

WYROK
z dnia 5 października 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska
Członkowie: Anna Packo
Katarzyna Prowadziś

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 września 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 17 września 2010 r. przez **PricewaterhouseCoopers Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 00-638 Warszawa, al. Armii Ludowej 14** w postępowaniu prowadzonym przez **Kancelarię Prezesa Rady Ministrów w Warszawie, 00-583 Warszawa, al. Ujazdowskie 1/3,**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **PricewaterhouseCoopers Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 00-638 Warszawa, al. Armii Ludowej 14** i nakazuje zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **PricewaterhouseCoopers Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 00-638 Warszawa, al. Armii Ludowej 14** tytułem wpisu od odwołania.

1

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

2

Uzasadnienie

Kancelaria Prezesa Rady Ministrów w Warszawie, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęła, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Opracowanie diagnozy i rekomendacji dotyczących zarządzania i przepływu informacji w administracji rządowej szczebla centralnego oraz przygotowanie zmian i przeprowadzenie pilotażu”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 9 września 2010 r., nr 2010/S 175-267716.

W dniu 17 września 2010 r. (pismem z dnia 17 września 2010 r.) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do Zamawiającego w dniu

17 września 2010 r.) wobec treści ogłoszenia i postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 36 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp, przez ograniczenie możliwości podwykonawstwa
w pięciu działaniach objętych Zamówieniem, wymienionych na str. 2 pkt. III. 4 SIWZ oraz w § 18 ust. 3 wzoru umowy, podczas gdy działania te opisane w załączniku nr 5 są typowymi działaniami analityczno - doradczymi, a przepisy ustawy dopuszczają ograniczenia podwykonawstwa jedynie w sytuacjach, gdy jest to uzasadnione specyfiką zamówienia. Ponadto, w każdym z tych działań znajdują się elementy, które zazwyczaj wykonuje się z udziałem podwykonawców. Są to np. analizy prawnicze, usługi weryfikacji poprawności językowej, niektóre obliczenia statystyczne niezbędne do sporządzenia raportów, itp.,
2. art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 w związku z ust. 4 ustawy Pzp poprzez wadliwe opisanie warunku doświadczenia wymaganego od wykonawców ubiegających się o udzielenie Zamówienia oraz doświadczenia osób, które będą uczestniczyć w realizacji Zamówienia, oraz wadliwe sformułowanie załączników do oferty, przy użyciu, których wykonawcy mają wykazywać spełnianie warunków doświadczenia i dysponowania określonymi osobami,
3. art. 26 ust. 2b ustawy Pzp poprzez wskazanie w pkt. VI.1.4 SIWZ, iż w przypadku polegania na potencjale innych podmiotów wykonawca obowiązany jest przedstawić pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania takich zasobów do dyspozycji, podczas gdy art. 26 ust. 2b wykonawcom pozostawia wybór, w jaki

3

sposób udowodnią Zamawiającemu, czy będą mieli dostęp do zasobów uzyskiwanych od innych podmiotów,

4. art. 9 oraz 27 ust. 1 - 3 ustawy Pzp poprzez niezgodne z prawem sformułowanie zasad porozumiewania się Zamawiającego w wykonawcami w pkt. VII, 3, 4 oraz 8 SIWZ,
5. art. 14 w związku z art. 70 i ust. 4 oraz art. 111 § 1 Kodeksu Cywilnego poprzez niezgodne z prawem sformułowanie zasad porozumiewania się Zamawiającego w wykonawcami w pkt. VII pkt. 11 w związku z pkt. 2,
6. sformułowanie bez podstawy prawnej zasad obowiązujących w przekazywaniu informacji w pkt. VII. 7 SIWZ,
7. art. 23, art. 14 w zw. z art. 98 i 107, 66§1 w zw. z art. 78 Kodeksu Cywilnego i 244 (245) Kodeksu Postępowania Cywilnego, art. 82 ustawy Pzp poprzez sformułowanie wymagań wobec dokonywania czynności przez wykonawcę przy składaniu ofert oraz określenie zakresu pełnomocnictwa w pkt. X.1 lit b oraz c, a także pkt. 5 SIWZ,
8. art. 96 ust. 3 oraz ust. 1 oraz 5 pkt 1 i 2 w związku z odpowiednimi postanowieniami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 października 2008 roku w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U nr 188 poz. 1154 z 2008 r.), zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie protokołu”, w szczególności § 5 ust. 1 i 2, poprzez wadliwe sformułowanie postanowień pkt. XI pkt. 9 lit a oraz c SIWZ,
9. rażące naruszenie zasady jawności (art. 8 ust. 1) oraz przepisu art. 86 ust. 2 poprzez sformułowanie pkt. XI.7 SIWZ,
10. art. 2 ustawy Pzp przez ustalenie kryteriów oceny ofert w taki sposób, który nie prowadzi do obiektywnego wyboru oferty najkorzystniejszej, lecz daje możliwość uznaniowej oceny, preferowania określonych rozwiązań na nieokreślonych zasadach oraz art. 36 ust. 1 pkt 13 poprzez niewskazanie, jakie rozwiązania w ofercie będą podstawą do uzyskania wysokiej oceny w ramach każdego kryterium,
11. w SIWZ brak jest okoliczności stanowiących podstawę do zmiany umowy oraz warunków ich wprowadzenia. Może to prowadzić w przyszłości do naruszenia art. 144 ustawy Pzp. Bez przewidzenia takich okoliczności, Zamawiający uniemożliwia zmianę umowy w jakimkolwiek zakresie. Takie działanie może grozić następczą niemożnością spełnienia świadczenia. Narusza też art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 355 § 1 Kodeksu Cywilnego. Przy tak długotrwałej (ponadroczynej) umowie i trudnym do jednoznacznego zdefiniowania sposobie jej wykonywania oraz wielu zmiennych, które mogą wpłynąć na kierunek podejmowanych w ramach umowy działań,

zaniechania przewidzenie możliwości zmian w umowie narusza zasadę należytej staranności,

12. załącznik nr 2 do SIWZ wskazuje na obowiązek złożenia oświadczenia o spełnianiu warunków, o których mowa w ustawie na dzień składania oferty. Po pierwsze, narusza to art. 25 ust. 1, gdyż spełnienie warunków ustawowych (bez uwzględnienia opisu sposobu spełniania podanego w SIWZ, czego nie żąda Zamawiający) nie gwarantują wykonania zamówienia, a więc oświadczenie jest zbędne. Po drugie, wykonawca nie może złożyć takiego oświadczenia potwierdzając stan na dzień składania ofert, gdy np. własną ofertę składa przed tym dniem. Takie żądanie wymusza złożenie oferty w ostatnim dniu, co narusza zasadę równego traktowania wykonawców, utrudniając wykonanie tej czynności tym, którzy mają dalej własne siedziby, albo zmusza do złożenia informacji, które grożą (przynajmniej potencjalnie) poświadczeniem nieprawdy, gdyby po złożeniu ofert, a przed upływem ich składania zaszły okoliczności, które sprawią że warunek przestanie być spełniany przez wykonawcę, który złożył oświadczenie w kształcie żądanym przez Zamawiającego. Podobna wada występuje w załączniku 2a oraz 2b,
13. art. 14, art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 384 § 1 Kodeksu Cywilnego oraz art. 140 ust. 1 i 3, a także art. 144 ustawy Pzp poprzez niezgodne z prawem wskazanie w § 3 umowy, iż wykonawca zobowiązuje się do jej wykonywania zgodnie z bieżącymi ustaleniami z Zamawiającym,
14. art. 2 pkt 7a oraz art. 14 ustawy Pzp w związku z art. 66 Kodeksu Cywilnego i art. 354 Kodeksu Cywilnego poprzez wskazanie w § 4 ust. 2 umowy, iż umowa ta będzie realizowana przez Zamawiającego (a nie wykonawcę),
15. art. 139 ust. 1 w związku z art. 354 §2 Kodeksu Cywilnego, a także art. 29 ust. 2 poprzez ustalenie w § 9 umowy, iż czynności druku nastąpią w terminie 5 dni. To samo niezgodne z prawem postanowienie zostało zawarte w załączniku nr 5 do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia na str. 14,
16. art. 139 ust. 1 w związku z art. 353 i Kodeksu Cywilnego, tj. zasady swobody kształtowania umów, a także art. 632 Kodeksu Cywilnego dotyczącego istoty wynagrodzenia ryczałtowego oraz zasad wdrażania programów UE, w tym POKL poprzez wskazanie w art. 13 ust. 4 wzoru umowy, że wykonawca jest obowiązany dołączyć do faktury zestawienie faktycznie poniesionych wydatków kwalifikowanych,
17. art. 7 ust. 1 w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez żądanie zawarte w § 15 ust 4 wzoru umowy,
18. art. 8 ust. 1 oraz 139 ust. 2 Ustawy a także art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i przepisów o dostępie do informacji

publicznych, a tym samym art. 58 oraz art. 353 i Kodeksu Cywilnego i art. 14 Ustawy poprzez żądanie w § 17 wzoru umowy zachowania w tajemnicy wszelkich informacji, jakie wykonawca powziął w związku z wykonywaniem umowy,

19. w art. 18 ust 2 wzoru umowy, przepisów art. 3 ustawy Pzp w szczególności ust. 1 pkt. 5 oraz ust. 3, które wskazują na zakres obowiązków stosowania przepisów o zamówieniach publicznych podmiotów, które korzystają ze środków publicznych oraz w dofinansowywaniu projektów,
20. naruszenie w załączniku 5 do SIWZ, tj. w opisie przedmiotu Zamówienia zasady jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia tj. naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy pzp poprzez wskazane w odwołaniu postanowienia.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o zmianę treści SIWZ i treści ogłoszenia

w sposób wskazany przez niego w odwołaniu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut 1 odwołania nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w rozdziale III SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” pkt 4 litera a-e zamieścił postanowienie „Zamawiający dopuszcza udział podwykonawców przy realizacji zamówienia, wyjątkiem:

- a) przeprowadzenia działań diagnostycznych,
- b) wypracowania rekomendacji,
- c) przygotowania do wdrożenia i wdrożenia wypracowanych usprawnień,
- d) zarządzania i nadzoru nad realizacją zamówienia,
- e) sprawozdawczości, w tym opracowania raportów”.

Ograniczenie podwykonawstwa, zdaniem Odwołującego, jest nieuprawnione, gdyż działania wyłączone z zakresu podwykonawstwa są typowymi działaniami analityczno-doradczymi.

6

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Art. 36 ust. 5 ustawy Pzp daje Zamawiającemu uprawnienie do określenia, której części zamówienia wykonawca nie może powierzyć podwykonawcom. Niewątpliwym więc jest, iż Zamawiający z tego uprawnienia skorzystał, określając w SIWZ zakres prac, co do których wykluczył możliwość skorzystania z podwykonawców. Powyższe miało na celu – jak podkreślał Zamawiający na rozprawie – uzyskanie zapewnienia, że zamówienie faktycznie będzie realizował wykonawca wybrany w przedmiotowym postępowaniu. Projekt będący przedmiotem postępowania ma bowiem charakter precedensowy i pionierski, dlatego też wymaga specjalistycznej wiedzy i doświadczenia, a jego specyfika – co podkreślił Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie - wynika z dwóch jego konstytutywnych cech, tj.:

- podejścia metodologicznego, zgodnie z którym badamy i diagnozujemy procesy zachodzące w jednostkach administracji publicznej, badając je w sposób systemowy, tzn. nie skupiamy się na konkretnym urzędzie, ale badając wiele (20) urzędów definiujemy procesy wspólne w celu ich diagnozy i ewentualnych rekomendacji zmian. Jest to pierwszy taki projekt w historii polskiej administracji.

- podejścia dwuetapowego. Etap diagnozy jest połączony z przedstawieniem i wdrożeniem rekomendacji mających na celu zmianę stanu faktycznego. Połączenie tych dwóch etapów z jednej strony zwiększy skuteczność projektu jeśli chodzi o wdrażanie zmian, z drugiej strony jednak takie podejście będzie stawiało znacznie większe wymagania przed Wykonawcą.

Tym samym działania te jako kluczowe z punktu widzenia projektu nie mogą być sędowane na podwykonawców, gdyż ewentualne dopuszczenie podwykonawstwa mogłoby się odbić na jakości i terminowości całego projektu. Dlatego też wyłączenie podwykonawstwa w tych działaniach pozwoli – jak dalej podkreślił Zamawiający - uniknąć sytuacji, w której zatrudnienie przez Wykonawcę konsultantów do realizacji projektu ma charakter „fasadowy” zaś kluczowe działania w projekcie wykonują podwykonawcy.

Działania te, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie mają więc charakteru „typowych działań analityczno - doradczych”. Odwołujący nie wykazał nawet z czego typowość tych działań wynika, ograniczając się jedynie do ogólnikowych stwierdzeń, a mianowicie podnosząc iż nie odbiegają one niczym od typowych analiz funkcjonowania instytucji. Natomiast to Zamawiający wskazał, iż typowa jest jedynie stosowana metodologia działań. Typowe nie są natomiast efekty finalne owych czynności, w przeważającej mierze uzależnione od czynników intelektualnych, wynikających z posiadanego doświadczenia i innych przymiotów osób owe czynności analityczno - wykonawcze wykonujących. Tym samym podstawowe znaczenie ma posiadanie przez Wykonawcę realizującego zamówienie odpowiedniego zasobu personalnego i indywidualny wkład w wykonanie zadania, gdyż tylko takie zaangażowanie Wykonawcy w projekt może gwarantować jego prawidłowe wykonanie.

Dlatego też zarzut ten nie potwierdził się.

7

Zarzut 2 a) i e) odwołania nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w rozdziale V SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu (...)” pkt 1.2.1. litera a) zażądał, aby wykonawcy wykazali się doświadczeniem w realizacji „1 usługi polegającej na przeprowadzeniu analizy w zakresie oceny funkcjonowania lub analizy procesowej w jednej lub większej liczbie jednostek sektora finansów publicznych wskazanych w art. 9 pkt 1 (za wyjątkiem sądów i trybunałów), 2, 5, 7, 8, 9 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (...)”, zwaną dalej „ustawą o finansach publicznych”.

Odwolujący podniósł, iż wskazane doświadczenie polega na spełnieniu świadczenia dla wąsko zakreślonej grupy odbiorców, co sprowadza się do żądania *de facto* doświadczenia tożsamego z przedmiotem zamówienia, zdobytego w polskich jednostkach administracji.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Izba stwierdziła, iż doświadczenie z art. 9 ust. 1 pkt 1, 2, 5, 7, 8 i 9 ustawy o finansach publicznych obejmuje w istocie bardzo szeroki zakres podmiotów, wykonaniem usług na rzecz których wykonawcy mogą się legitymować, gdyż obejmuje: organy władzy publicznej, w tym organy administracji rządowej, organy kontroli państwowej i ochrony prawa z wyłączeniem sądów i trybunałów; jednostki samorządu terytorialnego oraz ich związki; agencje wykonawcze; państwowe fundusze celowe; Zakład Ubezpieczeń Społecznych i zarządzane przez niego fundusze oraz Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego i fundusze zarządzane przez Prezesa Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego oraz Narodowy Fundusz Zdrowia. Tak więc dotyczy także innych podmiotów niż te, które zostały objęte przedmiotem zamówienia w punkcie 4 OPZ „Opis podmiotowy i przedmiotowy” (str. 4-5 OPZ), obejmując Ministerstwa i Urzędy Centralne (faktycznie 46 jednostek administracji rządowej). Wykonawcy mogą więc wykazać się doświadczeniem w realizacji usług na rzecz szerszego kręgu podmiotów niż ten, który będzie objęty obecnym zamówieniem, gdyż może ono dotyczyć jednostek enumeratywnie wyliczonych przez Zamawiającego, a wynikających także z art. 9 ust. 1 ustawy o finansach publicznych i może to być – wbrew twierdzeniom Odwołującego – także doświadczenie zdobyte w funduszach celowych i agencjach wykonawczych.

A ponieważ przedmiotowe zamówienie, podobnie jak cały projekt PO KL, na potrzeby którego zamówienie jest realizowane, dotyczy wyłącznie administracji rządowej szczebla centralnego i jest realizowany pierwszy raz, ma więc charakter precedensowy i złożony. Wykonawca, realizując już pierwszy etap projektu (tzn. diagnozę funkcjonowania urzędów) zobowiązany będzie – co podkreślał Zamawiający - zastosować podejście procesowe w sposób systemowy tzn. zdefiniować i zdiagnozować procesy wspólne na podstawie doświadczeń w wielu urzędach. Dlatego też ograniczone podmiotowo wymogi doświadczenia dotyczą wyłącznie usług analizy/diagnozy funkcjonowania (procesów) i są uzasadnione specyfiką samego projektu, jak i specyfiką funkcjonowania administracji

8

rządowej wynikającą zarówno z obowiązujących przepisów, jak i „kultury funkcjonowania” tych jednostek, innej niż w jednostkach nastawionych na zysk. Dlatego też niewystarczającym byłoby umożliwienie wykonawcom legitymowania się doświadczeniem uzyskanym w takich jednostkach, jednostkach nieprzystających do jednostek administracji publicznej. Doświadczenia uzyskane w tych właśnie jednostkach, jednostkach sektora finansów publicznych stanowi bowiem istotną wartość, której nie da się z niczym innym porównać, gdyż niewątpliwie bardzo ważne jest doświadczenie zdobyte w realizacji określonych zadań, obejmujących także analizy funkcjonowania określonych procesów w danych polskich jednostkach.

Odnosnie doświadczenia zdobytego w jednostkach administracji publicznej innych państw stwierdzić należy, że urzędy te charakteryzują się także własną specyfiką. Nie jest więc możliwe proste odniesienie określonych zjawisk występujących w urzędach innych państw do zjawisk funkcjonujących w polskiej administracji. To w polskiej administracji funkcjonują działania, zachowania, których istnienia taki wykonawca nie mógłby nawet przewidzieć, nie dostrzegając tym samym specyfiki tego konkretnego przedmiotu zamówienia. Poziom i struktura urzędów administracji w Polsce są więc zasadniczo rozbieżne z istniejącymi w innych państwach. Natomiast Zamawiający oczekuje doświadczenia w zakresie obsługi podmiotów krajowych, a zatem przy uwzględnieniu znajomości specyfiki funkcjonowania polskiej administracji Tym samym poziom doświadczenia w zakresie usług na rzecz podmiotów zagranicznych jest niemierzalny i nie przystający do warunków krajowych. Brak zrównania doświadczeń we współpracy z

podmiotami krajowymi i zagranicznymi nie wyklucza jednak udziału w postępowaniu Wykonawców pochodzących z innych państw. Istnieje bowiem wiele instrumentów prawnych pozwalających wykonawcom z innych państw na uczestnictwo w przedmiotowym postępowaniu.

Odnosnie wymogu doświadczenia wykonawcy stwierdzić należy, iż faktycznie ma on charakter proporcjonalny – w tym zakresie Izba w pełni podziela stanowisko Zamawiającego – i dotyczy doświadczenia wyłącznie w zakresie usług analizy/diagnozy funkcjonowania (procesów), podczas gdy wymóg dotyczący doświadczenia związanego z wdrożeniem usprawnień (drugim etapem projektu) nie ma charakteru kwalifikowanego.

Tym samym stwierdzić należy, iż niestandardowy charakter zamówienia rzeczywiście uzasadnia wymaganie wyłącznie doświadczenia nabytego w polskich jednostkach administracji, jednocześnie – wbrew twierdzeniom Odwołującego – nie pozbawiając wykonawców z innych krajów równych szans na uczestnictwo w postępowaniu wykonawców pochodzących z innych państw. Czym innym bowiem jest – jak słusznie podniósł Zamawiający - kryterium podmiotowe, którego w stosunku do przepisów ogólnych Zamawiający nie modyfikuje, a czym innym kryterium posiadanego doświadczenia.

9

Zarzut 2 b), c) i f) odwołania nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w rozdziale V SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu (...)” zażądał, aby osoby, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia wykazały się odpowiednio realizacją: „co najmniej 3 zrealizowanymi usługami (każda z usług została zrealizowana na podstawie odrębnej umowy)”, „minimum 2 zrealizowanych usług (każda z usług została zrealizowana na podstawie odrębnej umowy)”.

Odwołujący wskazał na brak jakiegokolwiek różnicy nabywaniu doświadczenia wynikającej z podstawy prawnej dokonywania czynności oraz wskazując iż identyczną wiedzę można zdobyć w wyniku działań objętych jedną lub większą ilością umów.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Postanowienie to – jak podniósł Zamawiający - ma za zadanie odpowiednio zweryfikować rynek wykonawców i pozwolić na wyłonienie wykonawcy z odpowiednio dużym doświadczeniem, a więc takiego wykonawcy, który wykaże się realizacją zamówień u trzech zamawiających, na podstawie trzech odrębnych umów. Stanowisko to Izba w pełni podziela. Istotna dla Zamawiającego jest bowiem nie tylko wartość usługi, ale w szczególności to, ile takich usług dany Wykonawca wykonał. To ilość usług decyduje bowiem o posiadaniu doświadczenia, a wpływ na to niewątpliwie będzie miał nie tylko różny przedmiot tych umów ale i strony, na rzecz których usługi te były realizowane. Spełnienie tego wymogu poprzez wykazanie się wyłącznie jedną umową, obejmującą wymaganą ilość usług spowodowałoby potencjalną możliwość zaliczenia na poczet takiej usługi, a na co wskazywał Zamawiający, także usługi zleconej wewnątrz danej firmy (w ramach danego wykonawcy). Dlatego też istotnym dla Zamawiającego jest oparcie się na obiektywnym, łatwym do zweryfikowania kryterium wykonanych umów, dającym tym samym gwarancję równego traktowania wszystkich potencjalnych Wykonawców, a także wykluczającym ewentualną uznaniowość w zakresie wartościowania doświadczeń, ale jednocześnie takim Wykonawcą, który jest w stanie wykazać się doświadczeniem, które zapewni wystarczający poziom doświadczenia do realizacji przedmiotowego zadania.

Tym samym zarzut ten nie potwierdził się.

10

Zarzut 2 d) odwołania nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w rozdziale V SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu (...)” pkt 1.3.1 litera a) zamieścił postanowienie, w treści którego zamieścił wymóg legitymowania się doświadczeniem „(...) polegającym na analizie w zakresie oceny funkcjonowania lub analizie procesów lub wdrażaniu zmian usprawnień z zakresu zarządzania (...)”.

Odwołujący podniósł, iż zamieszczone w powyższym postanowieniu pojęcie „wdrażaniu zmian usprawnień” jest pojęciem nielogicznym i niewystępującym w praktyce doradczej.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Powyższe postanowienie istotnie zawiera oczywistą omyłkę pisarską, co przyznał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, podnosząc iż faktycznie w treści kwestionowanego postanowienia („wdrażaniu zmian usprawnień”) opuszczono słowo „lub”. Niemniej jednak należy się zgodzić z Zamawiającym, iż takie naruszenie nie ma i nie może istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Zarzut 2 g) odwołania nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w rozdziale V SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu (...)” pkt 1.3.1 litera b) zamieścił postanowienie, w treści którego zamieścił wymóg legitymowania się doświadczeniem „(...) udziału w realizacji minimum 2 zrealizowanych usług (...)”.

Odwołujący podniósł, iż bez znaczenia jest okoliczność czy usługa została zakończona jeśli osoba legitymująca się doświadczeniem mogła z takiej funkcji zrezygnować lub została zwolniona.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Odwołujący nie wykazał, iż z punktu widzenia realizacji przedmiotu zamówienia, nie jest koniecznym wykazanie się doświadczeniem w zrealizowaniu usługi, a wystarczającym jest udział w jej realizowaniu. Natomiast Zamawiający wskazał, iż fakt zrealizowania usług jest niezwykle istotny z punktu widzenia przedmiotu zamówienia, gdyż świadczy o wiarygodności Wykonawcy i jego zdolności do należytego wykonania zamówienia. Konkretnie i logicznie uzasadniając powód, dla którego postawił taki wymóg. Istotnie należy się zgodzić z Zamawiającym, że można utożsamiać uczestnictwo konsultantów Wykonawcy w usługach już zrealizowanych o ile taka usługa została zrealizowana w sposób prawidłowy. Celem postępowania jest bowiem rzetelne wybranie wykonawcy, którego personel (konsultanci), posiadający odpowiednie doświadczenia, daje podstawę prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia.

11

Powyższe nie stanowi więc naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp.

Zarzut 2 h) odwołania nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w rozdziale V SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu (...)” pkt 1.3.1 litera b) ppkt 1-4 zamieścił postanowienie „(...) co najmniej 6 osób, które będą pełnić rolę konsultantów (...)”.

Odwołujący podniósł, iż nieuzasadnionym jest żądanie aby to było aż 6 osób, zwłaszcza że w kontekście wymaganego doświadczenia mogą to być całkowicie dowolne osoby.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż Zamawiający ma prawo tak określić wymogi w stosunku do osób, które będą realizowały zamówienie aby zapewnić prawidłowe jego wykonanie, a jednocześnie nie naruszyć zasady uczciwej konkurencji. Odwołujący, wskazując na zbyt dużą ilość osób, która jest wymagana do pełnienia funkcji konsultantów odnosi ją do wymaganego od nich doświadczenia, podnosząc iż faktycznie mogą one pełnić dowolną funkcję. Jednocześnie Odwołujący nie udowodnił, iż przy takim założeniu wystarczającym będzie zespół 3 osób. To Zamawiający natomiast wykazał, że projekt ma charakter specyficzny, precedensowy i pionierski i w związku z tym jego realizacja wymaga, oprócz doświadczenia i wiedzy reprezentowanej przez konsultantów, również odpowiedniej ich liczby. W ramach projektu niezbędne jest bowiem wykonywanie szeregu czynności logistycznych i zarządczych. Dlatego też Zamawiający żądał wskazania 6 konsultantów jako minimalnej liczby osób, która jest w stanie zrealizować ów precedensowy projekt.

Tym samym stawiany Zamawiającemu zarzut jest bezzasadny.

Zarzut 3 odwołania nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w rozdziale VI SIWZ „Wykaz oświadczeń lub dokumentów (...)” pkt 4 zdanie 3 zamieścił postanowienie „Jeżeli Wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu, osobach zdolnych do wykonania zamówienia innych podmiotów (...) zobowiązany jest przedstawić pisemne zobowiązanie tych podmiotów oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów (...)”.

Powyższe postanowienie zakwestionował Odwołujący, podnosząc iż pisemne zobowiązanie jest jedną z form udowodnienia, iż wykonawca będzie miał do nich dostęp dlatego też nie można z założenia już wskazać, że jest to jedyny dowód.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Istotnie – należy się zgodzić z Zamawiającym - iż brak sformułowania „w szczególności” przed słowem „zobowiązanie”, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie

12

ogranicza w żaden sposób prawa Wykonawcy do udowodnienia dostępu do zasobów podmiotów trzecich w sposób inny niż wskazany za pomocą innych dowodów. Ograniczeniem takim byłoby rzeczywiście kwestionowane postanowienie, o ile Zamawiający użyłby słowa „wyłącznie”. Dopiero wówczas z tak sformułowanego postanowienia można by wywieść, iż jedynym dopuszczalnym przez Zamawiającego dokumentem jest właśnie to pisemne zobowiązanie. Tak więc postanowienie dotyczące „zobowiązania” – jak słusznie podniósł Zamawiający - traktować należy przykładowo, jako przywołanie konkretnej egzemplifikacji wynikającej z ustawy. Ewentualne przedstawienie dowodu zaistnienia niezbędnych ustawowo okoliczności, w sposób odmienny posiadający jednak walor równorzędności pod względem dowodowym w stosunku do „zobowiązania” oczywiście musiałoby zostać uznane przez Zamawiającego jako wypełniające wymogi ustawowe.

Tym samym zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut 4 odwołania nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w rozdziale VII SIWZ „Informacje o sposobie porozumiewania się Zamawiającego z Wykonawcami. (...)” zamieścił m.in. kwestionowane przez Odwołującego, w kontekście punktów 4 i 8, postanowienie punktu 3, tj. iż „zamawiający preferuje sposób komunikacji z Wykonawcami drogą elektroniczną lub faksem”.

Odwołujący podniósł, iż Zamawiający może jedynie wybrać, a nie preferować jakąkolwiek metodę komunikacji, a użyte przez niego sformułowanie może oznaczać, iż formy te będzie stosował sam Zamawiający, natomiast nie będzie ich dopuszczał w stosunku do wykonawców korzystających z tych form porozumiewania się.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Zdaniem Izby kwestionowanego postanowienia nie należy odczytywać w oderwaniu od całej treści rozdziału VII. Zamawiający, zgodnie z przysługującym mu z art. 27 ustawy Pzp, uprawnieniem do wskazania sposobu porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami niewątpliwie dopuścił porozumiewanie się w formie pisemnej, faksem lub drogą elektroniczną, jednocześnie dla określonych czynności bezwzględnie żądając zachowania formy pisemnej. Tym samym w sposób prawidłowy dokonał wyboru sposobu komunikowania się Zamawiającego z Wykonawcami. Nie można więc twierdzić, iż sformułowanie „preferowanie” oznacza rezygnację z dopuszczalności innych form porozumiewania się, a jedynie – jak podniósł Zamawiający - że „Zamawiający w sytuacjach przewidzianych w SIWZ posługiwać będzie się w miarę możliwości faksem i mailem, celem zapewnienia płynności postępowania i jego szybkiego przeprowadzenia”.

Izba nie stwierdziła więc zasadności podniesionego zarzutu.

13

Zarzut 5 odwołania nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w rozdziale VII SIWZ „Informacje o sposobie porozumiewania się Zamawiającego z Wykonawcami. (...)” pkt 11 i 2 zamieścił postanowienia:

„2. W postępowaniu o udzielenie zamówienia oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje Zamawiający i Wykonawcy przekazują pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną. (...)”

11. Porozumiewanie się Wykonawcy z uprawnionym pracownikiem odbywać się może tylko w godzinach pracy Kancelarii, tj. od 8.15 do 16.15”.

Odwołujący podniósł m.in., iż postanowienie punktu 11 oznacza, iż przekazane w innych godzinach pisma i maile mogą być uznane za złożone wbrew postanowieniom SIWZ, a co oznacza iż kwestionowane postanowienie należy uznać, w świetle przepisów kodeksu

cywilnego, za nieskuteczne.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Przede wszystkim stwierdzić należy, iż kwestionowany przez Odwołującego pkt 11, dotyczy porozumiewania się z pracownikiem Zamawiającego. Nieuprawnionym jest więc utożsamianie wskazanych w SIWZ godzin, w których możliwym jest skontaktowanie się z tym pracownikiem jako godzin wymaganych dla wpływu faksu, maila lub pisma i tym samym uzależnienia od nich uznania skuteczności ich złożenia, czy też wniesienia. Bezspornym jest bowiem, iż zgodnie z przepisami kodeksu cywilnego, termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia, tak więc faksy, pisma oraz wiadomości mailowe uznawane są za złożone skutecznie bez względu na to czy wpłyną one w godzinach pracy danego urzędu, czy poza nimi. Oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest bowiem złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. Natomiast oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią.

Tym samym, w niniejszym stanie faktycznym, nie jest i niemożliwym byłoby ograniczenie skuteczności zachowania terminu określonego w dniach poprzez wskazanie godzin w jakich pisma winny wpływać. Przepisy SIWZ dotyczące formy i sposobu wnoszenia pism, jak i porozumienia się z pracownikiem Zamawiającego są w tym zakresie czytelne i spójne i nie wynika z nich – wbrew twierdzeniom Odwołującego - że faksy, maile, pisma złożone w godzinach innych niż godziny pracy KPRM mogą być uznane za złożone wbrew postanowieniom SIWZ.

Dlatego też zarzut ten nie potwierdził się.

14

Zarzut 6 odwołania nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w rozdziale VII SIWZ „Informacje o sposobie porozumiewania się Zamawiającego z Wykonawcami. (...)” pkt 7 zamieścił postanowienie „w przypadku braku potwierdzenia otrzymania wiadomości przez Wykonawcę domniemywa się, iż pismo wysłane przez Zamawiającego na ostatni znany adres mailowy lub numer faksu podany przez Wykonawcę zostało mu doręczone w sposób umożliwiający zapoznanie się Wykonawcy z tym pismem”.

Odwołujący podniósł m.in., iż postanowienie punktu 11 oznacza, iż przekazane w innych godzinach pisma i maile mogą być uznane za złożone wbrew postanowieniom SIWZ, a co oznacza iż kwestionowane postanowienie należy uznać, w świetle przepisów kodeksu cywilnego, za nieskuteczne.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Kwestionowane postanowienie SIWZ jest jasne, precyzyjne i nie budzące żadnych wątpliwości. Niewątpliwym jest bowiem, iż przez ostatni wskazany adres mailowy lub numer faksu należy rozumieć – co podkreślił Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie - adres lub faks wskazany przez samego Wykonawcę w zapytaniu, ofercie, itp. Natomiast rolę Zamawiającego – jak słusznie on podkreślił w odpowiedzi na odwołanie – nie jest ustalanie innych istniejących adresów i faksów Wykonawcy, poza tymi, które wykonawca podał Zamawiającemu sam.

Tym samym stwierdzić należy, iż zarzut ten jest chybiony.

Zarzut 7 a) odwołania nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w rozdziale X SIWZ „Opis sposobu przygotowania oferty” pkt 1 litera b) zamieścił postanowienie „(...) Podpisy i parafy stawia na niej Wykonawca – pełnomocnik upoważniony przez wszystkich Wykonawców występujących wspólnie do reprezentowania ich w postępowaniu, albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy (art. 23 ustawy Pzp)”.

Odwołujący podniósł m.in., iż powyższe oznacza, iż Zamawiający wymaga aby ofertę obligatoryjnie podpisał ustanowiony pełnomocnik.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

W ocenie Izby, użycie w treści kwestionowanego postanowienia SIWZ sformułowania „Wykonawca-pełnomocnik” jednoznacznie oznacza, iż ofertę może podpisać i parafować wykonawca lub pełnomocnik. Powyższe postanowienie nie oznacza jednocześnie ograniczenia podpisania i parafowania oferty wyłącznie przez ustanowionego pełnomocnika.

Powołanie art. 23 ustawy Pzp wskazuje bowiem odniesienie do podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, którzy to mają obowiązek ustanowienia pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie

15

zamówienia albo do reprezentowania w postępowaniu i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z powyższego więc wynika, że oferta może być podpisana przez wykonawcę albo przez pełnomocnika, w przypadku podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Działanie przez pełnomocnika nie pozbawia bowiem możliwości osobistego dokonania czynności przez mocodawcę. Tym samym zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut 7 b) odwołania nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w rozdziale X SIWZ „Opis sposobu przygotowania oferty” pkt 1 litera b) zamieścił postanowienie, w którym wskazał m.in., iż „Treść pełnomocnictwa powinna dokładnie określać m.in.:

„- w przypadku konsorcjum – określenie postępowania, którego dotyczy, oznaczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, wskazanie wykonawcy/pełnomocnika i zakres pełnomocnictwa (...),
- w przypadku spółki cywilnej - określenie postępowania, którego dotyczy, wskazanie pełnomocnika, zakres pełnomocnictwa (...).”

Odwołujący podniósł, iż Zamawiający w sposób nieuprawniony narzucił wykonawcom treść pełnomocnictwa.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Art. 23 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, iż wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego ustanawiają pełnomocnika. Z dokumentu tego powinny wynikać czynności, do których uprawniony jest pełnomocnik, a minimalnym zakresem uprawnień jest już reprezentowanie w postępowaniu. Tak więc z powyższego, jak również z dorobku doktryny i judykatury wynika, iż pełnomocnictwo, o którym mowa w art. 23 ust. 2 ustawy Pzp powinno być co najmniej pełnomocnictwem rodzajowym, obejmującym umocowanie do dokonywania i przyjmowania określonych czynności prawnych i faktycznych, a co za tym idzie składania wszelkich oświadczeń woli i imieniu na rzecz konsorcjum. A tym samym wskazanie w treści pełnomocnictwa postępowania, którego ono dotyczy, oznaczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o dane zamówienie, zakresu pełnomocnictwa, a także pełnomocnika nie jest sprzeczne z przepisami prawa, gdyż „pełnomocnictwo stanowi dla zamawiającego istotne źródło informacji nie tylko odnośnie podmiotu uprawnionego do występowania w imieniu grupy wykonawców, ale pozwala także na identyfikację wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Prawidłowo sformułowane pełnomocnictwo i należycie ustanowiony pełnomocnik mają zasadnicze znaczenie dla ważności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem oferta złożona w ramach przetargu przez osobę nienależycie umocowana podlega odrzuceniu” (wyrok SO we Wrocławiu z dnia 29 marca 2007 r. w sprawie o sygn. akt X Ga 65/06).

16

Dlatego też zarzut ten Izba uznała za nieuzasadniony.

Zarzut 7 c) odwołania nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w rozdziale X SIWZ „Opis sposobu przygotowania oferty” pkt 5 zamieścił postanowienie, w którym wskazał m.in., iż „oferta musi być napisana w języku polskim (...) oraz podpisana przez osobę upoważnioną do reprezentowania firmy (...). Zamawiający zaleca, aby każda zapisana strona oferty (wraz z załącznikami do oferty) była ponumerowana kolejnymi numerami. Każda strona oferty, która nie wymaga opatrzenia podpisem, powinna być parafowana przez osobę upoważnioną do podpisywania oferty”.

Odwołujący podniósł, iż Zamawiający w sposób nieuprawniony zażądał parafowania każdej strony oferty i podpisania więcej niż jednej z nich.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Z treści przedmiotowego postanowienia, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie wynika obowiązek podpisania więcej niż jednej strony, a jedynie „parafowania każdej strony, która nie wymaga opatrzenia podpisem”. Niewątpliwym jest – co podkreślił Zamawiający w

odpowiedzi na odwołanie - iż parafo jest zwyczajowo stosowana w obrocie gospodarczym jako potwierdzenie zgodności treści poszczególnych stron wchodzących w skład danego dokumentu z wolą strony składającej oświadczenie woli. Ma ona pełnić rolę gwarancyjną, wykluczającą możliwość ingerencji w treść dokumentu, już po jego podpisaniu przez daną osobę. Tak więc paraflowanie każdej ze stron dokumentu nie wpływa na jego ważność, w szczególności ważności tej nie umniejsza, natomiast art. 78 k.c. nie stanowi o zakazie używania takiego narzędzia, jako najstosowniejszego z punktu widzenia generalnego celu stosowania formy pisemnej. Paraflowanie każdej zapisanej strony miało być – jak dalej wywodził Zamawiający - sposobem na wykluczenie możliwości przeprowadzenia dowodu przeciwko podstawie dokumentu, chociażby w kontekście jego integralności. Niemniej jednak stwierdzić należy, że mimo tak postawionego wymogu, brak parafy – w myśl postanowień SIWZ, a tym bardziej przepisów ustawy Pzp – nie skutkuje i nie może skutkować odrzuceniem oferty. Powyższe stanowiłoby co najwyżej brak formalny o wadze podobnej do braku numeracji stron.

Zarzut 8 odwołania nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w rozdziale X „Opis sposobu przygotowania ofert”, pkt 9 litera a) oraz c) SIWZ zamieścił postanowienie:

„Udostępnianie ofert odbywać się będzie na poniższych zasadach:

1. Wykonawca zobowiązany jest złożyć w siedzibie Zamawiającego pisemny wniosek o udostępnienie treści wskazanej oferty,
2. (...).

17

-
3. po przeprowadzeniu powyższych czynności Zamawiający ustali miejsce, termin i sposób udostępnienia ofert, o czym niezwłocznie poinformuje wykonawcę.”

W ocenie Odwołującego powyższe postanowienia są wadliwie sformułowane, czym Zamawiający naruszył zasadę jawności postępowania oraz przepisy rozporządzenia w sprawie protokołu.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż sposób przekazywania oświadczeń, zawiadomień i informacji składanych w toku postępowania o zamówienie publiczne zależy od Zamawiającego. To Zamawiający określa wymaganą przez niego formę, jednocześnie o dokonanych wyborze informując wykonawców § 5 ust. 1 rozporządzenia w sprawie protokołu postępowania stanowi, iż Zamawiający udostępnia protokół lub załączniki do protokołu na wniosek, jednocześnie nie wskazując jaką formę ma mieć składany wniosek. W niniejszym stanie faktycznym, Zamawiający żądając takiego wniosku, nie uzależnia udostępnienia protokołu wraz z załącznikami od spełnienia jakichkolwiek warunków. Izba, w tym zakresie w pełni podziela stanowisko Zamawiającego, stwierdzając iż przy braku przesądzenia przez ustawodawcę, jaką formę ma mieć ten wniosek to powinien on być złożony w formie pisemnej. Powyższe nie pozostaje w sprzeczności z określonymi w rozdziale VII zasadami porozumiewania się Zamawiającego z Wykonawcą, gdyż – jak słusznie podniósł Zamawiający - zostały one uszczegółowione w rozdziale X „Opis sposobu przygotowania ofert”. Kwestionowane postanowienie nie jest więc sprzeczne z zasadą pisemności określoną w ustawie Pzp.

Natomiast rozporządzenie w sprawie protokołu postępowania (§ 5 ust. 2) wskazuje sposoby udostępnienia protokołu lub załączników, co w myśl tego przepisu możliwe jest „przez wgląd w miejscu wyznaczonym przez zamawiającego, przesłanie kopii pocztą, faksem lub drogą elektroniczną, zgodnie z wyborem wnioskodawcy wskazanym we wniosku”. Niewątpliwym jest więc, iż kwestionowane postanowienie odnosi się do pierwszego ze sposobów udostępniania protokołu lub załączników i może mieć miejsce w sytuacji, gdy wykonawca w złożonym wniosku, podając sposób udostępnienia dokumentów wskaże wgląd w miejscu wskazanym przez Zamawiającego, a więc poda sposób w jaki chce uzyskać przedmiotowe dokumenty, bądź też sytuacji, gdy sposobu tego nie określi, ale i sytuacji określonych w § 5 ust. 4 rozporządzenia w sprawie protokołu postępowania, a więc po uzyskaniu uprzedniej zgody zainteresowanego dokumentami wykonawcy. Natomiast oczywistym jest, iż w przypadkach dotyczących udostępnienia dokumentów poprzez przesłanie kopii pocztą, faksem lub drogą elektroniczną, o ile nie zachodzą okoliczności wskazane w § 5 ust. 4 rozporządzenia w sprawie protokołu nie wskazuje się i niemożliwym jest wskazanie miejsca, terminu i sposobu udostępnienia. Udostępnienie następuje bowiem

jest więc odnoszenie tych sytuacji do sytuacji wskazanej w kwestionowanym przepisie (§ 5 ust. 2). Tym samym stwierdzić należy, iż zarzuty Odwołującego nie potwierdziły się.

Zarzut 9 odwołania nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w rozdziale XI „Miejsce oraz termin składania i otwarcia ofert”, pkt 6, zdanie 2 SIWZ zamieścił postanowienie „w przypadku chęci uczestnictwa w otwarciu ofert, należy odpowiednio wcześniej zgłosić ten fakt, w celu umożliwienia wystawienia przepustki osobowej (imię i nazwisko osoby)”.

Odwołujący podniósł, iż powyższe postanowienie stanowi m.in. naruszenie jawności otwarcia ofert oraz, iż jest ono niedookreślone.

Zdaniem Izby niewątpliwym jest, iż otwarcie ofert jest jawne, jak również to, iż w czynności tej mogą uczestniczyć poza Zamawiającym, który czynności tej dokonuje także Wykonawcy bezpośrednio zainteresowani podawanymi w trakcie otwarcia ofert informacjami, ale i osoby trzecie. Regulacja ta jest więc przejawem realizacji zasady jawności. Oznacza to więc, iż każdy z tych podmiotów może wziąć udział w otwarciu ofert. Kwestionowane przez Odwołującego postanowienia SIWZ nie ograniczają tej zasady, gdyż podmioty te mogą wziąć udział w otwarciu ofert, jednak ze względu na to, iż Zamawiającym jest Kancelaria Prezesa Rady Ministrów, zwana dalej „KRRM”, zobowiązani są poddać się procedurom obowiązującym wszystkich wchodzących na teren urzędu osobom.

KPRM – jak podkreślił to Zamawiający, a co w istocie jest niewątpliwe – to instytucja obsługująca Prezesa Rady Ministrów posiadająca specyficzny charakter i podlegająca konkretnym uwarunkowaniom dotyczącym ochrony najwyższych osób w państwie oraz odrębnie ochrony informacji niejawnych. Z tej przyczyny uzasadnionym jest, aby na terenie budynku będącego jego siedzibą obowiązywały ściśle ustalone procedury bezpieczeństwa, które określone zostały w – powołanym przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie – zarządzeniu nr 5 Dyrektora Generalnego z dnia 16 marca 2010 r. w sprawie określenia zasad wstępu i wjazdu na teren Kancelarii Prezesa Rady Ministrów wynikającym z Porozumienia zawartego w dniu 29 listopada 2002 r. pomiędzy Szefem Kancelarii Prezesa Rady Ministrów a Szefem Biura Ochrony Rządu, zgodnie z § 10 ust. 3 którego to zarządzenia przepustki jednorazowe typu „WIZYTA” wydawane są na podstawie dokumentu potwierdzającego tożsamość, deponowanego na czas planowanej wizyty w Biurze Przepustek lub u funkcjonariusza Biura Ochrony Rządu.

KPRM jest to więc urząd, wejście na teren którego musi być i jest obwarowane zachowaniem określonych procedur bezpieczeństwa. Obowiązek wylegitymowania się dokumentem przez osoby deklarujące wzięcie udziału w czynności otwarcia ofert nie służy do weryfikacji możliwości wzięcia udziału w otwarciu ofert przez daną osobę i w konsekwencji nie ogranicza udziału w tej czynności. Ma natomiast na celu zapewnienie

bezpieczeństwa osób i informacji na terenie siedziby Premiera, którego rygory wynikają z przepisów ustawowych.

Tym samym zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut 10 odwołania nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w rozdziale XIII SIWZ „Opis kryteriów (...)” wyspecyfikował kryteria oceny ofert, w tym: „1.3 Spójność podejścia i powiązań pomiędzy działaniami”, „1.4 Przyporządkowanie względem siebie działań, kamieni milowych, produktów i terminów w ramach poszczególnych faz”, „1.5 wskazanie istotnych ryzyk dla realizacji zamówienia”.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający wskazując podstawy oceny nie określił zasad jej dokonania.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż obowiązkiem Zamawiającego jest podanie kryteriów, którymi będzie się kierował przy wyborze ofert wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i opisem sposobu dokonywania oceny w danym kryterium polegającym na wskazaniu, co Zamawiający pod określonym kryterium rozumie.

Pierwsze z kryteriów, tj. „1.3 Spójność podejścia i powiązań pomiędzy działaniami” niewątpliwie zostało opisane przez odniesienie do powołanych przez Zamawiającego postanowień rozdziału X SIWZ „Opis sposobu przygotowania oferty” pkt 7 ppkt 2 (2.1.-2.9.), a więc sposobu określenia kryteriów wyboru urzędów, sposobu opracowania listy najważniejszych procesów, sposobu określenia kryteriów do priorytetyzacji procesów, sposobu przygotowania rankingu procesów, sposobu analizy procesów głównych, sposobu wdrożenia pilotażowych inicjatyw, sposobu selekcji liderów i sposobu realizacji transferu wiedzy, z jednoczesnym zaakcentowaniem, iż oceniane będzie w jaki sposób poszczególne działania łączą się ze sobą i tworzą spójny system z punktu widzenia celu zamówienia, który został określony w Opisie Przedmiotu Zamówienia (str. 3-4). Metodologia oceny będzie więc polegać – jak podniósł Zamawiający - na sprawdzeniu w jakim stopniu każde z opisanych przez potencjalnego Wykonawcę 9 działań jest zgodne z systemem celów przedstawionym w tabeli. A więc będzie zgodne z tym co zostało opisane w SIWZ.

Drugie z kryteriów, tj. „1.4 Przyporządkowanie względem siebie działań, kamieni milowych, produktów i terminów w ramach poszczególnych faz” także zostało opisane przez odniesienie do wskazanych przez Zamawiającego postanowień rozdziału X SIWZ „Opis sposobu przygotowania oferty” pkt 7 ppkt 3, w którym szczegółowo określono co w ramach tego punktu winno być przedstawione, a także to co ocenie będzie podlegało. Tak więc w ramach tego kryterium oceniana będzie efektywność i logika przyporządkowania w każdej fazie, względem siebie działań, kamieni milowych, produktów i terminów poszczególnych

20

działań. Zakres swobodnego uznania co do sposobu oceny - zgodnie z twierdzeniami Zamawiającego - został ograniczony do minimum, gdyż analiza efektywności i logiki działania potencjalnych wykonawców w ramach poszczególnych faz będzie się odbywać poprzez analizę porównawczą tzw. wykresów Gantta, do przedstawienia którego wykonawcy są zobowiązani, w tym do przedstawienia m.in. zależności między działaniami w ramach zamówienia. Wykonawca niczego nie musi udowadniać. Ma natomiast przedstawić określone działania, które będą podlegały ocenie na podstawie opisanego kryterium. Niezrozumiała dla Odwołującego efektywność wynika więc z całokształtu postanowień SIWZ dotyczących kryteriów, jak i postanowień do których ono się odwołuje.

Trzecie z kryteriów, tj. „1.5 wskazanie istotnych ryzyk dla realizacji zamówienia” również zostało opisane przez odniesienie do wskazanych przez Zamawiającego postanowień rozdziału X SIWZ „Opis sposobu przygotowania oferty” pkt 7 ppkt 4, z jednoczesnym wskazaniem maksymalnie dwóch istotnych ryzyk dla każdej z faz realizacji zamówienia, a umiejętność identyfikacji ryzyka przez wykonawcę – jak podniósł Zamawiający - ma kluczowe znaczenie dla powodzenia projektu tak złożonego i precedensowego zamówienia jak w tym przypadku. W postanowieniach, do których odwołuje się Zamawiający, dokładnie wskazano co należy rozumieć jako „opis metodyki zarządzania zamówieniem”, jak i jako „zarządzanie ryzykiem”, precyzując co należy Zamawiającemu przedstawić. Tak więc oceniane ma być przedstawione ryzyko co wprost wynika z postanowień kwestionowanego kryterium. Odnoszenie powyższego do „oceniania zadeklarowania, czy też udowodnienia istotności ryzyk” jest jedynie przejawem swobodnej interpretacji, a wręcz nieuprawnionej dywagacji Odwołującego.

Tym samym stwierdzić należy, iż opisu kryteriów i sposobu ich oceny Zamawiający dokonał w sposób precyzyjny, jasny i przejrzysty, stosując – jak sam podkreślił - zdefiniowane i powszechnie rozumiane pojęcia jak spójność, adekwatność czy przyporządkowanie, a także uwzględniając zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający ma bowiem prawo oczekiwać wykonania przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z jego oczekiwaniami, zwłaszcza że przedmiot zamówienia zawiera w sobie elementy prac badawczych.

Tym samym powyższy zarzut nie potwierdził się.

Zarzut 11 odwołania nie potwierdził się.

Odwołujący postawił zarzut zawarcia w SIWZ okoliczności stanowiących podstawę zmiany umowy oraz warunków ich wprowadzenia, co w konsekwencji może prowadzić do naruszenia art. 144 ustawy Pzp.

Art. 144 ustawy Pzp stanowi, iż zakazuje się istotnych postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że

21

Zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ oraz określił warunki takiej umowy. W myśl tego przepisu to Zamawiający, poprzez zamieszczenie okoliczności statuujących ewentualną zmianę umowy, bądź też ich brak decyduje o możliwości zmiany umowy. Jest to więc wyłącznie jego uprawnienie. Zamawiający, korzystając niewątpliwie z przysługującego mu prawa, w § 22 projektu umowy, stanowiącej załącznik do SIWZ, przewidział okoliczności stanowiące podstawę do zmiany umowy.

Tym samym zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut 12 odwołania nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż załącznikiem nr 2 do SIWZ jest oświadczenie, które zawiera następującą treść „(...) że na dzień składania oferty spełniamy warunki określone w art. 22 ust. 1 pkt 1-4 ustawy Pzp”. Natomiast w treści załącznika nr 2a i 2b zawarto oświadczenie o treści „(...) że na dzień składania ofert nie podlegam/wykluczeniu (...)”.

Art. 44 ustawy Pzp nakłada na wykonawcę obowiązek złożenia oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków, jeżeli zamawiający ich żąda. Przepisy ustawy nie określają ani dokładnej treści, ani formy czy sposobu złożenia przedmiotowego oświadczenia. Wystarczy więc, iż z treści takiego oświadczenia wynika, iż dotyczy potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Oświadczenie to odnosi się do treści art. 22 ust. 1 ustawy Pzp bowiem w celu potwierdzenia, braku warunków negatywnych należy złożyć oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym nie może być ono uznane za zbędne skoro przepis ustawowy wprost stanowi o konieczności złożenia takowego oświadczenia.

Odnosnie zarzutu dotyczącego momentu złożenia oświadczenia Izba stwierdziła, dzieląc w tym zakresie stanowisko Zamawiającego, iż istotnie Zamawiający w treści kwestionowanego oświadczenia (według wzoru określonego w załączniku nr 2) umieścił postanowienie, z treści którego jednoznacznie wynika, iż podpisująca je osoba stwierdza, że „na dzień składania oferty” spełnia warunki określone w art. 22 ust. 1 pkt 1 - 4 ustawy Pzp. Z powyższego jednak wynika, iż nie chodzi o termin składania ofert, ale moment złożenia oferty, tj. tej konkretnej oferty, do której przedmiotowe oświadczenie jest załączane. Natomiast sformułowania „na dzień składania ofert” zawarte w załącznikach nr 2a i 2b stanowią w istocie oświadczenia wiedzy, a oświadczeń takich nie można składać na temat zdarzeń przyszłych. Ponadto przepisy ustawowe, określając – jak słusznie podkreślił Zamawiający - termin składania ofert nie nakazują ich składania w ostatnim dniu terminu. Tym samym zwrot w nich zastosowany uznać należy jako odnoszący się do chwili składania oferty przez danego wykonawcę.

22

Dlatego też zarzut ten należało uznać za bezzasadny.

Zarzut 13 odwołania nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż § 3 ust. 2 projektu umowy stanowi, iż „wykonawca zobowiązuje się do wykonywania zamówienia, o którym mowa w ust. 1 zgodnie z OPZ oraz bieżącymi ustaleniami z Zamawiającym”.

Bezspornym jest, iż umowa o zamówienie publiczne wykonywana jest na podstawie złożonej oferty, która jest załącznikiem do umowy i jej integralną częścią. Kwestionowane postanowienie umowy – jak podniósł Zamawiający - stanowi jedynie, że powyższe odbywać się będzie w oparciu o bieżącą współpracę z Zamawiającym na etapie realizacji umowy, która odbywać się będzie poprzez kontakt z osobą wskazaną ze strony Zamawiającego w kwestiach organizacyjnych związanych z realizacją zamówienia oraz z osobą ze strony Wykonawcy w kwestiach związanych z realizacją zamówienia. Tym samym zakres obowiązku współdziałania stron określa treść zobowiązania wynikająca z zawartej umowy.

Kwestionowane postanowienie – jak podniósł Zamawiający - wynika z charakteru projekt objętego postępowaniem i związanej z nim wielości kwestii wymagających bieżącego ustalania pomiędzy stronami, co nie oznacza, iż Zamawiający – w oparciu o kwestionowane postanowienie - może dokonać zmiany treści zawartej umowy, jak również narzucić wykonawcy, wbrew treści oferty, sposobu jej wykonania. Ustalenia to przecież – jak to podnosił Zamawiający - decyzje, wytyczne itp., a więc ustalenia „z Zamawiającym” (ustalenia

między Wykonawcą i Zamawiającym). Tak więc powyższe nie tylko, że nie różnicuje stron i zakłada, że ustalenia będą czynione w drodze polubownej pomiędzy stronami zainteresowanymi wykonaniem umowy, ale także daje gwarancję prawidłowego i zgodnego z oczekiwaniami Zamawiającego wykonania umowy w granicach wyznaczonych zarówno dokumentami postępowania o zamówienie publiczne, oferty Wykonawcy, jak też przede wszystkim zapisami umowy zawieranej pomiędzy stronami.

Tym samym zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut 14 odwołania nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż § 4 ust. 2 projektu umowy stanowi, iż „Każda z faz zostaje wykonana z momentem realizacji przez Zamawiającego wszystkich działań dla danej fazy (...)”.

Odwołujący podniósł, iż postanowienie określające, iż zarówno realizacja, jak i zatwierdzenie działań będzie dokonywane przez Zamawiającego uniemożliwi wykonawcy spełnienie jego zobowiązania.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Zdaniem Izby powyższy błąd może zostać potraktowany jako oczywista omyłka pisarska, gdyż jest to omyłka widoczna bez specjalistycznej wiedzy, błąd pisarski czy też

23

inna podobna usterka w tekście. Jest to więc taka niedokładność, która jest widoczna dla każdego bez przeprowadzania jakiegokolwiek dodatkowej analizy. W miejsce Wykonawcy wpisano bowiem „Zamawiającego”. Jednakże z uwagi na to, iż omyłka ta ma miejsce w projekcie umowy, a więc nie ma i nie może mieć ona wpływu na wynik postępowania, może być skorygowana dopiero na etapie zawierania umowy, w oparciu o projekt umowy, z wykonawcą wyłonionym w wyniku przeprowadzonego postępowania o zamówienie publiczne.

Dlatego też zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut 15 odwołania nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w treści projektu umowy, jak i w treści SIWZ zamieścił postanowienie, w myśl którego „druk nastąpi w terminie 5 dni od dnia akceptacji przez Zamawiającego raportu oraz formy graficznej (...)”.

W ocenie Odwołującego termin ten jest nierealnym terminem wykonania zobowiązania i uprzywilejowuje tych wykonawców, którzy mają do dyspozycji etatowych korektorów, osoby odpowiedzialne za skład, zakład poligraficzny lub drukarnię.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Jak słusznie podniósł Zamawiający ma on prawo ustalenia realizacji poszczególnych czynności wchodzących w skład zamówienia w taki sposób i w takich terminach, jakie są dla niego dogodne, przy założeniu, że są one możliwe do dochowania i nie ograniczają szansy udziału w postępowaniu żadnemu potencjalnemu Wykonawcy. W świetle przedmiotowej SIWZ wykonawca może, w braku ograniczenia w tym zakresie, skorzystać z podwykonawstwa. Nadto czynności wskazane przez Zamawiającego przykładowo jako te, które determinują niedochowanie terminu to w istocie czynności – jak podniósł Zamawiający – których znaczna część (projekt graficzny, korekta i inne czynności przygotowujące do druku) powinna zostać zrealizowana przez Wykonawcę jeszcze przed przekazaniem raportów do akceptacji Zamawiającego. Tak więc pięciodniowy termin kwestionowany przez Odwołującego dotyczy wyłącznie terminu na przeprowadzenie czynności technicznych związanych z drukiem. A ponadto nakłady raportów wymagane przez Zamawiającego są nieznaczne i kształtują się w wielkości 100 - 250 egzemplarzy. Zatem możliwym jest takie zorganizowanie pracy przez Wykonawcę, która pozwoli mu na sprawne wykonanie, wydrukowanie i dostarczenie raportów Zamawiającemu. To Zamawiający w sposób niebudzący żadnych wątpliwości wykazał zasadność zachowania terminu wskazanego na druk raportów oraz formy graficznej. Natomiast Odwołujący poza ogólnikowymi twierdzeniami podnoszonymi w odwołaniu w żaden sposób nie udowodnił, iż termin pięciodniowy na druk nie jest terminem nierealnym, a tym samym ograniczającym konkurencję.

24

Zarzut ten jest więc bezzasadny.

Zarzut 16 odwołania nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w treści projektu umowy (§ 13 ust. 4) zamieścił postanowienie, w myśl którego „wykonawca załączy do faktury zestawienie faktycznie poniesionych wydatków kwalifikowanych. W przypadku wizyt badawczych, warsztatów dla liderów zmian, przygotowania do druku i druku raportów oraz przygotowania seminariów/konferencji Zamawiający pokrywa wyłącznie faktycznie poniesione przez Wykonawcę wydatki kwalifikowane, wynikające z zestawienia kosztów”.

W ocenie Odwołującego powyższe prowadzi m.in. do stwierdzenia, iż zasady wynagrodzenia zaproponowane przez Zamawiającego obejmowałyby wyłącznie refundację wydatków, nie przewidując jednocześnie możliwości osiągnięcia zysku.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Z treści kwestionowanego postanowienia projektu umowy – wbrew twierdzeniom Odwołującego – jednoznacznie wynika, iż Zamawiający żąda przedłożenia zestawienia faktycznie poniesionych kosztów kwalifikowanych jedynie dla enumeratywnie w nim wymienionych działań, a więc wizyt badawczych, warsztatów dla liderów zmian, przygotowania do druku i druku raportów oraz przygotowania seminariów/konferencji. Konieczność wykazania tychże wydatków nie pozbawia Wykonawcy możliwości osiągnięcia zysku. Czynności te stanowią bowiem jedynie ułamek całości przedmiotu umowy i mają w stosunku do świadczenia głównego charakter uboczny. Nie stanowią więc wszystkich elementów składających się zarówno na zamówienie w całości, jaki i na każdą z jego faz (za które Zamawiający stopniowo będzie dokonywał płatności zgodnie z § 13 ust. 2 projektu umowy).

Powyższe postanowienie ma bowiem gwarantować prawidłowość wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie w przepisie wymienionym i posiadającym swoje uzasadnienie w swobodzie zawierania umów. Zamawiający żądając przedstawienia zestawienia wydatków określonych kategorii kierował się – jak konsekwentnie podkreślał on w piśmie procesowym - koniecznością weryfikacji działań wykonawcy w zakresie wizyt badawczych oraz przygotowania seminariów/konferencji, a zestawienie wydatków ma mu pozwolić na kontrolę (w oparciu o dokumentację finansową), czy Wykonawca wykonał czynności przewidziane w OPZ zgodnie z jego zapisami, w szczególności w zakresie dotyczącym wizyt studyjnych oraz organizacji niektórych aspektów organizacji warsztatów i seminariów/konferencji. Jednocześnie Zamawiający będzie mógł pozyskać wiedzę na temat rzeczywistych kosztów realizacji pewnych kategorii działań, co jest dla niego istotne ze względu na planowaną realizację działań o podobnym charakterze w ramach innego z zadań projektu, jak również będzie pomocne przy szacowaniu wartości zamówienia na odrębne

25

postępowanie. Powyższe – jak podniósł Zamawiający – ma dać mu także możliwość zweryfikowania z punktu widzenia wartości, usługi wymagającej udziału podmiotów trzecich, która odpowiadać powinna określonym standardom. Nadto dotychczasowe doświadczenie Zamawiającego pokazuje tendencje Wykonawców do minimalizowania kosztów takich usług, co nie pozostaje bez wpływu na ich jakość, tym samym powodując zaniżenie ceny składanej oferty.

Dlatego zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut 17 odwołania nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w treści projektu umowy (§ 15 ust. 4) zamieścił postanowienie, w myśl którego „Zamawiający ma prawo wglądu do dokumentów Wykonawcy, w tym dokumentów finansowych związanych z realizowanym zamówieniem, w szczególności w razie kontroli merytorycznej i finansowej lub audytu prowadzonych przez Zamawiającego lub inne upoważnione instytucje w zakresie realizowanego przedmiotu umowy. (...)”.

W ocenie Odwołującego powyższe stanowi nadmierne żądanie, gdyż jawna z mocy prawa jest wyłącznie umowa o udzielenie zamówienia oraz te informacje, które stanowią rezultat wykonania zamówienia. Natomiast pozostałe dokumenty mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa i żądanie ich przedstawienia stanowi zasadę naruszenia uczciwej konkurencji.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Jak słusznie podniósł Zamawiający, a które to stanowisko Izba podziela, kwestionowane postanowienie umowy dotyczy kwestii związanych już z wykonaniem

zamówienia, a nie postępowania o zamówienie publiczne. Niemożliwe jest więc, aby ewentualna kontrola naruszała zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jeżeli będzie wykonywana po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia. Treść § 15 ust 4 projektu umowy – jak podniósł Zamawiający – wynika bowiem z zobowiązań beneficjenta PO KL, konsekwencją czego jest możliwość przeprowadzenia kontroli u wykonawcy zamówienia udzielanego w ramach projektu PO KL, a więc postanowień Rozporządzenia Rady (WE) 1083/2006, zwanego dalej

„rozporządzeniem”, w tym:

- art. 58 i art. 60 lit. b oraz art. 70 ust. 1 rozporządzenia, które ustanawiają obowiązek stworzenia przez państwa członkowskie, w tym Polskę, systemu kontroli, w celu zapewnienia możliwości weryfikacji, że współfinansowane towary i usługi są dostarczone oraz że wydatki zadeklarowane przez beneficjentów na operacje zostały rzeczywiście poniesione i są zgodne z zasadami wspólnotowymi i krajowymi. System umożliwia obecnie przeprowadzenie kontroli, w tym u wykonawców, przez wszystkie instytucje posiadające uprawnienia kontrolne

26

w systemie: od Komisji Europejskiej do Instytucji Pośredniczącej II stopnia, ale także Instytucji Certyfikującej, Instytucji Audytorowej, Instytucji Zarządzającej, NIK, UKS i innych uprawnionych podmiotów;

- art. 60 lit. f ustanawiający obowiązek stworzenia przez państwa członkowskie, w tym Polskę, procedur dla zapewnienia, że wszystkie dokumenty dotyczące wydatków i audytów, wymagane do zapewnienia właściwej ścieżki audytu są przechowywane zgodnie z art. 90 rozporządzenia;

- art. 90 określający terminy przechowywania dokumentów, a tym samym wyznaczający terminy umożliwiające dokonanie kontroli realizacji zadań (wydatkowania środków). Jednocześnie Zamawiający podkreślił, iż szczegółowe informacje dotyczące systemu kontroli zostały zawarte w „Zasadach kontroli w ramach Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki 2007-2013”, które m.in. opisują zakres kontroli jakie mogą zostać przeprowadzone u Wykonawcy (str. 9-13), który w szczególności dotyczy kontroli dokumentów finansowych w związku z realizacją zamówienia, zgodności dostarczanych usług z przedmiotem zamówienia i projektu, zgodności podejmowanych działań z dokumentami programowymi Programu Operacyjnego Kapitał Ludzki (patrz § 25 umowy), w tym „Wytycznymi dotyczącymi oznaczania projektów w ramach programu operacyjnego Kapitał Ludzki”. Natomiast kwestie dotyczące informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności nie stanowią tematów kontroli, które będą przeprowadzane u Wykonawcy na podstawie §15 ust 4 umowy. Tym samym stwierdzić należy, że to Zamawiający udowodnił, iż wprowadzenie kwestionowanego postanowienia jest uzasadnione konkretnymi przepisami, do przestrzegania których jest zobowiązany.

Natomiast twierdzenia Odwołującego są gołosłowne niczym nie poparte i jak wykazał to Zamawiający dotyczą samego postępowania o zamówienie publiczne, nie odnosząc się do okoliczności związanych z wykonaniem umowy, jak i jej rozliczeniem przez odpowiednie jednostki kontrolne. Zamawiający nie żądał bowiem od Wykonawców dostępu do informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa i takie informacje mają oni prawo zastrzec. Dostęp do informacji w istocie ma dotyczyć informacji nie zastrzeżonych jako tajemnica ale odrębnymi przez przedsiębiorstwa, wymaganych przepisami, wskazanymi Zamawiającego.

Dlatego też zarzut ten należy uznać za nieuzasadniony.

Zarzut 18 odwołania nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż § 17 projektu umowy dotyczy poufności.

27

Odwołujący powyższe zakwestionował, podnosząc iż żądanie zachowania w tajemnicy wszelkich informacji jakie wykonawca powziął w związku z wykonywaniem umowy jest nieuprawnione.

Zdaniem Izby zarzut ten jest chybiony. To Zamawiający wykazał zasadność jego wprowadzenia do projektu umowy, podnosząc iż czynność prawna nie może być sprzeczna

z ustawą, a zgodnie z art. 56 k.c. czynność prawna wywołuje nie tylko skutki w niej wyrażone, lecz również te, które wynikają z ustawy, z zasad współżycia społecznego i z ustalonych zwyczajów. W konsekwencji – jak dalej podniósł Zamawiający, a co Iżba w pełni podziela - postanowienie § 17, standardowo stosowane w obrocie gospodarczym, nie jest obejściem ustawy, gdyż z mocy przepisów szczególnych nie może mieć charakteru bezwzględnie obowiązującego. Natomiast wyjątki w jego stosowaniu wynikają z przepisów szczególnych i każdorazowo posiadają konkretną podstawę prawną. Nie wpływa to jednak na ważność postanowienia umownego, który stanowi regułę generalną dotyczącą informacji uzyskiwanych przez Wykonawcę w trakcie wykonywania umowy. Stanowi więc fakt notoryjny, iż bezwzględnie obowiązujące przepisy ustawowe mają pierwszeństwo przed zapisami umownymi, stąd też wszelkiego rodzaju wyłączenia wynikające z ustaw w stosunku do zasad ustalanych w zapisie umowy nie wymagają odrębnego w niej zapisu, gdyż byłoby to z prawnego punktu widzenia obojętne, posiadając walor jedynie informacyjny.

Zarzut 19 odwołania nie potwierdził się.

Iżba ustaliła, iż Zamawiający w § 18 ust. 2 projektu umowy zamieścił postanowienie „Wykonawca może zlecać wykonanie zadań podwykonawcy z zachowaniem przepisów ustawy o zamówieniach publicznych i ustawy o finansach publicznych”.

Odwołujący powyższe zakwestionował.

Iżba nie znalazła podstaw do uznania przedmiotowego zarzutu za zasadny, gdyż kwestionowane postanowienie – jak podniósł Zamawiający – dotyczy wyłącznie podmiotów zobowiązanych do stosowania przepisów ustawy prawo zamówień publicznych oraz ustawy o finansach publicznych i takim podmiotem, Odwołujący nie jest więc podmiotem objętym zakresem tych ustaw. Niemniej jednak możliwym jest złożenie oferty przez podmiot zobowiązany do stosowania wymienionych wyżej ustaw, jak i współpraca takiego podmiotu z Wykonawcą. Tym samym postanowienie § 18 ust. 2 projektu umowy oznacza – jak konsekwentnie podkreślał Zamawiający – iż Wykonawca jest zobligowany przede wszystkim do weryfikacji czy jest objęty zakresem podmiotowym wskazanych ustaw (czyli stosowania ich przepisów), a w przypadku objęcia zakresem podmiotowym do stosowania odpowiednich pozostałych ich przepisów. A ponadto ma ono charakter blankietowy, a więc znajdzie zastosowanie jedynie w wypadku, gdy stosowne ustawy będą normowały dany stan

28

faktyczny, na co jednoznacznie wskazuje zapis o „zachowaniu” - czyli utrzymaniu czegoś jako obowiązującego, w tym wypadku odnoszonego do przepisów wskazanych ustaw.

Tym samym Iżba uznała, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut 20 a) odwołania nie potwierdził się.

Iżba ustaliła, iż Zamawiający w Opisie Przedmiotu Zamówienia (str. 7), „Faza 0” zamieścił postanowienie „(...) akceptacja przez Zamawiającego raportu metodycznego będzie warunkiem realizacji dalszych faz (...)”.

Odwołujący podniósł, iż brak jest przesłanek dokonywania tej akceptacji, co powoduje, iż wykonawca traci jakkolwiek pewność przyjęcia prac.

Mając na uwadze powyższe Iżba zważyła co następuje:

§ 5 ust. 1 projektu umowy określa działania, na podstawie których wykonawca ma przygotować zadanie w ramach fazy 0, w następstwie czego zobowiązany jest sporządzić raport metodyczny, którego sposób sporządzenia oraz zakres szczegółowo określono w punkcie 6 OPZ. W punkcie 6 OPZ – wbrew twierdzeniom Odwołującego – wskazano wymagany minimalny zakres merytoryczny raportów w ramach poszczególnych faz, celem tak określonych ram prawnych – jak podniósł Zamawiający – było uzyskanie od Wykonawcy (na podstawie przedstawionej zwycięskiej oferty) szczegółowej „mapy drogowej” realizacji projektu, co pozwoli uniknąć sporów co do zakresu działań Wykonawcy w późniejszych etapach projektu, a także wprowadzenie (wynikającej ze specyfiki projektu) formuły, zgodnie z którą kwestie nie uregulowane w umowie i OPZ podlegają bieżącym ustaleniom z Zamawiającym.

Powyższe, co niewątpliwie wykazał Zamawiający, jest wymuszone dynamicznym charakterem realizowanego zamówienia, a co eliminuje kazuistyczne uregulowanie wszystkich możliwych sytuacji, które mogą wynikać z realizacji projektu. Każdy z raportów powinien bowiem zawierać minimum taką treść jaką wyszczególniono w OPZ, przy czym

treść raportów wskazana w OPZ w rzeczywistości nie jest tak niedookreślona, jak to twierdzi Odwołujący. Przy tak niestandardowym projekcie – co podkreślił Zamawiający - założenie aktywnej współpracy i wzajemnego zaufania pomiędzy Zamawiającym i Wykonawcą projektu jest warunkiem *sine qua non* jego powodzenia. Należy bowiem pamiętać o specyfice przedmiotu zamówienia, która niewątpliwie wymusza aktywność wykonawcy, jak i kreatywność w tworzeniu nowatorskich koncepcji. To bowiem wykonawca, uwzględniając wskazówki Zamawiającego określone w SIWZ, tworzy nowatorski projekt, którego elementów Zamawiający nie jest w stanie na tym etapie enumeratywnie wyspecyfikować. Dlatego też przy stała współpraca wykonawca - zamawiający jest niezwykle potrzebna. Zasady tej współpracy, ze wskazaniem przybliżonych odstępów czasowych planowanych terminów spotkań, zawiera punkt 7 OPZ.

29

Tym samym zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut 20 b) i d) odwołania nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w Opisie Przedmiotu Zamówienia (str. 10) w części „obserwacje uczestniczące” litera a-i określił zadania wykonawcy.

Odwołujący podniósł, iż brak jest jakiegokolwiek zobowiązania Zamawiającego do zapewnienia współdziałania urzędów objętych zamówieniem.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Izba podziela w tym zakresie stanowisko Zamawiającego, iż nie ma on instrumentów nie tylko prawnych, ale żadnych innych, które skłoniły by pracowników administracji do zaangażowania się w przedmiotowy projekt. To wykonawca, składając ofertę powinien zaproponować najbardziej odpowiednią i skuteczną metodę zarządzania tym ryzykiem, możliwość odmowy zaangażowania się w projekt pracowników administracji może być wskazana przez wykonawcę jako jedno z ryzyk, wynikających z samej istoty zamówienia, które ma charakter precedensowy i skomplikowany.

Dlatego też Izba uznała, iż zarzut ten jest bezzasadny.

Zarzut 20 c) odwołania nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w Opisie Przedmiotu Zamówienia (str. 7), Tabela 2 w kolumnie „Kluczowe działania” pkt 2 zamieścił postanowienie „organizacja kick-off meeting”.

Odwołujący podniósł, iż powyższe postanowienie narusza zasadę języka polskiego, gdyż Zamawiający posłużył się sformułowaniem pochodzącym z języka obcego bez podania ich polskich tłumaczeń.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Bezspornym jest, iż językiem urzędowym w Rzeczypospolitej Polskiej jest język polski. Niemniej jednak ustawa z dnia 7 października 1999 r. o języku polskim (Dz. U. z 1999 r., Nr 99, poz. 90 z późn. zm.) dopuszcza wyjątki od tej zasady i dotyczą one m.in. nazw własnych, jak i zwyczajowo stosowanej terminologii. Zwrot „organizacja kick-off meeting” za taką zwyczajową nazwę może być uznany. Nawet jednak gdyby tak nie było powyższe stanowiło by takie naruszenie ustawy Pzp, które nie i nie może mieć wpływu na wynik przedmiotowego postępowania. Nadto zauważyć należy niekonsekwencję Odwołującego, który kwestionuje jeden zwrot, innych nie dostrzegając, mimo iż mają podobny charakter.

Tym samym zarzut ten należało oddalić.

30

Zarzut 20 f) odwołania nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w Opisie Przedmiotu Zamówienia (str. 18) pkt 8 „Harmonogram (plan realizacji zamówienia)” dla fazy 0 maksymalny czas trwania fazy (w tygodniach) jako „5 (w tym 2,5 tyg. na odbiór)”.

Odwołujący podniósł, iż powyższe postanowienie jest nieprecyzyjne i niejednoznaczne oraz narusza art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Z harmonogramu zawartego w wyżej powołanym rozdziale niewątpliwie wynika, iż terminy będą liczone w tygodniach. Świadczy o tym nie tylko sformułowanie odnoszące się do fazy 0, ale i fazy 1 + fazy 2, fazy 3, jak i całości prac. Świadczy o tym także treść rozdziału „Harmonogram (plan realizacji zamówienia)”, w którym podkreślono, iż „czas rozpoczęcia i

zakończenia liczony w tygodniach od dnia podpisania umowy". Tak więc terminy liczone w tygodniach, a jak to podkreślał Zamawiający, w pełnych tygodniach określają zakończenie poszczególnych faz projektu. Potwierdza to także § 12 ust. 1 projektu umowy, w którym mowa wyłącznie o terminach faz określanych w tygodniach, konsekwencją niedochowania których są kary umowne.

Natomiast terminy liczone w dniach, to terminy, jak wynika to treści przedmiotowego rozdziału, wynikające z procedury odbioru raportów w ramach poszczególnych faz. Izba podziela więc stanowisko Zamawiającego, iż okoliczność, że procedura odbioru raportu wynosi 2,5 tygodnia (5+5+3 dni) ma wyłącznie charakter informacyjny, a wykonawca planując realizację poszczególnych faz powinien uwzględnić czas niezbędny na odbiór poszczególnych faz realizacji zamówienia określony szczegółowo w umowie i nie ma znaczenia z punktu widzenia wykonania umowy, gdyż dla wykonania umowy znaczenie mają terminy liczone w pełnych tygodniach.

Tym samym stwierdzić należy, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

31

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

32