesieniu odwołania, wzywając ich do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

29 marca 2010 r. w poniedziałek (data wpływu do Krajowej Izby Odwoławczej) Wykonawca „INFOSTRATEGIA” Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba spółka jawna z Krakowa zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego oraz wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów odwołania, wnosząc oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Przystępujący nw uzasadnieniu swojego stanowiska przytoczył następujące okoliczności.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp, konstruując swoje zarzuty wobec tezy, iż Zamawiający błędnie nie uznaje usługi wykonanej dla Fundacji „Fundusz Współpracy” za usługę wykonaną w sektorze publicznym. Odwołujący wytknął przy tym, iż Zamawiający nie zdefiniował w s.i.w.z. co rozumie pod pojęciem jednostki sektora publicznego.

Zamawiający zasadnie uznał, iż Odwołujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu. W pierwszej kolejności wskazać należy, iż przedstawiona przez Odwołującego referencja nie potwierdza należytego wykonania usługi. Z dokumentu wynika bowiem, iż „Partnerstwo na Rzecz Rozwoju”, którego administratorem jest Krajowa Agencja Informacyjna „INFO” sp. z o.o., realizowała projekt „Mentoring poprzez IT” w ramach programu operacyjnego – Program Inicjatywy Wspólnotowej EQUAL dla Polski 2004-2006. Zgodnie ze znajdującym się na stronach programu EQUAL projektem umowy o dofinansowanie, tj. §1 pkt 4 administrator to beneficjent, któremu Instytucja Zarządzająca przyznała środki na realizację projektu. Drugą stroną umowy o dofinansowanie działania w ramach Programu Operacyjnego Program Inicjatywy Wspólnotowej EQUAL dla Polski 2004-2006 była właśnie Fundacja „Fundusz Współpracy”, jako tzw. Krajowa Struktura Wsparcia (§ 3 umowy). Z całą stanowczością należy stwierdzić, iż Fundacja „Fundusz Współpracy” nie była zleceniodawcą usługi. Tym samym Odwołujący przedstawił dokument

potwierdzający realizację przez siebie (i partnerów) projektu, a nie należyte wykonanie usługi polegającej na zarządzaniu projektem w zakresie budowy informatycznych systemów zarządzania w sektorze publicznym. Tym samym kwestia uznania lub nie Fundacji „Fundusz Współpracy” za jednostkę sektora publicznego nie przedstawia w kontekście oceny spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu żadnego znaczenia, albowiem Odwołujący nie wykonał na jej rzecz usługi, lecz jedynie realizował swój projekt, a przedstawione przezeń dokumenty to podziękowania za udział w jego realizacji.

Ustosunkowując się do zarzutów odwołania wskazać należy, iż to na Odwołującym spoczywał obowiązek pozyskania wszelkich informacji niezbędnych do przygotowania oferty. W przypadku wątpliwości, co do treści s.i.w.z. Odwołujący winien na zasadach określonych w art. 38 ustawy pzp zwrócić się ze stosownym wnioskiem do Zamawiającego. Specyfikacja została opublikowana 11.02.2010, i co więcej, w przypadku uznania, iż jej zapisy naruszają przepisy prawa, Odwołujący mógł wnieść w stosownym terminie odwołanie (art. 180 ust. 2 pkt 2 ustawy), bądź też poinformować Zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez niego lub zaniechaniu czynności do której był on zobowiązany. Jak to wynika z odwołania, a także z akt postępowania Odwołujący nie skorzystał z żadnej z powyższych możliwości. Zarzut przedstawiony w odwołaniu należy więc w pierwszym rzędzie uznać za spóźniony. Zarówno Zamawiający, jak i Przystępujący nie mogą ponosić konsekwencji zaniedbań Odwołującego w tym zakresie.

Ponadto, jak to wynika z treści odwołania, Odwołujący był świadom istnienia „różnych definicji” pojęcia sektor publiczny, w tym takich, które za jednostkę sektora publicznego nie pozwalają zakwalifikować Fundacji „Fundusz Współpracy”. Pomimo tego nie podjął żadnych czynności pozwalających wyjaśnić wątpliwości interpretacyjne. Nie sposób też zgodzić się z twierdzeniem, iż fundator jest właścicielem fundacji. Z istoty pojęcia własności wynika, że właściciel może z wyłączeniem innych osób korzystać z rzeczy zgodnie ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem swojego prawa, w szczególności pobierać pożytki i inne dochody z rzeczy. W tych samych granicach może rozporządzać rzeczą (art. 140 kc). Zgodnie natomiast z powołaną w uzasadnieniu odwołania ustawą z dnia 6 kwietnia 1984 r. o fundacjach (t.j. Dz. U. z 1991 r. Nr 46, poz. 203, z późn. zm.) fundator nie może czerpać majątkowych korzyści z faktu pomnażania przez fundację majątku, gdyż ten pomnożony majątek jest majątkiem fundacji, a nie fundatora. W przypadku, gdy cel fundacji zostanie zrealizowany, lub gdy fundacja realizuje go mniej efektywnie niż fundator pierwotnie zakładał, nie może on odzyskać przeznaczonych dla fundacji środków. Fundacja nie jest zatem majątkiem fundatora. Wypada natomiast dodać, że w potocznym rozumieniu sektor publiczny traktowany jest jako segment gospodarki narodowej finansowany podatkami i opłatami pobieranymi przez władze publiczne. Powyższe potwierdza bezsprzecznie, że Fundacja „Fundusz Współpracy” nie przynależy do sektora publicznego.

Przystępujący podnosi także, iż literalny zapis spornego punktu s.i.w.z., a to pkt. V.2 o treści: „Warunkiem udziału w postępowaniu jest wykonanie (...) co najmniej 2 usług polegających na zarządzaniu projektem w zakresie budowy informatycznych systemów zarządzania w sektorze publicznym” wskazuje, że chodzi tu o informatyczne systemy zarządzania które mają zastosowanie – funkcjonują w sektorze publicznym. W przeciwnym razie Zamawiający postawiłby zapewne następujący warunek: „Warunkiem udziału w postępowaniu jest wykonanie (...) co najmniej 2 usług dla sektora publicznego (w sektorze publicznym) polegających na zarządzaniu projektem w zakresie budowy informatycznych systemów zarządzania”. Tym samym usługa pn. „Mentoring poprzez IT” polegająca na stworzeniu systemu komputerowego o nazwie „IT Transfer” umożliwiającego szkolenie z wykorzystaniem elementów szkolenia asynchronicznego, synchronicznego oraz e-learningu będącego właściwie narzędziem edukacyjnym, nie spełnia warunku określonego przez Zamawiającego. Odwołujący pisząc o wykorzystaniu w programie „elementów zarządzania wiedzą i podnoszeniu kwalifikacji zawodowych beneficjentów ostatecznych” ma zapewne na myśli, iż użytkownik programu ma możliwość budowania własnej ścieżki nauki i monitorowania postępów w niej, a poprzez dostęp do wszystkich kursów i lekcji zamieszczonych w systemie może wybierać te, które najbardziej odpowiadają jego potrzebom.

Zarzuty stawiane przez Odwołującego, a to nieuznanie Fundacji „Fundusz Współpracy” za jednostkę sektora publicznego w świetle powyższego, tj. przedstawienia dokumentu potwierdzającego realizację własnego projektu na podstawie umowy o dofinansowanie, gdzie Fundacja Fundusz Współpracy jest Krajową Strukturą Wsparcia, a nie zleceniodawcą, należy uznać za bezzasadne. Tym samym nieuprawniony i sprzeczny z zasadami uczciwej konkurencji jest zarzut niesprecyzowania w s.i.w.z., co Zamawiający za sektor publiczny uznaje, kiedy to Odwołujący ma świadomość wątpliwości interpretacyjnych i nie dochowuje należytej staranności przy przygotowaniu oferty i nie korzysta z przewidzianych w ustawie środków w stosownych terminach celem ich wyjaśnienia, i co istotne, przedstawia dokument potwierdzający realizację własnego projektu a nie usługi. Nie sposób więc uznać, iż przedstawiona przez Odwołującego referencja potwierdza należyte wykonanie usługi w zakresie jakim wymagał tego Zamawiający.

Odwołanie nie zawiera braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Po ustaleniu z urzędu, iż odwołanie nie podlega odrzuceniu, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony i Uczestnik postępowania podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska, tj. odpowiednio wniesli o: Odwołujący – uwzględnienie odwołania, Zamawiający – uwzględnienie w całości zarzutów odwołania, Przystępujący – oddalenie odwołania.



## **Izba ustaliła, co następuje:**

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z 11 lutego 2010 r., pod numerem 39866-2010, w tym samym dniu Zamawiający udostępnił s.i.w.z. na swojej stronie internetowej ([www.umelblag.pl](http://www.umelblag.pl)).

Wartość zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i wynosi 128 073,04 zł, co stanowi równowartość 33 361,04 euro.

Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną (70 760,00 zł), która stanowi zgodnie z pkt. XIII pkt 2 s.i.w.z. jedyne kryterium oceny ofert.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera, między innymi, poniżej przytoczone postanowienia.

W pkt. V – *Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków:*

pkt 2: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia; Warunkiem udziału w postępowaniu jest wykonanie w sposób należyty w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej 2 usług polegających na zarządzaniu projektem w zakresie budowy informatycznych systemów zarządzania w sektorze publicznym o wartości powyżej 2 000 000,00 zł netto za każdy projekt (...)”.

W pkt. VI pkt 1 – *Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu,*

ppkt 1.2: „Wykaz wykonanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te usługi zostały wykonane należycie. Uwaga: a) W przedmiocie wykazanej usługi polegającej na zarządzaniu projektem w zakresie budowy informatycznych systemów zarządzania w sektorze publicznym należy podać informacje dotyczące wartości wykonanej usługi. b) Dla usług wymienionych w wykazie należy załączyć dokumenty potwierdzające, że te usługi zostały wykonane należycie”.

W poz. 2 tabeli dokumentu „Wykaz doświadczenia” załączonego do oferty Odwołującego wpisano następujące informacje: „Przedmiot: *Mentoring poprzez IT*

zarządzanie projektem, który zakładał budowę platformy edukacyjnej IT Transfer; data wykonania: 01.04.2005-01.06.2008; odbiorca: Fundacja Fundusz Współpracy; wartość projektu netto: 7307293,36 PLN; wartość usługi zarządzania brutto: Administrator projektu". Załączony do oferty Odwołującego dokument „Referencje”, wystawiony przez Fundację „Fundusz Współpracy”, zawiera następujące zapisy: „Projekt *Mentoring poprzez IT*, realizowany jest przez Partnerstwo na Rzecz Rozwoju, którego administratorem jest Krajowa Agencja Informacyjna INFO sp. z o.o. z siedzibą w Warkałach 18, w ramach programu operacyjnego – Program Inicjatywy Wspólnotowej EQUAL dla Polski 2004-2006. (...) W sumie kwota dofinansowania na wszystkie Działania w ramach projektu wynosi 9368324,82 PLN”. W wystawionym w imieniu Ministerstwa Rozwoju Regionalnego, pełniącego funkcję Instytucji Zarządzającej oraz Fundacji „Fundusz Współpracy”, pełniącej funkcję Krajowej Struktury Wsparcia Programu Inicjatywy Wspólnotowej EQUAL i załączonym do oferty drugim dokumencie dotyczącym poz. 2 „Wykazu doświadczenia”, znajduje się następujący zapis: „Wyrażamy serdeczne podziękowanie Partnerstwu na rzecz Rozwoju, Mentoring poprzez IT, w skład którego wchodzi: Krajowa Agencja Informacyjna Info Sp. z o.o., Fundacja na Rzecz Budowy Społeczeństwa Otwartego na Wiedzy *Nowe Media*, Warmińsko-Mazurski Związek Pracodawców Prywatnych, Zakład Elektronicznej Techniki Obliczeniowej w Olsztynie Sp. z o.o., za udział w realizacji Programu oraz podjęcie działań mających na celu wypracowanie nowych rozwiązań na rzecz wyrównania szans na rynku pracy”.

1 marca 2010 r. Zamawiający na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 pzp wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie wymaganego warunku doświadczenia, gdyż ze złożonego wykazu doświadczenia wynika, iż odbiorcą usługi wskazanej w pozycji 2 nie była jednostka sektora publicznego.

W odpowiedzi na wezwanie, 5 marca 2010 r. Odwołujący, nie składając żadnych nowych dokumentów, udzielił wyjaśnień, iż Fundacja „Fundusz Współpracy” jest jednostką sektora publicznego a przedstawiona przez nią referencja potwierdza wykonanie usługi dla instytucji sektora publicznego, zatem spełnił warunek określony w s.i.w.z.

18 marca 2010 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wynikach postępowania – wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę „INFOSTRATEGIA” Krzysztof Heller i Andrzej Szczerba spółka jawna z Krakowa z ceną 87 344,00 zł oraz o wykluczeniu Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp i odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 5 pzp.

Powyższe Izba ustaliła na podstawie znajdujących się w oryginalnej dokumentacji postępowania lub przekazanej przez Zamawiającego w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., oferty Odwołującego, oferty Przystępującego, protokołu postępowania oraz przywołanych pism i dokumentów.

**Izba zważyła, co następuje:**

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia 12 lutego 2010 r., Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny uwzględniający wejście w życie ustaw: z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz.1591) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 pzp, gdyż wykluczenie z postępowania i odrzucenie jego oferty pozbawia go możliwości uzyskania zamówienia, a tym samym naraża na poniesienie szkody.

Izba oddaliła opozycję Odwołującego i dopuściła Przystępującego do występowania po stronie Zamawiającego gdyż oddalenie odwołania umożliwi mu uzyskanie zamówienia, co stanowi spełnienie przesłanki posiadania interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił (art. 185 ust. 4 pzp). W ocenie Izby, uwzględnienie przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania nie powoduje utraty tego interesu, gdyż w przeciwnym razie żaden przystępujący wnoszący sprzeciw nie mógłby stać się skutecznie uczestnikiem postępowania odwoławczego. Jednocześnie Izba wskazuje, iż w przypadku zgłoszenia sprzeciwu, nie ma zastosowania reguła, iż czynności uczestnika postępowania odwoławczego nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił (art.185 ust. 5 in fine pzp).

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w tym dokumenty złożone przez Odwołującego na rozprawie, oraz oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestnika przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp, gdyż Zamawiający niezasadnie wykluczył Odwołującego z postępowania z uwagi na podaną w uzasadnieniu wykluczenia podstawę faktyczną wykluczenia. W ocenie Izby, nie zachodzi podstawa wykluczenia Odwołującego określona przez Zamawiającego jako brak

wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt V pkt 2 s.i.w.z., polegający na tym, iż ze złożonego dokumentu „Wykaz doświadczenia” wynika, że odbiorcą usługi wykazanej w pozycji 2. nie była jednostka sektora publicznego.

Przede wszystkim, we wskazanym postanowieniu s.i.w.z. w ogóle nie ma mowy o jednostce sektora publicznego, lecz o sektorze publicznym. Wobec tego argumentacja podnoszona przez Zamawiającego, Odwołującego i Przystępującego częściowo nie ma związku z literalnym brzmieniem warunku. W ocenie Izby, z postawionego warunku nie wynika wymóg by odbiorcą usługi polegającej na zarządzaniu projektem w zakresie budowy informatycznych systemów zarządzania w sektorze publicznym była jednostka sektora publicznego. Z kolei dookreślenie „projektu”, z punktu widzenia reguł składni języka polskiego, można rozumieć następująco. „Projekt” ów dotyczy: a) „budowy systemów (zarządzania)” – dwie przydawki dopełniaczowe, b) „systemów (zarządzania) w sektorze (publicznym)” – przydawka dopełniaczowa i określająca ją przydawka przyimkowa, c) „budowy w sektorze (publicznym)” – części zdania jak w b). Należy również zauważyć, że połączenie b) można odczytać jako połączenie eliptyczne, znaczące: „systemów zarządzania” funkcjonujących/będących „w sektorze publicznym”. Zatem wieloznaczność analizowanej części zdania wynika tu z niejednoznacznych związków składniowych, która z kolei ma swoje źródło w synonimicznej strukturze połączeń przydawkowych. Innymi słowy: czy przyjmujemy za punkt wyjścia linearny tok odczytania, czy też pójdziemy tropem obecnych w zdaniu połączeń nielinearnych, dookreślenie „projektu” jest wieloznaczne.

Izba wyraża pogląd, iż wobec braku definicji legalnej pojęcia sektora publicznego, a także braku takiej definicji w s.i.w.z., pojęcie to należy interpretować możliwie szeroko, gdyż brak precyzji Zamawiającego nie może działać na niekorzyść wykonawców, którzy mają prawo działać w zaufaniu do treści s.i.w.z., jeżeli nie budzi ona ich wątpliwości i jest dla nich korzystna. Opierając się na znaczeniu językowym, sektor to „część gospodarki narodowej traktowana odrębnie ze względu na określony typ własności jednostek gospodarczych”; publiczny oznacza „dotyczący ogółu, służący ogółowi ludzi, przeznaczony, dostępny dla wszystkich; ogólny, powszechny, społeczny, nieprywatny” (Uniwersalny słownik języka polskiego, wersja 2.0, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2006). W ocenie Izby Fundacja „Fundusz Współpracy”, z uwagi na to, iż jej fundatorem jest Skarb Państwa, została ustanowiona w celu stymulowania i wspierania demokratycznych przekształceń i rozwoju gospodarki polskiej oraz rozwoju społecznego (§ 1 i 2 oświadczenia o ustanowieniu fundacji), zgodnie z aktualnym statutem Fundacji: jej celem jest, m.in. wspieranie gospodarczego rozwoju Polski w dążeniu do skutecznego członkostwa w UE, realizując swoje cele statutowe Fundacja działa zgodnie z programami rozwoju gospodarczego i społecznego oraz polityki pomocy zagranicznej i rozwojowej, przyjętymi przez Rząd RP, Fundacja realizuje swoje cele w szczególności poprzez wdrażanie lub wspieranie wdrażania

programów pomocy zagranicznej realizowanych na terytorium RP, prowadzenie działalności społecznej i charytatywnej, informacyjnej, publikacyjnej, szkoleniowej i promocyjnej (§ 6 statutu), oraz fakt, iż Fundacja nie prowadzi działalności gospodarczej (§ 4 statutu) – może być uznana za instytucję działającą w ramach szeroko rozumianego sektora publicznego. Również sam projekt realizowany w ramach Działania 2 Programu EQUAL nosi znamiona projektu funkcjonującego w ramach tak rozumianego sektora publicznego.

Zdaniem Izby, „Wykaz doświadczenia” w poz. 2 wraz z załączonymi dokumentami nie mogą jednak zostać uznane za dokumenty sporządzone zgodnie z pkt VI ppkt 1.2 s.i.w.z. i potwierdzające spełnianie przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt V pkt 2 s.i.w.z. Zdaniem Izby, ze wskazanych postanowień s.i.w.z., jak również z obowiązujących przepisów dotyczących zamówień publicznych, w szczególności przepisu § 1 ust. 1 pkt 3 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), jednoznacznie wynika, iż w celu potwierdzenia warunku doświadczenia Odwołujący winien wykazać się należyłą realizacją umów odpłatnych zawartych między nim a innym podmiotem (niekoniecznie zamawiającym w rozumieniu pzp), których przedmiotem były usługi podobne do przedmiotu zamówienia. Tymczasem Odwołujący w poz. 2 „Wykazu doświadczenia” ujął realizację umowy o dofinansowanie działania w ramach programu operacyjnego – Program Inicjatywy Wspólnotowej EQUAL dla Polski 2004-2006, na podstawie której uzyskał jako beneficjent od Fundacji „Fundusz Współpracy”, działającej jako Krajowa Struktura Wsparcia w imieniu i na rzecz Ministerstwa Rozwoju Regionalnego – Instytucji Zarządzającej EQUAL, środki na realizację wraz z partnerami własnego projektu wypełniającego cele Działania 2 Programu EQUAL. Nie jest to zatem odpłatna umowa o realizację określonych usług, lecz umowa przyznająca Odwołującemu jako beneficjentowi środki finansowe na realizację projektu zgodnie ze zgłoszonym wnioskiem o dofinansowanie. Odwołujący wykonywał czynności składające się na zarządzanie projektem informatycznym nie jako usługę na zlecenie i na rzecz Fundacji „Fundusz Współpracy”, lecz jako realizację swojego własnego projektu, na który uzyskał dofinansowanie. Co prawda ustawa pzp i rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów nie zawężają wykazywanych usług do umów pomiędzy zamawiającym a wykonawcą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, dopuszczając zdobywanie doświadczenia w realizacji usług na rzecz podmiotów spoza kręgu zamawiających w rozumieniu pzp, jednak nie przewidują możliwości wykazywania się doświadczeniem zdobytym przez realizację określonych czynności na swoją własną rzecz w ramach własnego dofinansowanego projektu realizowanego w ramach unijnych programów operacyjnych. Spośród dwóch dokumentów załączonych do oferty na potwierdzenie prawidłowej realizacji poz. 2 wykazu, pierwszy, pomimo nazwy

„referencje”, jest wystawioną przez Fundację „Fundusz Współpracy” informacją o trwającej realizacji przez, m.in. Odwołującego, projektu „Mentoring poprzez IT” w ramach Programu Inicjatywy Wspólnotowej EQUAL, z podaniem kwot dofinansowania, drugi natomiast, stanowi podziękowania od Instytucji Zarządzającej oraz Fundacji „Fundusz Współpracy” – Krajowej Struktury Wsparcia za udział w projekcie realizującym cele Działania 2. Programu EQUAL, tj. wypracowanie nowych rozwiązań na rzecz wyrównywania szans na rynku pracy. Wobec tego przyjąć należy, że potwierdza on prawidłową realizację umowy o dofinansowanie, tzn. brak uchybień przy wykorzystaniu dofinansowania, a nie należytą realizację usługi realizowanej na podstawie odpłatnej umowy na rzecz tych instytucji. Bez znaczenia jest przy tym okoliczność, iż Krajowa Struktura Wsparcia i Instytucja Zarządzająca EQUAL są uprawnione do upowszechniania i korzystania z rezultatów projektu na mocy odrębnie zawartej umowy przenoszącej autorskie prawa majątkowe oraz udzielonej licencji na program komputerowy. Złożone dodatkowo przez Odwołującego na rozprawie dokumenty: strony 8 do 12 wniosku o dofinansowanie (suma kontrolna f483-c96b-4260-ef91), Umowa o dofinansowanie działania 2 w ramach Programu operacyjnego – Program inicjatywy wspólnotowej EQUAL dla polski 2004-2006 nr EQ/078/F/d2/2005 z 18 grudnia 2005, umowa przenosząca autorskie prawa majątkowe, Umowa licencyjna do programu komputerowego nr DZF/VII-EQUAL/APM/08/214 z 27 października 2008 r. oraz Opinia niezależnego biegłego rewidenta z 30 czerwca 2007 r. są tylko kolejnymi dowodami potwierdzającymi powyżej przedstawione ustalenia Izby.

Izba zważyła również, iż Odwołujący został wezwany przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 pzp do uzupełnienia dokumentów i w odpowiedzi na wezwanie nie złożył żadnych nowych dokumentów, poprzestając na złożeniu wyjaśnień. W doktrynie i orzecznictwie utrwalony jest pogląd o niedopuszczalności dwukrotnego uzupełniania dokumentów w zakresie tego samego braku wskazanego przez zamawiającego. Jednocześnie wskazuje się, iż zasadne jest, aby zamawiający wzywając do uzupełnienia dokumentów wskazał, jakie widzi w nich braki. Jednak z uwagi na to, iż Zamawiający nieprawidłowo wskazał Odwołującemu, iż brak ten polega na tym, iż odbiorca usługi nie jest jednostką sektora publicznego, Odwołujący działając w zaufaniu to tego wezwania, nie miał realnej możliwości uzupełnienia braku polegającego w istocie na tym, iż w ogóle projekt wskazany w poz. 2 „Wykazu doświadczenia” nie może potwierdzać wymaganego w s.i.w.z. doświadczenia w realizacji podobnych do przedmiotu zamówienia usług. Z tego względu, jak również z uwagi na zasadę równego traktowania wykonawców (art. 7 pzp), zdaniem Izby należy wyjątkowo w ograniczonym zakresie powtórzyć wezwanie do uzupełnienia dokumentów. Dopiero w razie jego negatywnego rezultatu Zamawiający będzie miał prawo i obowiązek wykluczyć Odwołującego na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp z podaniem prawidłowej podstawy faktycznej.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 7 ust. 1 ustawy pzp mogło mieć wpływ na wynik postępowania i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp, orzekła jak w sentencji.

Z uwagi na związanie Izby przepisem art. 180 ust. 2 ustawy pzp Izba nie nakazała unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonania ponownego badania i oceny ofert, jednak czynności tych, w tym wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie wskazanym w uzasadnieniu, winien dokonać Zamawiający wykonując niniejszy wyrok Izby.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z art. 186 ust. 6 pkt 3 lit b ustawy pzp oraz zgodnie z przepisem § 5 ust. 2 pkt 2 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), uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3600 zł, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy, zgodnie z przepisem § 3 pkt 2 lit b przywołanego rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....