

Sygn. akt: KIO/KU 21/23

UCHWAŁA

KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

z dnia 28 grudnia 2023 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 30 listopada 2023 r. zgłoszonych Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych przez zamawiającego, którym jest Bank Gospodarstwa Krajowego z siedzibą w Warszawie,

dotyczących informacji o wyniku kontroli uprzedniej DKZP.WKZ4.440.63.2023.KC z dnia 23 listopada 2023 r. dotyczącej postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Wybór Partnerów Finansujących w celu zarządzania funduszem pożyczkowym w obszarze samozatrudnienia (założenie działalności gospodarczej)”, część XII

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodnicząca: Beata Konik

Członkowie:

Aleksandra Kot

Emil Kuriata

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zgłoszone przez zamawiającego do informacji o wyniku kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej jako „Prezes Urzędu” lub „Kontrolujący”), działając na podstawie art. 603 ust. 1 w związku z art. 613 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej jako „ustawa Pzp”) przeprowadził kontrolę uprzednią prowadzonego przez zamawiającego Bank Gospodarstwa Krajowego z siedzibą w Warszawie, postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługi, przeprowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Wybór Partnerów Finansujących w celu zarządzania funduszem pożyczkowym w obszarze samozatrudnienia (założenie działalności gospodarczej)”. Zamówienie to zostało podzielone na dwanaście części, przedmiotowa kontrola została przeprowadzona w zakresie części XII.

Po przeprowadzeniu kontroli uprzedniej, Prezes Urzędu stwierdził następujące naruszenia:

- 1) art. 124 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z § 5 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U., poz. 2415), dalej jako „rozporządzenie”, poprzez żądanie w stosunku do podmiotów udostępniających zasoby na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji przedstawienia dokumentu określonego w § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia, tj. oświadczenia w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2020 r. poz. 1076 i 1086), z innym Wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenie o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego Wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej,
- 2) art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), poprzez uznanie przedłożonych przez wykonawcę Polska Fundacja Przedsiębiorczości dokumentów stanowiących załączniki nr 1-3 do pisma z dnia 06.09.2023 r., tj. Zawiadomienie o wysokości stopy procentowej składki procentowej składki na ubezpieczenie wypadkowe wydane przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Szczecinie, Zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek wydane przez Zakład Ubezpieczeń

Społecznych Oddział w Szczecinie oraz Zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzające stan zaległości wydane przez Naczelnika Zachodniopomorskiego Urzędu Skarbowego w Szczecinie jako skutecznie objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, pomimo braku wykazania przez tego wykonawcę, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę

przedsiębiorstwa, a tym samym, niedokonanie odtajnienia informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa i niepoinformowanie wykonawcy o powyższym,

3) art. 124 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23.12.2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415), poprzez zaniechanie żądania w SWZ podmiotowego środka dowodowego w postaci oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp (JEDZ),

4) art. 95 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie określenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia na usługi wymagań związanych z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, w przypadku gdy wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz.U. z 2022 r. poz. 1510, 1700 i 2140 oraz z 2023 r. poz. 240 i 641),

5) art. 93 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu maksymalnej liczby części, jaka może być udzielona jednemu wykonawcy,

6) art. 441 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez określenie w Rozdziale IV ust. 6 SWZ Prawa Opcji 2 polegającego na wskazaniu, iż w wyniku zastosowania przez Zamawiającego Prawa Opcji nr 2 Wykonawcy może zostać powierzona zadanie obsługi portfela pożyczek udzielonych przez innego partnera finansującego w ramach Projektu.

Zamawiający 30 listopada 2023 r. wniósł zastrzeżenia do wyniku kontroli uprzedniej, do stwierdzonego w Informacji o wyniku kontroli naruszenia nr 5 i nr 6 i przedstawił swoje stanowisko. Jednocześnie, Zamawiający w zakresie naruszeń nr 1, 2 i 4 oświadczył, że nie wnosi zastrzeżeń i nie zaprezentował żadnego stanowiska. W zakresie naruszenia nr 3, Zamawiający w pierwszym akapicie pisma z 30 listopada 2023 r. oświadczył, że wnosi zastrzeżenia. Następnie oświadczył „W zakresie naruszenia nr 3 Zamawiający nie wnosi zastrzeżeń”, ale pod tym oświadczeniem zawarł swoje stanowisko co do naruszenia nr 3.

Wobec powyższego ustalenia, przedmiotem rozpoznania przez Izbę była ocena zasadności naruszeń nr 3, nr 5 i nr 6 podanych w Informacji o wyniku kontroli, wobec których zostały wniesione zastrzeżenia, a zatem wobec spornych naruszeń. W ocenie Izby, wobec zawarcia stanowiska Zamawiającego w zakresie naruszenia nr 3, Prezes Urzędu niezasadnie przyjął, że Zamawiający nie wniósł zastrzeżeń do naruszenia nr 3.

Na podstawie treści Informacji o wyniku kontroli, Izba ustaliła, że Prezes Urzędu podał następujące uzasadnienie stwierdzonych naruszeń.

Ad naruszenia nr 3

Prezes Urzędu ustalił, że Zamawiający określił w kontrolowanym postępowaniu zakres podmiotowych środków dowodowych żądanych na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia z postępowania w Części VIII SWZ. Kontrolujący wskazał, że zgodnie z częścią VIII ust. 2 pkt 1 SWZ w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia zamawiający wymagał złożenia JEDZ zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 9 do SWZ. Zaznaczenie odpowiedniej odpowiedzi w części III Podstawy wykluczenia, Sekcja D będzie potwierdzeniem braku podstaw do wykluczenia wskazanych w części V ust. 2. W części IV Wykonawca wypełnia JEDZ w zakresie części α – Ogólne oświadczenie dotyczące wszystkich kryteriów kwalifikacji.

Następnie w części VIII ust. 2 pkt 2-7 SWZ zamawiający wymienił podmiotowe środki dowodowe, o które zamawiający wzywał w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, tj. dokumenty, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 a i b - 6 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r., poz. 2415), dalej jako: „rozporządzenie”.

Prezes Urzędu ustalił, że w żadnym punkcie SWZ Zamawiający nie żądał oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp (JEDZ), tj. dokumentu, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia.

Następnie Prezes Urzędu wskazał, że w piśmie z dnia 30.08.2023 r. skierowanym do wykonawcy - Polska Fundacja Przedsiębiorczości w zakresie części XII zamówienia, stanowiącym wezwanie w trybie art. 126 ust. 1 oraz art. 139 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający nie wzywał do złożenia ww. oświadczenia, a tym samym nie miał możliwości zweryfikowania wykonawcy w zakresie przesłanek wykluczenia, o których mowa w: - art. 108 ust. 1 pkt 3 ustawy;

- art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy, dotyczących orzeczenia zakazu ubiegania się o

zamówienie publiczne tytułem środka zapobiegawczego;

- art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy, dotyczących zawarcia z innymi wykonawcami

porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji;

- art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy;

- art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy, odnośnie do naruszenia obowiązków dotyczących płatności podatków i opłat lokalnych, o których mowa w ustawie z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1170), w oparciu o zawarte w SWZ postanowienia;

- art. 109 ust. 1 pkt 5, 7-10 ustawy.

Prezes Urzędu wskazał następnie, że zgodnie z art. 124 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający:

- 1) żąda podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia;
- 2) może żądać podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.

Z powyższego przepisu wynika zatem obowiązek żądania podmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia. Oświadczenie wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp (JEDZ), zostało określone w § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia, jako jeden z podmiotowych środków dowodowych służący ocenie braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Prezes Urzędu ocenił, że w kontrolowanej sprawie nie stwierdzono przesłanek do możliwości odstąpienia zamawiającego od żądania w postępowaniu dokumentu wskazanego w § 2 ust. 1 pkt 7 ww. rozporządzenia. Zaniechanie żądania ww. dokumentu pozbawiło zamawiającego możliwości uzyskania potwierdzenia aktualności wskazanych informacji zawartych w JEDZ.

Prezes Urzędu wskazał, że zasadą jest, że zamawiający żąda w postępowaniach o wartości równej lub przekraczającej progi unijne podmiotowych środków dowodowych, określonych § 2 ww. rozporządzenia. Jednym z podmiotowych środków dowodowych wymienionych w § 2 ust. 1 ww. rozporządzenia jest oświadczenie wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy (§ 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia), w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 3, 4, 5 i 6 oraz art. 109 ust. 1 pkt 1, 2 lit. b i c, pkt 3, oraz 5-10 ustawy Pzp.

Prezes Urzędu wskazał, że w postępowaniach o wartości równej lub przekraczającej progi unijne zamawiający jest zobowiązany do żądania podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia wykonawcy, w tym oświadczenia

wskazanego w § 2 ust. 1 pkt 7 ww. rozporządzenia, tj. oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy.

Prezes Urzędu podkreślił, że zamawiający ma zatem obowiązek na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Bez znaczenia, zdaniem Prezesa Urzędu przy tym jest fakt, że w przypadku zastosowania procedury określonej w art. 139 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca może złożyć jednocześnie zamawiającemu oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp (JEDZ) oraz oświadczenie wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu wstępnym, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 7 ww. rozporządzenia. Należy bowiem zauważyć, że oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp (JEDZ) stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Natomiast oświadczenie wskazane w § 2 ust. 1 pkt 7 ww. rozporządzenia potwierdzać będzie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez zamawiającego, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 3, 4, 5 i 6 oraz art. 109 ust. 1 pkt 1, 2 lit. b i c, pkt 3, oraz 5-10 ustawy Pzp na moment złożenia podmiotowych środków dowodowych w wyniku wezwania, o którym mowa w art. 126 ust. 1 ustawy Pzp.

W konsekwencji, Prezes Urzędu ocenił, że zaniechanie żądania w SWZ podmiotowego środka dowodowego w postaci oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp (JEDZ) stanowi naruszenie art. 124 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23.12.2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415).

W związku ze stwierdzonym naruszeniem, Prezes Urzędu zalecił jego usunięcie w ten sposób, aby Zamawiający zweryfikował wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w ramach przedmiotowego postępowania, w zakresie obligatoryjnych przesłanek wykluczenia określonych w art. 108 ust. 1 pkt 3, 4, 5, 6 oraz art. 109 ust. 1 pkt 1, 5, 7-10 ustawy Pzp na podstawie dokumentu, o którym mowa § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia.

We wniesionych zastrzeżeniach do wyniku kontroli z 30 listopada 2023 r., Zamawiający wskazał: „Zamawiający wyjaśnia, że nie wymagał złożenia oświadczenia o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy pzp (JEDZ) z

uwagi na zastosowanie przez Zamawiającego procedury określonej w art. 139 ust 1 ustawy pzp (procedury odwróconej), zgodnie z którą JEDZ jest składany na wezwanie Zamawiającego, a nie wraz z ofertą, co pozwala zakładać, że informacje zawarte w składanym na wezwanie dokumencie są aktualne i nie wymagają potwierdzenia, gdyż w świetle art. 126 ustawy Pzp podmiotowe środki dowodowe powinny być zawsze aktualne na dzień ich złożenia.”

W piśmie z 14 grudnia 2023 r., Prezes Urzędu przyjął, że zastrzeżenia do naruszenia nr 3 nie zostały zgłoszone. Niemniej jednak oświadczył, że podtrzymuje stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 23.11.2023 r., przekazanej przy piśmie znak: DKZP.WKZ4.440.63.2023.KC.

Ad naruszenia nr 5

W zakresie naruszenia nr 5, Prezes Urzędu ustalił, że w Sekcji II.1.6) ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający nie zawarł informacji na temat maksymalnej liczby części, jaka może być udzielona jednemu wykonawcy, zgodnie z treścią art. 91 ust. 3 ustawy Pzp, lecz odesłał w tym zakresie do postanowień SWZ. Brzmienie spornego postanowienia ogłoszenia o zamówieniu jest następujące:

„Informacje o częściach

To zamówienie podzielone jest na części: tak

Oferty można składać w odniesieniu do maksymalnej liczby części: 8

Instytucja zamawiająca zastrzega sobie prawo do udzielenia łącznie następujących części lub grup części:

Jeden Wykonawca w niniejszym postępowaniu, niezależnie czy występuje samodzielnie, czy w ramach grupy kapitałowej, czy konsorcjum może ubiegać się o realizację zamówienia zgodnie z zasadami opisanymi w rozdz. IV pkt 1 SWZ. Wszystkie szczegóły dotyczące składania ofert na poszczególne części znajdują się w rozdz. IV SWZ.”

Prezes Urzędu ustalił następnie, że Zamawiający w części IV ust. 1 i 2 SWZ wskazał „Jeden Wykonawca w niniejszym postępowaniu, niezależnie czy występuje samodzielnie, czy w ramach grupy kapitałowej, czy konsorcjum może ubiegać się o realizację zamówienia zgodnie z poniższymi zasadami:

- a) w ramach regionów (części od I do VIII) może ubiegać się o realizację wszystkich części zamówienia;
- b) w ramach makroregionów (części od IX do XI) może ubiegać się o realizację wszystkich części zamówienia;
- c) Wykonawca ubiegający się o realizację zamówienia w ramach regionu nie może ubiegać się o realizację zamówienia w makroregionie obejmującym te same województwa.
- d) Wykonawca ubiegający się o realizację zamówienia w części XII ogólnokrajowej nie może ubiegać się o realizację zamówienia w ramach innych części.

(...) Wykonawca w odniesieniu do każdej z części, o którą się ubiega, składa odrębną ofertę. Jeden Wykonawca może złożyć maksymalnie 1 ofertę w ramach jednej części.”

Izba ustaliła, że we wniesionych zastrzeżeniach do wyniku kontroli, Zamawiający nie kwestionował poczynionych przez Prezesa Urzędu powyższych ustaleń faktycznych.

Następnie Prezes Urzędu wskazał, że zgodnie z art. 91 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający może ograniczyć liczbę części, którą można udzielić jednemu wykonawcy, pod warunkiem że maksymalną liczbę części, jaka może być udzielona jednemu wykonawcy, wskaże w ogłoszeniu o zamówieniu, a w przypadku trybu negocjacji bez ogłoszenia — w zaproszeniu do negocjacji.

Prezes Urzędu argumentował, że powyższy przepis jednoznacznie wskazuje, że maksymalna liczba części, jaka może być udzielona jednemu wykonawcy, musi zostać wskazana w ogłoszeniu o zamówieniu. Tym samym Zamawiający w celu wypełnienia dyspozycji ww. przepisu miał obowiązek wskazać w ogłoszeniu o zamówieniu — nie zaś tylko w SWZ, informację o maksymalnej liczbie części, jaka może być udzielona jednemu wykonawcy.

Prezes Urzędu stwierdził, że zaniechanie Zamawiającego w ww. zakresie stanowi naruszenie art. 91 ust. 3 ustawy Pzp, jednocześnie dokonując oceny, że powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

W zastrzeżeniach do Informacji o wyniku kontroli, Zamawiający podniósł, że „Zamawiający wyjaśnia iż formularz ogłoszenia o zamówieniu w pkt. II.1.6) Informacja o częściach posiada ograniczoną liczbę znaków możliwą do wypełnienia. Z tego względu Zamawiający nie miał możliwości aby cały opis dotyczący informacji o częściach zamówienia został dodany w pkt. II.1.6) ogłoszenia o zamówieniu, dlatego Zamawiający w tym pkt. dodał zapis o odesłaniu do zapisów swz.”.

W odpowiedzi na zastrzeżenia z 14 grudnia 2023 r. Prezes Urzędu podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej, a ponadto wskazał, że w związku z ograniczoną liczbą znaków w Sekcji II.1.6) formularza ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający miał możliwość zamieszczenia informacji uzupełniających odnośnie maksymalnej liczby części, jaka może być udzielona jednemu wykonawcy w Sekcji VI.3) w informacjach dodatkowych, w zakresie który przekraczał dopuszczalną liczbę znaków w Sekcji II.1.6) formularza.

Prezes Urzędu ponownie podkreślił, że przepis art. 91 ust. 3 ustawy Pzp jednoznacznie wskazuje, że maksymalna liczba części, jaka może być udzielona jednemu wykonawcy, musi zostać wskazana w ogłoszeniu o zamówieniu. Tym samym Zamawiający w celu wypełnienia dyspozycji ww. przepisu miał obowiązek wskazać w ogłoszeniu o zamówieniu – nie zaś tylko w SWZ, informację o maksymalnej liczbie części, jaka może być udzielona jednemu wykonawcy.

Ad naruszenia nr 6

W zakresie naruszenia nr 6 wskazanego w Informacji o wyniku kontroli, Prezes Urzędu ustalił, że Zamawiający w Rozdziale IV ust. 6 SWZ wskazał: „W wyniku zastosowania przez Zamawiającego Prawa Opcji nr 2 Wykonawcy może zostać powierzone zadanie obsługi portfela pożyczek udzielonych przez innego partnera finansującego w ramach Projektu. Zamawiający może powierzyć Wykonawcy obsługę portfela pożyczek w wielkości nie większej niż dla części: – I - 51 pożyczek, – II - 188 pożyczek, – III - 72 pożyczek, – IV - 122 pożyczek, – V - 100 pożyczek, – VI - 82 pożyczek, – VII - 118 pożyczek, – VIII - 89 pożyczek, – IX - 304 pożyczek, – X - 290 pożyczek, – XI - 229 pożyczek, – XII - 823 pożyczek.”.

Następnie Prezes Urzędu ustalił, że Zamawiający w § 14 ust. 1 - 5 Projektowanych Postanowień Umowy Operacyjnej wskazał, co następuje:

- „1. Zamawiający ma prawo skorzystania z Prawa Opcji 2 polegającego na powierzeniu Wykonawcy zadania obsługi portfela pożyczek udzielonych przez innego Partnera Finansującego. Przyznanie Prawa Opcji 2 wymaga aneksowania Umowy.
2. Zamawiający, nie później niż miesiąc po terminie, o którym mowa w § 4 ust. 2 pisemnie poinformuje Partnera Finansującego o decyzji BGK w sprawie skorzystania z Prawa Opcji 2, określając szczegóły dotyczące przekazywanego portfela pożyczek, w tym liczbę pożyczek, okresy spłat, liczbę pożyczek do przejęcia. Za zgodą Stron termin ten może ulec wydłużeniu.
3. Wynagrodzenie Partnera Finansującego z tytułu Prawa Opcji 2 naliczone zostanie według stawki określonej przez Wykonawcę w ofercie przetargowej, a wypłata wynagrodzenia odbywać się będzie na zasadach określonych w Załączniku nr 12 do Umowy.
4. Warunki i zasady Prawa Opcji 2 określone zostały w Załączniku nr 12 do Umowy.
5. Skorzystanie z Prawa Opcji 2 w części albo w całości jest zastrzeżone do wyłącznej decyzji BGK. Nieskorzystanie przez BGK z Prawa Opcji 2 nie rodzi po stronie Partnera Finansującego jakichkolwiek roszczeń, w szczególności odszkodowawczych.”.

Kontrolujący dostrzegł również, że w załączniku nr 12 do Umowy Operacyjnej w ramach Instrumentu finansowego Pierwszy biznes – Wsparcie w starcie pn. „Realizacja przedmiotu Prawa Opcji nr 2” Zamawiający wskazał w § 1 ust 1 i 2, że: „1. W ramach realizacji Prawa

Opcji nr 2 Wykonawca zobowiązuje się do przestrzegania wobec przejmowanego portfela Jednostkowych Pożyczek zasad określonych w Umowie, oraz do:

- 1) podjęcia niezbędnych działań związanych z przejściem wszelkich praw i obowiązków wynikających z przejęcia portfela, w tym m.in. przejścia dokumentacji, zabezpieczeń oraz korespondencji w tym zakresie z Ostatecznymi Odbiorcami oraz uruchomienia kompleksowej obsługi portfela Jednostkowych Pożyczek, a ponadto do dostosowania wewnętrznych procedur do zadań spoczywających na Wykonawcy w ciągu 14 dni od ustalonego przez BGK terminu rozpoczęcia procesu przejmowania dokumentów od innego Partnera Finansującego;
 - 2) prowadzenia wyodrębnionej ewidencji księgowej dla przejmowanego portfela Jednostkowych Pożyczek, w tym wyodrębnionych rachunków/kont dla operacji związanych z realizacją Projektu tak, aby możliwa była identyfikacja poszczególnych operacji księgowych;
 - 3) przygotowywania odrębnych raportów dla przejętego portfela Jednostkowych Pożyczek, w zakresie tożsamym jak dla Jednostkowych Pożyczek udzielonych w ramach zamówienia podstawowego.
2. BGK zobowiązuje Wykonawcę do realizacji zadań określonych w Umowie oraz ust. 1 pkt 3 powyżej od dnia przelewu wierzytelności powstałych z tytułu zawartych umów Jednostkowy Pożyczek oraz przekazania Wykonawcy przez innego Partnera Finansującego dokumentacji niezbędnej do podjęcia odpowiednich czynności.”.

Ponadto Prezes Urzędu wskazał na postanowienie zawarte w § 2 ust. 1 – 3 Realizacji przedmiotu Prawa Opcji nr 2, gdzie Zamawiający wskazał, iż:

- „1. W celu realizacji zadania obsługi portfela Jednostkowych Pożyczek, Wykonawca podejmie działania niezbędne do przejścia wszystkich umów Jednostkowych Pożyczek zawartych przez innego Partnera Finansującego w ramach Projektu oraz do przejścia wszelkich innych dokumentów związanych z ubieganiem się o pożyczkę, udzieleniem pożyczki oraz jej późniejszą obsługą, niezbędnych do prawidłowej realizacji Umowy.
2. Zakres zadań określony w § 1 odnosi się do umów Jednostkowych Pożyczek oraz wniosków pożyczkowych, na podstawie których została wydana pozytywna decyzja przez innego Partnera Finansującego.

3. Wykonawca będzie zobowiązany do zawarcia umów Jednostkowych Pożyczek z wnioskodawcami, którzy otrzymali pozytywną decyzję, o której mowa w ust. 2."

W toku kontroli uprzedniej, pismem z dnia 08.11.2023 r. Zamawiający został poproszony o udzielenie wyjaśnień, na jakiej podstawie przewidział, iż w ramach Prawa Opcji nr 2 wykonawcy może zostać powierzone zadanie obsługi portfela pożyczek udzielonych przez

innego partnera finansującego w ramach projektu. Ponadto, Zamawiający został poproszony o wyjaśnienie w jaki sposób przewidywał skorzystanie z Prawa Opcji 2 dopuszczającej możliwość powierzenia Wykonawcy zadania obsługi portfela pożyczek udzielonych przez innego Partnera Finansującego, w kontekście postanowień SWZ (Część IV ust. 1 i 2 SWZ) ograniczających możliwość ubiegania się o zamówienie w poszczególnych częściach.

Zamawiający w piśmie z dnia 15.11.2023 r. udzielił następujących wyjaśnień, tj. „W postępowaniu zamawiający działając zgodnie z przepisami art. 441 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej ustawa Pzp) przewidział możliwość skorzystania z prawa opcji w dwóch okolicznościach. Prawo opcji nr 2, którego dotyczy Państwa zapytanie, polega na świadczeniu przez wykonawcę, z którym zawarta zostanie umowa w wyniku przeprowadzenia Postępowania usług polegających na:

- 1) obsłudze umów pożyczkowych udzielonych przez innego partnera finansowego w ramach Projektu „Pierwszy biznes – Wsparcie w starcie” oraz umów, o których mowa w pkt 2;
- 2) zawieraniu umów pożyczek celem sfinalizowania wniosków pożyczkowych, w ramach których inny partner finansujący, od którego przejmowany jest portfel pożyczek, o których mowa w pkt 1, wydał pozytywną decyzję o udzieleniu pożyczki.

Zamawiający przewidział możliwość zlecenia dodatkowych usług w ramach prawa opcji nr 2, będących w istocie powtórzeniem usług zlecanych w części głównej postępowania (nieobjętych prawem opcji) w celu zapewnienia obsługi umów pożyczkowych lub zawierania pożyczek po wydaniu pozytywnej decyzji pożyczkowej w przypadku, gdy zostanie zerwana współpraca z innym podmiotem obsługującym pożyczki – tj. realizującym podobne usługi na podstawie odrębnej umowy. Bank Gospodarstwa Krajowego prowadzi szereg postępowań o podobnym zakresie usług, w ramach których wyłaniani są wykonawcy świadczący usługi pośrednika finansowego tj. udzielający pożyczek z przekazanych im funduszy. BGK w jednym czasie ma więc zawartych i realizowanych kilkadziesiąt umów z podmiotami (wykonawcami) obsługującymi różne instrumenty finansowe skierowane najczęściej do przedsiębiorców. Wykonawcy będący pośrednikami finansowymi dla danego instrumentu są wybierani zgodnie z przepisami ustawy Pzp, najczęściej w trybie przetargu nieograniczonego.

Prawo opcji 2 ma zabezpieczyć możliwość realizacji części opcyjnej zamówienia wykonawcy wybranemu w Postępowaniu, w przypadku gdy inny wykonawca działający na podstawie odrębnej umowy nie jest w stanie tej umowy realizować np. z powodu zakończenia działalności, lub rozwiązania umowy przez zamawiającego ze względu na zajście okoliczności uprawniających do takiego rozwiązania, przede wszystkim nienależytego wykonywania umowy w tak wysokim stopniu, że nie będzie możliwe jej prawidłowe zrealizowanie. Jeżeli inny wykonawca dysponujący portfelem na udzielanie pożyczek nie będzie w stanie realizować

umowy, czyli pożyczek takich udzielać i je rozliczać, to zamawiający może pulę tych środków przekazać wykonawcy wybranemu w Postępowaniu do obsługi.

W przypadku zaprzestania działalności przez dotychczasowego wykonawcę będącego instytucją finansową, obsługę udzielonych przez niego pożyczek musi w sposób płynny i pilny przejąć inna instytucja finansowa. Opóźnienie w przejściu obsługi udzielonych pożyczek wiązałoby się z nie tylko z potencjalnymi stratami części powierzonych środków, ale przede wszystkim z problemami dla samych pożyczkobiorców, związanymi m.in. z miejscem dokonywania spłat, wymaganymi zmianami w zawartych umowach pożyczki czy uwalnianiem zabezpieczonych wykonawcom.

Zamawiający starał się więc w postępowaniu zaspokoić potrzebę, która może realnie wystąpić. Decyzja o przewidzeniu prawa opcji w omawianym zakresie oparta jest na doświadczeniu zamawiającego. Zamawiający spotkał się z sytuacją, gdy był zmuszony do odstąpienia od umowy ze względu na nienależyte jej wykonywanie (sprzeniewierzenie powierzonych wykonawcy środków na udzielanie pożyczek) oraz pilne przekazanie zawartych umów pożyczkowych przez tego pośrednika, jak też przyjętych przez niego wniosków o udzielenie pożyczki, do obsługi innemu pośrednikowi finansowemu. W celu uniknięcia konieczności stosowania zamówienia z wolnej ręki ze względu na pilną potrzebę zamawiającego, w Postępowaniu ujęliśmy taką możliwość przekazania umów pożyczkowych lub wniosków do obsługi wykonawcy wybranemu w trybie konkurencyjnym, otwartym dla wszystkich zainteresowanych podmiotów. Chcielibyśmy przy tym podkreślić, że przewidziane Prawo Opcji nr 2 obejmuje przekazanie do realizacji obsługi umów lub wniosków, dla których podjęta została wcześniej decyzja pożyczkowa. Prawo Opcji nr 2 nie przewiduje udzielenia zamówienia na poszukiwanie przez wykonawcę realizującego zakres opcji kolejnych biorców finansowania (pożyczkobiorców) i zawierania z nimi umów. Zakres udzielanego zamówienia w ramach opcji jest więc ograniczony do niezbędnego minimum, aby zabezpieczyć potrzeby zamawiającego oraz możliwie najsprawniejszą obsługę dystrybucji środków UE.

W § 24 ust. 8 Projektowanych Postanowień Umownych zamawiający określił okoliczności, na podstawie których może przekazać obsługę portfela pożyczek udzielonych i obsługiwanych przez partnera finansującego innemu podmiotowi, tj. w przypadku rozwiązania, wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy z wykonawcą. Przestanki do rozwiązania, wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy wynikają z ustawy Pzp oraz są każdorazowo określone w postanowieniach umowy.

W załączniku nr 2 do OPZ zamawiający precyzyjnie określił, że przedmiotem realizacji Prawa Opcji nr 2 jest świadczenie przez wybranego w przedmiotowym postępowaniu wykonawcę usług polegających na:

- 1) obsłudze umów pożyczkowych udzielonych przez innego partnera finansowego w ramach Projektu „Pierwszy biznes – Wsparcie w starcie” oraz umów, o których mowa w pkt 2;
- 2) zawieraniu umów pożyczek celem sfinalizowania wniosków pożyczkowych, w ramach których inny partner finansujący, od którego przejmowany jest portfel pożyczek, o których mowa w pkt 1, wydał pozytywną decyzję o udzieleniu pożyczki.

W pkt nr 1 powyżej zamawiający wskazał, że powierzany portfel dotyczyć będzie pożyczek udzielonych przez partnera finansującego w ramach Projektu „Pierwszy biznes – Wsparcie w starcie”.

Szczegółowe warunki realizacji Prawa Opcji nr 2 przez wykonawcę zostały określone w załączniku nr 11 do PPU.

Zgodnie z art. 441 ust 1 ustawy Pzp zamawiający ma prawo do skorzystania z opcji, jeżeli przewidział opcję w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia w postaci zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które łącznie spełniają następujące warunki:

- 1) określają rodzaj i maksymalną wartość opcji;
- 2) określają okoliczności skorzystania z opcji;
- 3) nie modyfikują ogólnego charakteru umowy.

Podane powyżej informacje pozwalają na jednoznaczne potwierdzenie, że zamawiający zastosował się do dyspozycji przywołanego przepisu. Prawo opcji 2 zostało przewidziane w swz. Zamawiający określił rodzaj usług, jakie mogą być udzielone w ramach opcji oraz maksymalny zakres opcji (w części IV pkt 6 swz określono maksymalną liczbę pożyczek do obsługi w ramach opcji). W Projektowanych Postanowieniach Umownych stanowiących integralną część swz, określone zostały okoliczności w jakich zamawiający skorzysta z prawa opcji, natomiast w Załączniku nr 2 opisane zostały zasady obliczania wynagrodzenia i płatności za usługi objęte opcją.

Nie można też uznać, że przewidziane prawo opcji w jakikolwiek sposób modyfikuje ogólny charakter umowy. Usługi objęte opcją są przedmiotowo jednorodne z usługami objętymi podstawową częścią zamówienia oraz mogą być wykonywane przez wykonawców o takich samych kompetencjach.

Jak wynika z powyższego dokumentacja postępowania w zakresie dotyczącym Prawa Opcji 2 jest w pełni zgodna z wymaganiami określonymi w przepisach ustawy regulujących opcję.”.

Prezes Urzędu wskazał, że zgodnie z art. 441 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający może skorzystać z opcji, jeżeli przewidział opcję w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia w postaci zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które łącznie spełniają następujące warunki:

- 1) określają rodzaj i maksymalną wartość opcji;
- 2) określają okoliczności skorzystania z opcji;
- 3) nie modyfikują ogólnego charakteru umowy.

Prezes Urzędu przypomniał, że w myśl art. 441 ust. 2 ustawy Pzp, czynności dokonane na podstawie postanowień umownych przewidujących opcje z naruszeniem ust. 1 podlegają unieważnieniu.

Prezes Urzędu wyjaśnił, że w treści art. 441 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że zamawiający może skorzystać z opcji, jeżeli przewidział opcję w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia w postaci zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych. Za opcję zatem uznaje się uprawnienie zamawiającego do rozszerzenia lub zmniejszenia zamówienia o wskazany w dokumentach zamówienia zakres. Opcja służy zamawiającemu jako zastrzeżenie jednostronnego uprawnienia do zmiany zakresu świadczenia, które zostało przewidziane w dokumentach zamówienia, w sposób wynikający z warunków zamówienia. Skorzystanie z opcji nie stanowi więc zmiany umowy czy też zawarcia dodatkowej umowy. Modyfikuje jedynie warunki wykonania umowy już zawartej. Scharakteryzowanie opcji w dokumentach zamówienia powinno być na tyle precyzyjne i dokładne, aby umożliwić wykonawcom sporządzenie oferty. Ustawa Pzp nie definiuje sposobu opisanego zakresu opcji w dokumentach zamówienia. Tym samym warunki ustanowienia opcji, jej przedmiot i zakres leżą w gestii zamawiającego. Ustawodawca pozostawia zamawiającemu wybór sposobu skonstruowania opcji i opisanie tego w umowie na zasadach: zwiększenia lub zmniejszenia. Zawsze jednak opcja powinna zostać opisana w sposób zrozumiały, precyzyjny i jednoznaczny, tak żeby wykonawca był w stanie przygotować ofertę. Mając na względzie powyższe należy zaznaczyć, że przepis art. 441 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje, że zamawiający zobowiązany jest do określenia rodzaju i maksymalnej wartości opcji oraz okoliczności skorzystania z opcji, zaś granicą swobody zamawiającego w tym zakresie będzie obowiązek dotyczący zakazu modyfikacji ogólnego charakteru umowy. Należy uznać, iż zmiana ogólnego

charakteru umowy to taka zmiana, która w zasadzie doprowadzi do zawarcia nowego kontraktu.

Następnie Prezes Urzędu wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający w Rozdziale IV ust. 6 SWZ opisał

Prawo Opcji 2, w wyniku zastosowania którego wykonawcy może zostać powierzone zadanie obsługi portfela pożyczek udzielonych przez innego partnera finansującego w ramach Projektu. Zamawiający określił ilość pożyczek dla danej części, która może zostać powierzona wykonawcy w celu obsługi portfela pożyczek. Wykonawca zgodnie z § 2 ust. 1 – 3 Realizacji przedmiotu Prawa Opcji nr 2, w celu realizacji zadania obsługi portfela Jednostkowych Pożyczek, byłby zobowiązany do podjęcia działań niezbędnych do przejścia wszystkich umów Jednostkowych Pożyczek zawartych przez innego Partnera Finansującego w ramach Projektu oraz do przejścia wszelkich innych dokumentów związanych z ubieganiem się o pożyczkę, udzieleniem pożyczki oraz jej późniejszą obsługą, niezbędnych do prawidłowej realizacji Umowy.

Zdaniem Prezesa Urzędu, w konsekwencji Zamawiający opisując Prawo Opcji 2 przewidział powierzenie wykonawcy zadania obsługi portfela pożyczek udzielonych przez innego partnera finansującego w ramach innej części tego zamówienia, co w istocie stanowiłoby zmianę umowy, bądź też zawarcie nowej umowy z wykonawcą, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Prezes Urzędu wskazał, że powyższe znajduje potwierdzenie w postanowieniach § 14 ust. 1 Projektowanych Postanowień Umowy Operacyjnej, gdzie Zamawiający doprecyzował, iż przyznanie Prawa Opcji 2 będzie wymagało aneksowania umowy, czyli poprzez niezachodzącą przy zastosowaniu prawa opcji zmianę umowy.

Prezes Urzędu podkreślił, iż zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zasada, z której wynika, że zamawiającemu wolno jest udzielić zamówienia tylko temu wykonawcy, który został wybrany zgodnie z przepisami Pzp, oznacza, iż zamawiający może zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego tylko z tym wykonawcą, który brał udział w prowadzonym przez niego postępowaniu. W konsekwencji wykonawca, który uzyskał zamówienie publiczne, nie może z zasady dokonać legalnie cesji uzyskanego zamówienia na rzecz podmiotu trzeciego

Prezes Urzędu wyjaśnił, że prawo opcji stanowi zaś odpowiednie zastrzeżenie umowne przyznające zamawiającemu ograniczone przepisami ustawy Pzp prawo do jednostronnego kształtowania zakresu zamówienia, jednakże poprzez jego rozszerzenie lub ograniczenie w trakcie realizacji umowy, mocą jej samych postanowień (bez modyfikacji umowy w rozumieniu

art. 454 i 455 ustawy Pzp oraz bez przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego). Przepisy ustawy Pzp pozostawiają zamawiającemu wybór co do sposobu skonstruowania opcji na zasadach zwiększenia lub zmniejszenia zakresu całkowitego zamówienia, a także określenia rodzaju oraz przedmiotu opcji.

Odnosząc się do wyjaśnień Zamawiającego przekazanych w piśmie z dnia 15.11.2023 r., tj. „Prawo opcji 2 ma zabezpieczyć możliwość realizacji części opcyjnej zamówienia wykonawcy wybranemu w Postępowaniu, w przypadku gdy inny wykonawca działający na podstawie odrębnej umowy nie jest w stanie tej umowy realizować np. z powodu zakończenia działalności, lub rozwiązania umowy przez zamawiającego ze względu na zajście okoliczności uprawniających do takiego rozwiązania, przede wszystkim nienależytego wykonywania umowy w tak wysokim stopniu, że nie będzie możliwe jej prawidłowe zrealizowanie. Jeżeli inny wykonawca dysponujący portfelem na udzielenie pożyczek nie będzie w stanie realizować umowy, czyli pożyczek takich udzielać i je rozliczać, to zamawiający może pulę tych środków przekazać wykonawcy wybranemu w Postępowaniu do obsługi.”, Prezes Urzędu podkreślił, iż Ustawodawca w art. 441 ust. 1 ustawy Pzp, pozostawił zamawiającemu wybór sposobu skonstruowania opcji i opisanie tego w umowie, jednakże na zasadzie zwiększenia (lub zmniejszenia) zamówienia podstawowego o określone usługi, roboty budowlane lub dostawy, których potrzeba wykonania (lub jej brak) może wystąpić na etapie realizacji zamówienia. Natomiast Prawo opcji 2 przewidziane w przedmiotowym postępowaniu polegające na powierzeniu wykonawcy zadania obsługi portfela pożyczek udzielonych przez innego partnera finansującego w ramach Projektu nie stanowi, w ocenie Prezesa Urzędu, zwiększenia zakresu całkowitego zamówienia (zakres „opcjonalny” to jednocześnie zakres podstawowy), lecz zmianę wykonawcy realizującego zakres podstawowy na inny podmiot, którego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza w ramach danej części zamówienia.

Ponadto Prezes Urzędu podkreślił, iż zgodnie z art. 441 ust. 1 ustawy Pzp nie tylko zakres ale również i okoliczności skorzystania z prawa opcji powinny zostać opisane w sposób zrozumiały, precyzyjny i jednoznaczny. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający opisując Prawo Opcji 2 w szczególności nie określił w dokumentach zamówienia postanowień dotyczących możliwości powierzenia Wykonawcy zadania obsługi portfela pożyczek udzielonych przez innego Partnera Finansującego, w kontekście postanowień SWZ zawartych w:

- Rozdziale IV ust. 1 i 2 SWZ - ograniczających możliwość ubiegania się o zamówienie w poszczególnych częściach, poprzez wskazanie maksymalnej ilości części, na które dany wykonawca może złożyć swoją ofertę;
- Rozdziale I V ust. 3 pkt 2 a) SWZ oraz Rozdziale V ust. 3 pkt 3) ppkt 1a) SWZ - odnoszących się do sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w

przypadku ubiegania się przez wykonawcę o udzielenie zamówienia na więcej niż jedną część, obwarowując taką możliwość łącznym spełnieniem warunków na wszystkie części, na które wykonawca złożył swoją ofertę.

Brak określenia w dokumentach zamówienia postanowień odnoszących się do konieczności weryfikacji możliwości powierzenia Wykonawcy zadania obsługi portfela pożyczek udzielonych przez innego Partnera Finansującego w ramach Prawa Opcji 2, zarówno w zakresie możliwości ubiegania się o określoną ilość zamówień częściowych, jak i łącznego spełniania warunków udziału w postępowaniu w przypadku jednoczesnego ubiegania się o kilka części zamówienia, oznacza, iż skorzystanie przez Zamawiającego z prawa Opcji nr 2 oznaczałoby, zdaniem Prezesa Urzędu,

pozaustawowe zlecenie świadczenia usług objętych zakresem opcjonalnym bez zastosowania procedur weryfikacji wykonawców przewidzianych w przywołanych powyżej zapisach SWZ.

Kontrolujący wskazał, że z dokumentacji przekazanej do kontroli uprzedniej, wynika, iż Zamawiający w § 24 „Rozwiązanie Umowy” ust. 8 Projektowanych Postanowień Umowy Operacyjnej wskazał, iż „W przypadku rozwiązania, wypowiedzenia lub odstąpienia od niniejszej Umowy BGK może przekazać obsługę portfela Jednostkowych Pożyczek udzielonych i obsługiwanych przez Partnera Finansującego innemu podmiotowi.”.

Mając na uwadze powyższe Prezes Urzędu zauważył, iż Ustawodawca w art. 455 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przewidział przesłanki zmiany umowy, gdy nowy wykonawca ma zastąpić dotychczasowego wykonawcę, jednocześnie które nie wymagają przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 455 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, dopuszczalna jest zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, gdy nowy wykonawca ma zastąpić dotychczasowego wykonawcę:

- a) jeżeli taka możliwość została przewidziana w postanowieniach umownych, o których mowa w pkt 1, lub
- b) w wyniku sukcesji, wstępując w prawa i obowiązki wykonawcy, w następstwie przejęcia, połączenia, podziału, przekształcenia, upadłości, restrukturyzacji, dziedziczenia lub nabycia dotychczasowego wykonawcy lub jego przedsiębiorstwa, o ile nowy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia oraz nie pociąga to za sobą innych istotnych zmian umowy, a także nie ma na celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy, lub
- c) w wyniku przejęcia przez zamawiającego zobowiązań wykonawcy względem jego podwykonawców, w przypadku, o którym mowa w art. 465 ust. 1.

Prezes Urzędu wskazał, że zastosowanie instytucji prawa opcji zobowiązuje zamawiającego do realizacji zamówienia jedynie w zakresie podstawowym, fakultatywnie poszerzonym o przewidzianą opcję na podstawie jednej umowy kształtującej warunki realizacji zarówno zakresu podstawowego jak i opcjonalnego. Skorzystanie z prawa opcji, jak już wskazano powyżej, nie stanowi natomiast zmiany umowy, czy też zawarcia dodatkowej umowy na nowych warunkach, ale jest realizacją umowy zawartej w zakresie ustalonych przez nią warunków poprzez złożenie przez zamawiającego pisemnego oświadczenia woli w przedmiocie skorzystania z prawa opcji, którego zakres został doprecyzowany w dokumentacji postępowania. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający przewidział zaś w § 24 ust. 8 Projektowanych Postanowień Umownych zmianę umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, gdy nowy wykonawca ma zastąpić dotychczasowego wykonawcę w przypadku rozwiązania, wypowiedzenia lub odstąpienia od niniejszej umowy. Prezes Urzędu podkreślił, że wybór nowego wykonawcy, który ma zastąpić dotychczasowego wykonawcę nie został w żaden sposób przez zamawiającego określony w dokumentacji postępowania. Wskazuje to, zdaniem Prezesa Urzędu, na dowolność decyzji zamawiającego w zakresie wyboru nowego wykonawcy. Prezes Urzędu dostrzegł też, że dokumentacja postępowania nie określa żadnej procedury wyboru przez zamawiającego tego nowego wykonawcy spośród wykonawców wybranych do realizacji Projektu, w tym w szczególności zasad odnoszących się do ograniczeń ustalonych przez zamawiającego, które związane były z ubieganiem się o poszczególne części tego zamówienia.

W konsekwencji Prezes Urzędu wskazał, że „...należy podkreślić, że jednym z podstawowych założeń unijnych dyrektyw w dziedzinie zamówień publicznych i TFUE jest ograniczenie swobody zamawiającego co do wyboru wykonawcy, któremu zostanie udzielone zamówienie. Zamawiający może zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego jedynie z wykonawcą wyłonionym w konkurencyjnym postępowaniu, który:

- 1) nie podlega wykluczeniu,
- 2) spełnia warunki udziału w postępowaniu i
- 3) złożył ofertę, która została wybrana jako najkorzystniejsza.

Głównym celem unijnych i krajowych regulacji w dziedzinie zamówień publicznych jest bowiem zagwarantowanie przestrzegania zasad równego i niedyskryminującego traktowania wykonawców. Cel ten może zostać osiągnięty przede wszystkim poprzez ograniczenie swobody zamawiającego w zakresie wyboru i zmiany wykonawcy. W tym kontekście zastąpienie wyłonionego w konkurencyjnym postępowaniu wykonawcy, któremu zamawiający pierwotnie udzielił zamówienia, nowym wykonawcą, w szczególności wykonawcą, który nie brał udziału w tym postępowaniu, należałoby uznać za naruszenie zasady równego traktowania wykonawców w szczególności w odniesieniu do wykonawców, którzy wzięli udział

w postępowaniu. Jakakolwiek zmiana podmiotowa po stronie wykonawcy, w tym zmiana, która została przewidziana w samej umowie w sprawie zamówienia publicznego, nie może prowadzić do obejścia przepisów o zamówieniach publicznych. W konsekwencji każda zmiana podmiotowa po stronie wykonawcy w wyniku zastosowania klauzuli przeglądowej powinna być tak przewidywalna, jak to tylko możliwe. Oznacza to obowiązek wprowadzenia do umowy jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych klauzul umownych, które określą okoliczności i warunki zmiany wykonawcy realizującego zamówienia publiczne. Należy jednak podkreślić, że zmiana wykonawcy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp nie może być dowolna z uwagi na to, że obowiązuje zasada wyrażona w art. 17 ust. 2 Pzp, zgodnie z którą zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Pzp.

W konsekwencji powyższych rozważań, Prezes Urzędu uznał, że Zamawiający przewidujący w Rozdziale IV ust. 6

SWZ, iż w wyniku zastosowania przez zamawiającego Prawa Opcji nr 2 wykonawcy może zostać powierzone zadanie obsługi portfela pożyczek udzielonych przez innego partnera finansującego w ramach projektu, w wyniku zmiany zawartej z wykonawcą umowy, dopuścił się naruszenia art. 441 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp.

Prezes Urzędu ocenił, że powyższe naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania, ponieważ wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązani byli do wyceny w swojej ofercie wynagrodzenia za przejęcie obsługi przejętego portfela pożyczek w ramach Prawa Opcji nr 2, które podlegało ocenie w ramach kryterium „W2” z wagą 5%.

W zastrzeżeniach do Informacji o wyniku kontroli uprzedniej, Zamawiający zakwestionował dokonaną przez Prezesa Urzędu ocenę prawną. W tym miejscu Izba wskazuje, że Zamawiający nie kwestionował poczynionych przez Prezesa Urzędu ustaleń faktycznych w zakresie spornego naruszenia nr 6.

Zamawiający nie zgodził się z dokonaną przez Prezesa Urzędu oceną, zgodnie z którą „(...) że skorzystanie z Prawa Opcji 2 prowadzi do niedozwolonej zmiany umowy lub też zawarcia nowej umowy z wykonawcą, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy.” Zamawiający podkreślił, że ocena ta, po pierwsze nie znajduje żadnego potwierdzenia w przewidzianych postanowieniach umowy, które są zawarte w dokumentacji postępowania; po drugie zaś nie ma jakiegokolwiek związku z art. 441 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający podniósł, iż może skorzystać z Prawa Opcji 2 jedynie w przypadku, gdy umowa z jednym wykonawcą zostanie rozwiązana, a w ramach tej umowy

ten wykonawca zawarł umowy o pożyczki z Ostatecznymi Odbiorcami lub przyjął i zaakceptował wnioski o udzielenie pożyczki (została wydana pozytywna decyzja pożyczkowa). Zamawiający wyjaśnił, że rozwiązanie umowy o udzielenie zamówienia publicznego pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą nie oznacza zaprzestania realizacji umów pożyczek zawartych przez tego wykonawcę. Zamawiający argumentował, że umowy te musi przejąć do obsługi inny podmiot (np. na okres spłaty pożyczek, egzekucji w przypadku braku spłaty itd.). Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z jego zamiarem, obsługa tych udzielonych pożyczek lub wniosków, co do których wydano pozytywną decyzję pożyczkową jest zakresem rzeczowym Prawa Opcji 2 z umowy wiążącej tego samego Zamawiającego z innym wykonawcą.

Zamawiający przedstawił też schemat realizacji umowy oraz Prawa Opcji 2 wskazując m.in. „W powyższym przykładzie powierzony Wykonawcy A przedmiot umowy zostaje rozszerzony o obsługę umów pożyczki z Ostatecznym Odbiorcą 3 oraz wniosku pożyczkowego, co do którego została wydana decyzja pożyczkowa dla Ostatecznego Odbiorcy 4 w ramach Prawa Opcji. Wykonawca A nie przejmuje wniosku Ostatecznego Odbiorcy 5, gdyż nie wydano w stosunku do niego decyzji pożyczkowej. Wykonawca A jest zobowiązany wykonać obsługę funduszu szczegółowego na zasadach dotychczasowych w ramach zamówienia podstawowego oraz obsłużyć dodatkowe umowy lub wnioski powierzone mu do obsługi w ramach Prawa Opcji 2. Wykonawca ten natomiast nie przejmuje zobowiązań Wykonawcy B dotyczących obsługi wniosków, co do których nie wydano decyzji pożyczkowej. Nie przejmuje też w żaden sposób zobowiązań odszkodowawczych z tytułu nienależytego wykonania umowy zawartej przez Wykonawcę B z Zamawiającym, co miałyby miejsce gdyby nastąpiła zmiana wykonawcy w części B. Wykonawca A, któremu zlecone zostanie wykonanie Prawa Opcji 2 przyjmuje do obsługi dodatkowe umowy lub wnioski.”

Następnie Zamawiający podał, że Wykonawca w ramach opcji przyjmuje do obsługi pewną liczbę dodatkowych umów pożyczki ponad umowy pożyczki zawierane w ramach funduszu szczegółowego przewidzianego w umowie. Nie ma znaczenia, z kim i w jaki sposób umowy pożyczki zostały pierwotnie zawarte. Zamawiający przyznał, że dochodzi do zmiany umowy, ale podkreślił, że zmiana nie dotyczy umowy w sprawie zamówienia publicznego tylko umowy pożyczki. Zamawiający przekonywał, że umowa w sprawie zamówienia publicznego łączy te same podmioty tj. Zamawiającego i dotychczasowego wykonawcę, który w ramach prawa opcji obsługuje więcej umów pożyczkowych niż przewidziana liczba w zamówieniu podstawowym. Zamawiający wskazał też za Kontrolującym, że opcja może polegać właśnie na rozszerzeniu pierwotnego zakresu umowy, a Prawo Opcji 2 przewidziane w postępowaniu przewiduje dokładnie rozszerzenie zakresu podstawowego o zwiększenie liczby umów pożyczkowych. Zamawiający wskazał, że zmiana stron umowy będzie dotyczyć zawartych umów pożyczki. Zamawiający wyjaśnił, że są to umowy zawierane między pośrednikiem

finansowym (wykonawcą) a pożyczkobiorcami (Ostatecznymi odbiorcami). Umowy te nie są zawierane w rygorze ustawy Pzp, nie dochodzi do ich zawarcia po przeprowadzeniu postępowania przez Zamawiającego – pozostają więc, zdaniem Zamawiającego, poza sferą zamówień publicznych.

W toku dalszej argumentacji Zamawiający podniósł, iż „W wyniku powierzenia Prawa Opcji 2 nie dochodzi bowiem do jakiegokolwiek zmiany podmiotowej w umowie w sprawie zamówienia publicznego. Umowa zawarta w wyniku rozstrzygnięcia postępowania z danym wykonawcą (w przykładzie wykonawca A) zostaje umową zawartą z tym wykonawcą również po skorzystaniu z prawa opcji. Umowa ta ma jedynie szerszy zakres tj. więcej umów pożyczki z Ostatecznymi odbiorcami wykonawca ten obsługuje. Umowa zaś zawarta z drugim wykonawcą (wykonawca B), który pierwotnie był stroną umów pożyczkowych, które następnie obsługuje wykonawca A, przestaje wiązać. Nie jest możliwe powierzenie do obsługi tej samej umowy pożyczkowej dwóm wykonawcom w tym samym czasie. Zamawiający zawierając umowę w sprawie zamówienia publicznego zobowiązuje się do realizacji tej umowy – czyli zapewnienia funduszu szczegółowego w określonej wysokości dla każdej z umów. Umowa z wykonawcą B w zakresie podstawowym przewiduje obsługę umów pożyczkowych z tego funduszu. Dopiero gdy umowa ta nie jest realizowana (zostanie rozwiązana), możliwe jest powierzenie obsługi tych samych umów pożyczkowych wykonawcy A w ramach opcji. Wbrew ustaleniom Kontrolującego nie dochodzi do powierzenia obsługi umów wykonawcy niewybranemu w drodze ustawy Pzp. Wykonawca jest wybrany w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W ramach tego postępowania

Zamawiający przewiduje zamówienie w zakresie podstawowym oraz zamówienie objęte Prawem Opcji 2. Wykonawca jest wybrany w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, określenie przedmiotu zamówienia zarówno w zakresie podstawowym, jak i opcjonalnym jest jednoznaczne i jednakowo podane do wiadomości dla wszystkich wykonawców. Każdy wykonawca biorąc udział w przetargu posiada te same informacje dotyczące Prawa Opcji 2."

Zamawiający wskazał, iż „Ze względu na to, że przedmiot opcji to wykonanie takich samych czynności, jak wykonywane w ramach zakresu podstawowego – chodzi o tę część czynności z zakresu podstawowego, które dotyczą obsługi umów pożyczki już zawartych lub obsługi wniosków pożyczkowych po wydaniu decyzji o przyznaniu pożyczki – nie sposób uznać, że opcja modyfikuje ogólny charakter umowy. W tej sytuacji uznać należy, że Zamawiający uczynił zadość wymaganiom art. 441 ust. 1 ustawy Pzp – nie doszło więc do jego naruszenia."

W dalszej części zastrzeżeń Zamawiający podniósł, że „Nie jest zrozumiałym zarzut kontroli łączący Prawo Opcji 2 z tym, że wykonawcy mogą ubiegać się o określoną liczbę części. Każdy wykonawca może ubiegać się o maksymalnie 3 części zamówienia –

założeniem Zamawiającego jest posiadanie więcej niż jednego wykonawcy dla realizacji całego zakresu zamówienia. Prawo Opcji 2 jest przewidziane we wszystkich częściach zamówienia. Nie istnieje ustawowy zakaz takiego ukształtowania treści dokumentów postępowania."

Następnie Zamawiający wskazał, że „Nie jest też zrozumiałym zarzut dotyczący rzekomego powierzenia do realizacji umowy wykonawcy, który nie został zweryfikowany do realizacji zamówienia. Każdy wykonawca musi spełnić warunki udziału w postępowaniu określone w swz. Zamawiający sprecyzował warunki udziału w postępowaniu oraz określił, w jaki sposób będzie je weryfikował, gdy wykonawca ubiega się o więcej niż jedną część zamówienia. Zamawiający weryfikuje więc zdolność wykonawcy do wykonania zadania co najmniej w zakresie podstawowym w zależności od liczby części, na które jest składana oferta. Niezależnie od tego czy Zamawiający skorzysta w prawa opcji czy nie, wykonawca spełniający warunki jest uznany za wystarczająco zdolnego do wykonania zadania. Ustawa nie nakłada obowiązku dodatkowego weryfikowania warunków udziału w postępowaniu w przypadku korzystania z prawa opcji. Skoro opcja polega na rozszerzeniu zamówienia podstawowego, to nie da się naruszyć ustawy przez weryfikację warunków postawionych tak jak dla zakresu podstawowego – z natury rzeczy będą one wyrażone na niższym poziomie niż łącznie dla zamówienia podstawowego i opcjonalnego."

Ponadto Zamawiający wskazał, iż „W wynikach kontroli pojawia się stwierdzenie, że ukształtowanie Prawa Opcji 2 mogło mieć wpływ na wynik postępowania. (...) Ze stwierdzenia tego nie wynika, jak postanowienia o Prawie Opcji 2 mogły wpłynąć na wynik postępowania. Zamawiający przewidział zakres opcjonalny możliwy do zlecenia w ramach umowy, a skoro został on przewidziany to niezbędna była jego wycena i uwzględnienie w całkowitym koszcie składanej oferty. Zastosowanie kryterium cenowego w odniesieniu do zakresu zamówienia objętego opcją jest więc jak najbardziej uzasadnione ekonomicznie, a co najważniejsze w kontekście przeprowadzonej kontroli – legalne. Nie istnieją przepisy zakazujące oceny oferty z uwzględnieniem zakresu przewidzianego w ramach Prawa Opcji."

W ocenie Zamawiającego „(...) zarzut naruszenia art. 441 ust 1 ustawy Pzp nie znajduje potwierdzenia w zaistniałym stanie faktycznym, gdyż wszystkie elementy wymagane przez przepisy prawa dla opisanie opcji są ujęte w swz. Zarzut zaś naruszenia art. 17 ust 2 ustawy Pzp jest również bezzasadny, bo prawo opcji oznacza rozszerzenie umowy zawartej z wykonawcą wybranym po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia. Zakres dodatkowy - opcjonalny - zlecający jest do wykonania po zawarciu umowy, a więc w toku jej realizacji. Nie ma więc możliwości, aby doszło do zmiany wykonawcy, bo musi to być ten wykonawca, z którym została zawarta umowa na zakres podstawowy oraz w której przewidziano zakres opcjonalny."

Prezes Urzędu nie zgodził się z powyższą argumentacją i podtrzymał stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej zakresie naruszenia nr 6, a ponadto odnosząc się do argumentacji podanej przez Zamawiającego w zastrzeżeniach do wyniku kontroli uprzedniej, wskazał co następuje.

W ocenie Prezesa Urzędu, przedstawiana przez zamawiającego argumentacja, nie może stanowić uzasadnienia dla zastosowania art. 441 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ prowadzi do zmiany podmiotowej wykonawcy realizującego zakres podstawowy na inny podmiot, który będzie zobowiązany do obsługi udzielonych pożyczek lub wniosków, co do których wydano pozytywną decyzję pożyczkową. Prawem opcji nie może zostać objęta część przedmiotu zamówienia pozostała do wykonania w związku z rozwiązaniem umowy o udzielenie zamówienia publicznego z wykonawcą zamówienia podstawowego, która polegałaby na powierzeniu wykonawcy, którego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu w danej części zamówienia, obsługiwanego portfela pożyczek udzielonych przez innego partnera finansującego, ponieważ prowadziłoby to do zmiany podmiotowej wykonawcy z pominięciem przepisów dotyczących udzielania zamówienia w trybach niekonkurencyjnych, które pozwalają na powierzenie realizacji przedmiotu zamówienia wybranemu wykonawcy, gdy zachodzi pilna potrzeba jego udzielenia.

Analizując zaprezentowaną przez Zamawiającego argumentację, Prezes Urzędu doszedł do wniosku, że nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, iż Prawo Opcji 2 mogło znaleźć zastosowanie w przypadku, gdy z jednym z wykonawców umowa zostałaby rozwiązana, a w ramach tej umowy ten wykonawca zawarł umowy o pożyczki z Ostatecznymi Odbiorcami lub przyjął i zaakceptował wnioski o udzielenie pożyczki, a w konsekwencji Umowy te miały przejąć do obsługi inny podmiot. W związku z powyższym obsługa ww. udzielonych pożyczek lub wniosków, co do których wydano pozytywną decyzję pożyczkową nie mogła stanowić zakresu rzeczowego umowy wiążącej tego samego Zamawiającego z innym wykonawcą na podstawie Prawa Opcji 2.

Prezes Urzędu wskazał też, że powierzenie wykonawcy zadania obsługi portfela pożyczek udzielonych przez innego partnera finansującego w ramach Projektu na podstawie Prawa Opcji 2 nie stanowi rozszerzenia zakresu całkowitego zamówienia, natomiast zmianę wykonawcy na podmiot, którego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza w ramach sprecyzowanej części zamówienia, tj. w przedmiotowym postępowaniu w ramach części XII.

Ponadto, Prezes Urzędu podkreślił, iż skorzystanie z regulacji zawartej w art. 441 ust. 1 ustawy Pzp nie może stanowić zmiany umowy, ani zobowiązać do zawarcia dodatkowej umowy na nowych warunkach. Prawo opcji stanowi zastrzeżenie umowne przyznające zamawiającemu ograniczone przepisami ustawy Pzp prawo do jednostronnego kształtowania zakresu zamówienia (poprzez jego rozszerzenie lub ograniczenie) w trakcie realizacji umowy,

mocą samych jej postanowień (bez modyfikacji umowy w rozumieniu art. 454 i 455 ustawy Pzp oraz bez przeprowadzania nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego).

W konsekwencji, w ocenie Prezesa Urzędu nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, iż w przypadku zastosowania Prawa Opcji 2 doprowadzi tylko do zmiany umowy pożyczki. Prezes Urzędu przypomni, że Zamawiający w dokumentach zamówienia wprost wskazał, iż skorzystanie z Prawa Opcji 2 będzie uwarunkowane koniecznością aneksowania umowy z wybranym wykonawcą, co wynika z § 14 ust. 1 Projektowanych Postanowień Umowy Operacyjnej. Tym samym, w ocenie Prezesa Urzędu, Zamawiający wprost wskazał, iż skorzystanie z Prawa Opcji 2 będzie uwarunkowane koniecznością aneksowania umowy z wybranym wykonawcą. Kontrolujący zwrócił uwagę, że wskazany powyżej dokument nie zawiera zaś analogicznych wymogów w odniesieniu do umów inwestycyjnych zdefiniowanych w § 1 ust. 1 pkt 39 Projektowanych Postanowień Umowy Operacyjnej jako umowy zawierane między Partnerem Finansującym (tj. wykonawcą w rozumieniu ustawy Pzp) a Ostatecznym Odbiorcą w celu finansowania Inwestycji, tj. umów do których odnosi się Zamawiający w zacytowanym powyżej fragmencie zastrzeżeń i które słusznie zaklasyfikowane zostały jako pozostające poza sferą zamówień publicznych. Jedynie, zgodnie z § 6 ust. 15 pkt 8 Projektowanych Postanowień Umowy Operacyjnej zobowiązano Partnera Finansującego do zapewnienia, aby Umowy Inwestycyjne zawierane z Ostatecznymi Odbiorcami, obejmowały postanowienia w zakresie skutków prawnych rozwiązania Umowy Operacyjnej lub Decyzji o dofinansowaniu w stosunku do obowiązywania Umów Inwestycyjnych, tj. w przypadku wygaśnięcia lub rozwiązania niniejszej Umowy lub Umowy z Dysponentem Środków, wszystkie prawa i obowiązki Partnera Finansującego wynikające z Umów Inwestycyjnych przechodzą odpowiednio na inny podmiot wskazany przez BGK lub na BGK, Dysponenta Środków lub inny podmiot przez niego wskazany na co Ostateczny Odbiorca wyrazi zgodę bez jakichkolwiek warunków i zastrzeżeń.

Odnosząc się do opisanego przez Zamawiającego schematu działania Prawa opcji 2, Prezes Urzędu wskazał, że zastosowanie art. 441 ust. 1 ustawy Pzp nie może stanowić podstawy do zmiany wykonawcy w toku realizacji zamówienia. Prawem opcji nie może zostać objęta część przedmiotu tożsamego z przedmiotem zamówienia podstawowego, a jedynie przedmiot ściśle z nim związany, ponieważ prowadziłoby to do ominięcia przepisów dotyczących udzielania zamówień. Dodatkowo, Prezes Urzędu, analizując przyjętą przez zamawiającego konstrukcję Prawa Opcji 2 od strony przedmiotowej zauważył, iż przy tak opisanym prawie opcji zakres usług opcjonalnych będzie mógł być powierzony innemu, dowolnemu wykonawcy, z którym zamawiający będzie miał podpisaną umowę na świadczenie usług na inne części przedmiotu zamówienia. Prezes Urzędu zwrócił uwagę, że po stronie zamawiającego będzie zatem istniała duża swoboda co do wyboru wykonawcy na świadczenie usług opcjonalnych, będzie on bowiem uprawniony do wyznaczenia go w trybie jednostronnej

decyzji z pominięciem procedur przewidzianych przez ustawę Pzp, a zatem z naruszeniem zasady wyrażonej w art. 17 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Kontrolujący wskazał, że powszechną praktyką stosowaną przez zamawiających jest praktyka polegająca na tym, iż dokończenie realizacji świadczenia przedmiotu umowy o zamówienie publiczne, która została wypowiedziana, następuje w trybie przewidzianym przez ustawę Pzp, nie zaś zlecenia tego zakresu innemu, dowolnemu wykonawcy bądź wykonawcom, z którymi zamawiający ma podpisane umowy na inny przedmiot zamówienia.

Ponadto, Prezes Urzędu wskazując na treść art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, argumentował, że zamawiający jest zobowiązany do udzielenia zamówienia tylko temu wykonawcy, który brał udział w prowadzonym przez niego postępowaniu w ramach danej części zamówienia. Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na 12 części, z których każda stanowiła odniesienie do alokacji środków, przeznaczonych na utworzenie funduszu szczegółowego w ramach poszczególnych obszarów. Kontrolujący podkreślił, że przeprowadzenie postępowania z podziałem na części nie stanowi podstawy do uznania, iż w ramach Prawa Opcji 2, np. w części XII Zamawiający ma możliwość powierzenia wykonania zadania obsługi portfela pożyczek udzielonych przez innego partnera finansującego w ramach Projektu na podstawie Prawa Opcji 2 wybranemu wykonawcy w ramach innej z części.

Ponadto Prezes Urzędu wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu zaniechanie przez Zamawiającego określenia w dokumentach zamówienia postanowień odnoszących się do konieczności weryfikacji możliwości powierzenia Wykonawcy zadania obsługi portfela pożyczek udzielonych przez innego Partnera Finansującego w ramach Prawa Opcji 2, zarówno w zakresie łącznego spełniania warunków udziału w postępowaniu w przypadku jednoczesnego ubiegania się o kilka części zamówienia, oznacza skorzystanie przez Zamawiającego z Prawa Opcji nr 2 bez zastosowania procedur weryfikacji wykonawców, które zostały szczegółowo określone w przypadku sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w przypadku ubiegania się przez wykonawcę o udzielenie zamówienia na więcej niż jedną część, poprzez wymóg łącznego spełnienia warunków na wszystkie części, na które wykonawca złożył swoją ofertę. Powyższe stwierdzenie dodatkowo unaocznia fakt, iż zakres usług przypisanych do Prawa Opcji 2, mógłby zostać powierzony do realizacji innemu wykonawcy, który nie mógłby go uzyskać ze względu na ww. ograniczenia oraz warunki przewidziane dla wykonawców na etapie przetargu.

Odnosząc się do zakwestionowania oceny Prezesa Urzędu co do tego, że sporne naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania, Prezes Urzędu wskazał, że w tym postępowaniu Zamawiający nie opisał warunków dopuszczalności wyboru wykonawcy do realizacji Prawa Opcji 2 poprzez precyzyjne i jednoznaczne postanowienie w dokumentacji postępowania. Natomiast w opisie kryterium oceny ofert, tj. „Kryterium III – Wynagrodzenie za przejęcie obsługi przejętego portfela pożyczek w ramach Prawa Opcji nr 2 – „W2” – waga 5 %

- maksymalnie 5 pkt” w Części XV SWZ Zamawiający wskazał, iż „(...) wymaga, aby Wykonawca zaoferował wynagrodzenie za przejęcie obsługi portfela pożyczek przejętego od innego partnera finansującego. Ocenie podlegać będzie cena oferty brutto. Określając poziom wynagrodzenia Wykonawca powinien uwzględnić wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia. W ramach tego kryterium oferta może otrzymać maksymalnie 5 pkt. Określając poziom wynagrodzenia Wykonawca powinien uwzględnić wszystkie koszty związane z realizacją Prawa Opcji nr 2, przy założeniu, że cena jednostkowa jest ceną brutto (tj. musi zawierać wszelkie obciążenia publicznoprawne wymagane przepisami prawa). W ramach przedmiotowego kryterium punkty zostaną obliczone na podstawie wskazanych przez Wykonawcę stawek wynagrodzenia za przejęcie jednej transakcji, tj. zawartej umowy pożyczki oraz pozytywnej decyzji, w ramach której umowa pożyczki nie została zawarta do dnia przejęcia transakcji. Oferta zawierająca najniższą stawkę wynagrodzenia otrzyma 5 pkt, pozostałe oferty proporcjonalnie mniej, zgodnie ze wzorem: (...)”.

Prezes Urzędu przypomniał, że w przedmiotowym postępowaniu wynagrodzenie za obsługiwanie przejętego portfela pożyczek w ramach Prawa Opcji nr 2 podlegało punktacji w ramach kryterium oceny ofert, zaś przyznane punkty mogły mieć wpływ na łączną punktację przyznaną wykonawcom.

W konsekwencji w niniejszym postępowaniu dokumenty zamówienia nie zawierały wyraźnych i precyzyjnych uregulowań dotyczących opcjonalnej części zamówienia w ramach Prawa Opcji 2, żeby wykonawcy składający ofertę w postępowaniu mieli możliwość prawidłowego wycenienia swojej oferty, z uwzględnieniem pełnego jej zakresu, tj. zamówienia pewnego oraz zamówienia objętego Prawem Opcji 2.

Wobec powyższego, w ocenie Prezesa Urzędu sporne naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania, ponieważ wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązani byli do wyceny w swojej ofercie wynagrodzenia za przejęcie obsługi przejętego portfela pożyczek w ramach Prawa Opcji nr 2, które podlegało ocenie w ramach kryterium „W2” z wagą 5%.

Krajowa Izba Odwoławcza, po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w przedmiotowej sprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności poczynić należy uwagę, że zastrzeżenia zostały wniesione w ograniczonym zakresie, tj. dotyczą tylko naruszenia nr 3, nr 5 i nr 6. Stąd też, pozostałe stwierdzone naruszenia, co do których Prezes Urzędu w odpowiedzi na zastrzeżenia podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej, zostają poza zakresem rozpoznania przez Izbę.

Ustalenia faktyczne są bezsporne, spór dotyczy tylko dokonanej przez Prezesa Urzędu oceny prawnej.

Uznając, wobec powyższego, ustalenia faktyczne dokonane przez Kontrolującego za prawidłowe, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż zastrzeżenia do wyniku kontroli uprzedniej zgłoszone w dniu 30 listopada 2023 r. przez Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Ad naruszenia nr 3

Krajowa Izba Odwoławcza podziela stanowisko wyrażone przez Prezesa Urzędu w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej, które zostało podtrzymane w odpowiedzi na zastrzeżenia.

W ocenie składu orzekającego, wyjaśnienia podane przez Zamawiającego w treści zastrzeżeń z 30 listopada 2023 r. nie zasługują na uwzględnienie w świetle brzmienia przepisu art. 125 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, że oświadczenie, o którym mowa w art. 126 ust. 1 stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, odpowiednio na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe oraz w świetle art. 126 ust. 1 ustawy Pzp.

Jak natomiast trafnie wskazał Prezes Urzędu w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej, oświadczenie wykonawcy, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia Ministra rozwoju, pracy i technologii z 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, zawiera informacje aktualne na moment złożenia podmiotowych środków dowodowych w wyniku wezwania, o którym mowa w art. 126 ust. 1 ustawy Pzp. O powyższym stanowi wprost przepis art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, odnoszący się do podmiotowych środków dowodowych, a zatem również do oświadczenia z § 2 ust. 1 pkt 7 ww. rozporządzenia, który przesądza, że podmiotowe środki dowodowe muszą być aktualne na dzień ich złożenia.

Wobec treści stanowiska wyrażonego przez Zamawiającego w zastrzeżeniach z 30 listopada 2023 r. do Informacji o wyniku kontroli uprzedniej, którego treść sugeruje jakoby Zamawiający mógł utożsamiać oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ustawy Pzp (JEDZ) z podmiotowymi środkami dowodowymi, do których odnosi się art. 126 ustawy Pzp i o których mowa w rozporządzeniu, Izba za zasadne uznała przypomnieć, że zgodnie z treścią art. 7 pkt 17 ustawy Pzp, pod pojęciem podmiotowych środków dowodowych należy rozumieć środki służące potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, z wyjątkiem oświadczenia, o którym

mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp.

W świetle powyższego, Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia stanowiska Zamawiającego wyrażonego co do naruszenia nr 3 w piśmie z 30 listopada 2023 r.

Ad naruszenia nr 5

Krajowa Izba Odwoławcza w pełni podziela stanowisko Prezesa Urzędu wyrażone zarówno w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej i w odpowiedzi na zastrzeżenia.

Uzupełniając wskazać należy, że przepis art. 91 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający może ograniczyć liczbę części, którą można udzielić jednemu wykonawcy, pod warunkiem że maksymalną liczbę części, jaka może być udzielona jednemu wykonawcy, wskaże w ogłoszeniu o zamówieniu, a w przypadku trybu negocjacji bez ogłoszenia - w zaproszeniu do negocjacji. Przepis jest więc skierowany wprost do zamawiającego i zawiera warunek, jaki musi zostać spełniony przez zamawiającego, aby możliwe było ograniczenie przez niego liczby części zamówienia, jaka może zostać udzielona jednemu wykonawcy.

W ocenie składu orzekającego, Prezes Urzędu słusznie ocenił, że nie może stanowić usprawiedliwienia dla odstąpienia przez Zamawiającego w okolicznościach tej sprawy od realizacji dyspozycji ww. przepisu okoliczność, iż konstrukcja formularza ogłoszenia o zamówieniu rzekomo nie pozwalała na zamieszczenie tej informacji z uwagi na ograniczenie liczby znaków. Zdaniem Izby, Prezes Urzędu prawidłowo wskazał, że formularz ogłoszenia o zamówieniu, choć cechuje się ustalonym porządkiem, pozwala na zamieszczenie informacji uzupełniających odnośnie maksymalnej liczby części, jaka może być udzielona jednemu wykonawcy w Sekcji VI.3) w informacjach dodatkowych, w zakresie który przekraczał dopuszczalną liczbę znaków w Sekcji II.1.6) formularza.

Podkreślić przy tym należy, że ustawa Pzp stanowi jakie informacje muszą zostać przez zamawiającego wskazane w treści ogłoszenia o zamówienia, a jakie w treści specyfikacji warunków zamówienia. Zwrócić też należy, że dla potencjalnych wykonawców ogłoszenie o zamówieniu częstokroć jest pierwszym dokumentem zamówienia, z którego czerpią oni podstawowe informacje na temat danego postępowania o zamówienie dlatego tak istotne jest w ocenie Izby, aby dokument ten każdorazowo zawierał wymagane ustawą informacje.

Z tych względów Izba uznała stanowisko Prezesa Urzędu w okolicznościach tej sprawy za prawidłowe, a zastrzeżenia za niezastępujące na uwzględnienie.

Ad naruszenia nr 6

W zakresie naruszenia stwierdzonego w pkt 6 Informacji o wyniku kontroli uprzedniej, Izba podziela w całości stanowisko Prezesa Urzędu wyrażone zarówno w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej i w odpowiedzi na zastrzeżenia i przyjmuje je za własne. Stanowisko Prezesa Urzędu jest obszerne, wyczerpujące, poparte wnikliwą analizą okoliczności faktycznych wynikających z dokumentów zamówienia, a dokonana ocena prawna, jest zdaniem Izby trafna.

Uzupełniając wskazać należy, że w okolicznościach tej sprawy Zamawiający nie opisał Prawa opcji 2 w sposób prawidłowy. Jak stanowi bowiem przepis art. 441 ust. 1 ustawy

Pzp, zamawiający może skorzystać z opcji, jeżeli przewidział opcję w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia w postaci zrozumiałych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które łącznie spełniają następujące warunki:

- 1) określają rodzaj i maksymalną wartość opcji;
- 2) określają okoliczności skorzystania z opcji;
- 3) nie modyfikują ogólnego charakteru umowy.

Dodatkowo, jak stanowi ust. 2 czynności dokonane na podstawie postanowień umownych przewidujących opcje z naruszeniem ust. 1 podlegają unieważnieniu.

Ponadto, zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Mając na uwadze powyższe, a także poczynione w sprawie ustalenia faktyczne, zdaniem Izby, Prezes Urzędu trafnie wskazał, że Zamawiający w okolicznościach tej sprawy dopuścił się naruszenia art. 441 ustawy Pzp i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp.

Analizując poszczególne przesłanki wskazane w art. 441 ust. 1 ustawy Pzp, w ocenie Izby, Prezes Urzędu zasadnie wskazał, że nie zostały one spełnione tak, aby można było uznać prawidłowość opisu Prawa Opcji 2. Głównym argumentem jest tutaj okoliczność, że sam Zamawiający wskazał, iż konieczne jest zawarcie aneksu do umowy z wykonawcą (vide §14 ust. 1 PPU). Nie jest wobec powyższego spełniona przesłanka wskazana w art. 441 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Jak słusznie bowiem wskazał Prezes Urzędu prawo opcji to zastrzeżenie umowne, które daje zamawiającemu prawo do jednostronnego kształtowania zakresu zamówienia, bez konieczności modyfikacji (aneksowania) umowy o zamówienie, co w okolicznościach tej sprawy nie ma miejsca.

Ponadto, mając na uwadze stanowisko Zamawiającego wskazane w piśmie z 15 listopada 2023 r., zgodnie z którym motywacją Zamawiającego przy wprowadzeniu Prawa opcji 2, była chęć zabezpieczenia możliwości realizacji części zamówienia objętej opcją w przypadku, gdy inny wykonawca działający na podstawie odrębnej umowy nie jest w stanie z różnych powodów tej umowy realizować, stwierdzić należy, że Prawo opcji 2 było w okolicznościach tej sprawy dla Zamawiającego narzędziem do zabezpieczenia ewentualnej potrzeby pilnego przejęcia zawartych umów pożyczkowych oraz zawarcia umów pożyczkowych w przypadku wydania pozytywnej decyzji. Nie sposób pominąć, że miało się to odbyć na wskazanych przez Zamawiającego warunkach w § 2 ust. 1 – 3 Realizacji przedmiotu Prawa Opcji nr 2. Tymczasem ustawa Pzp przewiduje narzędzia, jakimi może się posłużyć zamawiający w przypadku wystąpienia tego rodzaju okoliczności. W tym zakresie słusznie wskazał Prezes Urzędu w odpowiedzi na zastrzeżenia, że zwykle tego rodzaju sytuacje prowadzą do udzielenia nowego zamówienia wykonawcy wyłonionemu zgodnie z ustawą Pzp w jednym z trybów tam wskazanych (tj. w trybie konkurencyjnym, bądź – po spełnieniu ustawowych przesłanek - w trybie niekonkurencyjnym). Prawo opcji nie jest więc narzędziem

do realizacji tego rodzaju potrzeb zamawiającego, co w okolicznościach tej sprawy zdaje się, że Zamawiający chciał osiągnąć. Dokonana przez Prezesa Urzędu ocena, zgodnie z którą w okolicznościach tej sprawy „(...) Prawo opcji 2 przewidziane w przedmiotowym postępowaniu polegające na powierzeniu wykonawcy zadania obsługi portfela pożyczek udzielonych przez innego partnera finansującego w ramach Projektu nie stanowi zwiększenia zakresu całkowitego zamówienia (zakres „opcjonalny” to jednocześnie zakres podstawowy), lecz zmianę wykonawcy realizującego zakres podstawowy na inny podmiot, którego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza w ramach danej części zamówienia”, jest w ocenie składu orzekającego prawidłowa. W istocie bowiem efektem realizacji Prawa opcji 2 byłoby rozdzielenie umów pożyczek (już zawartych i mających być zawartych z uwagi na pozytywną decyzję) objętych zakresem danej części zamówienia, na wykonawcę realizującego inną część zamówienia. W tym miejscu przypomnieć należy, że w przypadku podziału zamówienia na części zamawiający udziela oddzielnych zamówień, tj. na każdą część. Zatem stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym Prawo opcji 2 ma obejmować zwiększenie zamówienia na inną część zamówienia, o liczbę umów pożyczek z innej części zamówienia, która z różnych powodów napotkała przeszkody w dalszej realizacji, zmierza w istocie do zastąpienia wykonawcy jednego zamówienia (jednej części zamówienia, objętego osobną umową), wykonawcą realizującym inne zamówienia (inną część zamówienia, na którą została zawarta inna, osobna umowa).

Izba podziela również w całości stanowisko Prezesa Urzędu w zakresie pozostałych aspektów stwierdzonego naruszenia. Niemniej jednak, zdaniem Izby, słusznie podniósł Zamawiający w zastrzeżeniach z 30 listopada 2023 r., że z Informacji o wyniku kontroli uprzedniej, nie wynika jak postanowienia o Prawie opcji 2 mogły wpłynąć na wynik postępowania. Dostrzec przy tym należy, że w odpowiedzi na zastrzeżenia z 14 grudnia 2023 r., Prezes Urzędu znacznie rozbudował stanowisko lakonicznie wskazane w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej co do wpływu stwierdzonego naruszenia na wynik postępowania, przedstawiając argumentację nieujawnioną w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej, co uniemożliwiło Zamawiającemu polemikę z oceną stwierdzonego naruszenia, we wniesionych zastrzeżeniach. Innymi słowy, Prezes Urzędu dopiero w odpowiedzi na zastrzeżenia uzasadnił swoje stanowisko w zakresie wpływu na wynik postępowania stwierdzonego naruszenia nr 6.

Z tych względów, w ocenie składu orzekającego zastrzeżenia Zamawiającego zgłoszone pismem z 30 listopada 2023 r., w zakresie naruszenia nr 6 nie zasługiwały na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza – działając na podstawie art. 610 ust. 3 w zw. z art. 617 ustawy Prawo zamówień publicznych – wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodnicząca:

Członkowie: