

Sygn. akt: KIO 2873/13

WYROK
z dnia 3 stycznia 2014r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 stycznia 2014r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 grudnia 2013r. przez **wykonawcę:** Anna K. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Business Center 1 Anna K. ul. Staromiejska 2/7; 40-013 Katowice w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości ul. Pańska 81/83; 00-834 Warszawa

przy udziale wykonawcy Nobell Congressing Sp. z o.o. ul. Konotopska 4; 05-850 Ożarów Mazowiecki zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Anna K. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Business Center 1 Anna K. ul. Staromiejska 2/7; 40-013 Katowice i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 **zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Anna K. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Business Center 1 Anna K. ul. Staromiejska 2/7; 40-013 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 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od

Sygn. akt KIO 2873/13

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Pismem z dnia 13 grudnia 2013r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniesiono odwołanie na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) zwanej dalej „Pzp” lub „ustawą”.

Odwołującym jest przedsiębiorca Anna K. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Business Center 1 Anna K., ul. Staromiejska 2/7 Katowice 40-013 zwana dalej „odwołującym”.

Odwołanie wniesiono od czynności zamawiającego Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości ul. Pańska 81/83; 00-834 Warszawa zwanej dalej „zamawiającym” to jest od oceny ofert.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego i nosi nazwę „Obsługa organizacyjna projektu Polski Most Krzemowy”.

Znak sprawy nadany przez zamawiającego to: p/I70/DPG/2013).

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 listopada 2013r. pod poz. 2013/S 213-370634.

W odwołaniu sformułowano następujące zarzuty.

Niezgodnie z zasadami określonymi w Pzp dokonano oceny oferty polegającej na:

Wbrew przepisom Pzp wykluczeniem odwołującego i uznanie tej oferty za odrzuconą oraz zaniechaniu wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Według odwołującego jego oferta została złożona prawidłowo, ale zamawiający dokonał jej oceny z naruszeniem przepisów art. 7 ust. 1 i 3, 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp to jest naruszono następujące zasady prawa zamówień publicznych: art. 7 ust. 1, w świetle którego: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców ”; art. 7 ust. 3, zgodnie z którym: „Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy”; art. 24 ust. 2 pkt 4, który stanowi, iż: „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy wykazali brak spełniania warunków udziału w postępowaniu” art. 92 ust. 1 pkt 3 zgodnie z którym: „Niewłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie

zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne”.

Odwołujący złożył następujące wnioski co do rozstrzygnięcia: unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego i uznania jego oferty za odrzuconą, unieważnienie czynności wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Nobell Congressing Sp. z o.o. w Ożarowie Mazowieckim (05-850), ul. Konotopska 4 (przystępujący w sprawie po stronie zamawiającego), nakazanie dokonania wyboru oferty odwołującego z zachowaniem zasad określonych w Pzp i zgodnie z kryteriami określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) oraz o zwrot kosztów postępowania.

W uzasadnieniu odwołania przedstawiono następującą argumentację formalną i prawną.

Dnia 3 grudnia 2013r. (pismo z dnia 3 listopada 2013 r nr BZP-0-270-27/13-MG (2530/2013) zamawiający poinformował odwołującego o wyniku postępowania.

Wobec otrzymania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty w dniu 3 grudnia 2013 r. wniesienie odwołania dnia 13 grudnia 2013 r. uważa odwołujący za dokonane z zachowaniem terminu.

Z zawiadomienia wynika, iż najkorzystniejszą ofertę złożyła Firma Nobell Congressing Sp. z o.o. w Ożarowie Mazowieckim (05-850), ul. Konotopska 4.

W przypadku dokonania prawidłowej oceny spełniania warunków określonych przez zamawiającego w SIWZ, oferta odwołującego byłaby najkorzystniejszą. W informacji o wyniku postępowania zamawiający podał uzasadnienie wykluczenia odwołującego z postępowania. Jako podstawę prawną wykluczenia z postępowania zamawiający podał art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Według odwołującego nie wyjaśnił zamawiający istoty swojego stwierdzenia, tj. braku wykazania doświadczenia, czy braku samego doświadczenia BC1 w zakresie wymaganym przez zamawiającego i potrzebnym do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Na tę okoliczność odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 sierpnia 2013 r. o Sygn. akt KIO 1845/13

„Wykonawcy mogą w odwołaniu sensownie podnieść zarzuty jedynie względem takich podstaw faktycznych czynności odrzucenia oferty, które zostały im zakomunikowane przez zamawiającego w uzasadnieniu tej czynności. Nie mogą podnosić zarzutów względem powodów odrzucenia ich oferty, których mogą się jedynie domyślać lub które zamawiający zakomunikował im na przykład dopiero w odpowiedzi na odwołanie czy na rozprawie, a uprzednio nie raczył wyrazić. ”

Dalej odwołujący przywołał kolejne orzeczenie KIO z dnia 30 kwietnia 2013 r. (Sygn. akt KIO 918/13): „1. Niedopuszczalnym jest, aby wykonawca kwestionujący zasadność podjętych

wobec jego oferty przez zamawiającego czynności, samodzielnie zidentyfikował przyczyny wykluczenia go z postępowania, a następnie w oparciu o poczynione założenia, przedstawiał w odwołaniu argumenty przemawiające za nietrafnością domniemanych przyczyn decyzji zamawiającego. Zamawiający jest zobowiązany podać uzasadnienie podejmowanych czynności, tak aby zagwarantować wykonawcom możliwość ich weryfikacji w toku procedury odwoławczej. W szczególności uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o wykluczeniu wykonawcy i odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować jakie przyczyny leżały u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca gdy oceny zamawiającego nie podziela mógł do wskazanych przez zamawiającego okoliczności w pełni ustosunkować się wnosząc odwołanie”.

Art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp stanowi, iż: „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu”.

W ocenie odwołującego w uzasadnieniu zamawiającego, brak na podstawie czego stwierdzono brak wykazania spełniania stawianych warunków, antycypując takowe, nie zgadza się z zarzutem zarówno braku potwierdzenia braku spełniania warunków, jak i braku przedstawienia stosownego wykazania ich spełnienia.

Żeby zaprzeczyć tezie, a ostatecznie wnioskowi zamawiającego, odwołujący przybliżył warunki udziału w postępowaniu.

W § 6 ust. 1 pkt 2 SIWZ Zamawiający postawił warunek zgodnie z którym:

„ O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące m.in. posiadania wiedzy i doświadczenia, tj.: w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie - wykonali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych część wykonana obejmuje: a) co najmniej 2 (dwie) usługi i każda z nich: polegała na opracowaniu projektów graficznych, produkcji i dostawie materiałów promocyjnych o wartości 50 000 zł brutto każde ;b)co najmniej 2 (dwie) usługi i każda z nich: polegała na przygotowaniu i udostępnieniu strony internetowej, projektu szkoleniowego, konferencji, sympozjum, itp. polegała na przygotowaniu i udostępnieniu internetowego systemu rejestracji uczestników projektu szkoleniowego; f konferencji, sympozjum, itp. ”

Należy zauważyć, że „ itp. ” oznacza także możliwość dopuszczenia podobnych usług bowiem katalog nie został zamknięty.

Po nowelizacji ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, z dnia 5 listopada 2009 r. art. 22 Pzp stanowi bezpośrednią implementację zasad wyrażonych w art 46, 47 i 48 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi z późn. zm. istotą warunku jest zatem posiadanie odpowiedniej wiedzy i doświadczenia.

Przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 października 2013 r. (Sygn. akt KIO 2292/13), wskazano że: „1 Stwierdzić należy wyraźny kierunek ustawodawcy wskazany przepisami art. 26 ust. 2b p.z.p. oraz § 1 ust. 6 rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231). Ani przepisy Pzp (art. 25 ust. 1 pkt 1), ani rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231) - § 1 ust. 2 pkt 1 w związku z § 1 ust. 2 pkt 3, a także postanowienia SIWZ (§ 6 ust. 3) nie zabraniają wykorzystania własnej wiedzy i własnego doświadczenia.

Skoro przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 stanowi, że: „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu”, istotne jest więc pojęcie i czynność „wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu”.

W § 6 ust. 3 SIWZ Zamawiający postanowił, że:

„W celu potwierdzenia spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, oraz w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania, wykonawca ma obowiązek złożyć następujące dokumenty: 3) wypełnione i podpisane oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, którego wzór stanowi Załącznik nr 3 do SIWZ. 4 Wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert - a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie głównych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, sporządzony według wzoru, który stanowi Załącznik nr 4 do SIWZ oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie. W przypadku gdy zamawiający jest podmiotem, na rzecz którego usługi wskazane w wykazie, zostały wcześniej wykonane, wykonawca nie ma obowiązku przedkładania dowodów, o których mowa powyżej. Wyżej wymienione dokumenty zostały w toku postępowania złożone (wraz z ofertą i na wezwanie zamawiającego).

Przepisy Pzp mówią o oświadczeniach lub dokumentach potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Cytowane powyżej rozporządzenie stanowi, że dowodami, na potwierdzenie należytego wykonania usług mogą być poświadczenia, a w przypadku zamówień na dostawy lub usługi oświadczenie wykonawcy, jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w § 1 ust. 2 pkt 1 cytowanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. Ustęp 3 rozporządzenia dopełnia ustanowione przez prawo sposoby potwierdzania spełniania warunków, wskazując, że jeżeli to zamawiający jest

podmiotem, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi wskazane w wykazie, Wykonawca nie ma obowiązku przedkładania żadnych dowodów. Nie ma żadnych podstaw prawnych, aby nie uznać osobistego wykonania wymienionych w żądanym wykazie prac, jako podstawy do zdobycia odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, w szczególności, że taką wiedzę i doświadczeniem mogą wykazywać się nawet podwykonawcy określonych zamówień publicznych, o ile można ustalić i potwierdzić fakt należytego wykonania przez niego odpowiedniej części zamówienia (porównaj np. wyrok KIO z dnia 5 sierpnia 2013 r.; sygn. akt KIO 1776/13).

Wykazane przez odwołującego usługi zostały wykonane w ramach dwóch projektów w ramach POKL 2007-2013:

1) „Akademia kluczowych kompetencji” na podstawie umowy nr UDA-POKL.09.02.00- 24-040/08/-00,

2) „Prawo jazdy C - cenna rzecz” na podstawie umowy nr UDA-POKL.06.01.01-24- 022/09/-00.

Ad.1. Projekt zakładał realizację następujących usług w zakresie wymaganym przez Zamawiającego w § 6 ust. 1 pkt 2a SIWZ - tj. opracowanie projektów graficznych, produkcja i dostawa materiałów promocyjnych o wartości co najmniej 50.000 zł wykonane zostały w ramach następujących działań:

- zadanie nr 1: Promocja i reklama projektu (wartość 97.800 zł),
- zadanie nr 3: Zajęcia pozalekcyjne (materiały szkoleniowe dla uczestników wartość 21.600 zł)
- koszty pośrednie Projektu (wartość 256.137,15zł).

Termin realizacji ww. świadczeń określono na okres realizacji projektu tj. 3 sierpnia 2009 do 30 kwietnia 2011r.

Fakt zrealizowania ww. świadczeń został potwierdzony przez Odwołującego we wnioskach o płatność zatwierdzanych przez Instytucję Pośredniczącą. IP w trakcie realizacji projektu nie stwierdziła, że w ramach projektu zostały poniesione wydatki niekwalifikowane w rozumieniu wytycznych Ministra Rozwoju Regionalnego w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach POKL.

Odwołujący uważa, że Projekt "Akademia kluczowych kompetencji" został prawidłowo zrealizowany i rozliczony, co potwierdzają referencje wystawione przez Urząd Marszałkowski Województwa Śląskiego (IP) z dnia 20 marca 2012 r., z dnia 2 kwietnia 2012 r. oraz uzupełnienie do referencji z dnia 25 marca 2013 r.

Ad.2.

Projekt zakładał realizację następujących usług:

1)w zakresie wymaganym przez Zamawiającego w § 6 ust. 1 pkt 2a SIWZ - tj. opracowanie projektów graficznych, produkcja i dostawa materiałów promocyjnych o wartości co najmniej 50.000 zł wykonane zostały w ramach następujących działań:

-zadanie nr 2: Działania promocyjne, rekrutacja i ewaluacja projektu (wartość 85.800zł),

-zadanie nr 3: Organizacja szkoleń (materiały szkoleniowe dla uczestników wartość 3.000 zł)
Termin realizacji ww. świadczeń określono na okres realizacji projektu tj. 03.08.2009 do 30.04.2011r.

Fakt zrealizowania ww. świadczeń został potwierdzony przez odwołującego we wnioskach o płatność zatwierdzanych przez Instytucję Pośredniczącą. Podobnie jak w przypadku pierwszej z ww. umów IP w trakcie realizacji projektu nie stwierdziła, że odwołujący poświadczył nieprawdę w złożonych wnioskach o płatność, nie stwierdziła również, że ww. świadczenia nie zostały wykonane albo, że zostały wykonane bez należytej staranności, nie stwierdziła również, że w ramach projektu zostały poniesione wydatki niekwalifikowane w rozumieniu wytycznych Ministra Rozwoju Regionalnego w zakresie kwalifikowalności wydatków w ramach POKL. Projekt "Prawo jazdy C - cenna rzecz" został prawidłowo zrealizowany i rozliczony, co potwierdza informacja na temat projektu realizowanego pod nadzorem WUP w Katowicach z dnia 20 marca 2012 r.

2)w zakresie wymaganym w § 6 ust. 1 pkt 2b SIWZ Zamawiający wymagał, by Wykonawca wykazał się usługą, która polegała na przygotowaniu i udostępnieniu strony internetowej projektu szkoleniowego, konferencji, sympozjum, itp. oraz aby usługa ta polegała na przygotowaniu i udostępnieniu internetowego systemu rejestracji uczestników projektu szkoleniowego, konferencji, sympozjum, itp.

Business Center 1 Anna K. zrealizowała usługę o wymaganych parametrach w ramach projektu przywołanego powyżej, tj. Akademii kluczowych kompetencji.

Projekt posiadał własną stronę internetową (www.AkademiaKompetencji.bcl.pl) oraz platformę e-laemingową. Obydwa narzędzia służyły m in. do internetowej rejestracji uczestników projektu szkoleniowego.

Dowody: Wykaz wg Załącznika nr 4 do SIWZ, oświadczenia własne w sprawie potwierdzenia należytego wykonania usług oraz referencje - znajdują się w aktach sprawy.

Wskazując na powyższe nie da się zaprzeczyć, że projekty zostały zrealizowane należyście, a działania i rezultaty w ramach projektu zostały zrealizowane w sposób należyty, gdyż stanowią elementy składowe projektu. W innym przypadku IP nie uznałaby za kwalifikowalne wydatków rozliczonych w ramach projektu (zgodnie z postanowieniami Rozdziału 3 - Ogólne zasady kwalifikowania wydatków i Rozdziału 4 - Szczegółowe zasady kwalifikowania wydatków w ramach PO KL) Oznacza to, że świadczenia, o których mowa powyżej zostały zrealizowane z należyłą starannością.

W opisywanych zakresach projekty wykonywane były w większości siłami własnymi za pomocą zatrudnianych przez BC1 osób, takich jak informatycy, projektanci, graficy. Prace o charakterze technicznym zlecane były podwykonawcom.

Zamawiający nie prosił jednak o wyjaśnienia w tym względzie (patrz pismo z dnia 20 listopada 2013 r.), a jeżeli miał wątpliwości, w szczególności, jeżeli rozważał wykluczenie odwołującego, to powinien ww., kwestię tę wyjaśnić.

W ramach wskazanych powyżej projektów należycie opracowano projekty graficzne, wyprodukowano i dostarczono materiały promocyjne oraz przygotowano i udostępniono stronę internetową projektu szkoleniowego, która zawierała internetowy system rejestracji uczestników ww. projektu szkoleniowego, o wartości wymaganej przez Zamawiającego w SIWZ.

Uzasadnienie wykluczenia Odwołującego, przekazane przez Zamawiającego nie zaprzecza ww. okolicznościom.

Co do wywodów Zamawiającego co do pojęcia świadczenia, to należy stwierdzić, że interpretacja jest niepełna w kontekście przepisów Kc i Pzp.

Prawdą jest, iż przedmiotem zobowiązania jest świadczenie, a więc zgodne z treścią zobowiązania zachowanie dłużnika, realizujące interes wierzyciela, ale pojęcie świadczenia obejmuje także przedmiot świadczenia. Przedmiotem świadczenia są objekty - materialne lub niematerialne, których to zachowanie dłużnika dotyczy (np. rzeczy, pieniądze, dobra niematerialne). Jednakże zależnie od treści zobowiązania, spełnienie świadczenia może polegać także (obok czynności prawnych) na wykonaniu innych czynności, które nie polegają na składaniu oświadczeń woli jak usługi, w tym objęte przedmiotem wymagań w zakresie spełniania warunków, określonych w SIWZ, a wówczas nie jest konieczne, aby zachowaniu dłużnika towarzyszył zamiar spełnienia świadczenia. (Porównaj: prof Adam Olejniczak, „Komentarz do art.353 Kodeksu cywilnego”, Lex 2011)

Powyższemu oczywiście odpowiada także definicja usług zawarta w art. 2 pkt 10 Pzp.

Kwestia opodatkowania podatkiem VAT, o której pisze zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia, czy wezwaniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wydaje się być poza zakresem niniejszych rozważań.

Zauważyć także należy, że wykaz zawierający informację o wykonanych usługach dotyczy umiejętności wykonania określonych przedmiotów świadczeń, które nie muszą się wiązać z wykonaniem umowy o zamówienie publiczne, w rozumieniu Pzp (czyli umowy odpłatnej). Świadczenia mogą być wykonywane na rzecz podmiotów nie będących zamawiającymi.

Odwołujący nabył zatem przy realizacji ww. projektów doświadczenie gwarantujące realizację przedmiotu zamówienia z należytą starannością. Wykazanie zaś tych świadczeń zamawiającemu zadośćczyniło wymaganiom określonym w SIWZ. Przedmiot świadczenia tych usług wypełnia więc minimalne wymogi określone w § 6 ust. 1 pkt 2 ppkt a i b SIWZ.

Na potwierdzenie wykonania ww. usług Odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie do uzupełniania dokumentów, załączył potwierdzenie należytego wykonania ww. usług, w tym oświadczenia własne Odwołującego, stwierdzające, że realizując projekty osiągnięto zakładane wskaźniki i rozliczono projekt bez uwag Instytucji pośredniczących oraz, że projekty zostały zrealizowane należycie. Jeżeli więc projekty zostały zrealizowane należycie, to elementy składowe każdego z projektu również. Oznacza to, że działania (świadczenia-usługi) zrealizowane w ramach każdego z projektów zostały zrealizowane z należytą starannością. Powyższe potwierdzają także dokumenty IP wymienione wśród dowodów.

W związku z faktem, że Odwołujący był jednocześnie nabywcą i odbiorcą świadczeń bez wątplenia wystąpiły przyczyny, które uniemożliwiły mu uzyskanie poświadczeń, o których mowa w § 1 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia. Odwołujący zatem na wezwanie do uzupełnienia dokumentów dostarczył własne oświadczenia wiedzy potwierdzające należyte wykonanie usług, wypełniając tym samym wymogi zamawiającego określone w SIWZ,

Powyższe potwierdzają wyroki Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych:1)z dnia 20 maja 2013 r. (Sygn. akt KIO 1081/13) w którym uwzględniając odwołanie Izba zauważyła: „Odwołujący przedstawił dokument dotyczący rozliczenia projektu wystawiony przez Narodowe Centrum Badań i Rozwoju dla Politechniki Wrocławskiej oraz oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby o realizacji zamówienia, związanego z realizacją wskazywanej usługi wspólnie z Politechniką Wrocławską, (jako członek konsorcjum). Spełnienie warunku udokumentowania doświadczenia za pomocą wskazanych tu dokumentów oceniane powinno być w świetle przepisów dotyczących dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Sama forma przedstawionego dokumentu (dokument dotyczący rozliczenia i zakończenia umowy) została uznana przez zamawiającego za odpowiednią do potwierdzenia doświadczenia. (...) Co do samego dokumentu przedstawionego w celu potwierdzenia należytego wykonania usługi, należy zwrócić uwagę, że nie ma on postaci listu referencyjnego opisującego usługę i podmioty ją wykonujące, lecz jest listem Narodowego Centrum Badań i Rozwoju do Politechniki Wrocławskiej "dotyczącym rozliczenia i zakończenia umowy nr (...) o wykonanie projektu rozwojowego nr O ROO 0015 07 pn. Infrastruktura bezpiecznego podpisu elektronicznego" - dlatego w piśmie tym figuruje jedynie nazwa tego podmiotu i to wyłącznie, jako adresat. Z treści pisma wynika, że Narodowe Centrum Badań i Rozwoju otrzymało materiały sprawozdawcze z wykonania umowy (raport końcowy i sprawozdanie merytoryczne), uznało kwotę dofinansowania zgodnie z rozliczeniem przedstawionym w raporcie końcowym i wskazało, że na podstawie opinii ekspertów oceniających stopień osiągnięcia założonych efektów projektu oraz oceny zgodności poniesionych wydatków z obowiązującym kosztorysem, przeprowadzonych na podstawie złożonych dokumentów, Centrum uznaje umowę za wykonaną." Zdaniem Izby pismo to można uznać za

potwierdzające należyte wykonanie umowy. Co do argumentu przystępującego, że projekt ten był realizowany, jako projekt rozwojowo- badawczy, na który podmioty otrzymały grant naukowy, a nie usługa i prawdopodobnie był tylko założeniem teoretycznym, należy wskazać, iż z warunku udziału w postępowaniu nie wynika, że wymagana usługa miała obejmować coś więcej niż zaprojektowanie systemu - brak wymogu, że system ma być wdrożony i działać. Co zaś do samego pojęcia "usługi", to zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, usługi to wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy, a są usługami określonymi w przepisach wydanych na podstawie art. 2a lub art. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych. 2)z dnia 29 lipca 2013 r. (Sygn. akt KIO 1743/13):

„ 1. Przepisy rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 1817) przesądzają, iż obowiązkiem wykonawcy, tak aby można było uznać, iż wykazał on spełnianie warunku udziału w postępowaniu, jest złożenie zarówno wykazu, jak i dowodów do niego załączonych potwierdzających należyte wykonanie ujętych w wykazie prac.2. Niezbędnym jest, aby to wykonawca składający ofertę, złożył wraz z nią własne, odpowiedniej treści pisemne oświadczenie potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu - wyraźne wskazanie na usługi, które w ocenie wykonawcy odpowiadają swym zakresem wymogom określonym przez zamawiającego w treści warunku. Nie jest wystarczającym przedstawienie wyłącznie referencji, tj. dokumentu wystawionego przez podmiot trzeci - podmiotu na rzecz którego wykonywana była wykazywana przez wykonawcę usługa. Podsumowując, Odwołujący - Firma BC1 spełniła wymagania SIWZ i nie podlega wykluczeniu. Jej oferta powinna być zatem uznana za najkorzystniejszą. Ocena ofert została zatem dokonana w sposób wadliwy. Wady te miały wpływ na wynik postępowania.

W świetle powyższego Anna K. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Business Center 1 Anna K. w Katowicach wnosi jak na wstępie odwołania.

Dnia 31 grudnia 2013r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający czyli Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości działając w myśl art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, złożył odpowiedź na odwołanie, w którym wniósł o oddalenie odwołania.

Na samym wstępie zamawiający zwrócił uwagę, iż odwołujący nie wykazał istnienia przesłanek uprawniających wykonawców biorących udział w postępowaniu do wniesienia środków ochrony prawnej. Nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 2 grudnia 2009 r. dokonano implementacji dyrektywy odwoławczej 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywę Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w zakresie zamówień

publicznych. W świetle art. 1 ust. 3 ww. dyrektywy Państwa Członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych, w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia. Powyższy przepis dyrektywy odwoławczej znalazł swoje odzwierciedlenie w treści art. 179 ust. 1 ustawy. Zgodnie z ww. przepisem środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Niniejszy przepis ustawy uległ zmianie w szczególności poprzez rezygnację przez ustawodawcę z interesu prawnego na rzecz pojęcia - "interesu w uzyskaniu danego zamówienia". W świetle aktualnie obowiązujących przepisów ustawy legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, uczestnikowi konkursu, bądź innemu podmiotowi, który wykaze, łącznie spełnienie następujących przesłanek: 1) posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz 2) poniósł lub może ponieść szkodę a poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Zgodnie z treścią art. 179 ust. 1 ustawy legitymacja do wniesienia środka ochrony prawnej służy tylko takiemu podmiotowi, który wykaze interes w uzyskaniu zamówienia, odwołujący musi dowieść, iż posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia, lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia wniesionego środka ochrony prawnej. Art. 179 ust. 1 ustawy wymaga także, aby łącznie z interesem w uzyskaniu danego zamówienia odwołujący wykazał, że poniósł lub może ponieść szkodę. Szkoda może być rozumiana zarówno jako strata (szkoda majątkowa) albo krzywda (szkoda niemajątkowa). Zauważyć należy, iż utrata możliwości uzyskania zamówienia ma głównie charakter ekonomiczny, a zatem szkoda zasadniczo przyjmuje charakter szkody majątkowej. Ponadto, szkoda musi być wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oznacza to, że wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący musi zatem wykazać, że zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania określonej czynności wbrew przepisom ustawy, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy, jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie. Odwołujący nie wykazał, iż wypełnia łącznie dalsze przesłanki, konieczne dla uzyskania legitymacji do wniesienia odwołania, tj. faktu poniesienia szkody lub też możliwości jej poniesienia wraz z okolicznością, iż szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy wskazanych w odwołaniu (vide wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2010-11-17, KIO 2412/10).

Przede wszystkim należy zauważyć, iż ani w kodeksie cywilnym, ani w Pzp pojęcie szkody nie zostało zdefiniowane. Jednak trafny wydaje się pogląd ugruntowany w doktrynie i orzecznictwie, że przez szkodę rozumie się uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy, jakiego doznaje poszkodowany w wyniku dotyczy określonego działania lub zaniechania. W świetle art. 179 ust. 1 ustawy podkreślenia wymaga, iż szkoda musi być wynikiem naruszenia przez zamawiającego ustawy, co oznacza, iż wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez zamawiającego przepisom ustawy. Konieczne jest tym samym udowodnienie przez odwołującego, iż zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania czynności wbrew przepisom ustawy, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie. Jak podnosi się w piśmiennictwie następstwa normalne to typowe, oczekiwane w zwykłej kolejności rzeczy, które zazwyczaj z danego faktu wynikają. Jednocześnie - uwzględniając zasady doświadczenia życiowego - nie są wynikiem szczególnego zbiegu okoliczności. Jak można wywieść z wyroku SN z dnia 19 czerwca 2008 r. (sygn. akt V CSK 18/08, Lex nr 424431) następstwo ma charakter normalny wówczas, gdy w danym układzie stosunków i warunków oraz w zwyczajnym biegu rzeczy, bez zaistnienia szczególnych okoliczności, szkoda jest zwykle następstwem określonego zdarzenia. (vide Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2011-08-02, KIO 1576/11). Przenosząc powyższe na grunt zaistniałego stanu faktycznego, należy wziąć pod uwagę, iż odwołujący nie wykazał, iż w przypadku uwzględnienia odwołania, z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością, zostałaby zawarta z nim umowa w sprawie przedmiotowego zamówienia. Sam fakt dokonania oceny oferty odwołującego i uwzględnienia jej w klasyfikacji punktowej nie stanowi o tym, że poprzez podniesione w odwołaniu hipotetyczne naruszenie ustawy dokonane zdaniem odwołującego przez zamawiającego, odwołujący może ponieść szkodę. Zamawiający pragnie podkreślić, iż aby odwołanie mogło zostać skutecznie wniesione odwołujący zobowiązany był do wykazania, że złożona przez niego oferta jest ofertą najkorzystniejszą i przedstawić na tą okoliczność stosowne dowody, jak chociażby pokusić się o przedstawienie informacji ile jego zdaniem uzyskałby punktów w ramach oceny ofert na podstawie przewidzianych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia kryteriów. Odwołujący nie wskazał na jakiej podstawie jego oferta mogłaby zostać uznana jako najkorzystniejsza, co więcej w żaden sposób nie odniósł się do punktacji przyznanej pozostałym wykonawcom w ramach dokonanej oceny wykazując, iż złożona przez niego oferta jest korzystniejsza od pozostałych.

W myśl wyroku Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 17 lutego 2011 r., sygn. akt. II Ca 9/11: „Legitymacja zatem do wniesienia środka ochrony prawnej (w tym wypadku odwołania) służy tylko takiemu uczestnikowi, który wykaże interes w uzyskaniu zamówienia, przy czym to odwołujący musi dowieść, iż posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistości

utrąty możliwości uzyskania zamówienia, lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia". Odwołujący wprawdzie podnosi naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy, tj. udzielania zamówień wyłącznie wybranym zgodnie z przepisami ustawy, jednak zarzut ten nie ma na celu wykazania, iż to właśnie na podstawie oceny ofert niezgodnej z powyższymi naczelnymi zasadami postępowania został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Niezależnie jednak od powyższej konstatacji, należy stwierdzić, iż zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy w sposób określony w treści odwołania nie znalazł potwierdzenia, a zatem nawet hipotetycznie nie mógłby stanowić uzasadnienia dla wniesienia skutecznego odwołania w oparciu o art. 179 ust. 1 ustawy. Reasumując, należy stwierdzić, iż odwołującemu nie przysługuje prawo skorzystania ze środków ochrony prawnej na skutek nie wykazania zaistnienia przesłanki poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Nie sposób przyznać również istnienia interesu, w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy, w żądaniu unieważnienia czynności wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty Nobell Congressing Sp. z o.o. Abstrahując od powyższego i przechodząc z ostrożności procesowej do odpowiedzi na zasadnicze zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz art. 7 ust. 3 ustawy poprzez naruszenie zasady udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, przy ocenie oferty złożonej przez Business Center 1 Anna K., należy podnieść co następuje. Na wstępie warto podkreślić, że odwołujący się w żadnym zdaniu odwołania nie uzasadnił w jaki sposób zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego naruszył przepisy art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, stwierdził jedynie fakt, że ww. przepisy zostały naruszone. Brak argumentacji przyjęty przez odwołującego się w odwołaniu, nie pozwala zamawiającemu odnieść się do konkretnej sytuacji, którą być może ma na myśli odwołujący. Przyjęty stan faktyczny pozwala jedynie zaznaczyć fakt, że zamawiający jest podmiotem zobowiązanym do stosowania ustawy, wątpliwości odwołującego się w tym zakresie powinien rozwiązać chociażby §2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dotyczący niniejszego postępowania, który zawiera informację, że „Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia powyżej 130 000 euro, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013r. poz. 907.), zwanej dalej „Pzp””. Zgodnie z powyższym nie ma możliwości, że zamawiający nie mógł dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty bez zastosowania przepisów ustawy. Ponadto zgodnie z wszelkimi informacjami zawartymi w SIWZ oraz ogłoszeniu o zamówieniu, a także przede wszystkim działając na podstawie przepisów ustawy, Zamawiający dał możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz uczestniczenia w procedurze wszystkim zainteresowanym tym podmiotom w równym

stopniu, a w późniejszym etapie zapewnił zachowanie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty.

Należy zauważyć, że zamawiający - Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości prowadząc swoją działalność realizuje zarówno interes publiczny, jak i jest wyrazicielem zbiorowego interesu konsumentów korzystających ze świadczonych przez niego usług, co zobowiązuje zamawiającego do działania zgodnie z literą prawa.

Odnosząc się do zarzutów naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy poprzez naruszenie przepisów w zakresie faktu, że z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się również wykonawców, którzy wykazali brak spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz poprzez naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy tj., przez naruszenie przepisów, że niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne, zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko przedstawione w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty pochodzącej z dnia 3 grudnia 2013 r.

Zgodnie z §6 ust. 1 pkt 2 lit. a) i b) SIWZ Zamawiający wymagał, aby Wykonawcy „posiadali wiedzę i doświadczenie, tj.: w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie - wykonali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych część wykonana obejmuje: a) co najmniej 2 (dwie) usługi i każda z nich :-polegało na opracowaniu projektów graficznych, produkcji i dostawie materiałów promocyjnych o

wartości 50 000 zł. brutto każde (w przypadku, gdy wartość zamówienia została określona w walucie innej niż złoty należy przeliczyć wg średniego kursu złotego ogłoszonego przez Prezesa NBP i obowiązującego w dniu podpisania umowy na realizację zamówienia); b) co najmniej 2 (dwie) usługi i każda z nich:- polegało na przygotowaniu i udostępnieniu strony internetowej projektu szkoleniowego, konferencji, sympozjum, itp.;-polegało na przygotowaniu i udostępnieniu internetowego systemu rejestracji uczestników projektu szkoleniowego, konferencji, sympozjum, itp. ".

Dla potwierdzenia spełnienia ww. warunków udziału w postępowaniu Wykonawcy byli zobowiązani przedstawić: wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert - a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy -w tym okresie głównych usług, w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, sporządzony według wzoru, który stanowi Załącznik nr 4 do SIWZ, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie. W przypadku gdy zamawiający jest podmiotem, na rzecz którego usługi wskazane w wykazie, zostały wcześniej wykonane, wykonawca nie ma obowiązku

przedkładania dowodów, o których mowa powyżej. Jeżeli Wykonawcy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia dokument ten składa przynajmniej jeden z nich. W toku badania dokumentów załączonych do oferty zamawiający stwierdził, że Wykaz wykonanych usług nie potwierdza spełnienia warunku określonego w § 6 ust. 1 pkt 2 lit, a i b) SIWZ.

W związku z powyższym w dniu 20 listopada 2013 roku na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia wykazu usług w zakresie wyżej wymienionym wraz z dowodami, wyznaczając termin na uzupełnienie dokumentów do dnia 25 listopada 2013 r. odwołujący w wyznaczonym terminie tj. do dnia 25 listopada br., dostarczył do siedziby zamawiającego, pismo odpowiadając na wezwanie zamawiającego.

Przesłane do Zamawiającego „uzupełnienie/wyjaśnienie” na wezwanie do uzupełnienia Wykazu Wykonanych Zamówień, nie mogło być potraktowane przez Zamawiającego jako uzupełnienie w tym zakresie, gdyż Odwołujący złożył jedynie wyjaśnienia odnosząc się do poszczególnych punktów z wezwania Zamawiającego i nie uzupełnił wykazu usług w zakresie spełnienia warunku określonego w §6 ust. 1 pkt 2 lit a) i b) SIWZ.

W toku badania dokumentów załączonych do oferty Zamawiający stwierdził, że Wykaz wykonanych usług (str. 13 oferty poz. 1 i 2 wykazu) wraz z dowodami nie potwierdza spełnienia warunku określonego w §6 ust. 1 pkt 2 lit, a) SIWZ oraz (str. 13 poz. 2) nie potwierdza spełnienia warunku określonego w §6 ust. 1 pkt 2 lit. b) SIWZ.

Wykazane w wyżej wymienionych pozycjach usługi stanowią zrealizowane przez odwołującego projekty, na które odwołujący otrzymał dofinansowanie. Wykaz w tym zakresie, jak również dołączone dokumenty złożone na potwierdzenie należytego wykonania świadczą jedynie o tym, że została zawarta stosowna umowa o dofinansowanie i w jakim stopniu odwołujący prawidłowo rozliczył i udokumentował wydatkowanie środków przyznanych w ramach przydzielonej pomocy publicznej oraz w jakim zakładanym zakresie i okresach udało się powyższy projekt zrealizować. Otrzymane przez wnioskodawcę - odwołującego - dofinansowanie na realizację projektu jest przeznaczone tylko i wyłącznie na pokrycie kosztów realizacji projektu.

Zgodnie z art. 2 pkt 10 ustawy pod pojęciem „usług” należy rozumieć wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy, a są usługami określonymi w przepisach wydanych na podstawie art. 2a lub art. 2b.

Z kolei pojęcie „świadczenia” - składającego się na istotę usługi - należy natomiast interpretować zgodnie z jego cywilistycznym rozumieniem. Jak wskazuje art. 353 § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964r. - Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm.), świadczenie może polegać na działaniu albo zaniechaniu. Przez świadczenie należy zatem rozumieć każde zachowanie się na rzecz innego podmiotu. Na zachowanie to składać się może zarówno działanie (uczynienie, wykonanie czegoś na rzecz innego podmiotu), jak i zaniechanie (nieczynienie bądź też tolerowanie, znoszenie określonych stanów rzeczy). Na świadczenie

mogą się też jednocześnie składać zachowania związane z działaniem, jak i zaniechaniem. Ponadto wskazać należy, iż usługą będzie tylko takie świadczenie, w przypadku którego istnieje konsument, tj. odbiorca świadczenia odnoszący z niego choćby potencjalną korzyść. Dopóki nie istnieje podmiot, który odnosiłby lub powinien odnosić konkretne korzyści o charakterze majątkowym wiążące się z danym świadczeniem, dopóty świadczenie to nie będzie usługą. W tym miejscu należy podkreślić, że zgodnie z definicją przyjętą w art. 50 Traktatu Wspólnoty Europejskiej (TWE) za "usługi" przyjmuje się: „świadczenia wykonywane, co do zasady, za wynagrodzeniem w zakresie, w jakim nie są uregulowane przepisami o swobodnym przepływie towarów, kapitału i osób. Usługi obejmują zwłaszcza: a) działalność o charakterze przemysłowym; b) działalność o charakterze handlowym; c) działalność rzemieślnicza; d) wykonywanie wolnych zawodów”.

Według orzecznictwa Trybunału Europejskiego „podstawowa cecha charakterystyczna odpłatności polega na tym, że stanowi ona wynagrodzenie za przedmiotową usługę”, co oznacza, że musi wystąpić ekonomiczne świadczenie wzajemne. Zamawiający wymagał wykazu usług a nie wykazu projektów, przy czym pojęcie „usługi”, jego zdaniem należało rozumieć tak jak to wyjaśnił powyżej, co zresztą potwierdza traktatowe ujęcie rozumienia pojęcia „usługi”. Należy podkreślić, że kwota przyznanego odwołującemu dofinansowania na realizację projektów własnych nie stanowiła jego wynagrodzenia z tytułu realizacji tych projektów. Należy zwrócić uwagę, że przedmiotem umów o dofinansowanie było określenie zasad, na jakich odwołującemu przyznano środki finansowe na realizację przedstawionych przez niego projektów i rozliczenia się z przyznanymi mu środkami publicznymi. Z tego względu nie można postawić znaku równości pomiędzy realizacją własnego projektu a świadczeniem usług na rzecz określonego podmiotu. Zdaniem zamawiającego, odwołujący błędnie też przyjął, iż na podstawie przedstawionego oświadczenia stwierdzającego realizację przez niego dwóch projektów, na które uzyskał dofinansowanie, można przyjąć twierdzenie o należyтым wykonaniu usług, w rezultacie czego nastąpiło potwierdzenie przez niego spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Należyte wykonanie usługi musi co do zasady wynikać z oświadczenia podmiotu na rzecz którego usługa była realizowana. Oświadczenie o należyтым wykonaniu tych projektów nie jest równoznaczne ze stwierdzeniem należytego wykonania usług, gdyż tak jak już była o tym wyżej mowa realizacja projektu nie jest usługą w rozumieniu zarówno przepisów ustawy jak i przepisów prawa wspólnotowego. Mając na uwadze treść zawartych umów o dofinansowanie, dokument - oświadczenie Odwołującego - może świadczyć wyłącznie o wywiązaniu się z obowiązków będących treścią umowy o dofinansowanie, w tym rozliczenia się przez Odwołującego z przyznanej kwoty dofinansowania. Potwierdzają to również referencje, załączone do oferty, wystawione przez Urząd Marszałkowski Województwa Śląskiego oraz Wojewódzki Urząd Pracy w Katowicach. Natomiast Odwołujący przypisał temu oświadczeniu

zupełnie inne znaczenie, które z przywołanych wyżej względów należy uznać za błędne. Podobnie potraktował wystawione przez wymienione w zdaniu poprzednim podmioty referencje.

Abstrahując od powyższego należy zwrócić uwagę, że otrzymywane przez Odwołującego (Beneficjenta) środki - części dofinansowania na jego wniosek, celem realizacji przez niego działań w ramach projektu nie stanowi u odwołującego obrotu w rozumieniu art. 29 ust. 1 ustawy o VAT, zatem nie będzie podlegała po stronie odwołującego (beneficjenta) opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług - podatek od towarów i usług jest bowiem podatkiem obciążającym konsumpcję i w przypadku jej braku, uznać należy, iż nie miało miejsca świadczenie usługi.

W przypadku umowy o dofinansowanie realizacja „własnego” projektu odwołującego nie może być uznana za usługę w rozumieniu art. 2 pkt 10 ustawy. Zgodnie z treścią tegoż przepisu, konieczna jest realizacja świadczenia na rzecz innego podmiotu, a zatem takiego zachowania się usługodawcy, które zgodne będzie z treścią zobowiązania łączącego go z kontrahentem i czyniące zadość interesowi wierzyciela. Po wykonaniu usługi, to wierzyciel może potwierdzić jej należyte wykonanie poprzez wystawienie odpowiednich referencji. W przypadku projektów wykazanych przez odwołującego brak jest podmiotu uprawnionego do wystawienia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie tychże projektów.

Na potwierdzenie stanowiska Zamawiającego można przytoczyć wyrok KIO z dnia 14 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO 471/10 w którym jest wyraźnie wskazane, iż „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 M> imieniu i na rzecz Ministerstwa Rozwoju Regionalnego - Instytucji Zarządzającej EOJJAL, 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”.

Zamawiający zobowiązany jest badać i przeprowadzać analizę dokumentów składanych przez Wykonawców, sprawdzać ich obecność, wadliwość czy też możliwość skorzystania ze środków przysługujących mu na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy, gdyż istotą stawiania warunków udziału w postępowaniu jest współpraca Zamawiającego z Wykonawcą legitymującym się doświadczeniem zgodnym z przedmiotem zamówienia będącym przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający nie może dopuścić do udziału wykonawców posiadających niedostateczne doświadczenie, które mogłyby grozić na etapie realizacji umowy jej nie zakończeniem lub nieprawidłową realizacją.

Zamawiający uznał, iż Odwołujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu. Przedstawione przez Odwołującego referencje/dokumenty potwierdzające wykonanie ww. usług nie potwierdzają należytego wykonania usług, potwierdzają jedynie, wbrew temu co twierdzi Odwołujący, zrealizowanie tych projektów, zgodnie z umowami o dofinansowanie oraz wytycznymi do programów w ramach których były finansowane.

Z dokumentów wynika bowiem, iż Business Center ł Anna K., realizowała projekty na podstawie umowy: 1) Nr POKL.09.02.00-24-040/08 pt „Akademia kluczowych kompetencji” w ramach Priorytetu IX, Działania 9.2 Podniesienie atrakcyjności i jakości szkolnictwa zawodowego Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki - Czas trwania realizacji projektu: 03.08.2009 - 30.04.2011. 2) UDA - POKL.06.01.01-24-022/09-00 pt. „Prawo jazdy C - Cenna rzecz” w ramach działania 6.1 Poprawa dostępu do zatrudnienia oraz wspieranie aktywności zawodowej w regionie Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki 2007-2013.

Zgodnie z powyższym Odwołujący przedstawił dokument potwierdzający realizację przez siebie projektu, a nie należyte wykonanie usługi. Odwołujący nie wykonał w tym zakresie usługi, lecz jedynie realizował swój projekt, a przedstawione przez niego dokumenty to - referencje z dnia 2 kwietnia 2012 r., dot. realizacji projektu nr POK.09.02.00-24-040/08 - uzupełnienie do referencji z dnia 2 kwietnia 2012 r., dot. realizacji projektu nr POK.09.02.00-24-040/08 - informacja na temat realizacji projektu realizowanego nad nadzorem

Wojewódzkiego Urzędu Pracy w Katowicach dot. realizacji projektu nr UDA - POKL.06.01.01-24-022/09-00.

W wyjaśnieniu/uzupełnieniu z dnia 25 listopada 2013 r., odwołujący stwierdza: „Zgodnie z Art. 48 ust. 2a Dyrektywy klasycznej 2004/18/WE w przypadku, gdy podmiotem zlecającym daną usługę jest nabywca prywatny, dowodem potwierdzającym należyte wykonanie danej usługi jest zaświadczenie wystawione przez nabywcę. Usługi wynikające z realizacji projektów „Akademia Kluczowych Kompetencji” i „Prawo jazdy C -cenna rzecz” zostały wykonane własnymi siłami i stanowią istotne doświadczenie firmy w kompleksowej realizacji dużych projektów szkoleniowych. Stan faktyczny potwierdza wyrok KIO/UZP 1652/10. W związku z

powyższym uzupełniamy ofertę, naszej firmy o własne potwierdzenia wykonania usług związanych z realizacją przedmiotowych projektów, siłami własnymi, na rzecz naszej firmy, w oparciu o współfinansowanie realizacji projektów udzielone przez podmiotowe Instytucje Pośredniczące”.

Reasumując przywołanie przez odwołującego w odwołaniu argumenty odnoszące się do realizacji projektów w ramach PO KL: 1) „Akademia kluczowych kompetencji”, 2) „Prawo jazdy C - Cenna rzecz” świadczą, jedynie o tym, że zrealizował on ww. projekty.

W opinii zamawiającego powyższe dokumenty potwierdzają realizację umów o dofinansowanie, tzn. brak uchybień lub też ich obecność przy wykorzystaniu dofinansowania czy terminowość wykonania projektu, a nie należyłą realizację usługi realizowanej na podstawie odpłatnej umowy na rzecz tych instytucji. Odwołujący na wezwanie zamawiającego zastosowane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, tj. do uzupełnienia dokumentów i w odpowiedzi na ww. wezwanie nie złożył żadnych nowych dokumentów w zakresie wskazanym w §6 ust. 1 pkt 2 lit. a) i b) SIWZ, poprzestając jedynie na złożeniu wyjaśnień. Projekty wskazane w poz. 1-2 str. 13 i poz. 2 str. 13 Wykazu wykonanych zamówień nie potwierdzają wymaganego w SIWZ doświadczenia w realizacji podobnych do przedmiotu zamówienia usług. Jak już wielokrotnie wyżej była o tym mowa, wskazane zamówienia przez odwołującego nie stanowią usług, więc z tego tytułu nie mogą potwierdzać spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Na podstawie powyższego zamawiający stwierdził, że odwołujący nie załączył do oferty wymaganego dokumentu, który potwierdzałby spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, określonego w §6 ust. 1 pkt 2 lit. a) i b) SIWZ.

Potwierdzenie stanowiska zamawiającego można odnaleźć w kolejnym wyroku KIO z dnia 19 października 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1255/09 w słowach: „Dokumenty załączone do oferty - Wykaz wykonanych usług oraz referencje, budziły uzasadnione wątpliwości Zamawiającego, który zobligowany treścią przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do ich uzupełnienia w określonym terminie. Zdaniem Izby wykaz wykonanych

usług - załącznik Nr 3 nie zawiera wykazu wykonanych usług, a jedynie wykaz zawartych umów na dofinansowanie projektów. Usługi były wykonywane przez Odwołującego na rzecz podmiotów trzecich, którzy byli końcowymi odbiorcami usług i to wykaz tych podmiotów winien znaleźć się w załączniku nr 3, a dokumenty potwierdzające prawidłowe wykonanie usług powinny pochodzić od tych podmiotów. Fakt dofinansowania projektów w ramach pomocy publicznej nie stanowi o ich prawidłowej merytorycznej realizacji. Reasumując, skład orzekający Izby stwierdził, że dokument - załącznik Nr 3 Wykaz wykonanych usług (strona 22 i 23 oferty), jak i dokument ze strony 24 oferty, nie potwierdzają spełnienia warunku doświadczenia, określonego przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w § 5 ust.1. Dokumenty powyższe potwierdzają jedynie udział Odwołującego, w charakterze strony umowy, w trzech projektach organizowanych przez Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości, w których otrzymał dofinansowanie".

Zamawiający jeszcze raz podkreśla, że nie sposób podzielić stanowiska odwołującego, że dostarczone przez niego dokumenty nie potwierdzają spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący nie przedłożył wymaganych przepisami prawa dokumentów. Odwołujący powołuje się na brzmienie poszczególnych przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2013 r. poz. 231), zwane dalej „rozporządzeniem”, a mianowicie, że w przypadku zamówień na dostawy lub usługi dowodem na potwierdzenie należytego wykonania określonych usług może być oświadczenie wykonawcy - jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać odpowiedniej treści poświadczenia. Tym dowodem, w ocenie odwołującego, może być oświadczenie wykonawcy, że zrealizował projekt własny. Zamawiający nie zgadza się z tym stanowiskiem. Zauważyć należy, że odwołujący błędnie interpretuje zapisy ww. wymienionego rozporządzenia. Treść poszczególnych zapisów rozporządzenia nie można rozumieć w oderwaniu od postanowień dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, jako, że implementuje ono jej treść do polskiego porządku prawnego. Zgodnie z brzmieniem art. 48 ww. dyrektywy techniczne i/lub zawodowe kwalifikacje wykonawców są oceniane i weryfikowane, zgodnie z ust. 2 i 3. 2.

W zależności od charakteru, ilości lub znaczenia, a także przeznaczenia robót budowlanych, dostaw i usług, dowód możliwości technicznych wykonawcy może stanowić jeden lub kilka z poniższych środków: ii) wykaz głównych dostaw lub usług zrealizowanych w ciągu ostatnich trzech lat, z podaniem kwot, dat wykonania oraz odbiorców, publicznych lub prywatnych. Dowody dostaw i usług należy przedstawić: — w przypadku gdy odbiorcą była instytucja

zamawiająca - w formie zaświadczeń wydanych lub poświadczonych przez właściwy organ; —w przypadku gdy odbiorcą był nabywca prywatny - w postaci zaświadczenia wystawionego przez nabywcę, a w razie braku takiego zaświadczenia - w postaci oświadczenia wykonawcy.

Przyjęte przez odwołującego rozumienie sprowadza się do przyjęcia, że wykonawca sam sobie może potwierdzić należyte wykonanie projektu i jest to równoznaczne z przedłożeniem przez niego oświadczenia, o którym mowa w § 1 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia. Tymczasem w przepisie tym chodzi o sytuacje, gdzie z przyczyn obiektywnych, czyli niezależnych od Wykonawcy, nie może on uzyskać takiego dokumentu np. likwidacji podmiotu, na rzecz którego zrealizował usługę, czy też np. czyjejs śmierci. Celem tego przepisu nie jest, tak jak to uznał odwołujący, zastąpienie określonych dokumentów treścią innych dokumentów, w sytuacji braku możliwości wykazania się wymaganymi przez zamawiającego warunkami udziału w postępowaniu. Oświadczenie, o którym mowa w tym przepisie odnosi się tylko i wyłącznie do usług zrealizowanych na rzecz określonych podmiotów, a nie jak już wielokrotnie była o tym mowa, faktu realizacji projektów własnych.

W wyroku z dnia 1 czerwca 2012 r. sygn. akt KIO 1005/12 KIO uznała, że: „dokonując oceny spełniania danego minimalnego warunku zamawiający nie może stosować rozszerzającej interpretacji postanowień specyfikacji, nawet jeżeli domaga się wykonawca”. Z tych względów zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy nie zasługują na uwzględnienie. Ponadto wskazać należy, że zamawiający w ww. postępowaniu nie naruszył art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy. Zamawiający niezwłocznie, a więc tak szybko, jak to było możliwe, po wyborze najkorzystniejszej oferty zawiadomił adresatów wskazanych w ww. przepisie, a więc - niezależnie od trybu, w jakim jest udzielane zamówienie - wykonawców, którzy złożyli oferty, o kluczowych czynnościach podjętych podczas oceny ofert, w tym: o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne -jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia albo zapytania o cenę. Wybór został dokonany w dniu 3 grudnia br., tego samego dnia Odwołujący otrzymał za pośrednictwem faksu oraz maila informację o wyborze, gdzie jako Wykonawca wykluczony z postępowania otrzymał obszernie uzasadnienie zarówno prawne jak i faktyczne leżące u podstaw podjęcia przez zamawiającego decyzji o jego wykluczeniu. W aktach sprawy są dowody na okoliczność otrzymania przez odwołującego informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający wyraźnie zawarł w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, która została przekazana do wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu oraz na swojej stronie internetowej w dniu 3 grudnia 2013 r., informację że odwołujący nie załączył do oferty oraz nie uzupełnił wymaganego dokumentu, który potwierdzałby spełnianie warunku udziału

w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, określonego w §6 ust. 1 pkt 2 lit. a) i b) SIWZ.

Mając powyższe na uwadze Zamawiający wnosi jak na wstępie odwołania.

Pismem z dnia 16 grudnia 2013r. do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie zamawiającego wykonawca wybrany Nobell Congressing Sp. z o.o. z siedzibą w Ożarowie Mazowieckim, który wniósł o oddalenie odwołania w całości, powołując się na interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Co do interesu do wniesienia odwołania.

Kwestię posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia, która daje wykonawcy uprawnienie do wniesienia odwołania, reguluje art.179 ust.1 ustawy Pzp. Zgodnie z przepisem "środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy."

Według literalnego brzmienia powyżej zacytowanego przepisu każdy wykonawca, który złożył ofertę i ma szansę uzyskania zamówienia ma prawo wnieść odwołanie, pod warunkiem, że naruszenie przepisów ustawy przez zamawiającego tego prawa go pozbawia. Przepis ten również uzależnia uprawnienie do wniesienia odwołania od poniesienia lub możliwości poniesienia szkody. Co do tej przesłanki przyjmuje się co do zasady, że każdy wykonawca składający ofertę w przypadku nie uzyskania zamówienia może ponieść szkodę. Szkodę traktuje się jako naturalny skutek nie uzyskania wynagrodzenia wskutek braku możliwości wykonania zamówienia. W związku z tym co do zasady nie wymaga się od odwołujących wykazywania szkody jako elementu odwołania. W związku z tym argumentacja zamawiającego zawarta w piśmie z dnia 31 grudnia 2013r. będącym odpowiedzią na odwołanie, o nie wykazaniu przez odwołującego poniesienia szkody, jest bezprzedmiotowa przy ustaleniu prawa do wniesienia przez niego odwołania.

Zamawiający bardzo obszernie i szczegółowo odniósł się do interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia, a tym samym do prawa wniesienia odwołania. Zamawiający na podstawie analizy odwołania odmawia odwołującemu prawa wniesienia odwołania.

Izba dokonując oceny odwołania pod tym kątem stwierdza lakoniczność uzasadnienia interesu w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący swoje prawo uzasadnia następującymi słowami "W przypadku dokonania prawidłowej oceny spełniania warunków określonych przez zamawiającego w SIWZ, oferta odwołującego byłaby najkorzystniejszą".

Pomimo to Izba przyznaje odwołującemu prawo do wniesienia odwołania stwierdzając, że wykonawca ten ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Przepisy ustawy Pzp określają w art. 180 ust.3 elementy, które powinno zawierać odwołanie. Zgodnie z przywołanym przepisem odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Przepis ten nie zawiera szczególnych regulacji co do wskazania uprawnienia do wniesienia odwołania.

Wobec powyżej zacytowanej treści art.179 ust.1 ustawy Pzp Izba z urzędu bada prawo odwołującego do wniesienia odwołania. W niniejszej sprawie ogłoszenie o zamówieniu wskazuje jako jedyne kryterium oceny ofert – „najniższą cenę” (Sekcja IV:Procedura pkt IV2.1) Kryteria udzielenia zamówienia Najniższa cena). Ze zbiorczego zestawienia ofert wynika, że złożono na datę upływu terminu do składania ofert 5 ofert, a oferta odwołującego zawiera najniższą cenę.

W związku z powyższym odwołujący posiada prawo do wniesienia odwołania w rozumieniu art.179 ust.1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła.

Na podstawie przeprowadzonych dowodów z niżej przywołanych dokumentów postępowania o udzielenie zamówienia ustalono jak poniżej.

Z Postanowień SIWZ (Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia) w tym w zakresie warunku udziału w postępowaniu zgodnie z którym ustalono W § 6 ust. 1 pkt 2 SIWZ Zamawiający postawił warunek zgodnie z którym:

„ O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące m.in. posiadania wiedzy i doświadczenia, tj.: w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie - wykonali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych część wykonana obejmuje: a) co najmniej 2 (dwie) usługi i każda z nich: polegała na opracowaniu projektów graficznych, produkcji i dostawie materiałów promocyjnych o wartości 50 000 zł brutto każde ;b)co najmniej 2 (dwie) usługi i każda z nich: polegała na przygotowaniu i udostępnieniu strony

internetowej, projektu szkoleniowego, konferencji, sympozjum, itp. polegała na przygotowaniu i udostępnieniu internetowego systemu rejestracji uczestników projektu szkoleniowego; f konferencji, sympozjum, itp. ”

Z oferty złożonej przez odwołującego ustalono, że w Wykazie wykonanych usług odwołujący podał: realizację własnego projektu pn. Akademia kluczowych kompetencji jako zamawiającego podał Urząd Marszałkowski Województwa Śląskiego oraz realizację własnego projektu pn. Prawo jazdy C –cenna rzecz gdzie jako zamawiającego podał Wojewódzki Urząd Pracy w Katowicach.

Z pisma zamawiającego z dnia 20 listopada 2013r. wezwanie odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust.3 ustawy.

Z wyjaśnienia z dnia 21 listopada 2013r. złożonego przez odwołującego na wezwanie zamawiającego i dokumentów załączonych do tego wyjaśnienia.

Z zestawienia złożonych ofert ustalono, że oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w ramach obowiązującego jedyne kryterium: cena.

Z pisma z dnia 3 grudnia 2013r. zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty i wykluczenia odwołującego z postępowania.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego i nosi nazwę„ Obsługa organizacyjna projektu Polski Most Krzemowy”.

Znak sprawy nadany przez zamawiającego postępowaniu to: p/I70/DPG/2013).

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 listopada 2013r. pod poz. 2013/S 213-370634.

Przedmiotem sporu, w wyniku wniesionego odwołania, jest wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odwołującego z powodu nie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Tym warunkiem jest wymóg o następującej treści:

§6 ust. 1 pkt 2 lit. a) i b) SIWZ wykonawcy „posiadają wiedzę i doświadczenie, tj.: w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia

działalności jest krótszy, w tym okresie - wykonali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych część wykonana obejmuje: a) co najmniej 2 (dwie) usługi i każda z nich :-polegało na opracowaniu projektów graficznych, produkcji i dostawie materiałów promocyjnych o wartości 50 000 zł. brutto każde (w przypadku, gdy wartość zamówienia została określona w walucie innej niż złoty należy przeliczyć wg średniego kursu złotego ogłoszonego przez Prezesa NBP i obowiązującego w dniu podpisania umowy na realizację zamówienia); b) co najmniej 2 (dwie) usługi i każda z nich:- polegało na przygotowaniu i udostępnieniu strony internetowej projektu szkoleniowego, konferencji, sympozjum, itp.:-polegało na przygotowaniu i udostępnieniu internetowego systemu rejestracji uczestników projektu szkoleniowego, konferencji, sympozjum, itp. ".

Zamawiający dokonując zaskarżonej czynności wykluczenia z postępowania, objętej przedmiotowym odwołaniem, podał uzasadnienie faktyczne i prawne. Przedstawił warunek opisany w § 6ust.1 pkt 2 SIWZ w zakresie wymaganego doświadczenia zawodowego. Powołał się na zał. Nr 4 do SIWZ, który stanowi Wykaz oraz na dowody w zakresie należytego wykonania lub wykonywania wymaganych usług. Przywołał wezwanie z dnia 20 listopada 2013r. do uzupełnienia wykazu usług. Powołał się na wyjaśnienie odwołującego otrzymane na podstawie pisma z dnia 21 listopada 2013r. Zamawiający nie zaliczył do doświadczenia zrealizowanych projektów przez odwołującego w ramach dofinansowania otrzymanego na podstawie umów 1) „Akademia kluczowych kompetencji” na podstawie umowy nr UDA-POKL.09.02.00- 24-040/08/-00, 2)„Prawo jazdy C - cenna rzecz” na podstawie umowy nr UDA-POKL.06.01.01-24- 022/09/-00. Dofinansowanie obejmowało projekty realizowane na własną rzecz to jest na rzecz odwołującego. Według zamawiającego odwołujący przedstawił dokument potwierdzający realizację na swoją rzecz projektu, a nie należyte wykonanie usługi. W związku z tym, że odwołujący nie uzupełnił Wykazu, pomimo wezwania zamawiającego, to zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania.

Jak powyżej wspomniano przed wykluczeniem z postępowania zamawiający wezwał odwołującego w dniu 20 listopada 2013r. do uzupełnienia wykazu wykonanych usług.

W punkcie II tego pisma zamawiający powołując się na art. 26 ust.3 ustawy Pzp. wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów. W piśmie tym między innymi stwierdził, że nie może zaliczyć do doświadczenia projektów wykonanych na własną rzecz w ramach uzyskanego przez odwołującego dofinansowania. Wskazał, których pozycji wykazu nie może zakwalifikować jako usług. Załączone do wykazu dokumenty potwierdzają okoliczność dofinansowania projektów oraz ich rozliczenie zgodnie z zawartą umową dofinansowania. W ocenie zamawiającego wykonanie umowy w ramach dofinansowania nie jest świadczeniem na cudzą rzecz co by odpowiadało cywilistycznemu rozumieniu świadczenia zdefiniowanego

w art.353 §2 k.c. Gdzie cechą charakterystyczną świadczenia jest działanie na cudzą rzecz (każde zachowanie się na rzecz innego podmiotu). Cechą charakterystyczną usługi jest korzyść konsumenta czy to z działania czy też z zaniechania działania. Czyli w usłudze musi istnieć inny podmiot, który jest jej odbiorcą. Zamawiający zwrócił również uwagę, że realizacja projektu na własną rzecz nie powoduje obciążenia jej podatkiem VAT, ponieważ nie stanowi obrotu(przychodu). Podsumowując szczegółowy wywód na tę okoliczność zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia wykazu usług w zakresie wskazanym w piśmie wraz z dowodami, ponieważ dokumenty załączone do oferty nie potwierdzają spełnienia wymogu doświadczenia opisanego w SIWZ.

We wzmiankowanym piśmie odwołującego, stanowiącym odpowiedź na wezwanie zamawiającego, przywołano art.48 ust.2 Dyrektywy klasycznej 2004/18/WE gdzie w przypadku gdy podmiotem zlecającym jest osoba prywatna dowodem potwierdzającym należyte wykonanie umowy jest oświadczenie wystawione przez samego wykonawcę. Odwołujący oświadcza, że projekty znajdujące się w Wykazie to jest Akademia Kluczowych Kompetencji oraz Prawo jazdy C – cenna rzecz zostały wykonane własnymi siłami i stanowią istotne doświadczenie w realizacji kompleksowej realizacji dużych projektów szkoleniowych. „Stan faktyczny potwierdza wyrok KIO/UZP 1526/10. W związku powyższym uzupełniamy ofertę naszej firmy o własne potwierdzenia wykonania usług związanych z realizacją przedmiotowych projektów, siłami własnymi, na rzecz naszej firmy, w oparciu o współfinansowanie realizacji projektów udzielone przez przedmiotowe Instytucje Pośredniczące.”

Dokonując oceny ustaleń w toku postępowania odwoławczego Izba zważyła jak poniżej.

Izba zważyła

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie podziela poglądu odwołującego wyrażonego w odwołaniu o nie podaniu podstaw faktycznych wykluczenia odwołującego z postępowania. Odwołujący przywołał na tę okoliczność wyroki Krajowej Izby Odwoławczej, z których to wyroków wynika, że wykonawca może skutecznie zwalczyć czynność zamawiającego, jeżeli w zawiadomieniu o tej czynności wykonawca nie zostaje powiadomiony o podstawie faktycznej to jest o okolicznościach w sprawie, które zadecydowały o tym, że wykonawcę wyklucza się z postępowania. Izba podziela pogląd odwołującego co do obowiązku zamawiającego poinformowania o przyczynach faktycznych czynności podjętej na niekorzyść wykonawcy składającego ofertę,

wyrażoną w art. 92 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp. Niemniej Izba badając okoliczności czynności wykluczenia na podstawie treści zawiadomienia z dnia 3 grudnia 2013r. o wykluczeniu z postępowania nie stwierdza naruszenia wskazanego powyżej przepisu ustawy Pzp, a co uniemożliwiłoby odwołującemu polemikę z czynnością zamawiającego. Przywołane pismo wskazuje okoliczności faktyczne, które spowodowały czynność wykluczenia odwołującego z postępowania, a w konsekwencji odrzucenia oferty tegoż wykonawcy. W związku z powyższym nie zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia art.92 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp zgodnie z którym niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne – jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia albo zapytania o cenę.

Tak więc Izba nie potwierdza stanowiska odwołującego co do treści zawiadomienia o wykluczeniu z postępowania to jest „W ocenie odwołującego w uzasadnieniu zamawiającego, brak na podstawie czego stwierdzono brak wykazania spełniania stawianych warunków, antycypując takowe, nie zgadza się z zarzutem zarówno braku potwierdzenia braku spełniania warunków, jak i braku przedstawienia stosownego wykazania ich spełnienia.”

Z badanych w toku postępowania odwoławczego dokumentów, to jest zarówno wezwania skierowanego do odwołującego z dnia 20 listopada 2013r. w trybie art.26 ust.3 ustawy Pzp. jak i zawiadomienia z dnia 3 grudnia 2013r. o wyborze najkorzystniejszej oferty i wykluczeniu odwołującego z postępowania w trybie art.92 ust.1 ustawy Pzp., ustalono jak poniżej.

Zamawiający stwierdzał, że dokumenty przedstawione jako potwierdzające należyte wykonanie usługi nie mogą być uwzględnione z uwagi na to, że dotyczą projektów wykonywanych na własną rzecz w oparciu o dofinansowanie z budżetu Państwa czy też środków Unii Europejskiej. I tak znalazły się w tych pismach zamawiającego następujące stwierdzenia: „Wskazane zamówienia nie stanowią usług więc z tego tytułu nie mogą potwierdzać spełnienia warunków udziału w postępowaniu” (pismo z dnia 20 listopada 2013r.) oraz „W opinii Zamawiającego powyższe dokumenty potwierdzają realizację umów o dofinansowanie, tzn. brak uchybień lub też ich obecność przy wykorzystaniu dofinansowania, a nie należyta realizację usługi realizowanej na podstawie odpłatnej umowy na rzecz tych instytucji” (pismo z dnia 3 grudnia 2013r.).

Izba biorąc pod uwagę treść powyżej wzmiankowanych pism zamawiającego nie podziela poglądu odwołującego o braku uzasadnienia faktycznego i prawnego przewidzianego w art.

92 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp. w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty i wykluczeniu odwołującego z postępowania (pismo zamawiającego z 3 grudnia 2013r.)

Izba wręcz stwierdza wyjątkową szczegółowość uzasadnienia o wykluczeniu odwołującego z postępowania zarówno co do podania stanu faktycznego wziętego pod uwagę przez zamawiającego a także uzasadnienia prawnego ze wskazaniem orzecznictwa i doktryny potwierdzającej czynność wykluczenia odwołującego. Należy również podkreślić jednoznaczność uzasadnienia co do podstaw wykluczenia z postępowania odwołującego wobec nie spełnienia warunku doświadczenia to jest nie wykazania wykonania dwóch usług.

Izba również nie podziela argumentacji odwołującego co do prawa wystawienia referencji we własnym imieniu z przyczyn obiektywnych w sytuacji gdy nie uczyniła tego jednostka finansująca czy też zarządzająca, czy też pośrednicząca projektem.

Przez przyczyny obiektywne niemożności wystawienia poświadczenia należytego wykonania, o którym mowa w § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231) należy rozumieć sytuację gdy podmiot, który jest uprawniony do wystawienia referencji z przyczyn niezależnych od tego podmiotu nie jest w stanie potwierdzić należyte wykonanie usługi. W zaistniałej sytuacji jednostka zarządzająca (pośrednicząca, finansująca) w ogóle nie jest uprawniona do potwierdzania należytego wykonania usługi, ponieważ nie jest jej odbiorcą tylko je finansuje przy określonych wymaganiach i spełnienie tych wymagań sprawdza, decydując o ewentualnym żądaniu zwrotu przekazanych środków finansowych lub odmowie dalszego finansowania.

Należy zgodzić się z odwołującym, że istotnym jest posiadanie wiedzy i doświadczenia. Należy jednak mieć na uwadze, że wybór najkorzystniejszej oferty odbywa się w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które regulowane jest przede wszystkim w oparciu o ustawę prawo zamówień publicznych gdzie w sprawach nieuregulowanych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego (art.14 zgodnie z którym do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.). W myśl kodeksu cywilnego to jest jego art.1 kodeks cywilny reguluje stosunki cywilno prawne między osobami fizycznymi i prawnymi. Z kolei art.1 ustawy Pzp mówi, że ustawa określa zasady i tryb udzielania zamówień publicznych. W słowniku pojęć ustawy Pzp w art.2 zawarta jest definicja usługi przez którą należy

rozumieć wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy, a są usługami określonymi w przepisach wydanych na podstawie art.2a lub art.2b. Przywołany art.2a jest przepisem kompetencyjnym dla Prezesa Rady Ministrów do określenia wykazu usług z uwzględnieniem postanowień dyrektyw Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/18/WE i 2004/17/WE obydwie z dnia 31 marca 2004r. Przechodząc dalej należy przywołać także kolejne definicje ze słownika pojęć: zamówienie publiczne przez które rozumie się umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane; zamawiający to osoba fizyczna, prawna albo jednostka organizacyjna nie posiadająca osobowości prawnej obowiązana do stosowania ustawy; wykonawca to osoba fizyczna, prawna lub jednostka organizacyjna nie posiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

W postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego obowiązuje procedura sprawdzania kwalifikacji zawodowych wykonawców. O udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają stosowną wiedzę i doświadczenie (art.22 ust.1 pkt 2) ustawy).

W przedmiotowej sprawie wykonawca nie zgadza się ze stanowiskiem zamawiającego, iż doświadczenie zdobyte w ramach realizacji projektów dofinansowywanych w ramach programów operacyjnych mogą być uwzględnione w zamówieniach publicznych. Zamawiający uważa, że podmiot realizujący projekt nie wykonuje usługi w rozumieniu kodeksu cywilnego. Kwituje swoje rozległe wywody stwierdzeniem, że jednostka realizująca projekt dofinansowany w ramach programów operacyjnych pełni funkcje zamawiającego w rozumieniu ustawy Pzp, a nie wykonawcy, a przedmiot projektu to nie usługa w rozumieniu obrotu cywilnoprawnego.

Wykazane doświadczenie zawodowe odwołującego odnosi się do takich własnych projektów jak: „Akademia Kluczowych Kompetencji” w ramach priorytetu IX, Działania 9.2. Podniesienie atrakcyjności i jakości szkolnictwa zawodowego Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki umowa o dofinansowanie projektu z Samorządem Województwa Śląskiego a odwołującym w wystawionych referencjach w dniu 2 kwietnia 2012r. przez Urząd Marszałkowski Województwa Śląskiego stwierdza się, że Beneficjent wywiązywał się z obowiązków wynikających z zapisów umowy o dofinansowanie projektu, terminowo składał wnioski o płatność(wraz z ich uzupełnieniami). Stwierdza się również, że w czasie kontroli Beneficjent realizując projekt osiągnął wskaźniki określone we wniosku o dofinansowanie projektu takich jak: liczba uczniów objętych wsparciem w ramach zajęć pozalekcyjnych, liczba godzin wsparcia. Odwołujący wykazując doświadczenie zawodowe posłużył się również kolejnym projektem pn.”Prawo jazdy C- Cenna rzecz” współfinansowany ze środków Unii Europejskiej w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego i budżetu Państwa w ramach działania 6.1.

Poprawa dostępu do zatrudnienia oraz wspieranie aktywności zawodowej w regionie programu operacyjnego Kapitał Ludzki 2007-2013. W wystawionej Informacji na temat projektu realizowanego pod nadzorem Wojewódzkiego Urzędu Pracy w Katowicach w dniu 20 marca 2013r. stwierdzono, że Beneficjent (odwołujący) wywiązał się z obowiązków wynikających z zawartej umowy. W zajęciach szkoleniowych wzięły udział 72 osoby. Na etapie realizacji projektu, w wyniku przeprowadzonych kontroli nie stwierdzono nieprawidłowości dyskwalifikujących odwołującego jako Beneficjenta.

Przedmiotem umów zawieranych przez odwołującego było dofinansowanie w formie dotacji rozwojowej na realizację projektu (Przedmiot umowy § 2 na warunkach określonych w niniejszej umowie, Instytucja wdrażająca przyznaje Beneficjentowi dofinansowanie w formie dotacji rozwojowej na realizację Projektu w łącznej kwocie nie przekraczającej (...) zł. i stanowiącej nie więcej niż 100% całkowitych wydatków kwalifikowanych Projektu – Umowa o dofinansowanie projektu w ramach programu operacyjnego Kapitał Ludzki z 2009r.). Z dalszych postanowień tejże Umowy wynika, że Beneficjent miał obowiązek stosować ustawę Prawo zamówień publicznych (§20 Konkurencyjność: w przypadku realizacji zamówień przekraczających wyrażoną w złotych równowartość kwoty 14 tys. euro netto wykonywanych przez podmioty prowadzące działalność gospodarczą Beneficjent stosuje reguły konkurencyjności opisane w tym postanowieniu § 21 ust.1 Instytucja wdrażająca (Instytucja pośrednicząca II stopnia) w przypadku naruszenia przez Beneficjenta przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. –Prawo zamówień publicznych może dokonywać korekt finansowych. Zasady wykonywania umów przez Beneficjentów reguluje między innymi ustawa z dnia 6 grudnia 2006r. – zasadach prowadzenia polityki rozwoju (Dz.U. 2009r. Nr 84 poz.712 z późn. zm.). Przez politykę rozwoju rozumie się zespół wzajemnie powiązanych działań podejmowanych i realizowanych w celu zapewnienia trwałego i zrównoważonego rozwoju kraju, spójności społeczno-gospodarczej, regionalnej i przestrzennej, podnoszenia konkurencyjności gospodarki oraz tworzenia nowych miejsc pracy w skali krajowej, regionalnej lub lokalnej (art.2). W ustawie tej następująco zdefiniowano beneficjenta – osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna nie posiadająca osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, realizująca projekty finansowane z budżetu państwa lub ze źródeł zagranicznych na podstawie decyzji lub umowy o dofinansowanie projektu oraz projekt- przedsięwzięcie realizowane w ramach programu operacyjnego na podstawie decyzji lub umowy o dofinansowanie, zawieranej między beneficjentem a instytucją zarządzającą, instytucją pośredniczącą lub instytucją wdrażającą. Umowa o dofinansowanie projektu jest zawierana zgodnie z systemem realizacji programu operacyjnego w odniesieniu do projektu, który pozytywnie przeszedł wszystkie jego etapy oceny i został zakwalifikowany do oceny(...) – art.30a tejże ustawy. W trakcie realizacji

projektu Beneficjent jest obowiązany poddać się kontroli w zakresie realizacji prawidłowości realizacji projektu (art.35 e).

Z porównania instytucji wykonawcy w systemie zamówień publicznych i beneficjenta w systemie projektów dofinansowywanych z budżetu państwa i z środków zagranicznych wynika, że są to nieporównywalne aktywności podmiotów. W przypadku wykonawcy celem jest wykonywanie odpłatnych czynności na rzecz drugiego podmiotu, a w przypadku beneficjenta są to czynności nieodpłatne wykonywane na własną rzecz przy dofinansowaniu zewnętrznym jak i z własnych środków. W pierwszym przypadku podmiot na rzecz którego wykonywana jest czynność ją odbiera pod względem ilościowym i rzeczowym i płaci za nią. Natomiast w drugim przypadku podmiot, który częściowo dofinansowuje cudzą działalność sprawdza ją pod kątem warunku dofinansowania pod rygorem zwrotu środków ale nie jest odbiorcą tych czynności. Z powyższego porównania wynika, że w przypadku beneficjenta brak możliwości uzyskania referencji w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych to jest (...) z załączeniem do wykazu wykonanych usług dokumentu potwierdzającego, że usługi zostały wykonane lub są należycie wykonywane.

Reasumując pomimo, że przedmiotem dofinansowanego projektu były czynności przedmiotowo zbieżne z czynnościami, których doświadczenie miał wykazać wykonawca to ze względu na brak cechy odpłatności za wykonane czynności oraz nie istnienie odbioru wykonywanych czynności, nie można ich zaliczyć do doświadczenia zawodowego wymaganego w myśl ustawy Prawo zamówień publicznych i sprecyzowanych w SIWZ i Ogłoszeniu o zamówieniu.

Zamawiający wymagał doświadczenia zawodowego w wykonaniu dwóch usług a nie dwóch projektów. Natomiast przez doświadczenie zawodowe w rozumieniu ustawy Pzp. nie można rozumieć tylko faktu wykonania określonych czynności, prac na własną rzecz, a nie cudzą. W doświadczeniu zawodowym muszą wystąpić okoliczności odbioru prac (potwierdzenie należytego wykonania) przez zamawiającego (odbiorca prac), oraz odpłatność tych prac (wynagrodzenie). Natomiast element badania spełnienia warunków dofinansowania projektu przez instytucję zarządzającą (pośredniczącą) można przyrównać na przykład do kontroli banku udzielającego kredytu na inwestycje, a nie do potwierdzenia doświadczenia zawodowego wynikającego z prawa zamówień publicznych.

Na marginesie należy wskazać, że w ocenie Izby nie uprawniony jest pogląd odwołującego iż „Ani przepisy Pzp (art. 25 ust. 1 pkt 1), ani rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231) - § 1 ust. 2 pkt 1 w związku z § 1 ust. 2 pkt 3, a także postanowienia SIWZ (§ 6 ust. 3) nie zabraniają wykorzystania własnej wiedzy i własnego doświadczenia.

Bowiem w zamówieniach publicznych chodzi o to, że wykazując doświadczenie zawodowe, zostaje ono potwierdzone nie przez wykonawcę, czyli samego siebie, tylko przez podmiot na rzecz którego usługę wykonano, czyli usługobiorcę a nie usługodawcę.

Również na marginesie Izba ocenia, że użycie zwrotu przy opisanu usług „itp.” nie umożliwia zakwalifikowania wykonywanych przez odwołującego projektów do usług, a jedynie zwrot ten rozszerza rodzaj prac (czynności) wykonywanych w ramach wymaganych usług (w § 6 ust. 1 pkt 2 SIWZ Zamawiający postawił warunek zgodnie z którym: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące m.in. posiadania wiedzy i doświadczenia, tj.: w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie - wykonali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych część wykonana obejmuje: a) co najmniej 2 (dwie) usługi i każda z nich: polegała na opracowaniu projektów graficznych, produkcji i dostawie materiałów promocyjnych o wartości 50 000 zł brutto każde ; b) co najmniej 2 (dwie) usługi i każda z nich: polegała na przygotowaniu i udostępnieniu strony internetowej, projektu szkoleniowego, konferencji, sympozjum, itp. polegała na przygotowaniu i udostępnieniu internetowego systemu rejestracji uczestników projektu szkoleniowego; konferencji, sympozjum, itp. ”).

W świetle powyższego stwierdzenie odwołującego o treści „Należy zauważyć, że „ itp. ” oznacza także możliwość dopuszczenia podobnych usług bowiem katalog nie został zamknięty.” jest nieuprawnione.

W związku z powyższym Izba dokonując oceny zarzutów przedstawionych w odwołaniu stwierdza, że odwołujący nie udowodnił ich wystąpienia. Natomiast zamawiający wykazał w postępowaniu odwoławczym, że wykluczając odwołującego z postępowania uczynił to zgodnie z art. 7 ust. 1 i 3, 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp to jest przestrzegając zasady prawa zamówień publicznych: art. 7 ust. 1, w świetle którego: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców ”; art. 7 ust. 3, zgodnie z którym: „Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy”; art. 24 ust. 2 pkt 4, który stanowi, iż: „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy wykazali brak spełniania warunków udziału w postępowaniu” art. 92 ust. 1 pkt 3 zgodnie z którym: „Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne”.

Tak więc nie uwzględniono wniosków zawartych w odwołaniu to jest: unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego i uznania jego oferty za odrzuconą, unieważnienia czynności wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Nobell Congressing Sp. z o.o. w Ożarowie Mazowieckim (05-850), ul. Konotopska 4 (przystępujący w sprawie po stronie zamawiającego), nakazania dokonania wyboru oferty odwołującego z zachowaniem zasad określonych w Pzp i zgodnie z kryteriami określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) oraz o zwrot kosztów postępowania dla odwołującego.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00zł. w koszty postępowania odwoławczego.

Przewodniczący: