

Sygn. akt KIO/KD 45/14

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 14 maja 2014 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego:

Urzędu Marszałkowskiego Województwa Dolnośląskiego dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 2 kwietnia 2014 r.

[znak UZP/DKD/DWKZ/425/82[2]13/DJ]

w przedmiocie *Analizy due diligence spółek: „Uzdrowisko Łądek-Długopole” S.A. i „Uzdrowisko Szczawno-Jedlina” S.A.*

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska
Członkowie: Lubomira Matczuk – Mazuś
Bogdan Artymowicz

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego do naruszeń wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 2 kwietnia 2014 r. uznaje za nieuzasadnione.

UZASADNIENIE

I. Zamawiający - Urząd Marszałkowski Województwa Dolnośląskiego we Wrocławiu przeprowadził postępowanie na usługę polegającą na wykonaniu analizy due diligence w obszarach: finansowym, prawnym i podatkowym dwóch podmiotów zewnętrznych: „Uzdrowisko Łądek-Długopole” S.A. i „Uzdrowisko Szczawno-Jedlina” S.A. będących własnością Skarbu Państwa, na potrzeby Urzędu Marszałkowego Województwa Dolnośląskiego oraz sformułowanie najważniejszych wniosków z tego badania w każdym ze wskazanych obszarów.

II. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził w powyższym zakresie kontrolę doraźną uznając, że Zamawiający w toku postępowania dopuścił się czterech naruszeń przepisów ustawy.

[1] Po pierwsze, organ kontroli dostrzegł, że Zamawiający zobowiązał wykonawców do podania w formularzu oferty ceny netto, stawki podatku VAT oraz ceny brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia, przy czym wynagrodzenie wykonawcy miało charakter ryczałtowy. Ponadto wykonawcy zobowiązani byli do wskazania Numeru Identyfikacji Podatkowej. Wykonawca D. & Partners Law Office LLP wskazał za wykonanie przedmiotowego zamówienia cenę netto 60 000 zł, stawkę podatku VAT 23%, cenę brutto 73 800 zł oraz NIP 525-252-03-74. Kontrolujący podkreślił, że Zamawiający zwrócił się do ww. wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny. Ww. wykonawca wyjaśnił, iż: *„przy standardowej stawce określonej na 200 zł za jedną godzinę pracy jednego pracownika, przy założeniu 320 roboczogodzin koniecznych na wykonanie tejże usługi, łączna kwota związana z pracą pracowników ww. wykonawcy wynosi 64 000 zł [320h*200zł=64 000 zł]. Kwota pozostała 9 800 zł stanowi rezerwę z tytułu nadzwyczajnych kosztów oraz koszty dojazdu osób i pobytu na miejscu wykonywania due diligence”*. W opinii Kontrolującego, Zamawiający uznał, iż ze złożonych przez ww. wykonawcę wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty, w szczególności z braku wskazania przez ww. wykonawcę stawki podatku VAT wynika, iż faktyczną ceną netto oferty ww. wykonawcy jest kwota 73 800 zł – wynagrodzenie w takiej wysokości zostałyby wypłacone wykonawcy D. & Partners Law Office w przypadku uznania złożonej przez ww. wykonawcę oferty za najkorzystniejszą. W związku z powyższym w dniu 9 stycznia 2013 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę D. & Partners Law Office LLP o poprawieniu omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, polegającej na zmianie ceny netto 60 000 zł na kwotę 73 800 zł, wskazaną w formularzu oferty jako cena brutto. Jednocześnie zamawiający wskazał, iż w

jego opinii obowiązek zapłacenia podatku VAT, stosownie do treści art. 91 ust. 3a ustawy, spoczywa na zamawiającym, w związku z czym porównując ceny ofert, doliczył 23% podatek VAT do kwoty oferty 73 800 zł. W dniu 14 stycznia 2013 r. zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty. Tego samego dnia wykonawca D. & Partners Law Office LLP na podstawie art. 181 ust. 1 ustawy poinformował zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez niego, polegającej na przyjęciu, iż podana w formularzu oferty cena brutto 73 800,00 zł jest ceną netto, do której zgodnie z art. 91 ust. 3a należy doliczyć podatek VAT. Kontrolujący zwrócił uwagę, że wykonawca do informacji dla zamawiającego o czynności niezgodnej z prawem załączył potwierdzenie zarejestrowania D. & Partners Law Office LLP jako podatnika VAT w Pierwszym Urzędzie Skarbowym Warszawa-Śródmieście. Zdaniem organu kontroli, stosownie do treści art. 87 ust. 1 ustawy w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, przy czym niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Kontrolujący podkreślił również, że zgodnie z treścią art. 87 ust. 2 ustawy zamawiający poprawia w ofercie:

1. oczywiste omyłki pisarskie,
2. oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
3. inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty

- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Zdaniem organu kontroli, poprawienie nieprawidłowości na podstawie powyższego przepisu będzie zatem możliwe, jeśli spełnione zostaną dwie przesłanki: po pierwsze zauważona niezgodność będzie miała charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy, polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści, po drugie poprawienie niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Dla możliwości zastosowania ww. przepisu znaczenie ma zatem ustalenie, czy w ogóle w danej sytuacji wystąpiła omyłka oraz czy poprawienie omyłki w sposób istotny zmienia treść oferty [treść oświadczenia woli wykonawcy], a nie czy omyłka tkwi w istotnych postanowieniach tej oferty. Zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę w szczególności wtedy, gdy sposób w jaki ma być dokonana poprawa wynika z innych elementów składających się na ofertę. W przedmiotowej

sprawie – zdaniem organu kontroli - nie sposób uznać, iż dokonanie poprawy przez Zamawiającego ceny brutto na cenę netto i ponowne doliczenie kwoty wynikającej ze stawki podatku VAT można zakwalifikować jako omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Wykonawca kalkulując cenę w formularzu ofertowym, uwzględnił bowiem wymogi SIWZ, wskazując cenę netto, brutto oraz podatek VAT. Poprawa omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy była zatem nieuzasadniona, gdyż nie można uznać, że sposób kalkulacji ceny oferty był niezgodny z wytycznymi zawartymi w SIWZ, a działanie wykonawcy nosiło znamiona omyłki. Ponadto, w przedmiotowej sprawie doszło do zmiany istotnego elementu oświadczenia woli wykonawcy w zakresie oferowanego wynagrodzenia. Nieuzasadnioną ingerencję w sposób kalkulacji ceny ofertowej podkreśla charakter ryczałtowy wynagrodzenia. Ponadto dokonana przez zamawiającego czynność nie znajdowała oparcia w treści oferty wykonawcy, gdyż w formularzu ofertowym wskazał, iż obliczył cenę z uwzględnieniem 23% stawki podatku VAT. Organ kontroli dostrzegł, że wykonawca D. & Partners Law Office LLP nie wyraził sprzeciwu wobec dokonania poprawy omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia, tj. od dnia 9 stycznia 2013 r., jednakże fakt ten ma znaczenie drugorzędne. Zamawiający, poinformowany w dniu 14 stycznia 2013 r. przez ww. wykonawcę o czynności zamawiającego niezgodnej z przepisami ustawy, nie mógł utrzymywać, że naruszenie przepisów ustawy nie miało wpływu na wynik postępowania: działanie zamawiającego było niezgodne z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, zatem brak wyrażenia sprzeciwu przez wykonawcę w ustawowym terminie pozostaje bez wpływu na ocenę ww. naruszenia, gdyż Zamawiający w okoliczności przedmiotowej sprawy nie był w ogóle uprawniony do skorzystania z dyspozycji ww. przepisu.

Mając na uwadze, iż wykonawca D. & Partners Law Office LLP wskazał w formularzu oferty cenę netto, podatek VAT, cenę brutto oferty oraz podał NIP, a następnie poinformował Zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez niego, załączając potwierdzenie zarejestrowania podmiotu jako podatnika VAT, zdaniem organu kontroli, Zamawiający naruszył art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz art. 87 ust. 1 ustawy, poprzez dokonanie istotnej zmiany w treści oferty ww. wykonawcy. Jednocześnie z uwagi na fakt, iż oferta ww. wykonawcy przedstawiała najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów oceny ofert, naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania.

[2] Po drugie, organ kontroli uznał, że w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ Zamawiający w celu wykazania spełniania przez wykonawców warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, tj. posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej

w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia o wysokości sumy ubezpieczenia co najmniej 300 000,00 zł, żądał opłaconej polisy, a w przypadku jej braku - innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Jednocześnie w SIWZ w punkcie VI podpunkt 7, Zamawiający podał, iż jeżeli z uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może przedstawić wymaganego przez zamawiającego dokumentu, tj. opłaconej polisy, może zgodnie z art. 26 ust. 2c ustawy przedstawić inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej. Wykonawca przedstawiając wraz z ofertą inny ww. dokument, powinien wskazać uzasadnioną przyczynę braku możliwości przedstawienia dokumentu, o którym mowa § 1.1 punkt 10 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.

Organ kontroli ustalił, że wykonawca Deloitte Doradztwo Podatkowe sp. z o.o. załączył do oferty dokument z dnia 21 grudnia 2012 r. wystawiony przez Brokerów Ubezpieczeniowych, w którym potwierdzili oni, iż ubezpieczyciel Nautilus Indemnity [Europe] Limited wystawił polisę ubezpieczeniową ww. wykonawcy, a dokument zawierał informacje dotyczące limitu odpowiedzialności cywilnej z tytułu wykonywanego zawodu, tj. 300 000 euro, okresu ubezpieczenia od 1 czerwca 2012 r. do 1 czerwca 2013 r. i zapłaty składki – opłacona w całości.

Wykonawca wezwany przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy wyjaśnił, iż nie może przedstawić dokumentu polisy ubezpieczeniowej, ponieważ ubezpieczającym jest Deloitte Central Europe Holdings Limited, który ubezpieczył podmioty wchodzące w skład grupy Deloitte Central Europe [w tym Deloitte Doradztwo Podatkowe sp. z o.o.] oraz wskazał, iż polisa ubezpieczeniowa zawiera informacje będące tajemnicą handlową takie jak wielkość składki i sposób rozłożenia płatności na raty.

Zamawiający pomimo przedłożonych wyjaśnień wykluczył ww. wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Organ kontroli wskazał, iż możliwość posłużenia się w uzasadnionych przypadkach innym dokumentem niż polisa, wynika wprost z art. 26 ust. 2c ustawy. Analogiczną regulację do wynikającej z ww. przepisu zamawiający zawarł w SIWZ. Wykonawca Deloitte Doradztwo

Podatkowe sp. z o.o. uzasadnił w wyjaśnieniach z dnia 8 stycznia 2013 r. przyczynę braku przedstawienia opłaconej polisy, zastępując ten dokument potwierdzeniem ubezpieczenia z dnia 21 grudnia 2012 r. Zatem, w ocenie organu kontroli, zamawiający niezasadnie wykluczył ww. wykonawcę z powodu niewykazania spełniania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, co stanowiło naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Jednocześnie, ponieważ oferta ww. wykonawcy nie przedstawiała najkorzystniejszego bilansu w ramach kryteriów oceny ofert, powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

[3] Po trzeciej, organ kontroli podkreślił, że na potwierdzenie wymagania dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, tj. posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia o wysokości sumy ubezpieczenia co najmniej 300 000,00 zł, wykonawca Pharmed Consulting K.J. dołączył do oferty dokument zatytułowany „wniosek-polisa Przedsiębiorca”, z którego treści nie wynika fakt opłacenia składki ubezpieczenia. Ponadto wskazany termin płatności składki [płatność jednorazowo], tj. 31 grudnia 2012 r. wyznaczony został po upływie terminu składania ofert przypadającego na dzień 28 grudnia 2012 r.

Organ kontroli wskazał, że zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy, Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Z kolei zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy zamawiający jest zobowiązany do przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców. Zamawiający nie wezwał wykonawcy Pharmed Consulting K.J. do uzupełnienia opłaconej polisy. Jednocześnie należy zauważyć, iż zamawiający wzywał innych wykonawców do uzupełnienia ofert w przedmiotowym zakresie.

Zaniechanie wezwania przez zamawiającego ww. wykonawcy do uzupełnienia ww. dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej stanowiło, w ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy.

III. Pismem z dnia 14 kwietnia 2014 r., Zamawiający, działając na podstawie art. 167 ust. 1 ustawy zgłosił zastrzeżenia do wyniku kontroli.

I. Zamawiający podniósł, w zakresie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz art. 87 ust. 1 ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania, że w związku z faktem nieodniesienia się przez organ przeprowadzający kontrolę przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, tj. Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, do argumentacji Zamawiającego przedstawionej w piśmie z dnia 20.03.2013 r., a dotyczącej podstaw do odrzucenia oferty złożonej przez D. & Partners Law Office Limited Liability Partnership, 25 Old Broad Street, EC2N 1HN Londyn, Wielka Brytania, o których to podstawach Zamawiający powziął informację po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, i brakiem uzasadnienia do nieuwzględnienia przez Kontrolującego takiego stanowiska Zamawiającego, ponownie przedstawia wspomnianą argumentację.

Zamawiający podał, że w dniu 28 grudnia 2012 r. otwarto oferty złożone w przedmiotowym postępowaniu przez 13 wykonawców. Tego samego dnia Zamawiający wezwał pięciu wykonawców w trybie art. 90 ust. 1 ustawy do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanych przez nich cen. Wśród wykonawców wezwanych do złożenia ww. wyjaśnień był D. & Partners Law Office Limited Liability Partnership, 25 Old Broad Street, EC2N 1HN Londyn, Wielka Brytania, z ceną oferty 73.800,00 zł [netto 60.000,00 zł plus podatek od towarów i usług według stawki 23%]. Po zapoznaniu się z wyjaśnieniami złożonymi przez D. & Partners Law Office Limited Liability Partnership Zamawiający postanowił wyjaśnienia te przyjąć, choć jednoznacznie z nich wynikało, że na cenę oferty składały się koszty osobowe w wysokości 64.000,00 zł oraz rezerwa w wysokości 9.800,00 zł z tytułu kosztów nadzwyczajnych i kosztów dojazdu pracowników ww. podmiotu [z siedzibą w Londynie] na miejsce wykonywania due diligence i pobytu w tym miejscu. Takiego rodzaju koszty, jak wymienione wyżej, ujmowane są w kwocie netto - ta zaś zgodnie z zapisem zawartym w ofercie D. & Partners Law Office Limited Liability Partnership wynosiła 60.000,00 zł. Taka treść wyjaśnień wzbudziła wątpliwości Zamawiającego, bowiem wykonawca, wskazując, że na zaoferowaną przez niego cenę 73.800,00 zł składają się

koszty pracownicze oraz rezerwa obejmująca koszty dojazdów i pobytu, koszty nadzwyczajne, pominął kwotę należną na podatek od towarów i usług. Skoro zatem koszty podmiotu ubiegającego się o zamówienie publiczne, związane ze świadczeniem usługi będącej przedmiotem zamówienia wynoszą 73.800,00 zł - podmiot ten nie może świadczyć tej usługi za kwotę 60.000,00 zł plus VAT.

Zamawiający podał, że rozstrzygnął wówczas swoje wątpliwości na korzyść D. & Partners Law Office Limited Liability Partnership, biorąc pod uwagę fakt, że siedziba ww. podmiotu mieściła się w Londynie i nie miał on oddziału w Polsce. Zamawiający przyjął, że podmiot ów jest podmiotem zagranicznym, i w tej sytuacji będzie mieć miejsce wewnątrzwspólnotowe nabycie usług, a w konsekwencji - konieczność odprowadzenia podatku VAT leżeć będzie po stronie Zamawiającego. Tylko bowiem w takim przypadku wynagrodzenie D. & Partners Law Office Limited Liability Partnership nie obejmowałoby podatku VAT, zatem cena oferty [brutto] faktycznie wynosiłaby 73.800,00 zł i taką kwotę Zamawiający zobowiązany byłby uiścić w przypadku uznania oferty złożonej przez ten podmiot za najkorzystniejszą. Wobec powyższego Zamawiający poprawił w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy w ofercie D. & Partners Law Office Limited Liability Partnership inną omyłkę, polegającą na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty {w tym miejscu w kategorię sposób podkreślić należy, że cena oferty nie uległa zmianie, ponieważ Zamawiający przyjął, że cena netto w przypadku tej ofert równa jest cenie brutto}. Ww. podmiot w terminie 3 dni, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy, nie dostarczył Zamawiającemu żadnej informacji, która mogłaby świadczyć o braku jego zgody na dokonanie poprawienia przez Zamawiającego ww. innej omyłki. Stąd też wynikała następna czynność Zamawiającego polegająca na ocenie oferty D. & Partners Law Office Limited Liability Partnership w kryterium „Cena” z zastosowaniem art. 91 ust. 3a ustawy, i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Sprzeciw ww. podmiotu na zrównanie przez Zamawiającego ceny netto z ceną brutto, wyrażony przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej, skutkowałby z pewnością odrzuceniem oferty złożonej przez D. & Partners Law Office Limited Liability Partnership w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy bądź też w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, gdyż wyjaśnienia tego podmiotu dotyczące istotnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej przez niego ceny należałoby wówczas jednoznacznie odczytać jako wskazanie, że za zaoferowaną cenę podmiot ten nie jest w stanie wykonać przedmiotu zamówienia, bowiem jego koszty są zdecydowanie większe niż zaoferowane 60.000,00 zł netto [wszak same koszty pracownicze owego podmiotu to była kwota

64.000,00 zł]. Zaoferowanie świadczenia usług za cenę poniżej kosztów wytworzenia tych usług rozpatrywać należy w kontekście czynu nieuczciwej konkurencji i rażąco niskiej ceny.

Po dokonaniu przez Zamawiającego czynności wyboru najkorzystniejszej oferty D. & Partners Law Office Limited Liability Partnership, działając w oparciu o art. 181 ust. 1 ustawy, powiadomił Zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności, a kilka dni później przesłał Zamawiającemu kolejne pismo będące uzupełnieniem informacji o czynności niezgodnej z prawem.

Zamawiający, po przeanalizowaniu informacji zawartych w obu ww. pismach tego podmiotu w kontekście złożonych uprzednio przez niego wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, poinformował D. & Partners Law Office Limited Liability Partnership, że nie unieważni czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nie powtórzy czynności oceny ofert, ponieważ ponowienie ww. czynności nie wpłynie na wynik przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia. Unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i ponowna ocena oferty złożonej przez D. & Partners Law Office Limited Liability Partnership skutkowałaby bowiem odrzuceniem tej oferty, gdyż oferta, której cena za dany przedmiot zamówienia jest niższa niż koszty wynikające z należytej realizacji zamówienia nie może nie być rozpatrywana inaczej jak popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji i rażąco niska cena.

Zamawiający podał, że to działanie znajdowało odzwierciedlenie w stanowisku Sądu Okręgowego w Warszawie wyrażone w wyroku z dnia 4 marca 2013 r. [sygn. akt: V Ca 3270/12], w którym Sąd uwzględnił skargę Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz zmienił wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 października 2012 r. [sygn. akt: KIO 2115/12, KIO 2129/12], wskazując, iż w sprawie będącej przedmiotem orzekania KIO uwzględniła odwołanie na zasadzie „sztuka dla sztuki”, skoro wynik postępowania, jakim jest wybór najkorzystniejszej oferty, w wykonaniu wyroku KIO pozostałby ten sam.

W ocenie Zamawiającego, brak odniesienia się Kontrolującego do argumentacji, że unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i ponowna ocena złożonych ofert skutkowałaby odrzuceniem oferty D. & Partners Law Office Limited Liability Partnership, nieuwzględnienie przez Kontrolującego argumentacji Zamawiającego bez wskazania jakichkolwiek przyczyn takiego stanowiska Kontrolującego, doprowadziło do uznania przez Kontrolującego, że oferta na świadczenie usług, których koszt wytworzenia przekracza zaoferowaną cenę, nie powinna zostać odrzucona, a powinna podlegać ocenie według kryteriów

przyjętych w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, i zostać uznana za najkorzystniejszą. Jak podniósł Kontrolujący „z uwagi na fakt, iż oferta ww. wykonawcy przedstawiała najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów oceny ofert, należy stwierdzić iż naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania”. Zamawiający z takim stanowiskiem się nie zgodził, bowiem w momencie uznania przez Zamawiającego zastrzeżeń Wykonawcy z dnia 14 stycznia 2013 r., oferta ta podlegałaby odrzuceniu na mocy przepisów ustawy, a tylko przyjęcie, że oferta tego Wykonawcy jest ofertą ważną pozwala w konsekwencji na uznanie, że działanie Zamawiającego miało wpływ na wynik przedmiotowego postępowania.

[2] W zakresie zarzutu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, które nie miało wpływu na wynik postępowania, dotyczącego wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Deloitte Doradztwo Podatkowe Sp. z o.o. z powodu niewykazania spełnienia warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, wskazał, że zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 10 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. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817], Zamawiający może żądać od wykonawcy opłaconej polisy, a w przypadku jej braku - innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Zgodnie z ustaloną linią orzecniczą KIO, wyrażoną np. w wyroku KIO z dnia 15 marca 2012 r., sygn. akt: KIO/UZP 421/12, inny dokument, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia, może być przez wykonawcę przedstawiony dopiero w przypadku braku polisy: „Co do wskazanego w przepisie »innego dokumentu«, a więc pewnego otwartego katalogu dokumentów, które potwierdzają ubezpieczenie wykonawcy, ustawodawca zastrzegł, że taki dokument może być przedłożony jedynie w przypadku braku polisy ubezpieczeniowej. Nie ulega wątpliwości, że wykonawca [...] jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej, że zawarł Polisę [...]. O ile certyfikat do Polisy może być uznany za inny dokument w rozumieniu § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia to wskazać należy, iż możliwość posłużenia się »innym dokumentem« ustawodawca przewidział dopiero w przypadku braku polisy. Skoro bezsprzecznie wykonawca [...], posiada polisę, świadczy o tym wystawiony certyfikat do polisy, zamawiający stwierdzając jej brak winien był zastosować dyspozycję art. 26 ust. 3 Pzp. i wezwać wykonawcę [...] do uzupełnienia opłaconej polisy na potwierdzenie, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Za przedwczesny należało uznać zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 gdyż

dopiero w przypadku nieuzupełnienia brakującego dokumentu zamawiający zobligowany byłby do wykluczenia tego wykonawcy z uwagi na nie wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu." Zamawiający podał, że podobną opinię wyraził Urząd Zamówień Publicznych w Informatorze UZP z kwietnia 2012 r., stwierdzając, że możliwość posłużenia się „innym dokumentem" ustawodawca przewidział dopiero w przypadku braku polisy ubezpieczeniowej.

W poddanym kontroli postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Wykonawca Deloitte Doradztwo Podatkowe Sp. z o.o. przedłożył oświadczenie innego podmiotu [Brokera Ubezpieczeniowego], z którego to oświadczenia wynikało, że Wykonawca posiadał polisę, w związku z czym brak było podstaw do uznania, że może on posłużyć się innym dokumentem. W wyjaśnieniach Wykonawca stwierdził, że dokument polisy nie został Zamawiającemu przedłożony, ponieważ stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, nie zaś z uwagi na fakt, że Wykonawca takim dokumentem nie dysponował. Dopiero w sytuacji, gdy Wykonawca nie dysponuje dokumentami dotyczącymi sytuacji ekonomicznej i finansowej wymaganymi przez Zamawiającego i z uzasadnionej przyczyny nie może przedstawić tych dokumentów, może on na podstawie art. 26 ust. 2c ustawy przedstawić inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdzi spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku. W ocenie Zamawiającego, z orzecznictwa KIO jednoznacznie wynika, że polisa odpowiedzialności cywilnej nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa [tak KIO np. w wyrokach: z 5 października 2012 r., sygn. akt: KIO 1955/12, KIO 1956/12, KIO 1961/12; z 12 kwietnia 2012 r., sygn. akt: KIO 590/12 i 600/12]. Ponadto, w przedmiotowej sprawie Wykonawca odmówił przedstawienia polisy Zamawiającemu, zastępując się tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zamawiający podkreślił, że na podstawie oświadczenia brokera Zamawiający nie był w stanie stwierdzić czy ubezpieczona działalność Wykonawcy jest związana z przedmiotem zamówienia.

[3] W zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy, które nie miało wpływu na wynik postępowania, Zamawiający podał, że zdaniem Kontrolującego, Zamawiający, nie wzywając Wykonawcy Pharmed Consulting K.J. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia opłaconej polisy ubezpieczeniowej, naruszył ww. przepis oraz art. 7 ust. 1 ustawy, mimo że do oferty Wykonawca ów dołączył polisę, z której wynikało, że termin płatności składki, płatnej jednorazowo, przypada po terminie składania ofert.

Zamawiający podał, że nie żądał opłacenia polisy, gdyż z przedstawionego przez Wykonawcę dokumentu wynikało, że doszło do zawarcia umowy ubezpieczenia i przyjęcia przez ubezpieczyciela odpowiedzialności przed terminem składania ofert, mimo, że zgodnie z umową ubezpieczenia, termin zapłaty składki jeszcze nie nastąpił.

Zamawiający w pełni podzielił stanowisko KIO wyrażone w uchwale KIO/KU 108/10 z dnia 14 stycznia 2011 r., że polisy załączane do ofert muszą potwierdzać istnienie ważnej umowy ubezpieczeniowej. Stanowisko przedstawione przez organ kontrolny jest błędne, gdyż jego efektem jest zachęta do obchodzenia wymagań przepisów zamówień publicznych w ten sposób, że ubezpieczyciele będą ustalali pierwszą ratę składki na symbolicznym poziomie wyłącznie dla umożliwienia wykonawcom wykazania spełniania formalnego wymogu przedstawienia opłaconej polisy. Zgodnie ze stanowiskiem Kontrolującego, do uznania polisy za opłaconą wystarczy bowiem wpłacenie składek przypadających przed terminem składania ofert. Zamawiający może zatem żądać dowodów opłacenia jedynie tych składek, które stały się wymagalne do dnia upływu terminu składania ofert lub wniosków w postępowaniu.

Zamawiający podał, że wbrew stwierdzeniu Kontrolującego Zamawiający nie miał prawnej możliwości wezwania Pharmed Consulting K.J. do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy opłaconej polisy ubezpieczeniowej, brak było bowiem podstaw prawnych do wezwania Wykonawcy do uzupełnienia polisy ubezpieczeniowej, gdyż ta została przez Wykonawcę przedstawiona, ani również do wezwania do uzupełnienia dowodu opłacenia składki, ponieważ na dzień składania ofert płatność ta nie była wymagana. W przypadku zastosowania przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy względem Pharmed Consulting K.J., nie można byłoby mówić o równym traktowaniu wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, wszak Zamawiający nie wzywałby innych wykonawców do uzupełnienia dowodów opłacenia wszystkich rat składki, zwłaszcza gdy składka jakiegoś wykonawcy podzielona zostałaby np. na 6 rat, a do czasu upływu terminu składania ofert wymagana byłaby tylko pierwsza z tych rat.

W odpowiedzi na powyższe zastrzeżenia Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymał stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli z dnia 2 kwietnia 2014 r. i nie uwzględnił zastrzeżeń Zamawiającego.

Zgodnie z art. 167 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zastrzeżenia zostały przekazane do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza, oceniając zastrzeżenia zgłoszone przez kontrolowanego do wyniku przeprowadzonej kontroli ustaliła i zważyła, co następuje.

Zastrzeżenia do wyniku kontroli zgłoszone przez Zamawiającego pismem z dnia 14 kwietnia 2014 r. nie zasługują na uwzględnienie. Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła tym samym w pełni stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz uzasadniającą je argumentację zawartą w Informacji o wyniku kontroli, co do zasadności stwierdzonych naruszeń przepisów.

[1] Nie znalazły potwierdzenia zastrzeżenia wobec tej oceny dokonanej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, która wskazuje na bezpodstawne dokonanie poprawy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy ceny oferty, w tym zaniechanie wyjaśnienia kwestii statusu wykonawcy pozwalającej na uznanie, że mamy do czynienia z wewnątrzspółnotowym nabyciem usługi.

Dostrzeżenia wymaga, że Zamawiający nie znajdował w treści złożonej przez wykonawcę D. & Partners Law Office LLP oferty podstawy do stwierdzenia, że występuje w tym wypadku niezgodność oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Oferta, prezentująca cenę ryczałtową za wykonanie zamówienia w ujęciu netto, podatek od towarów i usług [VAT] a następnie brutto odpowiadała bowiem SIWZ, spełniając wszystkie wymagane w tym wypadku elementy. Podkreślenia wymaga, że dokonanie poprawy oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy wymaga uprzedniego jednoznacznego stwierdzenia przez Zamawiającego, że mamy do czynienia z niezgodnością oferty z SIWZ. Na gruncie analizowanej sprawy, wniosek Zamawiającego o niezgodności oferty z treścią SIWZ miał, między innymi, swe źródło w treści udzielonych przez tego wykonawcę wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny [art. 90 ust. 1 ustawy], z których to wyjaśnień Zamawiający uzyskał informacje, że „*przy standardowej stawce określonej na 200 zł za jedną godzinę pracy jednego pracownika, przy założeniu 320 roboczogodzin koniecznych na wykonanie tejże usługi, łączna kwota związana z pracą pracowników ww. wykonawcy wynosi 64 000 zł [320h*200zł=64 000 zł]. Kwota pozostała 9 800 zł stanowi rezerwę z tytułu nadzwyczajnych kosztów oraz koszty dojazdu osób i pobytu na miejscu wykonywania due diligence.*”. Powyższe nie powinno jednak dawać Zamawiającemu podstawy do wnioskowania, że wykonawca jest podmiotem zagranicznym, co do którego zachodzi obowiązek doliczenia przez nabywcę podatku od towarów i usług [art. 91 ust. 3a ustawy], szczególnie, że wykonawca w formularzu ofertowym podał cenę w ujęciu netto, VAT oraz brutto, oraz podał numer NIP. Ewentualny wniosek w tym zakresie, co mogłoby ewentualnie stanowić podstawę do dokonania stosownej poprawy ceny oferty winien w tych

okolicznościach zostać poprzedzony wyjaśnieniem statusu wykonawcy. Tego rodzaju wyjaśnienie, poprzedzające ewentualne dokonanie poprawy oferty może stać się wręcz konieczne, jeśli dotyczy sfery, co do której tylko wykonawca posiada wiedzę, tak jak przykładowo jego status prawnopodatkowy. Może przecież się zdarzyć, że zakres i kształt oświadczeń wyartykułowanych w ofercie będzie objęty zamiarem wykonawcy wyrażonym sposób świadomy i konsekwentny, zaś odczytanie przez zamawiającego, czy dostrzegalna wtedy niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia jest wynikiem świadomego wyrażenia woli i intencji wykonawcy czy też może mieścić się w dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, będzie wymagała ustalenia tego zamiaru, do czego służy możliwość wyjaśnienia treści oferty [art. 87 ust. 1 ustawy]. Uzyskanie stanowiska wykonawcy, które będzie pomocne przy dokonaniu poprawy, a w swej treści będzie neutralne dla treści oświadczeń woli składających się na ofertę [nie będzie stanowiło jej negocjowania, czy poprawienia pozycji wykonawcy wynikającej z oferty, polegającego na ukształtowaniu korzystniejszych warunków niż przed poprawą] nie stanowi przeszkody do poprawienia niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy [tak też: wyrok KIO z 20 stycznia 2012 r. w spr. KIO 42/12]. Tego rodzaju wyjaśnienie było tym bardziej uzasadnione, że Zamawiający znajdował w ofercie elementy, które powinny wywoływać jego wątpliwość, czy na pewno wykonawca jest przedsiębiorcą zagranicznym i nie posiada oddziału, jak przykładowo podanie nr NIP, samodzielne określenie przez wykonawcę ceny w sposób konwencjonalny, z podaniem ceny netto, VAT i brutto, czy wskazywanie na druku firmowym lokalizacji, w tym m.in. w Polsce, w Warszawie przy ul. Emilii Plater 53.

Ponadto, nie sposób nie dostrzec, że stanowisko Zamawiającego w powyższej mierze jest niekonsekwentne: z jednej strony Zamawiający upatruje podstaw do wniosku, że ma do czynienia z wykonawcą zagranicznym, do którego zachodzi obowiązek doliczenia VAT w treści wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny z drugiej zaś dla oceny tych samych wyjaśnień dotyczących ceny przyjmuje określony status wykonawcy, to jest, że jest to podmiot zagraniczny. Tymczasem, stwierdzenie w ofercie wykonawcy podstawy do dokonania poprawy oferty wymaga uprzedniego ustalenia, że oferta jest niezgodna z SIWZ, że występuje w niej określony błąd.

Nie jest właściwą praktyką, zaprezentowana w złożonych przez Zamawiającego zastrzeżeniach do Informacji o wyniku kontroli, polegająca na tym, że jeśli treść wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wzbudziła wątpliwości Zamawiającego, D. & Partners Law Office Limited Liability Partnership wskazując, że na zaoferowaną przez niego

cenę 73.800,00 zł składają się koszty pracownicze oraz rezerwa obejmująca koszty dojazdów i pobytu, koszty nadzwyczajne, pominął kwotę należną na podatek od towarów i usług, a skoro koszty podmiotu ubiegającego się o zamówienie publiczne, związane ze świadczeniem usługi będącej przedmiotem zamówienia wynoszą 73.800,00 zł - podmiot ten nie może świadczyć tej usługi za kwotę 60.000,00 zł plus VAT. Tego rodzaju wątpliwości nie powinny być „rozstrzygane na korzyść wykonawcy”, szczególnie, że status wykonawcy – czy jest on podmiotem zagranicznym czy też nie, winien być wyczytany z dokumentów odnoszących się do wykonawcy. Tym bardziej więc ta kwestia powinna zostać wyjaśniona przez Zamawiającego a nie rozstrzygana życzliwą, choć arbitralną interpretacją zachowań wykonawcy.

Zaniechanie jednoznacznego, nie budzącego wątpliwości ustalenia statusu podatkowego wykonawcy powoduje, że ocena Zamawiającego stała się oceną arbitralną i finalnie – całkowicie nie trafną, a w konsekwencji – dokonana poprawa treści oferty nie miała żadnej podstawy.

Działanie Zamawiającego o tyle nie zasługuje na aprobatę, że poprzez dokonanie bezpodstawnej, nie znajdującej oparcia w treści oferty i – co najistotniejsze – nie odpowiadającej rzeczywistości poprawy, Zamawiający postawił wykonawcę w sytuacji, że ten albo nie zgodzi się na taką poprawę, co będzie skutkowało odrzuceniem jego oferty [art. 89 ust. 2 pkt 7 ustawy] albo musi, by jego oferta została się w postępowaniu - zaakceptować taką czynność Zamawiającego.

Zwrócić bowiem trzeba uwagę na okoliczność, że po dokonaniu tej poprawy i finalnie uczynieniu przez Zamawiającego oferty wykonawcy droższą o równowartość podatku VAT [z kwoty 60 000 zł netto w ofercie na kwotę 73 800 zł netto] a następnie dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, wykonawca D. & Partners Law Office LLP wystąpił do Zamawiającego na podstawie art. 181 ustawy i poinformował o niezgodnej z przepisami ustawy czynności, załączając potwierdzenie zarejestrowania podmiotu jako podatnika VAT. Zamawiający jednak, mimo takiego nie budzącego wątpliwości wykazania niewłaściwej poprawy, postanowił trwać w swoim błędzie i nie zdecydował się na rewizję wcześniejszej czynności. Jak bowiem wskazuje orzecznictwo, zamawiający jest uprawniony do powtórzenia z własnej inicjatywy czynności, jeśli dopatrzy się w swoim działaniu nieprawidłowości. Wskazuje się, że zamawiający ma każdorazowo prawo do samodzielnego podjęcia decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o ile uzna, iż dokonane uprzednio czynności są obarczone wadą lub zachodzą inne okoliczności uzasadniające ich unieważnienie. Zamawiający jest uprawniony do samodzielnego unieważnienia pierwotnie

podjętej decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, do dokonania ponownego badania ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, choćby taki obowiązek nie wynikał z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej albo sądu powszechnego, a termin na skorzystanie ze środków ochrony prawnej upłynął. Zamawiający jest uprawniony do unieważnienia z własnej inicjatywy wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonywania badania i oceny ofert, niezakwestionowanych w drodze odwołania, jeśli dostrzeże, iż uprzednio popełnił błąd wybierając oferty lub dokonując inne czynności postępowania z naruszeniem ustawy. Celem wszczęcia i prowadzenia każdego postępowania o zamówienie publiczne jest zawarcie ważnej oraz nie podlegającej unieważnieniu umowy. Powyższe determinuje wniosek, iż czynności zamawiającego podejmowane w toku postępowania powinny przede wszystkim zmierzać do skutecznego udzielenia zamówienia [zawarcia umowy]. Zgodnie bowiem z normą wyrażoną w art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Postępowanie o udzielenie zamówienia ma zatem prowadzić do wyboru wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, który złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, a nie jakiegokolwiek wykonawcy. Dokonując wszystkich czynności w postępowaniu należy mieć na uwadze przede wszystkim cel postępowania, którym jest zawarcie ważnej i nie podlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne. Pewność obrotu wymaga tego, aby w obrocie funkcjonowały umowy zawarte prawidłowo [analogiczny pogląd wyrażono w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 października 2012 r. w spr. KIO 2037/12 i 2047/12, z dnia 23 września 2010r. w spr. KIO 1939/10, z dnia 28 grudnia 2010r. w spr. o sygn. KIO 2685/10 i KIO 2686/10, z dnia 19 stycznia 2011r. w spr. KIO 34/11, z dnia 21 czerwca 2011 r. w spr. KIO 1231/11, postanowieniu z 1 lutego 2011 r. w spr. KIO 159/11].

Zamawiający natomiast nie tylko nie skorygował wadliwej czynności, uzyskując, już po wyborze oferty wiedzę, że jego czynność jest wadliwa a poprawienie oferty nieuprawnione, ale podpisał umowę z innym wykonawcą. Podniesiona wreszcie, w zastrzeżeniach teza, że oferta wykonawcy D. & Partners Law Office LLP nosiła znamiona oferty z rażąco niską ceną i jako taka podlegałaby odrzuceniu, nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający bowiem nie dokonał takiej oceny wyjaśnień wykonawcy D. & Partners Law Office LLP jako która by potwierdzała, że zaoferowana cena ma charakter rażąco niskiej, zaś czynności postępowania wskazują raczej, że Zamawiający zaakceptował te wyjaśnienia. Jeśli zaś, w intencji Zamawiającego, miało być tak, że w razie uznania, że wykonawca D. & Partners Law Office LLP posiada zarejestrowany w Polsce oddział, a tym samym jest obowiązany do wskazywania ceny wraz z podatkiem VAT, to w takim razie wyjaśnienia dotyczące kalkulacji ceny wskazują na koszty i nakłady związane z

realizacją zamówienia w łącznej kwocie wyższej, niż cena netto oferty, to winno to znaleźć wyraz w czynności Zamawiającego związanej z oceną tych wyjaśnień. Jest to szczególnie uzasadnione, gdy Zamawiający uzyskał pewność, że jego kwalifikacja statusu wykonawcy była całkowicie błędna [z momentem otrzymania informacji na podstawie art. 181 ustawy o stwierdzonych naruszeniach przepisów].

Tymczasem Zamawiający nie dokonał na gruncie analizowanego postępowania negatywnej oceny wyjaśnień wykonawcy D. & Partners Law Office LLP, która by wykazywała, że zaoferowana cena ma charakter rażąco niskiej bądź stanowiącej przejaw czynu nieuczciwej konkurencji, ani nie odrzucił tej oferty. W konsekwencji, wyartykułowane w zastrzeżeniach do wyniku kontroli rozważania dotyczące kalkulacji ceny i tego, że ma ona charakter rażąco niski – wobec niepodjęcia przez Zamawiającego czynności związanych z tego rodzaju oceną wyjaśnień dotyczących elementów kalkulacyjnych ceny – należy uznać, za mające charakter jedynie hipotetycznych, nie posiadające jednak przedmiotu tych rozważań w postaci negatywnej oceny złożonych przez wykonawcę wyjaśnień. Dostrzeżenia przy tym wymaga, że gdyby taka ocena miała miejsce i znalazła wyraz w odrzuceniu oferty wykonawcy D. & Partners Law Office LLP na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 lub 4 ustawy, to podlegałaby ona ewentualnej kontroli w ramach środków ochrony prawnej [art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy].

Reasumując, zaniechanie wyjaśnienia statusu wykonawcy na etapie oceny ofert, a w konsekwencji tego zaniechania, przyjęcie niewłaściwej kwalifikacji wykonawcy jako podmiotu zagranicznego i bezpodstawne doliczenie do ceny jego oferty podatku VAT spowodowało, że Zamawiający nie dokonał prawidłowej oceny oferty wykonawcy D. & Partners Law Office LLP. Tym samym zasadnym jest wniosek o naruszeniu przez Zamawiającego przepisu 87 ust. 2 pkt 3 ustawy art. 87 ust. 1 ustawy.

W okolicznościach wskazanych zaniechań Zamawiającego, na aprobatę zasługuje także ocena organu kontroli co do tego, że opisane naruszenie przepisów miało wpływ na wynik postępowania. Wnioskowanie, jak czyni to Zamawiający, że wskazane w Informacji o wyniku kontroli naruszenia przepisów pozostają bez wpływu na wynik postępowania, ponieważ oferta wykonawcy D. & Partners Law Office LLP podlegałaby odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę, jest oparte na domniemaniach i tym, czego Zamawiający w postępowaniu nie uczynił. W warunkach, gdy Zamawiający dokonał pozytywnej oceny wyjaśnień, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i nie zweryfikował jej w ramach

podejmowanych w toku postępowania czynności, formułowanie twierdzenia, że oferta podlegałaby odrzuceniu należy uznać nie znajdujące oparcia w czynnościach Zamawiającego.

[2] Trafnymi są także te ustalenia kontroli, które wskazują na naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, poprzez niezasadne wykluczenie wykonawcy Deloitte Doradztwo Podatkowe sp. z o.o. z powodu niewykazania spełniania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej. Okoliczność, że wykonawca nie złożył dokumentu polisy, a jedynie dokument z dnia 21 grudnia 2012 r. wystawiony przez Brokerów Ubezpieczeniowych, w którym potwierdzili oni, iż ubezpieczyciel Nautilus Indemnity [Europe] Limited wystawił polisę ubezpieczeniową ww. wykonawcy, opatrzony informacją dotyczącą limitu odpowiedzialności cywilnej z tytułu wykonywanego zawodu, tj. 300 000 euro, okresu ubezpieczenia od 1 czerwca 2012 r. do 1 czerwca 2013 r. i zapłaty składki – że jest ona opłacona w całości, nie daje podstawy do wykluczenia wykonawcy. Wyjaśnienie wykonawcy, że nie może przedstawić dokumentu polisy ubezpieczeniowej, ponieważ ubezpieczającym jest Deloitte Central Europe Holdings Limited, który ubezpieczył podmioty wchodzące w skład grupy Deloitte Central Europe [w tym Deloitte Doradztwo Podatkowe sp. z o.o.] oraz wskazał, iż polisa ubezpieczeniowa zawiera informacje będące tajemnicą handlową, takie jak wielkość składki i sposób rozłożenia płatności na raty, nie oznacza, że zostały wypełnione przesłanki do wykluczenia tego wykonawcy.

Przemawia za taką oceną, po pierwsze, że możliwość posłużenia się w uzasadnionych przypadkach innym dokumentem niż polisa wynika wprost z art. 26 ust. 2c ustawy. Przepis ten stanowi, że jeżeli z uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może przedstawić dokumentów dotyczących sytuacji finansowej i ekonomicznej wymaganych przez zamawiającego, może przedstawić inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku.

Po drugie, w orzecznictwie wskazuje się, że w okolicznościach ubezpieczenia generalnego, obejmującego zakresem ochrony ubezpieczeniowej więcej niż jeden podmiot a zawieranego przez ubezpieczającego w imieniu i za powiązane z nim podmioty oraz na ich rzecz, tylko ten podmiot posiada polisę, pozostałe zaś podmioty korzystają w takim wypadku z dowodów wtórnych potwierdzających zawarcie umowy ubezpieczenia takich jak certyfikat lub potwierdzenie zawarcia umowy ubezpieczenia. Dokument potwierdzający fakt ubezpieczenia oraz opłacenie składki z tytułu tego, należy uznać za równoważne wymaganej opłaconej polisie. [tak: wyrok KIO z 6 października 2010 r. w spr. KIO 2097/10].

Stąd zasadnym, w świetle okoliczności ustalonych w postępowaniu, jest wniosek wywiedziony przez organ kontroli, że w powyższym zakresie Zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, wykluczając wykonawcę Deloitte Doradztwo Podatkowe sp. z o.o., przy czym powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania, skoro oferta ww. wykonawcy nie przedstawiała najkorzystniejszego bilansu w ramach kryteriów oceny ofert.

[3] Podzielono również ocenę organu kontroli, co do naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez zaniechanie wezwania przez Zamawiającego wykonawcy Pharmed Consulting K.J. do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Bezspornym jest, że wykonawca Pharmed Consulting K.J. dołączył do oferty dokument zatytułowany „wniosek-polisa Przedsiębiorca”, z którego treści nie wynika fakt opłacenia składki ubezpieczenia, a wskazany w tym dokumencie termin płatności składki [płatność jednorazowo], tj. 31 grudnia 2012 r. wyznaczony został po upływie terminu składania ofert przypadającego na dzień 28 grudnia 2012 r. Powyższe wymagało wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentu, potwierdzającego posiadanie odpowiedniego ubezpieczenia. Takie wezwanie nie jest pozostawione uznaniu Zamawiającego, ale jest obowiązkiem, jeśli złożone dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Zgodzić się trzeba z poglądem, że w art. 26 ust. 2c ustawy ustawodawca wskazał, że posłużenie się innym dokumentem niż wymagany przez zamawiającego jest możliwe dopiero, gdy wykonawca jednocześnie wykaże uzasadnioną przyczynę braku możliwości przedłożenia wymaganego przez zamawiającego dokumentu. Tym samym w pierwszej kolejności zawsze powinna być przedstawiana opłacona polisa. Izba stoi na stanowisku, że wymaganie ustawodawcy, aby wykonawca legitymował się opłaconą w całości polisą lub polisą opłaconą co najmniej w zakresie I raty składki wyraźnie koresponduje z treścią art. 814 §1 kc, zgodnie z którym w typowym nazwanym stosunku cywilnoprawnym umowy ubezpieczenia odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczyna się od dnia następującego po zawarciu umowy, nie wcześniej jednak niż od dnia następnego po zapłaceniu składki lub jej pierwszej raty. Tym samym w typowym stosunku ubezpieczenia ochrona ubezpieczeniowa w przypadku odroczonej płatności składki lub I raty składki rozpocznie się w dniu następnym po zapłaceniu tej składki lub jej pierwszej raty. Ustawodawca w art.814 § 1kc przewidział także możliwość kształtowania wola stron postanowień umowy ubezpieczenia dotyczących momentu powstania odpowiedzialności

ubezpieczyciela. W ocenie Izby naprzeciw takiej możliwości prawnej wychodzi właśnie brzmienie § 1 pkt 11 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. poz. 231), dopuszczając możliwość złożenia innego dokumentu w przypadku braku opłaconej polisy. Takim dokumentem może być polisa z klauzulą wcześniejszego powstania odpowiedzialności ubezpieczyciela niż dzień następujący po dniu opłacenia składki, oświadczenie ubezpieczyciela o przyjęciu na siebie odpowiedzialności za zdarzenia zaistniałe w okresie przed opłaceniem składki i mimo jej nieopłacenia z uwagi na nienadejście terminu wymagalności składki lub jej raty, może być to także inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej np. certyfikat.

Istotnym jest – na gruncie analizowanego stanu faktycznego – czy złożony dokument potwierdzał fakt ubezpieczenia, mimo nieopłacenia składki. Analiza treści „wniosku – polisy Przedsiębiorca” nie wskazuje, jednoznacznie, by wykonawca był ubezpieczony.

Stąd trafnym jest wniosek organu kontroli, że zaniechanie wezwania przez zamawiającego ww. wykonawcy do uzupełnienia ww. dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej stanowiło naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy.

Nie wzięto pod uwagę uzupełnienia, zastrzeżeń do informacji o wyniku kontroli, jakie Zamawiający złożył w dniu 6 maja 2014 r. Wynikający z art. 167 ust. 1 ustawy siedmiodniowy termin na wniesienie zastrzeżeń, liczony od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli ma charakter terminu zawitego, nie podlegającego przywróceniu. W tym terminie zamawiający obowiązany jest złożyć umotywowane zastrzeżenia, od wyniku kontroli doraźnej. Zastrzeżenia nie mają zatem charakteru sprzeciwu wobec informacji o wyniku kontroli, co do którego następuje analiza stwierdzonych uchybień, ale zastrzeżenia złożone w terminie wyznaczają zakres tej analizy. Wskazany w powołanym przepisie obowiązek umotywowania zastrzeżeń, oznacza obowiązek zaprezentowania wszystkich zarzutów co do przeprowadzonej kontroli wraz ich pełnym uzasadnieniem, w określonym w przepisie terminie.

Reasumując, wyartykułowane przez Zamawiającego zastrzeżenia do Informacji o wyniku kontroli, podniesiona dla wykazania ich zasadności argumentacja nie zasługiwała na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza, zgodnie z treścią art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wydaje w formie uchwały opinię w sprawie zastrzeżeń zamawiającego zgłoszonych do informacji o wyniku kontroli. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymał zastrzeżenia w zakresie stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, co Krajowa Izba Odwoławcza uznała za uzasadnione.

Wobec powyższego, wyrażono opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie: