

**UCHWAŁA  
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

**z dnia 12 grudnia 2014 r.**

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 13 listopada 2014 r. zgłoszonych 13 listopada 2014 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego:

**Sąd Rejonowy w Grodzisku Mazowieckim**

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej o sygn. UZP/DKD/KND/22/13 z dnia 6 listopada 2014 r., przekazanej za pismem z 6 listopada 2014 r. {znak pisma UZP/DKD/DWKZ/421/61(4)/14/ŁG} w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Świadczenie usługi polegającej na skierowaniu pracowników tymczasowych do pracy na rzecz Sądu Rejonowego w Grodzisku Mazowieckim* (nr postępowania ZP/SR/13/2013)

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Piotr Kozłowski</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Izabela Kuciak</b>
	<b>Sylwester Kuchnio</b>

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie, z wyjątkiem niektórych zastrzeżeń dotyczących pkt III informacji o wyniku kontroli doraźnej.**

## Uzasadnienie

Zamawiający – Sąd Rejonowy w Grodzisku Mazowieckim – przeprowadził w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”} postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Świadczenie usługi polegającej na skierowaniu pracowników tymczasowych do pracy na rzecz Sądu Rejonowego w Grodzisku Mazowieckim* (nr postępowania ZP/SR/13/2013).

Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte 4 grudnia 2013 r. W tym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o tym zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na stronie internetowej {www.warszawa.so.gov.pl}, na której udostępnił od tego dnia specyfikację istotnych warunków zamówienia {zwaną również dalej w skrócie „specyfikacją”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”. Tego samego dnia ogłoszenie zostało także zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z pod nr 262293-2013.

### I.

**Prezes Urzędu Zamówień Publicznych {„UZP”} po przeprowadzeniu kontroli doraźnej {sygn. UZP/DKD/KND/22/13} wyżej wymienionego postępowania w części II. informacji o wyniku kontroli doraźnej z 5 listopada 2014 r. stwierdził, że Zamawiający naruszył następujące przepisy ustawy pzp:**

1. {I. wg systematyki informacji}

Naruszenie art. 91 ust. 2 w zw. z art. 2 pkt 1 i 5 pzp – polegające na określeniu jako kryterium oceny ofert ceny netto.

W toku kontroli ustalono, co następuje:

W pkt 1.2) rozdziału VI SIWZ {*Kryteria wyboru oferty oraz opis sposobu obliczania ceny*} Zamawiający wskazał jako kryterium oceny ofert *cenę ofertową*. Z kolei w kolejnym pkt 1.3) Zamawiający określił, że dla dokonania oceny ofert porównywał będzie zaoferowane przez wykonawców ceny za realizację przedmiotu zamówienia – *Cena ofertowa (netto)*. Jednocześnie w pkt 2.3) tego rozdziału Zamawiający zastrzegł, że cena oferty musi zawierać wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania przedmiotu zamówienia wynikające wprost z załączonego opisu przedmiotu zamówienia, jak również w nim nie ujęte, a bez których nie można wykonać przedmiotu zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu zostały złożone 3 oferty:

1) Outworking sp. z o.o. sp. k. (w konsorcjum z Outworking APT sp. z o.o. 3 sp. k oraz

Biurem Pracy Tymczasowej sp. z o.o. 2 sp. k.) – cena netto 315.469,30 zł, 23% stawka VAT od części zamówienia, co dało kwotę podatku 13.033,26 zł, cena brutto 328.502,56 zł;

2) Centrum Tłumaczeń, Doradztwa i Edukacji PRAGMATIC – cena netto 303.096,77 zł, 23% stawka VAT od całości zamówienia, co dało kwotę podatku 69.712,25 zł, cena brutto 372.809,03 zł;

3) SERWIS KADR T.M. (w konsorcjum z Grupą Zadaniową Outsourcing sp. z o.o. oraz Grupą Zadaniową Work sp. z o.o.) – cena netto 290.712,32 zł, 23% stawka VAT od części zamówienia, co dało kwotę podatku 48.889,20 zł, cena brutto 339.601,51 zł.

Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy SERWIS KADR T.M. jako najkorzystniejszej.

W wyjaśnieniach udzielonych Urzędowi Zamówień Publicznych w piśmie z 7 lutego 2014 r. Zamawiający potwierdził, że zgodnie z pkt 1.3) rozdziału VI SIWZ jako jedyne kryterium oceny ofert wskazana została cena ofertowa netto. Zamawiający podkreślił, że *dokonał oceny ofert w oparciu o kryterium ceny precyzyjnie ustalone w SIWZ i zawarł umowę z Wykonawcą, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą.*

Kontrolujący dokonał następującej oceny prawnej tak ustalonego stanu faktycznego:

Celem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór najkorzystniejszej oferty, na co wprost wskazuje treść art. 91 ust. 1 ustawy pzp. Definicja najkorzystniejszej oferty została zawarta w art. 2 pkt 5 ustawy pzp, który określa, że jest nią oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego albo oferta z najniższą ceną. Zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy pzp kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Z kolei stosownie do art. 2 pkt 1 ustawy pzp, w brzmieniu obowiązującym w dacie przeprowadzenia kontrolowanego postępowania, przez cenę należy rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach, tj. wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym.

Kontrolujący stwierdził, że na gruncie przepisów ustawy pzp pojęcie ceny odnosi się do całkowitej kwoty wynagrodzenia wykonawcy, rozumianej jako ostateczna należność jaką musi zapłacić zamawiający za dane zamówienie, a więc ceny brutto.

Z tego względu Zamawiający obowiązany był dokonywać wyboru oferty najkorzystniejszej w oparciu o kryterium ceny (występujące samodzielnie lub w zestawieniu z innymi kryteriami oceny ofert). Natomiast cena powinna być kształtowana przez

wykonawców, zgodnie z ustawą o cenach, na podstawie wszystkich jej składników łącznie, w tym podatku VAT. Zatem wybór oferty najkorzystniejszej dokonywany przez zamawiającego, nawet w sytuacji, gdy porównywane byłyby oferty z różnymi stawkami podatku VAT, zawsze winien odbywać się w oparciu o cenę brutto zawierającą podatek VAT, o ile jest on na podstawie odrębnych przepisów wymagany.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający przy ocenie ofert brał pod uwagę cenę netto zaoferowaną przez poszczególnych wykonawców, co skutkowało uznaniem za najkorzystniejszą oferty wykonawcy SERWIS KADR T.M.. Kontrolujący zauważył, że przy dokonaniu oceny ofert w oparciu o cenę brutto, tj. zgodnie z przepisami ustawy pzp, oferta ta nie mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą, gdyż nie zawierała najniższej ceny brutto. W konsekwencji nieprawidłowe opisanie sposobu oceny ofert w ramach kryterium cenowego miało wpływ na wynik przedmiotowego postępowania.

## 2. {II. wg systematyki informacji}

Naruszenie art. 26 ust. 3 pzp – polegające na zaniechaniu wezwania dwóch wykonawców do uzupełnienia brakujących dokumentów dotyczących przynależności do grupy kapitałowej.

W toku kontroli ustalono, co następuje:

Wykonawcy: Centrum Tłumaczeń, Doradztwa i Edukacji PRAGMATIC oraz SERWIS KADR T.M. nie załączyli do ofert list podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej ani informacji o braku przynależności do grupy kapitałowej. Zamawiający nie wzywał tych wykonawców do uzupełnienia powyższych dokumentów.

Kontrolujący dokonał następującej oceny prawnej tak ustalonego stanu faktycznego:

Zgodnie z art. 26 ust. 2d ustawy pzp wykonawca wraz z ofertą składa listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 pzp, albo informację o tym, że nie należy do grupy kapitałowej.

Kontrolujący wskazał, że powyższy obowiązek wynika z treści samej ustawy pzp i nie jest zależny od jego wyartykułowania przez Zamawiającego w SIWZ. Jednocześnie art. 26 ust. 2d pzp wskazuje na obowiązek wezwania wykonawców do uzupełnienia powyższych dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy pzp.

## 3. {III. wg systematyki informacji}

Naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 25 ust. 1 pzp – polegające na zamieszczeniu w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ odmiennych informacji.

W toku kontroli ustalono, co następuje:

Zgodnie z pkt 2 rozdziału IV SIWZ oraz treścią ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego na stronie internetowej zamawiającego, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu, wraz z ofertą należało przedłożyć m.in. aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków lub zaświadczenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności, lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.

Załączenie powyższego dokumentu nie było wymagane w ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym 4 grudnia 2013 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 262293-2013, w którym z kolei Zamawiający wymagał załączenia do oferty wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

Kontrolujący dokonał następującej oceny prawnej tak ustalonego stanu faktycznego:

Katalog dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu zawartym w publikatorze krajowym i katalog dokumentów przewidziany w SIWZ były rozbieżne.

W przypadku, gdy zamawiający żąda od wykonawców dostarczenia określonych dokumentów, żądanie takie powinno być zawarte zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i w treści SIWZ, zaś zakres żądanych dokumentów powinien być tożsamy, tj. identyczny w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ.

Obowiązek załączenia do oferty wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia nie został natomiast wyrażony w SIWZ. Zamawiający nie dokonał zmiany treści SIWZ ani ogłoszenia opublikowanego w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Kontrolujący wskazał, że informacje podane przez zamawiającego w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie mogą być sprzeczne z tymi, które wskazano w ogłoszeniu. Nie oznacza to, że informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ muszą przybrać jednakową formę i identyczną treść, jednak potencjalny wykonawca musi mieć możliwość zdobycia wiarygodnych, niewprowadzających w błąd informacji o zamówieniu i podjęcia decyzji o złożeniu oferty. Powyższe potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone m.in. w wyroku z 30 listopada 2010 r. (sygn. akt KIO 2534/10), w którym stwierdzono, że *istotnym jest, że ogłoszenie stanowi pierwszy element informacyjny dla wykonawcy o prowadzonym postępowaniu i informacje w nim zawarte mają umożliwiać wykonawcy podjęcie decyzji o możliwości i woli ubiegania się o zamówienie*

*publiczne. Umieszczona na stronie internetowej zamawiającego specyfikacja winna jedynie uszczegóławiać informacje zawarte w ogłoszeniu, nie może natomiast zawierać informacji sprzecznych z treścią ogłoszenia. Identyczności treści informacji zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu publicznym oraz siwz ma służyć jednakowej informacji dla wszystkich potencjalnych wykonawców (...). Oczywistym jest, że należy uznać za niedopuszczalne i sprzeczne z zasadą równego traktowania wykonawców zawartą w art. 7 Pzp zawieranie wzajemnie wykluczających się zapisów w ogłoszeniu i w siwz.*

Zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający żądając od wykonawców oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, wskazuje je w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ. Kontrolujący zauważył, że informacje zawarte w ww. dokumentach mają bezpośredni wpływ na zachowanie wykonawców w zakresie podjęcia przez nich decyzji o udziale w postępowaniu.

#### 4. {IV. wg systematyki informacji}

Naruszenie art. 8, art. 96 pzp w zw. z § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – polegające na nierzetelnym prowadzeniu protokołu prowadzonego postępowania, a także naruszenie art. 86 ust. 3 pzp – przez zaniechanie podania kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia.

#### W toku kontroli ustalono, co następuje:

W pkt 8 protokołu postępowania (druk ZP-PN) Zamawiający wskazał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia, w wysokości 291.000,00 zł netto. Kwota brutto nie została podana protokole.

Z kolei w pkt 9 protokołu Zamawiający podał, że wykonawca Centrum Tłumaczeń, Doradztwa i Edukacji PRAGMATIC zaoferował realizację przedmiotu zamówienia za kwotę 70.996,29 zł netto (87.325,43 zł brutto). Jednakże po poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy pzp oczywistej omyłki rachunkowej cena tej oferty wynosiła 303.096,77 zł netto (372.809,03 zł brutto).

#### Kontrolujący dokonał następującej oceny prawnej tak ustalonego stanu faktycznego:

Protokół postępowania jest dokumentem odwzorowującym przebieg postępowania i służy realizacji zasady jawności wyrażonej w art. 8 ust. 1 ustawy pzp. Tylko prowadzenie protokołu postępowania na bieżąco i w sposób spójny prowadzi do wypełnienia jego funkcji informacyjnej. Ustawa pzp w art. 96 ust. 1 określa minimalny zakres informacji, które muszą być podane w protokole, w tym m. in. cenę i inne istotne elementy ofert. Szczegółowy zakres

informacji, jakie powinien zawierać protokół, został określony rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 223, poz. 1458). Zgodnie z § 2 rozporządzenia protokół, oprócz informacji, o których mowa w art. 96 ust. 1 ustawy pzp, zawiera m.in. informacje dotyczące kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia lub części zamówienia. Z kolei zgodnie z § 3 wzór protokołu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego stanowi załącznik do rozporządzenia. Z pkt 8 wzoru protokołu stanowiącego załącznik do ww. rozporządzenia wynika, że zamawiający jest obowiązany podać kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, wyrażoną w wartości brutto.

Ponadto zgodnie z treścią art. 86 ust. 3 ustawy pzp, zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Wobec powyższego Kontrolujący uznał, że kwota podana przez Zamawiającego nie odpowiadała wymogom zawartym w art. 86 ust. 3 pzp.

Sposoby ustalania wartości szacunkowej zamówienia oraz kwoty, którą zamawiający przeznacza na sfinansowanie zamówienia zostały określone odpowiednio w art. 32 ust. 1 oraz w art. 86 ust. 3 ustawy pzp. Zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy pzp podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Sformułowanie *kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia*, użyte w art. 86 ust. 2 pzp, oznacza, że zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert podaje kwotę, jaką rzeczywiście może wydatkować na zamówienie. Tym samym kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jest kwotą brutto i powinna zawierać podatek od towarów i usług.

## **II.**

**Zamawiający nie zgodził się z powyższymi ustaleniami kontroli i 13 listopada 2014 r. (pismem z tej daty) wniósł do nich następujące zastrzeżenia:**

Ad 1. {1} według systematyki zastrzeżeń}

Naruszenie art. 91 ust. 2 w zw. z art. 2 pkt 1 i 5 pzp – polegające na określeniu jako kryterium oceny ofert ceny netto.

W pierwszej kolejności Zamawiający podkreślił cel ustanowienia ceny netto jako kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie dla Zamawiającego.

Zamawiający wyjaśnił, że przygotowując przedmiotowe postępowanie posiadał wiedzę na temat zaobserwowanych negatywnych praktyk rynkowych wykonawców działających w obszarze usług agencji zatrudnienia. Chodzi o coraz częściej stosowany przez niektórych wykonawców proceder tworzenia spółek wyłącznie na potrzeby danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, aby uzyskać przewagę konkurencyjną opartą wyłącznie na wykorzystaniu zwolnienia podmiotowego z podatku VAT – na podstawie art. 113 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług {zwanej dalej „ustawą o VAT”} w brzmieniu: *Zwalnia się od podatku sprzedaż dokonywaną przez podatników, u których wartość sprzedaży nie przekroczyła łącznie w poprzednim roku podatkowym kwoty 150 000 zł. Do wartości sprzedaży nie wlicza się kwoty podatku – i zawiązywania z tym podmiotem (lub podmiotami) zwolnionym z podatku VAT konsorcjum.*

Zamawiający podał, że w wyniku stosowania takich praktyk zostały uznane za najkorzystniejsze oferty spółek m.in. powołanych przez jednego z wykonawców występującego w tym postępowaniu – OUTWORKING sp. z o.o. sp. k. w konsorcjum z OUTWORKING ATP sp. z o.o. 3 sp. k. oraz Biurem Pracy Tymczasowej sp. z o.o. 2 sp. k., którzy ubiegali się o analogiczne zamówienia w wielu sądach, m.in. w 29 postępowaniach {w zastrzeżeniach zawarto listę tych postępowań z podaniem zamawiających-sądów rejonowych i co najmniej oznaczenia sprawy}.

Zamawiający ustalił, że podmioty wchodzące w skład konsorcjów pozostają we wzajemnych zależnościach kapitałowych i osobowych. Zamawiający podał, że według załączonego do zastrzeżeń zestawienia {jako załącznik nr 3} na rynku istnieje obecnie 36 spółek o wspólnym członie nazwy OUTWORKING, powstałych w okresie od 31 stycznia 2012 r. do 20 marca 2014 r., w których członkiem zarządu jest K.K., albo reprezentuje on komplementariusza OUTWORKING sp. z o.o., OUTWORKING Rekrutacja sp. z o.o., OUTWORKING ATP sp. z o.o., zaś komandytariuszem jest OUTWORKING sp. z o.o. sp. k. Ponadto podmioty te wchodzą w konsorcja z nowo tworzonymi spółkami, w których członkiem zarządu i współnikiem lub osobą reprezentującą komplementariusza i komandytariusza jest R.M. , będący równocześnie pełnomocnikiem OUTWORKING sp. z o.o., OUTWORKING Rekrutacja sp. z o.o. lub OUTWORKING ATP sp. z o.o. w postępowaniach w przedmiocie zamówień publicznych {w zastrzeżeniach zawarto 16-pkt listę tych spółek ze szczegółowym rozpisaniem tych powiązań}.

Zdaniem Zamawiającego mając tę wiedzę, nie tylko mógł, ale jego prawnym obowiązkiem, wynikającym z art. 7 ust. 1 pzp, było przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób, który zapewniłby uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawcom. Dla Zamawiającego nie ulega wątpliwości, że sytuacja, w której jeden wykonawca podmiotowo zwolniony jest z obowiązku zapłaty 23% podatku VAT, a inny



wykonawca ma taki obowiązek, pozbawia tego drugiego w przetargu szans na uzyskanie zamówienia, prowadząc do powstawania patologii na rynku. Zamawiający wyjaśnił, że ze względu na wartość sprzedaży osiąganą przez przedsiębiorstwo, wykonawcy byłiby nierówno traktowani – w szczególności dyskryminowani byłiby wykonawcy działający na rynku od lat i w związku z tym niekorzystający z podmiotowego zwolnienia z VAT na podst. art. 113 ustawy VAT. Zamawiający dodał, że jako sąd nie może takich sytuacji tolerować.

Zamawiający zwrócił uwagę, że w przedmiotowym postępowaniu jego obawy się potwierdziły, gdyż każdy z trzech wykonawców (w tym dwóch występujących w konsorcjum) wyliczył odmiennie kwotę należnego podatku VAT, pozostając przy tym w zgodzie z przepisami prawa podatkowego. Pomimo tego, że kwoty netto były znacząco wyższe niż próg 150 tys. zł, dzięki występowaniu w konsorcjum złożonym z trzech wykonawców możliwe było zastosowanie przynajmniej do części zamówienia zwolnienia z obowiązku zapłaty podatku VAT. Jedynie wykonawca, który samodzielnie złożył ofertę zobowiązany był do naliczenia 23% stawki podatku VAT od całości zamówienia.

Zdaniem Zamawiającego prawidłowości działań wykonawców potwierdził pośrednio Urząd Zamówień Publicznych, który podczas kontroli nie doszukał się w tym zakresie naruszenia prawa.

W ocenie Zamawiającego w tych okolicznościach jedynie zastosowanie kryterium ceny netto zapewniło przestrzeganie podstawowych zasad systemu zamówień publicznych, a podjęte działanie było proporcjonalne i adekwatne do osiągnięcia tego celu. Zastosowanie innych rozwiązań nie było możliwe i skuteczne, a także prowadziłoby do dalej idących negatywnych i nieproporcjonalnych skutków. Żądanie posiadania wiedzy i doświadczenia, a więc tym samym i dochodu ze sprzedaży na odpowiednio wysokim poziomie, uniemożliwiającym skorzystanie ze zwolnienia na podstawie art. 113 ustawy VAT, jest obchodzone przez powoływanie się na zasoby podmiotów trzecich, które uczestniczą w realizacji „pro forma”, oferując konsultacje lub doradztwo. Ewentualne odrzucanie oferty z powodu czynu nieuczciwej konkurencji także jest wątpliwe prawnie *i rozwiązaniem jednak ograniczającym konkurencję niż zastosowanie kryterium wyboru oferty - ceny netto*.

Według Zamawiającego kryterium ceny brutto w przedmiotowym postępowaniu przedmiotowym stanowiłoby kryterium odnoszące się do właściwości podmiotu, gdyż promowałoby podmioty zwolnione z podatku VAT. Stąd też działania Zamawiającego zmierzały do zapewnienie fundamentalnych zasad ustawy pzp i dyrektyw unijnych, jak i przestrzegania art. 91 ust. 3 pzp, zakazującego ustanawianie kryteriów oceny ofert odnoszących się do właściwości wykonawców.

W drugiej kolejności Zamawiający podniósł, że jego czynności miały również na celu zapewnienie zgodności z prawem Unii Europejskiej (zasadą niedyskryminacji przedsiębiorców), gdyż tolerowanie opisanej powyżej praktyki byłoby sprzeczne z podstawowymi zasadami Traktatu o funkcjonowaniu UE oraz dyrektywą unijną koordynującą procedury udzielania zamówień publicznych (art. 2 dyrektywy 2004/18/WE), stanowiącymi punkt odniesienia przy interpretacji obowiązujących krajowych przepisów w zakresie prawa zamówień publicznych.

Zamawiający powołał się na to, że zgodnie z motywem 46 dyrektywy 2004/18/WE: *Zamówienia powinny być udzielane na podstawie obiektywnych kryteriów, zapewniających zgodność z zasadami przejrzystości, niedyskryminacji, równego traktowania oraz gwarantujących, że oferty są oceniane w warunkach efektywnej konkurencji.*" Nadrzędnym zatem celem działań zamawiających powinno być dokonanie wyboru oferty na podstawie takich kryteriów, które gwarantują obiektywizm, niedyskryminację, równe traktowanie i efektywną konkurencję.

Zdaniem Zamawiającego powyższych warunków w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy nie spełnia kryterium ceny brutto, stąd nie miał podstaw do jego zastosowania, gdyż byłoby to sprzeczne z wymogami prawa europejskiego (zasadą niedyskryminacji).

Zamawiający podniósł że prawo europejskie nieco odmiennie ujmuje problematykę stosowania kryteriów oceny ofert niż przepisy ustawy pzp. Dyrektywa 2004/18/WE {która do czasu upływu implementacji uchylającej ją dyrektywy 2014/24/UE z 21 marca 2014 r. stanowi podstawę oceny zgodności przepisów ustawy pzp} dopuszcza stosowanie tylko dwóch kryteriów udzielania zamówień: „najniższej ceny” i „oferty najkorzystniejszej ekonomicznie” {motyw 46 dyrektywy 2004/18/UE}. Zgodnie z art. 53 ust. 1 ww. dyrektywy: *kryteriami, na podstawie których instytucje zamawiające udzielają zamówień publicznych, są: a) w przypadku gdy zamówienia udziela się na podstawie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie z punktu widzenia instytucji zamawiającej, różne kryteria odnoszące się do danego zamówienia publicznego, przykładowo jakość, cena, wartość techniczna, właściwości estetyczne i funkcjonalne, aspekty środowiskowe, koszty użytkowania, rentowność, serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, termin dostarczenia lub czas dostarczenia lub realizacji; lub b) wyłącznie najniższa cena.*

Z kolei zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy pzp *kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia.*

Zdaniem Zamawiającego porównanie norm obu aktów wskazuje na trzy istotne różnice pomiędzy ustawą a wymogami prawa unijnego, a jednocześnie na istnienie w ustawie pzp istotnych ograniczeń uprawnień przysługujących instytucjom zamawiającym na podstawie prawa europejskiego.

Po pierwsze – dyrektywa UE nie normuje pojęcia ceny jak czyni to ustawa w art. 2 pkt 1, nie ograniczając możliwości rozumienia „ceny” także jako ceny netto.

Po drugie – w świetle dyrektywy UE kryterium ceny (odmiennie niż w ustawie pzp) nie musi być zawsze jednym z kryteriów oceny ofert przy stosowaniu kryterium „oferty najkorzystniejszej ekonomicznie”. Dyrektywa wymienia jedynie przykładowy katalog kryteriów oceny oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, a zamawiającemu pozostawia się daleko idącą swobodę w doborze poszczególnych kryteriów. Kryterium oceny ofert nie musi być cena (tym bardziej cena brutto), a zamawiający może stosować także inne kryteria niż wskazane w dyrektywie. Zamawiający powołał się na to, że przyznał to sam Urząd Zamówień Publicznych w przygotowanym rządowym stanowisku do poselskiego projektu ustawy (Druk Nr 1653), gdzie proponując uregulowanie w ustawie kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie oparte na normach prawa europejskiego wskazał, że „cena niekoniecznie musi być wśród zastosowanych kryteriów”.

Po trzecie – w świetle dyrektywy kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie niekoniecznie musi oznaczać, że muszą to być zawsze co najmniej dwa kryteria oceny ofert. Według Zamawiającego zagadnienie to wprawdzie nie jest w sposób jednoznaczny uregulowane w dyrektywie 2004/18/WE, jednakże znalazło swoje jednoznaczne uregulowanie w nowych dyrektywach, które w sposób jednoznaczny wskazują, że za ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie można uznać także ofertę opartą jedynie na jednym kryterium ceny ofert. Zgodnie z art. 67 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE: *Ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie z punktu widzenia instytucji zamawiającej określa się na podstawie ceny lub kosztu, z wykorzystaniem podejścia opartego na efektywności kosztowej, takiego jak rachunek kosztów cyklu życia zgodnie z art. 68.*

Tym samym w opinii Zamawiającego ustawodawca w ustawie pzp, nakazując zawsze rozumienie ceny jako ceny brutto oraz nakazując jej bezwzględne stosowanie w każdym przypadku (również przy wyborze oferty najkorzystniejszej ekonomicznie) w sposób istotny i niedopuszczalny ograniczył przyznaną prawem europejskim swobodę kształtowania kryteriów przez instytucje zamawiające. Zamawiający oświadczył, że został pozbawiony możliwości kształtowania kryteriów zapewniających realizację celów prawa europejskiego oraz ustawy pzp, w tym zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, a także ustanowienia w sposób indywidualny kryterium najważniejszego z punktu widzenia zapewnienia realizacji wolnej konkurencji.

Zamawiający powołał się na orzecznictwo ETS, który uznaje za sprzeczne z prawem europejskim narzucanie ogólnych i abstrakcyjnych reguł postępowania, które prowadzi do ograniczenia realizacji celów prawa europejskiego. Przykładowo zgodnie z wyrokiem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 7 października 2004 r. w sprawie C-247/02 za sprzeczne z prawem europejskim uznane zostało ustalenie w sposób ogólny i abstrakcyjny jednego kryterium wyboru oferty dla całej kategorii zamówień.

Według Zamawiającego tym bardziej nakaz stosowania zawsze kryterium ceny brutto, ograniczenie możliwości odstąpienia od stosowania tak rozumianego kryterium ceny przy wyborze oferty najkorzystniejszej ekonomicznie oraz nakaz stosowania wielu kryteriów (a nie jednego) w ramach wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie pozostają w sprzeczności z prawem europejskim.

Zdaniem Zamawiającego w świetle dyrektywy UE kryterium „oferty najkorzystniejszej ekonomicznie” jest zawsze takim, o ile nie jest kryterium „najniższej ceny”. Tym samym jeśli uznać, że zastosowanie ceny netto jako „kryterium najniższej ceny” nie jest właściwe (co jest wątpliwe w świetle regulacji dyrektywy UE nie definiującej tego pojęcia), alternatywą jest uznanie, że mamy do czynienia z kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie i Prezes Urzędu zobowiązany jest zbadać prawidłowość i dopuszczalność zastosowania takiego kryterium w tym kontekście.

Dla Zamawiającego nie ulega wątpliwości, że nie musi stosować ceny brutto przy wyborze oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Skoro w świetle prawa europejskiego nie ma obowiązku stosowania w ogóle kryterium ceny, tym bardziej nie ma obowiązku stosowania kryterium ceny brutto.

Według Zamawiającego pozostaje zatem odpowiedzieć na pytanie, czy w świetle prawa europejskiego stosowanie kryterium ceny netto jako kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej jest dopuszczalne.

Zamawiający stwierdził, że zgodnie z wytycznymi Urzędu Zamówień Publicznych ustalone kryteria powinny spełniać następujące warunki dopuszczalności:

- Kryteria nie mogą ograniczać konkurencji i wprowadzać nieuzasadnionych preferencji dla określonych grup dostawców.

Zdaniem Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu kryterium brutto stanowi takie uprzywilejowanie, a stosowanie kryterium ceny netto ma zapewnić przestrzeganie zasad prawa oraz jego celów.

- Kryterium nie musi się odnosić wyłącznie do ekonomicznie wymiernych aspektów ofert, pod warunkiem, że są związane z przedmiotem zamówienia, nie zakładają arbitralności wyboru

oferty, są wskazane w dokumentacji przetargowej i w ogłoszeniu przetargu, są zgodne z całością prawa europejskiego, a w szczególności z zasadą niedyskryminacji.

Zdaniem Zamawiającego kryterium ceny netto odnosi się do ekonomicznego aspektu oferty, jest związane z przedmiotem zamówienia i nie zakłada arbitralności. W przedmiotowym postępowaniu ustanowienie tego kryterium miało na celu zapobiegnięcie nierównemu traktowaniu wykonawców, nadużywaniu i obchodzeniu prawa podatkowego przez wykonawców oraz zapobiegnięciu dyskryminacji podmiotów, które osiągnęły w poprzednim roku określony poziom sprzedaży 150 tys. zł.

- Każde kryterium musi być sformułowane precyzyjnie, tak by każdy poprawnie poinformowany wykonawca, który dołożył należytej staranności, mógł interpretować je w jednakowy sposób.

Zdaniem Zamawiającego kryterium ceny netto spełnia i ten warunek i było także znane wszystkim potencjalnym wykonawcom zainteresowanym realizacją zamówienia.

- Kryterium ceny netto odnosi się do przedmiotu udzielanego zamówienia.

Dla Zamawiającego nie ulega wątpliwości, że na gruncie prawa europejskiego stosowanie kryterium ceny netto jako kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej jest dopuszczalne jako spełniające podstawowe zasady, które muszą być przestrzegane przy określaniu kryteriów służących wyborowi oferty najkorzystniejszej. Tym samym brak jest także przeszkód, by kryterium takie przyjąć jako dopuszczalne i na gruncie ustawy pzp, gdyż przyjęte w tym postępowaniu przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu pozwala na zastosowanie także innych niż przewidziane wprost w ustawie pzp czy dyrektywie kryteriów oceny ofert.

Zamawiający oświadczył, że ponieważ Prezes Urzędu Zamówień Publicznych jako organ właściwy w sprawach zamówień publicznych zobowiązany jest do zapewnienia prawidłowego funkcjonowania systemu zamówień publicznych, liczy, że dostrzegając występujące patologiczne zjawiska w systemie zamówień publicznych, wykaże zrozumienie dla działań podejmowanych w trakcie przedmiotowego postępowania oraz uwzględni w swym stanowisku także obowiązujące normy prawa europejskiego oraz fakt niedopuszczalnego ograniczenia możliwości ich stosowania w ustawie pzp.

Zamawiający dodał, że przepisy ustawy muszą być interpretowane zgodnie z dyrektywami europejskimi w celu zapewnienia ich skuteczności. Jak wynika z postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 9 maja 2007 r. (sygn. akt II CSK 25/07), a także co przyjmuje się jednolicie w literaturze i judykaturze – interpretacja i stosowanie prawa polskiego powinno następować z uwzględnieniem jego harmonizacji z prawem wspólnotowym. W takim przypadku powinno się dokonywać prowspólnotowej wykładani przepisu prawa wewnętrznego. W przypadku braku możliwości usunięcia kolizji między

normą polską, a wspólnotową w drodze wykładni zachodzi ewentualnie podstawa do odmowy zastosowania prawa krajowego.

Zamawiający podkreślił, że postanowienia dyrektyw w zakresie kryteriów oceny ofert zostały uznane przez ETS jako przepisy wywierające bezpośredni skutek dla podmiotów kraju członkowskiego. Wobec tego nawet jeśli zostały one implementowane niewłaściwie, Zamawiający może powołać się bezpośrednio na dyrektywę, a wszystkie organy administracji publicznej (w tym Prezes Urzędu) zobowiązane są do respektowania bezpośrednio odpowiednich dyrektyw.

W trzeciej kolejności Zamawiający nie zgodził się z zarzutem, że nieprawidłowe opisanie sposobu oceny ofert w ramach kryterium „cena” miało wpływ na wynik przedmiotowego postępowania.

Po pierwsze – wybrana oferta wykonawcy SERWIS KADR T.M. była ofertą najkorzystniejszą w świetle kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, czyli kryterium ceny netto. Wybrany wykonawca złożył swą ofertę netto najtańszą spośród wszystkich trzech ofert, które zostały złożone w postępowaniu (oferta wykonawcy Outworking sp. z o.o. sp. k. była droższa od wybranej o blisko 25 tys. zł).

Po drugie – przy wyborze oferty najkorzystniejszej ekonomicznie nie zawsze wygrywa wykonawca, który składa ofertę z najniższą ceną brutto. Naturalne jest i dopuszczalne przez ustawę dokonywanie wyboru oferty droższej brutto od pozostałych ofert.

Po trzecie – zarzut naruszenia ustawy pzp mający wpływ na wynik postępowania oparty jest jedynie na hipotetycznym założeniu, że w sytuacji ustanowienia ceny brutto wygrałby inny wykonawca, czyli wykonawca Outworking sp. z o.o. sp. k.

Tymczasem zdaniem Zamawiającego ustanowienie kryterium ceny brutto całkowicie zmieniłoby warunki, w jakich przyszłoby rywalizować wykonawcom ubiegającym się przedmiotowe zamówienia. Cena brutto mogłaby wywrzeć na wykonawcach presję na podjęcie działań patologicznych zmierzających do szerszego uzyskania zwolnienia z obowiązku zapłaty należnego podatku VAT, poprzez np. inny podział obowiązków w ramach konsorcjum, powołanie nowej spółki itd., czemu właśnie Zamawiający chciał zapobiec poprzez ustanowienie kryterium ceny netto.

Zamawiający podkreślił, że powyższa praktyka tolerowana przez instytucje zamawiające i nagradzana w postaci przyznawania kontraktów publicznych, prowadzi do powstania istotnego uszczerbku finansowego w budżecie państwa wynikającego z osiągnięcia mniejszych dochodów z tytułu podatku VAT.

Ad 2. {str 1-2 wg systematyki zastrzeżeń}

Naruszenie art. 26 ust. 3 pzp – polegające na zaniechaniu wezwania dwóch wykonawców do uzupełnienia brakujących dokumentów dotyczących przynależności do grupy kapitałowej.

Zamawiający potwierdził, że w wyniku niedopatrzenia, pomimo obowiązku wynikającego z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 2d ustawy pzp, nie wezwał złożonych przez wykonawców Centrum Tłumaczeń, Doradztwa i Edukacji PRAGMATIC oraz SERWIS KADR T.M. do uzupełnienia dokumentów oferty o informację w zakresie przynależności do grupy kapitałowej.

Zamawiający oświadczył jednocześnie, że stwierdzone przez kontrolę uchybienie zostało przez niego naprawione przez wezwanie ww. wykonawców do uzupełnienia tych informacji.

W ocenie Zamawiającego uchybienie to miało jedynie charakter formalny, niemający istotnego znaczenia dla wyników postępowania. Świadczyć ma o tym treść uzupełnionych przez wykonawców informacji {kopia oświadczeń stanowi załącznik nr 1 do zastrzeżeń}, które wskazują na brak powiązań kapitałowych pomiędzy wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie kontrolowanego postępowania, a tym samym brak ewentualnych podstaw do ich wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy pzp.

Ad 3. {2. wg systematyki zastrzeżeń}

Naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 25 ust. 1 pzp – polegające na zamieszczeniu w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ odmiennych informacji.

Zamawiający podniósł, że zakres obowiązkowych informacji zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu dla przetargu nieograniczonego wyznacza art. 41 ustawy pzp, który nie wymienia wśród nich informacji odnoszących się do dokumentów i oświadczeń dotyczących spełniania warunków o których mowa w art. 22 ust. 1 oraz art. 24 ust. 1 ustawy pzp. Wobec tego wskazanie takich informacji w ogłoszeniu o zamówieniu stanowi jedynie uprawnienie, a nie obowiązek zamawiającego. Rozporządzenie w sprawie wzorów ogłoszeń publikowanych w Biuletynie Zamówień Publicznych, co prawda, przewiduje dla ogłoszenia o zamówieniu możliwość zamieszczenia informacji o wymaganych dokumentach. Jest to jednak wzór, który nie kreuje sam w sobie obowiązku publikacji określonych informacji w ogłoszeniu o zamówieniu, gdyż nie przewiduje tego delegacja do jego wydania zawarta w art. 11 ust. 6 ustawy pzp, a materia ta jest przedmiotem regulacji ustawowej.

Zdaniem Zamawiającego art. 41 pzp – odnoszący się do przetargu nieograniczonego – stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 25 ust. 1 ustawy pzp, który przewiduje dwie ogólne zasady: pierwszą – uprawnienie żądania przez zamawiającego złożenia dokumentów jedynie

w zakresie niezbędnym dla przeprowadzonego postępowania oraz drugą – informacja o zakresie żądanych dokumentów powinna być dostępna potencjalnym wykonawcom w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ lub zaproszeniu do składania ofert. Zasada przejrzystości wymaga bowiem, aby informacja o zakresie żądanych dokumentach była znana potencjalnym wykonawcom. Nie zmienia to jednak tego, że konkretnie w jakich dokumentach przetargowych (ogłoszeniu, SIWZ czy zaproszeniu) zamawiający zobowiązany jest poinformować o zakresie żądanych dokumentów, rozstrzygają przepisy szczególne dotyczące każdego z poszczególnych trybów udzielania zamówienia.

Jest to według Zamawiającego uzasadnione, gdyż w przetargu ograniczonym ogłoszenie o zamówieniu obowiązkowo musi zawierać informację o wymaganych dokumentach podmiotowych. Na tym etapie nie ma obowiązku przedstawiania wykonawcom SIWZ, stąd wykonawcy informację o wymaganych dokumentach czerpią z ogłoszenia o zamówieniu (art. 48 ust. 2 pkt 7 ustawy pzp). Odmienne jest w przypadku przetargu nieograniczonego, gdzie wraz z ogłoszeniem o zamówieniu zamawiający zamieszcza na swojej stronie SIWZ, która obowiązkowo zawiera informację o wymaganych dokumentach (art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp). Z tego względu zamawiający nie ma obowiązku wskazywania informacji o wymaganych dokumentach także w ogłoszeniu o zamówieniu udzielanego w trybie przetargu nieograniczonego.

Zamawiający wywiódł, że tym samym zarzut kontroli niezawarcia informacji o żądaniu dokumentu z urzędu skarbowego w ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych jest bezpodstawny.

Na marginesie Zamawiający dodał, że informacja o żądaniu złożenia właściwego dokumentu z urzędu skarbowego została zamieszczona w ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym na jego stronie internetowej oraz w jego siedzibie. W opinii Zamawiającego nie stanowi to jednak samo w sobie naruszenia, gdyż ustawodawca zakazuje jedynie publikowania informacji ze sobą sprzecznych. Miałoby to miejsce jedynie w sytuacji, gdyby w jednym ogłoszeniu Zamawiający żądałby dokumentu, a w innym informowałby o braku takiego obowiązku. Natomiast w tym przypadku można jedynie mówić niekonsekwentnym działaniu Zamawiającego, który nie zawarł takich samych informacji w ogłoszeniu publikowanym w różnych miejscach.

Ponadto Zamawiający wskazał, że pomimo braku takiego obowiązku, zawarł także w ogłoszeniu o zamówieniu informację o obowiązku złożenia wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. Zamawiający potwierdził, że takiej informacji, wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp, nie zawarł natomiast w



SIWZ. W ocenie Zamawiającego powyższy brak nie stanowi jednak naruszenia art. 25 ust. 1 pzp, co jest przedmiotem zarzutu kontroli.

Według Zamawiającego z powyższych względów nieuzasadniony jest także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 pzp, który nakazuje zamawiającemu równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji. Ponieważ informacje o dokumentach były dostępne wykonawcom na takich samych zasadach i w takim samym zakresie, niekonsekwencja Zamawiającego nie prowadziła do dyskryminującego traktowania poszczególnych wykonawców czy też nieuczciwej konkurencji. Zamawiający podkreślił, że żaden z wykonawców nie został wykluczony z postępowania z powodu braku złożonych dokumentów, a zakres wymaganych dokumentów nie budził wątpliwości wykonawców na etapie postępowania.

Ad 4.

Naruszenie art. 8, art. 96 pzp w zw. z § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – polegające na nierzetelnym prowadzeniu protokołu prowadzonego postępowania, a także naruszenie art. 86 ust. 3 pzp – przez zaniechanie podania kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia.

{3. wg systematyki zastrzeżeń}

Zamawiający nie zgodził się natomiast z zarzutem nieprawidłowego podania kwoty jaką przeznaczył na sfinansowanie zamówienia netto, a nie brutto. Według Zamawiającego ponieważ podstawowa stawka podatku VAT określona jest na podstawie ustawy VAT i wynosi 23%, każdy przeciętny przedsiębiorca znał kwotę brutto jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia.

Zdaniem Zamawiającego ponieważ ustawa pzp nie definiuje sposobu w jaki zamawiający ma obowiązek podać kwotę jaką przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, nie zakazuje wskazywania tej wartości w sposób w jaki uczynił to Zamawiający. Według Zamawiającego należy zbadać, czy sposób podania przez niego tej kwoty odpowiada celowi art. 86 ust. 3 pzp. Zamawiający podkreślił, że rozwiązanie przewidziane w tym przepisie zostało wprowadzone, aby zapobiec arbitralnemu unieważnianiu postępowania przez zamawiającego i skorelowane jest z art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp, przewidującemu obowiązek unieważnienia postępowania, gdy cena oferty przekracza kwotę jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. Ma zatem na celu ograniczenie zjawiska manipulowania kwotą w celu unieważnienia postępowania.

Według Zamawiającego sposób podania przez niego informacji zapewniał realizację celu tego przepisu, gdyż dawał potencjalnym wykonawcom jasną informację w jakich okolicznościach postępowanie może być przez Zamawiającego unieważnione i ograniczał ryzyko manipulowania kwotą w celu unieważnienia postępowania.

Zamawiający powołał się na to, że w protokole postępowania wskazał kwotę netto jaką przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, gdyż taką kwotę podał przed otwarciem ofert. Protokół odzwierciedla zatem rzeczywisty przebieg postępowania. Co oznacza, że dopełnił wymogu wskazanego w § 2 ust. 1 pkt 13 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego {zwanego również dalej „rozporządzeniem w sprawie protokołu”}.

{4. wg systematyki zastrzeżeń}

Zamawiający uznał za zasadny zarzut naruszenia art. 96 ust. 1 pkt 4 pzp, który nakazuje podanie w protokole z postępowania ceny oraz innych istotnych elementów oferty.

Zamawiający wyjaśnił, że omyłkowo wpisał do protokołu cenę oferty złożonej przez Centrum Tłumaczeń PRAGMATIC w wysokości sprzed jej poprawienia na podstawie art. 87 ust.2 pzp.

Zamawiający oświadczył jednocześnie, że po kontroli dokonał w tym zakresie sprostowania protokołu postępowania {kopia sprostowanego protokołu stanowi załącznik nr 2 do zastrzeżeń}.

Natomiast Zamawiający nie uznał również za zasadny zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy pzp, który stanowi o tym, że postępowanie o dzielenie zamówienia jest jawne.

Zdaniem Zamawiającego w żaden sposób nie uchybił tej zasadzie, gdyż wszelka dokumentacja z postępowania, w tym protokół, była jawna i jest dostępna każdemu zainteresowanemu w jego siedzibie. Ponadto w dokumentacji postępowania zawarte są także informacje o kwocie jaką Zamawiający podał przed otwarciem ofert oraz o cenie oferty wykonawcy Centrum Tłumaczeń Doradztwa i Edukacji PRAGMATIC i dokonaniu jej poprawienia. Każdy zainteresowany ma dostęp do tych informacji.

Na marginesie Zamawiający zauważył, że art. 8 ust. 1 pzp ustawy pzp dotyczy jawności postępowania o udzielenie zamówienia, zaś materię jawności protokołu z postępowania reguluje art. 96 ust. 3 pzp, którego Zamawiający w świetle wyników kontroli nie naruszył.

Zamawiający nie uznał również za zasadny zarzutu naruszenia § 3 rozporządzenia w sprawie protokołu, który wskazuje jedynie, że wzory protokołu stanowią załączniki do

rozporządzenia. Zdaniem Zamawiającego przepis ten nie niesie za sobą żadnej dyspozycji zachowania dla zamawiającego (nakazu czy zakazu), stąd też trudno uznać za trafny zarzut naruszenia normy zawartej w powyższym paragrafie.

Ponadto według Zamawiającego wzory określone przedmiotowym rozporządzeniem nie mają charakteru bezwzględnie obowiązującego, na co wskazuje choćby uzasadnienie do rozporządzenia, w którym czytamy: *W projekcie rozporządzenia proponuje się określić wzory protokołów, które nie są niezmiennymi oraz obowiązującymi wyłącznie w całości formularzami podlegającymi kompletnemu wypełnieniu przez osobę go sporządzającą. Zamawiającemu przysługuje prawo do modyfikacji wzoru (dostosowania) w zakresie niezbędnym do odzwierciedlenia w nim rzeczywistego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (por. art. 96 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych). Wzór stanowi więc propozycję formy protokołu skierowaną przede wszystkim do tych zamawiających, którzy chcą skorzystać z gotowego wzoru albo wypełniających protokół w formie papierowej.* Zakres informacji, które powinien zawierać protokół określa art. 96 ust. 1 pzp raz § 2 rozporządzenia w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie zaś określony załącznikiem do przedmiotowego rozporządzenia wzór protokołu.

Pismem z 27 listopada 2014 r. Zamawiający przesłał do Prezesa UZP uzupełnienie zastrzeżeń, w którym opisał, że w wyroku wydanym 17 listopada 2014 r. (sygn. akt KIO 2254/14), gdzie zamawiającym był Sąd Rejonowy dla Warszawy-Woli w Warszawie, Izba uznała praktyki stosowane przez wykonawców działających w obszarze usług agencji zatrudnienia, m.in. OUTWORKING sp. z o.o. sp. k., polegające na tworzeniu spółek na potrzeby jedynie danego postępowania w przedmiocie zamówienia publicznego, aby uzyskać przewagę konkurencyjną opartą wyłącznie na wykorzystaniu zwolnienia podmiotowego na podstawie art. 113 ustawy o VAT, za naruszające zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

### **III.**

**Prezes UZP pismem z 28 listopada 2014 r. {znak UZP/DKD/DWKZ/421/61(8)/14/LG} nie uwzględnił zastrzeżeń Zamawiającego, do których odniósł się w następujący sposób:**

Ad 1. {1. wg systematyki odpowiedzi na zastrzeżenia}

Naruszenie art. 91 ust. 2 w zw. z art. 2 pkt 1 i 5 pzp – polegające na określeniu jako kryterium oceny ofert ceny netto.

W pierwszej kolejności Prezes UZP wskazał, że przepisy dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. zostały transponowane na grunt prawa polskiego ustawą z dnia 7 kwietnia 2006 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. 2006 nr 79 poz. 551).

Powyższa dyrektywa, jak dostrzegł to Zamawiający, nie definiuje pojęcia ceny, pozostawiając jego określenie państwowemu członkowskim. Polski ustawodawca zdecydował się na przyjęcie pojęcia ceny przez odesłanie zawarte w art. 2 pkt 1 ustawy pzp (w brzmieniu obowiązującym w dacie przeprowadzenia przedmiotowego postępowania) do definicji ceny zawartej w ustawie z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach, która w art. 3 ust. 1 pkt 1 odwołuje się do ceny uwzględniającej podatek od towarów i usług, tj. ceny brutto.

Wobec tego Zamawiający nie może odstępować od ustawowej definicji ceny i odwoływać się w ramach kryterium oceny ofert do pojęcia ceny określonego inaczej niż cena brutto.

W odniesieniu do dokonanej przez Zamawiającego, z powołaniem się na dyrektywę 2004/18/WE, interpretacji pojęcia oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, Prezes UZP zauważył, że zgodnie z motywem 46 preambuły ww. dyrektywy, w przypadku gdy instytucje zamawiające udzielają zamówienia na podstawie kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, dokonują one oceny ofert w celu wyłonienia oferty prezentującej najlepszą relację jakości do ceny. W tym celu określają one kryteria ekonomiczne i jakościowe, które potraktowane łącznie muszą umożliwić wyłonienie najkorzystniejszej ekonomicznie oferty dla instytucji zamawiającej.

Mając na uwadze powyższe nie sposób przyjąć, aby oferta która nie jest ofertą najkorzystniejszą brutto, przy jednoczesnym braku innych kryteriów oceny ofert, mogła zostać uznana za najkorzystniejszą ekonomicznie dla Zamawiającego.

Ponadto Prezes UZP wskazał, że zgodnie z art. 91 ust. 2 pzp (w brzmieniu obowiązującym w dacie przeprowadzenia przedmiotowego postępowania) kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia.

Wobec tego ustawa pzp, analogicznie do postanowień dyrektywy 2004/18/WE, nie narzucała Zamawiającemu zastosowania najniższej ceny jako jedynego kryterium oceny ofert ani nie ograniczała możliwości określenia dodatkowo innych, pozacenowych kryteriów.

W odniesieniu do powyższej kwestii Prezes UZP zwrócił także uwagę na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, wyrażone m. in. w wyroku z dnia 6 lutego 2014 r. (sygn. akt KIO 120/14): *Izba zwraca także uwagę na treść art. 2 pkt 5 i art. 91 ust. 2 ustawy, które wskazują na dwa rodzaje kryteriów oceny ofert tj. cenę albo cenę i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia publicznego. Wyjątkowo jedynie art. 5 ust. 1 ustawy zezwala na kształtowanie kryteriów oceny ofert odnoszących się do właściwości wykonawcy. Zatem jeśli zamawiający decyduje się na jedno kryterium oceny ofert, to ma być nim cena brutto oferty (art. 2 pkt 1 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy), zaś jeśli decyduje się na kryteria najkorzystniejsze ekonomicznie, to jednym z kryteriów ma być cena brutto, a pozostałymi – inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia (...) Ustawodawca w art. 91 ust. 2 ustawy określił katalog otwarty kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia wskazując przykładowo jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia. Stworzenie jednak katalogu otwartego w ocenie Izby nie może służyć obejściu art. 2 pkt 1 ustawy.*

Jednocześnie Prezes UZP zauważył, że w kontrolowanym postępowaniu Zamawiający do oceny ofert nie zastosował kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, a kryterium najniższej ceny, wskazując, że przy ocenie będzie brana pod uwagę cena netto, co potwierdził w piśmie z dnia 7 lutego 2014 r.

W odniesieniu do kwestii korzystania przez wykonawców ze zwolnienia podmiotowego z podatku VAT, Prezes UZP stwierdził, że Zamawiający nie może uzasadniać nieznajdującego oparcia w ustawie kryterium oceny ofert chęcią przeciwdziałania nieuczciwym praktykom rynkowym. Ustawa pzp przewiduje bowiem inne służące temu instrumenty, którymi dysponuje zamawiający, w szczególności art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp nakazujący zamawiającemu odrzucić ofertę, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Natomiast korzystanie przez wykonawców ze zwolnienia podmiotowego przewidzianego w art. 113 ustawy o podatku od towarów i usług, nie może stanowić uzasadnienia ustanowienia ceny netto kryterium oceny ofert.

Jednocześnie Prezes UZP zauważył, że jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu została wybrana oferta wykonawcy Konsorcjum SERWIS KADR T.M., Grupa Zadaniowa Outsourcing sp. z o.o. oraz Grupa Zadaniowa Work sp. z o.o., korzystającego z częściowego zwolnienia podmiotowego z podatku VAT na podstawie tego przepisu.

Odnosząc się z kolei do wpływu stwierdzonego naruszenia na wynik przedmiotowego postępowania, Prezes UZP wskazał, że ocena ofert w przedmiotowym postępowaniu została

dokonana przy zastosowaniu błędnego kryterium, tj. ceny netto. Natomiast przy dokonaniu oceny ofert w oparciu o cenę brutto, tj. zgodnie z przepisami ustawy pzp, oferta wykonawcy SERWIS KADR T.M. nie mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą, gdyż nie zawierała najniższej ceny brutto. Z tego względu nieprawidłowe opisanie sposobu oceny ofert w ramach kryterium „cena” miało wpływ na wynik przedmiotowego postępowania.

Ad 2. {2 wg systematyki odpowiedzi na zastrzeżenia}

Naruszenie art. 26 ust. 3 pzp – polegające na zaniechaniu wezwania dwóch wykonawców do uzupełnienia brakujących dokumentów dotyczących przynależności do grupy kapitałowej.

Prezes UZP odnotował, że w tym zakresie Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń.

Ad 3. {3 wg systematyki odpowiedzi na zastrzeżenia}

Naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 25 ust. 1 pzp – polegające na zamieszczeniu w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ odmiennych informacji.

Ustosunkowując się do zastrzeżeń Zamawiającego, Prezes UZP wskazał, że ogłoszenie o zamówieniu stanowi pierwszy element informacyjny dla wykonawcy o prowadzonym postępowaniu i informacje w nim zawarte mają mu umożliwić podjęcie decyzji o ubieganiu się o zamówienie publiczne. Informacje zawarte w ogłoszeniu i SIWZ mają bezpośredni wpływ na zachowanie wykonawców w zakresie podjęcia przez nich decyzji o udziale w postępowaniu. Dlatego też niezwykle istotne jest, aby informacje zawarte w ww. dokumentach były spójne, co jednak nie miało miejsca w przedmiotowym postępowaniu.

Odnośnie braku zamieszczenia w SIWZ wymogu załączenia wykazu osób, Prezes UZP stwierdził, że ponieważ zgodnie z art. 25 ust. 1 pzp zamawiający żądając od wykonawców oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, wskazuje je w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ, zaniechanie zamieszczenia w ogłoszeniu i SIWZ chociażby jednego z żądanych przez Zamawiającego dokumentów stanowi zatem naruszenia tego przepisu.

Prezes UZP wskazał, że mając na uwadze wartość przedmiotowego zamówienia, nieprzekraczającą kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp, Zamawiający nie był zobowiązany do żądania od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Jeżeli jednak Zamawiający zdecydował się skorzystać z uprawnienia przewidzianego w art. 26 ust. 2 pzp, obowiązany był do zamieszczenia powyższej informacji w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ.

Jednocześnie informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu, niezależnie od miejsca jego publikacji, muszą być spójne. Ogłoszenie zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych, na stronie internetowej zamawiającego oraz w jego siedzibie pozostaje bowiem nadal jednym ogłoszeniem.

4. {4. wg systematyki odpowiedzi na zastrzeżenia}

Naruszenie art. 8, art. 96 pzp w zw. z § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – polegające na nierzetelnym prowadzeniu protokołu prowadzonego postępowania, a także naruszenie art. 86 ust. 3 pzp – przez zaniechanie podania kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia.

W pierwszej kolejności Prezes UZP zaznaczył, że naruszenie przepisów wskazanych w pkt 4 informacji o wyniku kontroli doraźnej winno być postrzegane łącznie. Za błędną należy uznać dokonaną przez Zamawiającego interpretację, że każdy z powyższych przepisów został naruszony niezależnie od pozostałych.

W odniesieniu do kwestii kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia Prezes UZP wskazał, że wyrażana jest ona zawsze w wartości brutto. Jak zostało wskazane w informacji o wyniku kontroli, sposoby ustalania wartości szacunkowej zamówienia oraz kwoty, którą zamawiający przeznacza na sfinansowanie zamówienia, zostały określone odpowiednio w art. 32 ust. 1 oraz w art. 86 ust. 3 ustawy pzp.

Odnosząc się z kolei do kwestii jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Prezes UZP wskazał, że wyrażona w art. 8 ust. 1 ustawy pzp zasada jawności gwarantuje jawność, jak również przejrzystość prowadzonego postępowania. Przestrzeganie powyższej zasady przejawia się nie tylko w udostępnianiu dokumentacji postępowania, ale także w odzwierciedleniu w niej rzeczywistego przebiegu postępowania, co w przedmiotowej sprawie jednak nie miało miejsca.

W odniesieniu do powyższego Prezes UZP dodał, że nieprawidłowe wypełnienie protokołu postępowania, niezależnie od charakteru zawartych w nim błędów, spowodowało, że protokół nie odzwierciedlał rzeczywistego przebiegu postępowania, co stanowi naruszenie art. 96 ust. 1 pzp w związku z § 3 rozporządzenia w sprawie protokołu postępowania.

Jednocześnie, w odniesieniu do pisma z dnia 27 listopada 2014 r., zawierającego uzupełnienie zastrzeżeń zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej, Prezes UZP wskazał,

że orzeczenie j Izby z 17 listopada 2014 r. (sygn. akt: KIO 2254/14), na które powołuje się Zamawiający, odnosi się do działań wykonawcy, natomiast nie świadczy o tym, że opisanie sposobu oceny ofert w ramach kryterium „cena” – polegające na zastosowaniu kryterium ceny netto – było prawidłowe.

Na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Prezes UZP przekazał 28 listopada 2014 r. {pismem z tej daty, znak UZP/DKD/DWKZ/421/61(9)/14/LG} zastrzeżenia do wyniku kontroli doraźnej do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

#### **IV.**

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując zastrzeżenia zgłoszone przez Zamawiającego do wyniku kontroli doraźnej przeprowadzonej przez Prezesa UZP, ustaliła i zważyła, co następuje:**

Na podstawie przekazanych akt kontroli, Izba ustaliła, że przywołane powyżej za informacją o wyniku kontroli doraźnej okoliczności faktyczne sprawy odpowiadają rzeczywistości stanowi rzeczy wynikającemu z tej dokumentacji.

Izba oceniając zasadność zgłoszonych przez Zamawiającego zastrzeżeń, uznała za prawidłową argumentację Prezesa UZP przedstawioną w toku kontroli, z wyjątkami opisanym poniżej, co przede wszystkim odnosi się do naruszenia opisanego w pkt III informacji.

W ocenie Izby Zamawiający w zgłoszonych zastrzeżeniach do wyniku kontroli nie przedstawił okoliczności ani argumentów podważających adekwatność stwierdzonych przez Prezesa UZP czterech naruszeń przepisów ustawy pzp. Nawet w przypadku pkt III informacji jedynie część zastrzeżeń zasługuje na uwzględnienie, co nie jest jednak wystarczające, aby stwierdzić, że nie doszło w ogóle naruszenia przepisów ustawy pzp.

Ad 1.

Naruszenie art. 91 ust. 2 w zw. z art. 2 pkt 1 i 5 pzp – polegające na określeniu jako kryterium oceny ofert ceny netto.

Zdaniem Izby Zamawiający w zasadzie nie kwestionuje, że wprowadzone przez niego jedyne kryterium oceny ofert – najniższa cena ofertowa netto – jest niezgodne z art. 91 ust. 2 w zw. z art. 2 pkt 1 i 5 ustawy pzp, na co wskazał Prezes UZP w wyniku przeprowadzonej



kontroli. Zamawiający nie podważa, że według tych przepisów kryterium ceny oznacza konieczność brania pod uwagę przy wyborze najkorzystniejszej oferty, która zawiera najniższą cenę brutto.

Natomiast zastrzeżenia Zamawiającego zmierzają – w pierwszej kolejności – do wykazania, że nie ma znaczenia naruszenie powyższych przepisów ustawy pzp, gdyż stanowią one wynik niewłaściwej implementacji odpowiednich przepisów dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi {zwanej w skrócie „dyrektywą 2004/18/WE” lub „dyrektywą klasyczną”}, z których ma jakoby wynikać, że kryterium ceny może również oznaczać najniższą cenę netto.

Izba zważyła, że skoro zamówienia publiczne, zarówno w świetle dyrektyw, jak i ustawy pzp, oznaczają umowy o charakterze odpłatnym zawierane pomiędzy wykonawcą a zamawiającym, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, koniecznym elementem składanych przez wykonawców ofert jest cena, za którą wykonawca podejmie się realizacji zamówienia, a tym samym cena, którą zobowiązany będzie zapłacić za to zamawiający. Oczywiście jest zatem, że jeżeli cena ta uwarunkowana jest nie tylko wysokością wynagrodzenia oczekiwanego przez wykonawcę, ale również obowiązującymi w danym państwie członkowskim podatkami pośrednimi, znaczenie ma cena końcowa, którą będzie musiał zapłacić zamawiający, czyli cena brutto.

Zamawiający dowolnie i bezpodstawnie poczytuje wskazanie w dyrektywie jako jedyne kryterium najniższej ceny – za dopuszczeniem możliwości, aby za najkorzystniejszą mogła być uznana oferta z ceną, która niekoniecznie będzie najniższa dla zamawiającego. Należy dodać, że wbrew temu, co zdaje się sugerować Zamawiający, konieczność uwzględnienia przy porównywaniu złożonych ofert – w ramach jedyne kryterium najniższej ceny – całkowitej kwoty wydatkowanych przez instytucję zamawiającą środków, łącznie z wartością podatków i innych obligatoryjnych opłat, nie budziła dotychczas żadnych wątpliwości w piśmiennictwie poświęconym uregulowaniom dyrektywy klasycznej {A. Sołtysińska (w:) *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. II 2012, pierwszy akapit tezy 7 do art. 54 dyrektywy 2004/18/WE}.

W drugiej kolejności w zastrzeżeniach pojawia się alternatywna argumentacja, że wprowadzone przez Zamawiającego jedyne kryterium najniższej ceny ofertowej netto należy uznać za dopuszczalną w świetle dyrektywy klasycznej realizację kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. W ocenie Zamawiającego również w tym obszarze ustawa pzp niewłaściwie implementuje przepisy dyrektywy. Zamawiający zatem nie kwestionuje,

że zgodnie art. 2 pkt 5 pzp najkorzystniejszą ofertą jest taka, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia, a art. 91 ust. 2 pzp obligatoryjnie wymaga w takim przypadku wprowadzenia jako jednego z kryteriów ceny. Natomiast według Zamawiającego dyrektywa 2004/18/WE pozwala, dla wyłonienia oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, na wprowadzenie jednego kryterium, którym nie musi to być kryterium najniższej ceny. Z kolei ponieważ podany w dyrektywie klasycznej katalog kryteriów służących wyłonieniu oferty najkorzystniejszej ekonomicznie ma charakter otwarty {która to okoliczność jest poza wszelkim sporem}, zdaniem Zamawiającego do osiągnięcia tego celu służyć może również kryterium najniższej ceny ofertowej netto.

W ocenie Izby ponownie Zamawiający dokonał dowolnej interpretacji cytowanych adekwatnie przepisów dyrektywy 2004/18/WE. W pierwszej kolejności nie sposób nie zauważyć, że Zamawiający nawet nie próbuje wyjaśnić, w jaki sposób kryterium najniższej ceny ofertowej netto, a zatem takiej, która po doliczeniu obligatoryjnych obciążeń niekoniecznie będzie najniższa dla adresata oferty, miałoby jednocześnie oznaczać wybór oferty najkorzystniejszej ekonomicznie dla instytucji zamawiającej. W przeciwieństwie do takich kryteriów dotyczących przedmiotu zamówienia jak: jakość, wartość techniczna, właściwości estetyczne i funkcjonalne, aspekty środowiskowe, koszty użytkowania, rentowność, serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, termin dostarczenia lub realizacji – kryterium ceny ofertowej netto nie niesie za sobą żadnych korzyści ekonomicznych {a niewątpliwie cena stanowi kategorię ekonomiczną} dla instytucji zamawiającej, które uzasadniałyby poniesienie wyższej ceny w zamian za ich osiągnięcie, gdyż jest po prostu niewłaściwie zastosowanym kryterium cenowym. Ze stanowiska Zamawiającego nie wynika zresztą, że liczył na osiągnięcie jakichkolwiek korzyści ekonomicznych dzięki wprowadzeniu kryterium najniższej ceny ofertowej netto, a jedynie na eliminację nieuczciwych praktyk powoływania się na zwolnienie z VAT.

W drugiej kolejności stwierdzić należy, że oczywiście błędna jest interpretacja Zamawiającego jakoby według dyrektywy 2004/18/WE wybór oferty najkorzystniejszej może oznaczać wybór według jednego kryterium, które nie musi mieć charakteru cenowego. Zamawiający przemilczał drugi akapit motywu 46 preambuły tej dyrektywy, który brzmi następująco: *W przypadku gdy instytucje zamawiające udzielają zamówienia na podstawie kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, dokonują one oceny ofert w celu wyłonienia oferty prezentującej najlepszą relację jakości do ceny. W tym celu określają one kryteria ekonomiczne i jakościowe, które potraktowane łącznie muszą umożliwić wyłonienie najkorzystniejszej ekonomicznie oferty dla instytucji zamawiającej. Określenie tych kryteriów uzależnione jest od przedmiotu zamówienia, gdyż muszą one umożliwić ocenę poziomu*

*wykonania przedstawionego w każdej ofercie w świetle przedmiotu zamówienia, zdefiniowanego w specyfikacjach technicznych, oraz na ocenę relacji jakości do ceny każdej z ofert.*

Również w doktrynie nie budziło dotychczas wątpliwości, że w świetle uregulowań dyrektywy klasycznej odnośnie kryteriów oceny ofert, wybór oferty najkorzystniejszej ekonomicznie dla instytucji zamawiającej jest adekwatny w odniesieniu do zamówień bardziej złożonych, w szczególności robót budowlanych, gdzie większe znacznie – ale obok ceny – mają również i inne kryteria umożliwiającą wszechstronną ocenę oferty. Jak orzekł Trybunał Sprawiedliwości w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich v. Włochy (C-274/83, orzeczenie z 28 marca 1985 r., Report od Cases 1985, s. 1077), niedopuszczalna jest procedura, zgodnie z którą za ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie uznaje się ofertę z ceną najbardziej zbliżoną do średniej ceny wszystkich ofert złożonych w przetargu. Przy wyborze oferty ekonomicznie najkorzystniejszej nie zawsze bowiem najważniejszym kryterium musi być cena {A. Sołtysińska (w:) *Europejskie prawo zamówień...*, drugi akapit tezy 7 do art. 54 dyrektywy 2004/18/WE}.

W ocenie Izby przywołane powyżej orzeczenie wskazuje również jednoznacznie, że wbrew temu, co usiłował bezskutecznie wykazać Zamawiający, kryterium najniższej ceny ofertowej netto nie sposób uznać za prowadzące do wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, już choćby z tego powodu, że nie prowadzi ono do udzielenia zamówienia, które najlepiej zaspokaja jego wymagania, gdyż takowe się za nim nie kryją, a jest to jedynie ułomna wersja wyłącznego kryterium najniższej ceny.

Nic korzystnego dla Zamawiającego nie płynie powołanie się na zawartą w nowej dyrektywie 2014/24/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE {dalej zwaną „dyrektywą 2014/24/UE” lub „nową dyrektywą klasyczną”} regulację, zgodnie z którą ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie dla instytucji zamawiającego określa się na podstawie ceny lub kosztu, ale z obligatoryjnym wykorzystaniem podejścia opartego na efektywności kosztowej, takiego jak rachunek kosztów cyklu życia produktu, usługi lub roboty budowlanej.

Jak wyjaśniono bowiem w motywie 89 preambuły nowej dyrektywy klasycznej: *Pojęcie „kryteriów udzielenia zamówienia” jest kluczowe dla niniejszej dyrektywy. W związku z tym ważne jest, by odnośne przepisy zostały przedstawione w sposób jak najprostszy i przystępny. Można to osiągnąć poprzez zastosowanie jako nadrzędnej koncepcji terminu „oferty najkorzystniejszej ekonomicznie”, gdyż wszystkie zwycięskie oferty powinny być ostatecznie wybierane zgodnie z tym, co poszczególne instytucje zamawiające uznają za rozwiązanie najkorzystniejsze ekonomicznie spośród zaoferowanych. Aby uniknąć pomieszania pojęć z kryterium udzielenia zamówienia aktualnie znanym jako „oferta*

*najkorzystniejsza ekonomicznie” w dyrektywach 2004/17/WE i 2004/18/WE, należy zastosować inną terminologię, aby ująć koncepcje „najlepszej relacji jakości do ceny”. W związku z tym należy ten termin interpretować zgodnie z orzecnictwem dotyczącym wspomnianych dyrektyw, z wyjątkiem sytuacji, gdy w niniejszej dyrektywie zawarto jednoznacznie odmienne rozwiązanie.*

Natomiast pierwszy akapit motywu 90 preambuły tej dyrektywy wyjaśnia, co następuje {podkreślenia własne}: *Zamówienia powinny być udzielane na podstawie obiektywnych kryteriów zapewniających przestrzeganie zasad przejrzystości, niedyskryminacji i równego traktowania, z myślą o zagwarantowaniu obiektywnego porównania relatywnej wartości ofert, tak aby ustalić – w warunkach efektywnej konkurencji – która z ofert jest najkorzystniejsza ekonomicznie. Należy wyraźnie określić, iż ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie powinno się oceniać na podstawie najlepszej relacji jakości do ceny, co zawsze powinno obejmować element cenowy lub kosztowy. Należy również sprecyzować, że taką ocenę oferty najkorzystniejszej ekonomicznie można też przeprowadzić na podstawie ceny i efektywności kosztowej lub wyłącznie na podstawie efektywności kosztowej. Ponadto należy przypomnieć, że instytucje zamawiające mają swobodę ustalania odpowiednich standardów jakości przy użyciu specyfikacji technicznych lub warunków realizacji zamówienia.*

Dopiero zatem nowa dyrektywa klasyczna, ale jako wyjątek od podtrzymanej dotychczasowej reguły, że liczy się najlepszy stosunek jakości do ceny, dozwala uznać za ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie na podstawie kryterium efektywności kosztowej.

Z powyższych rozważań wynika, że wyłącznie domeną Zamawiającego jest dopatrywanie się w aktualnie obowiązujących uregulowaniach ustawy pzp odnośnie kryteriów oceny ofert niezgodności z przepisami dyrektywy klasycznej, a przywołane okoliczności jedynie w subiektywnej ocenie Zamawiającego wskazują na niewłaściwą ich implementację. Zamawiający bezskutecznie powołuje się na ze wszech miar słuszne generalne tezy orzecnictwa Trybunału Sprawiedliwości, gdyż nie wynika z nich, że kryterium wprowadzone w tym postępowaniu mieści się w ramach swobody instytucji zamawiającej w określaniu kryteriów oceny ofert adekwatnych do przedmiotu zamówienia. już choćby z tego powodu, że jest to kryterium wyłącznie cenowe, tyle że wadliwie opisane.

Przede wszystkim należy stwierdzić, że Zamawiający jak najbardziej zna dostępny każdemu podmiotowi odpowiedzialnemu za zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania w prowadzonym postępowaniu, służący temu środek – w postaci prawa i obowiązku odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp ), co – jak sam wskazał dobitnie w tzw. uzupełnieniu zastrzeżeń – obejmuje

również wypaczając konkurencję praktykę niektórych wykonawców, szczegółowo opisaną w zastrzeżeniach.

Ad 2.

Naruszenie art. 26 ust. 3 pzp – polegające na zaniechaniu wezwania dwóch wykonawców do uzupełnienia brakujących dokumentów dotyczących przynależności do grupy kapitałowej.

W ocenie Izby stanowisko Zamawiającego należy poczytać za uznanie wyników kontroli w tym zakresie.

Wobec tego poza kognicją Izby pozostaje podjęcie przez Zamawiającego, już po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia, zaniechanej w jego toku czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów dotyczących ustalenia stanu przynależności dwóch wykonawców do grupy kapitałowej.

Ad 3.

Naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 25 ust. 1 pzp – polegające na zamieszczeniu w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ odmiennych informacji.

Okolicznością bezsporną jest, że Zamawiający zamieścił rozbieżne informacje odnośnie dokumentów żądanych od wykonawców, gdyż wyłącznie w ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych zażądał wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, natomiast w ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczonym na swojej stronie internetowej oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zażądał również aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego.

Izba podziela zastrzeżenia Zamawiającego co do tego, że skoro w art. 25 ust. 1 pzp zapisano, że zamawiający ma wskazać żądane dokumenty w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert, z przepisu tego nie wynika obowiązek zamieszczenia takich informacji zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i specyfikacji, czy też zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i zaproszeniu do składania ofert, lecz w jednym z tych dokumentów postępowania, adekwatnie do trybu w jakim jest prowadzone. Natomiast szczegółowe przepisy dotyczące danego trybu wskazują precyzyjnie, w którym dokumencie postępowania obowiązkowo mają znaleźć się informacje odnośnie dokumentów żądanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W szczególności w odniesieniu do trybu przetargu nieograniczonego art. 41 pkt 7 pzp nakazuje zawarcie w ogłoszeniu o zamówieniu warunków

udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Natomiast zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 pzp specyfikacja ma obok tych informacji zawierać ponadto wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Natomiast dla porównania w przetargu nieograniczonym, na mocy art. 48 ust. 2 pkt 6 i 7 pzp, obie te grupy informacji muszą się znaleźć już w ogłoszeniu o zamówieniu, natomiast nie są one już zamieszczane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie można zatem zgodzić się z poglądem Prezesa UZP jakoby z art. 25 ust. 1 pzp miałyby wynikać, że jeżeli zamawiający żąda od wykonawców dostarczenia określonych dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, wg przywołanych powyżej przepisów ustawy informacja o tym ma być zawarta zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i w treści s.i.w.z.

Uwzględnienie zastrzeżeń w powyższym zakresie nie zmienia jednak adekwatności ustaleń kontroli co do naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 w zw. z art. 25 ust. 1 pzp w pozostałym zakresie opisanym w wynikach kontroli.

Skoro Zamawiający zdecydował się jednak na zamieszczenie również w ogłoszeniu o zamówieniu informacji o dokumentach żądanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, co nie jest oczywiście zabronione (art. 41 pzp określa minimalną, czyli obligatoryjną zawartość ogłoszenia o zamówieniu), a stanowi wręcz dobrą praktykę w przypadku przetargu nieograniczonego, powinien być konsekwentny, aby zapewnić przestrzeganie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wobec tego, po pierwsze – niedopuszczalne jest zamieszczanie rozbieżnych informacji w różnych publikatorach jednego i tego samego ogłoszenia o zamówieniu. Po drugie – niedopuszczalne jest odstępowanie w specyfikacji od żądania dokumentów wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu w inny sposób niż przez odpowiednią zmianę ogłoszenia o zamówieniu, jeżeli Zamawiający rzeczywiście nie zamierzał wymagać od wykonawców złożenia danych dokumentów. Po trzecie – wbrew pogładowi wyrażonemu w zastrzeżeniach ogłoszenie (*de facto* ogłoszenia) i s.i.w.z. zawierały w opisanym powyżej zakresie sprzeczne informacje co do żądanych dokumentów, gdyż z przywołanych powyżej przepisów wynika, że jeżeli dany dokument nie jest wskazywany, należy uznać, że nie jest w ogóle żądany w danym postępowaniu.

Sprzeczności te nie musiały być przedmiotem analizy potencjalnych wykonawców, którzy mogli działać w zaufaniu do publikowanych przez Zamawiającego informacji w poszczególnych dokumentach postępowania. W konsekwencji mogło to prowadzić do niepożądanego sytuacji, że wykonawcy potencjalnie zainteresowani udziałem w postępowaniu podjęli odmienne decyzje co do dalszego w nim udziału, w zależności

od wersji ogłoszenia, z którą się zapoznali, lub tego, czy zapoznali się również z s.i.w.z. W ocenie Izby prowadzenie postępowania w ten sposób nie można uznać za zapewniające zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Niezależnie od powyższego stanowi naruszenie art. 25 ust. 1 pzp żądanie przez Zamawiającego w jednej z wersji ogłoszenia, jak się okazało, zbędnego dokumentu w postaci wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z dalszymi informacjami, gdyż z przepisu tego wprost wynika, że wolno zażądać jedynie dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia.

Ad 4.

Naruszenie art. 8, art. 96 pzp w zw. z § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – polegające na nierzetelnym prowadzeniu protokołu prowadzonego postępowania, a także naruszenie art. 86 ust. 3 pzp – przez zaniechanie podania kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia.

W ocenie Izby stanowisko Zamawiającego odnośnie nieodzwierciedlenia w protokole postępowania przebiegu postępowania co do poprawienia ceny jednej z ofert należy poczytać za uznanie wyników kontroli w tym zakresie. Wobec tego poza kognicją Izby pozostaje poprawienie protokołu dokonane na skutek prawidłowych ustaleń kontroli.

Izba nie uznaje za zasadne zastrzeżeń Zamawiającego co do stwierdzonego przez kontrolę naruszenia art. 86 ust. 3 pzp. Należy w pełni podzielić stanowisko Prezesa UZP, że prawidłowa wykładania tej normy, w tym zawartego niej terminu *kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia*, w szczególności uwzględniająca zarówno dosłowne jego rozumienie, jak i porównanie z normą art. 32 ust. 1 pzp, gdzie mowa jest o wartości zamówienia jako o kwocie całkowitego szacowanego wynagrodzenia wykonawcy, bez podatku od towarów i usług – prowadzi do wniosku, że obowiązkiem każdego zamawiającego jest podanie bezpośrednio przed otwarciem ofert całkowitej kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, a zatem z uwzględnieniem kwoty VAT.

Niespójne jest przy tym stanowisko Zamawiającego, który z jednej strony potwierdza, że podał jedynie *de facto* przy otwarciu ofert wartość szacunkową zamówienia, a z drugiej twierdzi, że oznacza to podanie kwoty brutto, gdyż wiadomo jest, że podstawowa stawka VAT wynosi 23%. Wbrew temu, co sugeruje Zamawiający, niezależnie od poziomu świadomości wykonawców jako przedsiębiorców, jego obowiązkiem – na mocy art. 86 ust. 3

pzp – było podanie rzeczywistej kwoty, którą zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia, czyli tzw. ubruttowanej wartości zamówienia Z kolei odwoływanie się przez Zamawiającego do celu regulacji art. 86 ust. 3 pzp, aczkolwiek prawidłowo odzwierciedlonego, nie uchyła naruszenia tego przepisu, tylko z tego powodu, że było wynikiem nieprawidłowego ustalania ceny oferty netto jako jedyne kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej. Innymi słowy, okoliczność, że jedno naruszenie jest konsekwencją drugiego, a Zamawiający postępował spójnie, nie uchyła żadnego z tych naruszeń.

Izba zważyła, że na mocy delegacji zawartej w art. 96 ust. 5 pkt 1 pzp, obejmującej m.in. upoważnienie do określenia zakresu dodatkowych (w stosunku do wyliczenia zawartego w art. 96 ust. 1 pzp) informacji w protokole, wydane zostało rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. nr 223, poz. 1458), które w § 2 pkt 13 elementem obligatoryjnym protokołu uczyniło kwotę, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W informacji o wyniku kontroli przytoczono na wstępie powyższy przepis rozporządzenia, jednak w podsumowaniu wskazano jedynie na naruszenie § 3 wspomnianego rozporządzenia, który odsyła jedynie do załączników zawierających wzory protokołu dla poszczególnych trybów. Nie ma jednak wątpliwości, że podsumowanie wyniku kontroli w tym zakresie, wskazujące na nieprzewodzenie protokołu postępowania w sposób rzetelny, co uchybia art. 8 ust. 1, art. 96 ust. 1 w zw. z § 3 przywołanego rozporządzenia, dotyczy wszystkich uprzednio opisanych jego przejawów, a zatem również uchybienia polegającego na niepodaniu kwoty, o której mowa w art. 86 ust. 3 pzp. Do nieujawnienia tej kwoty sprowadzać się zatem będzie również naruszenie art. 8 ust. 1 pzp. W ocenie Izby szczegółowe regulacje dotyczące informacji, które zamawiający ma obowiązek podać wykonawcom lub odzwierciedlić w protokole, stanowią również konkretyzację podstawowej zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia.

Natomiast Izba podziela stanowisko, że Prezes UZP nie może Zamawiającemu przypisać naruszenia wyrażonej w tym przepisie zasady jawności w aspekcie nieodzwierciedlenia w protokole rzeczywistego przebiegu postępowania co do kwoty, jaka została podana przez Zamawiającego bezpośrednio przed otwarciem ofert, gdyż przeczy to oczywistym faktom, a ponadto informacja o wyniku kontroli nie wskazywała na takie naruszenie, a zostało ono sprecyzowane dopiero w odpowiedzi na zastrzeżenia.

Krajowa Izba Odwoławcza – działając na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.



**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....