

WYROK
z dnia 29 kwietnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 kwietnia 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 kwietnia 2015 r. przez **A. P., B. B., A. J.-M., prowadzących działalność gospodarczą pod firmą B2B TAX Kancelaria Doradców Podatkowych s.c. B. B., A. J.-M., A. P., ul. Korfanteo 51, 40-160 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez **Łódzka Spółka Infrastrukturalna sp. z o.o., ul. Piotrkowska 190, 90-368 Łódź**

przy udziale wykonawcy **Grupa G. - Kancelaria Prawa Finansowego Sp. z o.o., ul. Matejki Jana 4, 40-077 Katowice** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 747/15 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**

2. kosztami postępowania obciąża **A. P., B. B., A. J.-M., prowadzących działalność gospodarczą pod firmą B2B TAX Kancelaria Doradców Podatkowych s.c. B. B., A. J.-M., A. P., ul. Korfanteo 51, 40-160 Katowice** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **A. P., B. B., A. J.-M., prowadzących działalność gospodarczą B2B TAX Kancelaria Doradców Podatkowych s.c. B. B., A. J.-M., A. P.k, ul. Korfanteo 51, 40-160 Katowice** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

1

Przewodniczący:

2

Sygn. akt: KIO 747/15

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „*Audyt podatkowy ŁSI sp. z o.o. za rok 2014*”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 24 lutego 2015 r. pod numerem 40844-2015.

W przedmiotowym postępowaniu Wykonawcy, wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (dalej „Odwołujący”) wnieśli odwołanie wobec czynności wykluczenia z postępowania i zarzucając Odwołującego odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z przepisem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania z uwagi na niesłuszne przyjęcie, iż Odwołujący nie spełnia warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu, co skutkowało odrzuceniem oferty Odwołującego;
2. art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt. 3 w zw. z przepisem art. 7 ust 1 ustawy Pzp przez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania z uwagi na

niczym nieuzasadnione przyjęcie, iż Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, co skutkowało odrzuceniem oferty Odwołującego;

3. art. 89 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego niepodlegającego wykluczeniu;
4. art. 92 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez poinformowanie Odwołującego o fakcie wykluczenia jego oferty jedynie poprzez uzasadnienie prawne, tj. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, z pominięciem informacji o faktycznym powodzie (powodach) swojej decyzji, do czego zobowiązuje go dyspozycja przepisu art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp;
5. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej na skutek oceny ofert przeprowadzonej w sposób niezgodny z zapisami SIWZ, w sposób dyskryminujący Odwołującego i nie mający logicznego uzasadnienia.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania ponownego badania i oceny ofert, z

3

uwzględnieniem oferty Odwołującego;

2. zwrot kosztów zastępstwa procesowego przez Krajową Izbą Odwoławczą zgodnie z załączonym spisem kosztów i załączoną fakturą.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podał, że Zamawiający wykluczając Odwołującego z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp wskazał, iż Wykonawca nie dostarczył żadanego zaświadczenia potwierdzającego spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia, wynikającego z SIWZ. W szczególności Wykonawca nie przedłożył zaświadczenia potwierdzającego należyte wykonanie usługi audytu podatkowego w Dąbrowskich Wodociągach Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej (dawniej: Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Dąbrowie Górniczej), wydanego przez ISP - Audyt Sp. z o.o. jako byłego pracodawcy Wykonawcy – A. P. . W opinii Zamawiającego, Wykonawca – A. P. nie posiadał prawa posłużenia się w tym względzie oświadczeniem, gdyż nie zaistniały okoliczności upoważniające go do tego, zgodne z ustawą Pzp.

Odwołujący podniósł, iż Zamawiający w celu udowodnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia odmówił posłużenia się zaświadczeniem wydanym przez Dąbrowskie Wodociągi, w którym te stwierdzają, iż jeden z Wykonawców - Pan A. P. „(...) przeprowadził audyt podatkowy w Spółce w zakresie podatku od towarów i usług oraz podatku od nieruchomości za 2011 r., co zostało udokumentowane protokołem z dnia 30 marca 2012 r. Usługa została wykonana w sposób należyty.”

W ocenie Odwołującego, przedmiotowa decyzja Zamawiającego jest błędna, gdyż zaświadczenie, którego żądał Zamawiający nie było niezbędne dla uznania warunku spełnienia wymagań SIWZ, bowiem doświadczenie to w wystarczającym stopniu potwierdzone zostało poświadczeniem z dnia 30 stycznia 2015 r., uzyskanym od Dąbrowskich Wodociągów, w którym Spółka ta stwierdza, iż Pan A. P. „(...) przeprowadził audyt podatkowy w Spółce w zakresie podatku od towarów i usług oraz podatku od nieruchomości za 2011 r., co zostało udokumentowane protokołem z dnia 30 marca 2012 r. Usługa została wykonana w sposób należyty.” W poświadczeniu Spółka oświadczyła dodatkowo, że działa w sektorze wodno-kanalizacyjnym, a w roku obrotowym 2011 osiągnęła przychody ze sprzedaży powyżej 50.000.000,00 PLN oraz że jest właścicielem sieci, obiektów i urządzeń przesyłowych infrastruktury wodno-kanalizacyjnej o wartości netto powyżej 100.000.000,00 PLN.

Odwołujący wyjaśnił, iż zgodnie z SIWZ warunek wiedzy i doświadczenia został scharakteryzowany jako wykazanie się:

- wykonaniem w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 1 usługi, której

4

przedmiotem było przeprowadzenie audytu podatkowego podmiotu z sektora wodno-kanalizacyjnego, który w danym roku obrotowym osiągnął przychody ze sprzedaży powyżej 50.000.000,00 PLN oraz jest właścicielem sieci, obiektów i urządzeń przesyłowych infrastruktury wodno-kanalizacyjnej o wartości netto powyżej 100.000.000,00 PLN.

W opinii Odwołującego, zaświadczenie uzyskane od Dąbrowskich Wodociągów całkowicie i bezspornie potwierdza fakt spełnienia przez Wykonawcę – A. P. warunku wiedzy i doświadczenia scharakteryzowanego w SIWZ, Zamawiający nie posiadał więc prawa do żądania przedłożenia dodatkowych oświadczeń.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający błędnie nie dostrzega, że świadczenie pracy przez doradcę podatkowego (podobnie jak przez radcę prawnego) w ramach stosunku pracy oznacza, że doradca podatkowy jest poddany specyficznej - podwójnej regulacji prawnej: po pierwsze, podlega ustawie z dnia 5 lipca 1996 r. o doradztwie podatkowym (tj. Dz. U. z 2011 r., Nr 41, poz. 213 z późn. zm., dalej zwana „ustawą o doradztwie”), Zasadom Etyki Doradców Podatkowych oraz przepisom innych aktów wydanych przez organy samorządu zawodowego, odnoszących się do wykonywania tego zawodu, a po drugie, ustawodawstwu prawa pracy, a w szczególności kodeksowi pracy.

Odwołujący podkreślił, że samodzielność wykonywania zawodu doradcy podatkowego (tak samo zresztą, jak i adwokata oraz radcy prawnego), jest zagwarantowana ustawowo. Umowa o pracę z doradcą podatkowym nigdy nie będzie w pełni odzwierciedlała ustawowej definicji stosunku pracy z przepisu art. 22 kodeksu pracy. Jest to bowiem specyficzna forma stosunku pracy, która nie powoduje zależności zawodowej doradcy podatkowego od podmiotu, z którym jest związany umową o pracę, dlatego bez względu na to, jaką nazwę nosi umowa zawierana z doradcą podatkowym, jego usługi na rzecz pracodawcy są wykonywane samodzielnie. Samodzielność ta jest gwarantowana ustawowo.

Dla przykładu Odwołujący wskazał, iż zgodnie z przepisem art. 31 ust. 1b ustawy o doradztwie podatkowym, doradca podatkowy nie jest związany poleceniem co do treści udzielanych porad, opinii lub wyjaśnień. Stosownie do treści przepisu art. 41 ustawy o doradztwie podatkowym w postępowaniu przed organami administracji publicznej w sprawach obowiązków podatkowych i celnych oraz w sprawach egzekucji administracyjnej związanej z tymi obowiązkami pełnomocnikiem podatnika, płatnika, inkasenta oraz osób, o których mowa w art. 2 ust. 1a, może być również doradca podatkowy. Doradca podatkowy jest uprawniony do występowania w charakterze pełnomocnika w postępowaniu w zakresie sądowej kontroli decyzji, postanowień i innych aktów administracyjnych dotyczących spraw, o których mowa w zdaniu poprzednim.

Dodatkowo art. 5 ust. 1 Zasad Etyki Doradców Podatkowych stanowi, że: Doradca podatkowy wykonuje zawód w sposób niezależny. W swoich decyzjach podlega jedynie przepisom prawa i zasadom etyki doradców podatkowych. (...)

5

Odwołujący zwrócił uwagę, że idea wykonywania wolnego zawodu z niezależnością, jaką doradca podatkowy ma zagwarantowaną ustawowo, zdaje się odbiegać od pojęcia stosunku pracy w jego tradycyjnym ujęciu. Stąd też stosunek pracy, jaki łączy doradcę podatkowego z pracodawcą, jest szczególny. W wielu aspektach różni się od tego tradycyjnego w rozumieniu kodeksu pracy. Różnice te dotyczą przede wszystkim kwestii podporządkowania doradcy podatkowego, zarówno w odniesieniu do czasu, miejsca, jak i sposobu wykonywania pracy. Wyrażone przez kogokolwiek polecenia czy wskazówki nie zwalniają doradcę podatkowego z obowiązku rzetelnego i uczciwego wykonywania czynności. Dodatkowo, od doradcy podatkowego wymaga się nieulegania wpływom z zewnątrz, co więcej nie może on odstępować od tych zasad celem zadowolenia klienta.

Stosownie do tych regulacji pracodawca nie może także polecać doradcy wykonania czynności wykraczającej poza zakres wynikający z ustawy o doradztwie podatkowym. Wobec braku takiego bezpośredniego nadzoru i podporządkowania służbowego doradcy podatkowego, będącego pracownikiem, doświadczenie i wiedza nabyta przez niego nie mogą zostać uznane za doświadczenie pracodawcy. Doradca podatkowy ponosi odpowiedzialność za wszelkie swoje czynności wykonywane w trakcie świadczenia usług doradztwa podatkowego, nie tylko przed pracodawcą, ale i podlega kontroli samorządu zawodowego z punktu widzenia należytego wykonania zawodu doradcy podatkowego jako zawodu zaufania publicznego. Nie ma znaczenia, czy usługa wykonywana jest przez doradcę podatkowego na podstawie umowy o pracę czy innej umowy cywilnoprawnej bądź w ramach świadczenia usług z ramienia kancelarii. We wszystkich ww. przypadkach

doświadczenie w wykonywaniu czynności realizowanych w ramach danej umowy nabywa osoba, która te czynności bezpośrednio wykonuje, czyli w tym przypadku doradca podatkowy.

Ponadto, w każdym z tych przypadków doradca podatkowy jest zobowiązany do należytego wykonania czynności niezależnie od tego, jaka jest formalna podstawa jego działania. W związku z tym nie ulega wątpliwości, w ocenie Odwołującego, że Wykonawca - doradca podatkowy – A. P. posiada wymagane doświadczenie. A skoro takie doświadczenie posiada, to może udostępnić je pozostałym Wykonawcom w zakresie niezbędnym do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący podał, że wyrok w niemalże identycznej sprawie zapadł już przed KIO (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 marca 2014 r., sygn. akt: KIO 427/14), z tą jednak różnicą, że dotyczył on radcy prawnego, jednak wywody w nim zawarte są aktualne w odniesieniu do zawodu doradcy podatkowego - oba zawody cechuje bowiem swoboda w ich wykonywaniu w jakiegokolwiek formie (czy to na podstawie umowy o pracę czy samodzielnie wykonywanej działalności). W powołanym wyroku Izba nie podzieliła zastrzeżeń Zamawiającego, że radca prawny, który udostępnił Odwołującemu wiedzę i doświadczenie,

6

nie miał możliwości przekazania doświadczenia, na które się powołuje, bowiem świadczył pracę w Komendzie Wojewódzkiej Policji w Szczecinie na podstawie stosunku pracy.

Stwierdzenie Zamawiającego, jakoby podmiotem przeprowadzającym, a zarazem odpowiedzialnym za sporządzenie raportu z przeprowadzonego audytu podatkowego w ramach umowy z dnia 15 listopada 2011 r. znak LK/U/0008/11/BSF był Instytut Studiów Podatkowych ISP - Audyt Sp. z o.o. w obliczu postawionych wywód, zdaniem Odwołującego, uznać należy za całkowicie bezpodstawne.

Według twierdzeń Odwołującego, Wykonawca – A. P., czynny doradca podatkowy wykonał samodzielnie (co, w jego ocenie, potwierdzają załączone dowody w postaci korespondencji e-mail z zarządem ISP - Audyt) czynność audytu podatkowego w podatku od towarów i usług oraz w podatku od nieruchomości w siedzibie Usługobiorcy (Dąbrowskich Wodociągów). Odwołujący podkreślił, że czynność tę wykonywał jako doradca podatkowy, musiał się więc kierować zarówno zasadami etyki doradców podatkowych, jak i zapisami ustawy o doradztwie podatkowym. Posiadał także samodzielność, co do sposobu przeprowadzenia badania i ciążyła na nim odpowiedzialność za należyte zidentyfikowanie ewentualnych problemów Usługobiorcy (Wykonawca posiadał polisę od ewentualnej szkody, jakiej mógł się dopuścić wykonując czynność doradztwa).

Odwołujący podał, że posiada również dowody w postaci korespondencji e-mail, z której jednoznacznie wynika, że był on odpowiedzialny za sporządzenie raportu z przeprowadzonego audytu (przedłożone wraz z odwołaniem).

Odwołujący podniósł, że choć znane były Zamawiającemu wskazane wyżej dowody, nie odniósł się do nich wcale w piśmie z dnia 8 kwietnia 2015 r. informującym o wykluczeniu Odwołującego z procedury przetargowej, przyjmując za prawdziwe oświadczenie wynikające z pisma ISP - Audyt Spółka z o.o. oraz opierając się na własnych domniemaniach (w postaci stwierdzenia, że Odwołujący był tylko jednym z członków zespołu, a podmiotem przeprowadzającym a zarazem odpowiedzialnym za sporządzenie raportu był ISP - Audyt Spółka z o.o.)

Dalej Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nie miał prawa żądać dostarczenia dodatkowych zaświadczeń od Wykonawcy w postaci, np.: zaświadczenia od Spółki ISP - Audyt o należyтым wykonaniu usługi. Skoro z przedstawionych Zamawiającemu dowodów wynika, że Wykonawca wykonał usługę audytu samodzielnie (co potwierdzają przedstawione wywody dotyczące samodzielności zawodu doradcy podatkowego oraz z załączone dowody w postaci korespondencji e-mail z przedstawicielami ISP - Audyt - asystentem zarządu i prezesem zarządu) to, zdaniem Odwołującego, należy stwierdzić, że przedstawione zaświadczenie Dąbrowskich Wodociągów było wystarczającym dowodem na wykonanie w sposób należyty usługi wymienionej w SIWZ.

Zdaniem Odwołującego, można postawić tezę, że Wykonawca A. P. - wykonywał

7

swe obowiązki podczas audytu w Dąbrowskich Wodociągach niejako jako podwykonawca ISP - Audyt, a to wskazany Wykonawca (A. P.) *de facto* wykonał czynności faktyczne

doradztwa podatkowego, podczas audytu w siedzibie usługobiorcy i podczas sporządzania raportu podatkowego, a ISP - Audyt wystąpił w roli wykonawcy.

Odwołujący podkreślił, że orzeczenia KIO są w tym przedmiocie jednoznaczne - należy uznać takie doświadczenie, jeżeli wykonywane prace przez podwykonawcę odpowiadają treści SIWZ. Dla przykładu Odwołujący wskazał na następujące orzeczenia KIO: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 czerwca 2010 r., sygn. akt. KIO 1073/10; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 maja 2011 r., sygn. akt. KIO 984/11; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 grudnia 2010 r., sygn. akt. KIO 2563/10; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 maja 2010 r., sygn. akt. KIO 777/10.

Odwołujący podkreślił, że Krajowa Izba Odwoławcza bardzo często w swoich rozstrzygnięciach zajmowała się problematyką nabywania doświadczenia przez podmioty wykonujące usługi w ramach konsorcjum. Jakkolwiek, kwestia ta nie znajduje bezpośredniego zastosowania w niniejszej sprawie, to w ocenie Odwołującego, z uwagi na kwestionowanie wykazywania się przez Odwołującego doświadczeniem nabytym w ramach pracy dla ISP - Audyt Sp. z o.o., sposób podejścia do podobnych kwestii w przypadku usług wykonywanych w ramach konsorcjum powinien zostać uwzględniony także w niniejszym przypadku.

Odwołujący zwrócił uwagę, że przepisy ustawy Pzp nie wskazują jednoznacznie, jak należy oceniać doświadczenie zdobyte w ramach konsorcjum, w tym względzie rozstrzygające jest orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Wskazuje ono, że członek konsorcjum, będąc solidarnie odpowiedzialnym za realizację całego zamówienia, nabywa doświadczenie w jego realizacji, nie zaś tylko doświadczenie związane z pewnym zakresem prac, jakie wykonał samodzielnie. Odwołujący wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lutego 2008 r., sygn. akt. KIO/UZP 99/08; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 września 2008 r., sygn. akt. KIO/UZP 886/08, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 lutego 2009 r., sygn. akt. KIO/UZP 111/09.

Odwołujący podał, że mając na względzie solidarną odpowiedzialność konsorcjantów za wykonane zamówienie, wyroki Krajowej Izby Odwoławczej wskazują na konieczność uwzględnienia w stosunku do poszczególnych członków konsorcjum doświadczenia zdobytego w trakcie jego realizacji. Wynika z tego wniosek, że doświadczenie nabyte w trakcie pozostawania w konsorcjum jest doświadczeniem każdego z jego członków i każdy ma prawo się nim wykazywać odnośnie spełniania warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego, w niniejszej sprawie szczególnie dotkliwie widoczne są skutki odmiennego podejścia Zamawiającego do kwestii związanej z wykazaniem doświadczenia przez Odwołującego - sprzecznej z przytoczonymi wyżej wyrokami.

8

Odwołujący podniósł, iż przy podejściu zaproponowanym przez Zamawiającego, wymaganym doświadczeniem mogą wylegitymować się podmioty formalnie wykonujące usługę audytu, niezależnie od aktualnie posiadanych zasobów ludzkich (tj. niezależnie od tego, czy podmioty te aktualnie zatrudniają osoby, posiadające doświadczenie przy wykonywaniu usług audytu w zakresie wskazanym w SIWZ), a wyklucza się z udziału w przetargu osoby, co do których ponad wszelką wątpliwość wykazane zostało, że faktycznie posiadają wymagane doświadczenie nabyte przy wykonaniu audytu. W konsekwencji, dochodzi do faktycznego ograniczenia konkurencji, wyłącznie na rzecz największych podmiotów.

Odwołujący podniósł, że poprzez poinformowanie Odwołującego o fakcie wykluczenia z postępowania jedynie poprzez uzasadnienie prawne, tj. wskazanie przepisu art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp, z pominięciem informacji o faktycznym powodzie (powodach) decyzji, do czego zobowiązuje dyspozycja przepisu art. 92 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp, doszło do naruszenia przepisów postępowania w sposób mający wpływ na wynik postępowania.

Obowiązkiem zamawiającego wynikającym z art. 92 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp jest uzasadnienie faktyczne i prawne czynności polegającej na wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu. Taka czynność może być kwestionowana w drodze środka ochrony prawnej w postaci odwołania (art. 179 i n. ustawy Pzp). Odwołanie wobec czynności zamawiającego wnoszone jest w terminach zawitych, określonych w art. 182 ustawy Pzp, co oznacza, że zarzuty nie mogą być podnoszone po tym terminie. Ponadto, w świetle art. 192 ust. 7 ustawy Pzp - Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Taka regulacja prawna, w ślad za dotychczasowym orzecznictwem Izby, Sądów

Okręgowych oraz Trybunału Sprawiedliwości UE, przesądza, że uzasadnienie wykluczenia wykonawcy - czy też odrzucenia jego oferty - ma doniosły charakter. Warunkuje bowiem zakres składanych przez wykonawcę środków ochrony prawnej, gdyż w oparciu o jego treść wykonawca formułuje zarzuty i wskazuje ich uzasadnienie. Odwołujący podniósł, że sformułowane na etapie składania odwołania zarzuty są jedynymi, jakie mogą być rozstrzygane przez Izbę, związanie Izby granicami zarzutów odwołania ma bezpośrednie znaczenie dla umożliwienia wykonawcom zachowania swoich praw w postępowaniu. Tym samym wykonawca ma prawo, aby posiadać pełną wiedzę, jakimi przesłankami kierował się zamawiający wykluczając go z postępowania. Ustalenie zarzucanych przez zamawiającego uchybień złożonej oferty nie może być uzależnione od aktywności wykonawcy. Obowiązek wskazania precyzyjnych i wyczerpujących podstaw faktycznych i prawnych wykluczenia wykonawcy z postępowania spoczywa w całości na zamawiającym. W tym przedmiocie Odwołujący wskazał na: wyrok Sądu Okręgowego z dnia 15 lipca 2011 r., sygn. akt: XXIII Ga 416/11, wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 28 stycznia 2010 r. w

9

sprawie C- 406/08 Uniplex, wyrok KIO z dnia 17 sierpnia 2011 r., sygn. akt: KIO 1658/11.

Odwołujący podkreślił, że żaden przepis ustawy Pzp nie obliguje wykonawców do wglądu do protokołu postępowania, natomiast art. 92 ust 1 ustawy Pzp zobowiązuje zamawiającego do przekazania pełnego zakresu informacji, o których mowa w tym przepisie. W szczególności, nie spełnia wymogów zawiadomienia wykonawcy o przyczynach odrzucenia jego oferty, zawiadomienie wykonawcy o przyczynach odrzucenia jego oferty zawarte w odpowiedzi na odwołanie wręczone odwołującemu tuż przed otwarciem rozprawy na posiedzeniu. Brak uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty pozbawia wykonawcę możliwości weryfikacji prawidłowości decyzji zamawiającego o odrzuceniu jego oferty oraz możliwości przedstawienia pełnej argumentacji zmierzającej do wykazania prawidłowości złożonej oferty. W tym aspekcie Odwołujący wskazał na: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 5 grudnia 2011 r., sygn. akt: KIO 2503/11; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 maja 2014 r., sygn. akt: KIO 946/14.

Odwołujący podniósł, iż uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty powinno zawierać wskazanie faktów, które zamawiający uznał za udowodnione oraz dowodów, na których się oparł, a także przyczyn, dla których nie dał wiary dowodom przeciwnym. Uzasadnienie prawne powinno natomiast zawierać wyjaśnienie podstawy prawnej decyzji o odrzuceniu oferty z przytoczeniem przepisów ustawy Pzp. Uzasadnienie jest także jednym z elementów decyzji zamawiającego, w której zamawiający formułuje jej motyw: odrzucenia oferty. Podejmując decyzję o odrzuceniu oferty zamawiający powinien mieć na względzie art. 6 k.c., zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. W przypadku art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp ciężar udowodnienia faktu spoczywa na zamawiającym.

W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nie podał uzasadnienia faktycznego przyczyny wykluczenia Odwołującego, w trybie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, do czego obligował go przepis art. 24 ust 3 i art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, w szczególności nie wskazał, które informacje podane przez Wykonawców były w jego ocenie nieprawdziwe i jaki był ewentualnie ich wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Stanowi to rażące naruszenie przepisów ustawy Pzp, mające wpływ na wynik sprawy, gdyż Wykonawcy nie mogą domyślać się podstaw decyzji zamawiającego ani domniemywać zakresu stwierdzonych przez niego nieprawidłowości w ofertach.

Na marginesie Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 r., sygn. akt: XXIII Ga 416/11, sankcję wynikającą z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp można zastosować jedynie w określonych przypadkach, tj. w razie podania nieprawdziwych informacji mogących lub mających wpływ na wynik postępowania. Ponadto, w uzasadnieniu tego wyroku sądu czytamy, że zakładanie, iż każda nieprawdziwa informacja podana w toku postępowania, niezależnie od jej wagi, ma wpływ

10

na wynik postępowania jest bezpodstawne, gdyż „w świetle art. 24 ust 2 pkt 3 PZP przyjęcie domniemania faktycznego, iż wszelkie informacje składane są przez wykonawcę w celu uzyskania zamówienia są informacjami, które mogą mieć wpływ na wynik postępowania, jest w ogóle niedopuszczalne”.

Ponieważ Wykonawcy nie powinni zostać wykluczeni z postępowania przetargowego, naruszony został w opinii Odwołującego - także art. 89 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie wykluczeniu z oferty Odwołującego, niepodlegającego postępowania przetargowego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zamawiający postanowił, iż o udzielenie przedmiotowego zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykażą się wymaganą przez Zamawiającego wiedzą i doświadczeniem, tj. *„wykonaniem w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 1 usługi, której przedmiotem było przeprowadzenie audytu podatkowego podmiotu z sektora wodno-kanalizacyjnego, który w danym roku obrotowym osiągnął przychody ze sprzedaży powyżej 50 000 000 PLN oraz jest właścicielem sieci, obiektów i urządzeń przesyłowych infrastruktury wodno-kanalizacyjnej o wartości netto powyżej 100 000 000 zł” (rozdział V pkt 1 lit. b SIWZ).*

W celu potwierdzenia spełniania przedmiotowego warunku wykonawca winien złożyć *„wykaz wykonanych (zakończonych), głównych usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich przedmiotu i wartości, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane należycie – sporządzone na podstawie wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ” (rozdział VI pkt 1 lit. c SIWZ).* Jednocześnie Zamawiający zastrzegł, że *„dowodami, o których mowa powyżej w pkt c. są: a) poświadczenie; b) oświadczenie Wykonawcy – jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w pkt a). W przypadku, gdy Zamawiający jest podmiotem, na rzecz którego usługi wskazane w wykazie, o którym mowa w ust. 1 c niniejszego rozdziału, zostały wcześniej wykonane, Wykonawca nie ma obowiązku przedkładania dowodów, o których mowa w ust. 1 pkt c niniejszego rozdziału.”*

Odwołujący wraz z ofertą przedłożył Wykaz głównych usług, gdzie wskazał realizację audytu podatkowego w zakresie podatku VAT i podatku od nieruchomości na rzecz Dąbrowskich Wodociągów sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej. Celem potwierdzenia

11

należytego wykonania przedmiotowej usługi Odwołujący dołączył zaświadczenie z dnia 30 stycznia 2015 r., wydane przez Dąbrowskie Wodociągi sp. z o.o., z którego wynika, że *„Pan A. P. w ramach umowy z dnia 15 listopada 2011 r. zawartej z Instytutem Studiów Podatkowych M. i Wspólnicy – Audyt Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Kaleńkiej 8 (nr FK/U/0008/11/BSF) przeprowadził audyt podatkowy w Spółce w zakresie podatku od towarów i usług oraz podatku od nieruchomości za 2011 r., co zostało udokumentowane protokołem z dnia 30 marca 2012 r. Usługa została wykonana w sposób należyty. Oświadczamy, że działamy w sektorze wodno-kanalizacyjnym, a w roku obrotowym 2011 osiągnęliśmy przychody ze sprzedaży powyżej 50.000.000,00 PLN oraz że jesteśmy właścicielem sieci, obiektów i urządzeń przesyłowych infrastruktury wodno-kanalizacyjnej o wartości netto powyżej 100.000.000,00 PLN.”*

Pismem z dnia 10 marca 2015 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia *„wykazu głównych usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich przedmiotu, dat wykonania i podmiotów na rzecz których usługi zostały wykonane oraz załączeniem dowodów określających, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie – sporządzone na podstawie wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ. W przypadku, gdy Zamawiający jest podmiotem, na rzecz którego usługi wskazane w wykazie, zostały wcześniej wykonane, wykonawca nie ma obowiązku przedkładania dowodów, o których mowa w ust. 1 pkt b.”*

W uzasadnieniu wezwania Zamawiający wskazał, że: *„Zamawiający w Rozdziale 5 SIWZ poinformował, że w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu – posiadania wiedzy i doświadczenia wymaga wykonania w okresie ostatnich 3 lat*

przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 1 usługi, której przedmiotem było przeprowadzenie audytu podatkowego podmiotu z sektora wodno-kanalizacyjnego, który w danym roku obrotowym osiągnął przychody ze sprzedaży powyżej 50 000 000 PLN oraz jest właścicielem sieci, obiektów i urządzeń przesyłowych infrastruktury wodno-kanalizacyjnej o wartości netto powyżej 100 000 000 zł. Z załączonych dowodów nie wynika potwierdzenie spełniania przedmiotowego warunku, gdyż umowa na wykonanie wskazanej przez Wykonawcę usługi została zawarta pomiędzy Dąbrowskimi Wodociągami Sp. z o.o. a Instytutem Studiów Podatkowych M. i Wspólnicy – Audyt Sp. z o.o., w której zatrudniony był Pan A. P. . Wskazana usługa nie potwierdza wykonania usługi przez Wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia a przez Instytut Studiów Podatkowych M. i Wspólnicy – Audyt Sp. z o.o. W związku z powyższym, w celu wykazania spełniania warunków udziału w

12

postępowaniu Zamawiający wzywa do uzupełnienia dokumentów, tj. przedstawienia nowego wykazu usług bądź zaświadczenia wydanego przez Instytut Studiów Podatkowych M. i Wspólnicy – Audyt Sp. z o.o., potwierdzającego należyte wykonanie przedmiotowej usługi przez Pana A. P., wspólnika Spółki Cywilnej.”

W odpowiedzi (pismo z dnia 10 marca 2015 r.) Odwołujący przedłożył oświadczenie A. P. o następującej treści: „Ja, A. P., wspólnie ubiegający się o zamówienie znak: BZU.IG.2291-15/15 w ramach Spółki cywilnej B2B TAX Kancelaria Doradców Podatkowych niniejszym zaświadczam, iż wykonana przeze mnie usługa – przeprowadzenia audytu podatkowego w zakresie podatku od towarów i usług oraz podatku od nieruchomości za 2011 r. w Spółce Dąbrowskie Wodociągi w ramach umowy z dnia 15 listopada 2011 r. znak FK/U/0008/11/BSF zawartej z Instytutem Studiów Podatkowych M. i Wspólnicy – Audyt Spółka z o.o. została wykonana w sposób należyty. Oświadczam również, iż byłem osobą odpowiedzialną za należyte przeprowadzenie audytu i sporządzenie raportu z tegoż audytu.

Zgodnie z treścią SIWZ (a także ustawy Prawo zamówień publicznych), wykonawca w celu udowodnienia, że usługi zostały wykonane należyście, ma prawo złożyć oświadczenie, jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia. W opinii Wykonawcy nie ma on możliwości uzyskania zaświadczenia od Instytutu Studiów Podatkowych M. i Wspólnicy – Audyt Spółka z o.o., gdyż spółka takie zaświadczenie wydając działałaby na własną szkodę – Spółka Wykonawcy wykonuje obecnie usługi konkurencyjne do usług Instytutu.

W opinii Wykonawcy fakt należytego wykonania usługi został wystarczająco potwierdzony w zaświadczeniu załączonym do oferty, wystawionym przez samego odbiorcę usługi – Dąbrowskie Wodociągi. Z zaświadczenia tego wynika, iż to Wykonawca osobiście przeprowadził audyt podatkowy w tej Spółce, a usługa została wykonana w sposób należyty.”

Pismem z dnia 16 marca 2015 r. Przystępujący zwrócił uwagę Zamawiającemu, iż Odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia. Przystępujący zauważył, iż „Wykonawca na potwierdzenie spełniania ww. warunku wykazał usługę wykonaną na rzecz Spółki Dąbrowskie Wodociągi Sp. z o.o. (działającej wcześniej pod nazwą Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej). Przedstawił co prawda zaświadczenie z dnia 30 stycznia 2015 r. potwierdzające należyte wykonanie niniejszej usługi, niemniej jednak z przedstawionego zaświadczenia wynika, iż usługę tą na zlecenie Dąbrowskich Wodociągów Sp. z o.o. wykonał Instytut Studiów Podatkowych M. i Wspólnicy – Audyt Sp. z o.o., której to pracownikiem był wówczas Pan A. P. .

13

W piśmiennictwie panuje przekonanie, iż wiedza i doświadczenie podmiotu jako całości nie mogą być przeniesione wycinkowo w wyniku oddania do dyspozycji pojedynczych zasobów, w tym pojedynczych osób. Zdolności te są nierozdzielnie związane z zespołem osób, zorganizowanym i działającym w ramach przedsiębiorstwa. Owo połączenie jest tak silne, że oddelegowanie z zespołu podmiotu oddającego zasoby nawet kilku osób i włączenie ich do zespołu wykonawcy może być traktowane jedynie w kategoriach przejęcia

ich indywidualnej wiedzy i doświadczenia, nie gwarantuje natomiast przejęcia wiedzy i doświadczenia podmiotu jako całości. Toteż wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu tylko i wyłącznie wtedy, gdy zaangażuje ten podmiot bezpośrednio, osobiście w realizację zamówienia (Aleksandra Sołtysińska, Grzegorz Wicik: Dopuszczalność powoływania się na zdolności innych podmiotów Kwartalnik PZP Nr 4(23)/2009).

Tym samym zgodnie z ustawą i specyfikacją Wykonawca powinien przedstawić pisemne zobowiązanie Instytutu Studiów Podatkowych M. i Wspólnicy – Audyt Sp. z o.o. do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, przy czym przy udostępnianiu wiedzy i doświadczenia konieczny jest udział tych podmiotów w realizacji zamówienia. Tak wynika m.in. z opinii prawnej zamieszczonej na stronie UZP: „Odnosząc powyższe ustalenia do zagadnienia dopuszczalności powoływania się na doświadczenie (referencje) podmiotów trzecich należy skonstatować, iż powołanie się przez wykonawcę na doświadczenie podmiotu trzeciego i posiadane przez niego referencje będzie dopuszczalne wyłącznie w sytuacji, gdy ten podmiot trzeci będzie brał udział w wykonaniu zamówienia (co do zasady jako podwykonawca). Należy mieć na uwadze, iż doświadczenie nie stanowi dobra materialnego, czy też niematerialnego, które może być przedmiotem samodzielnego obrotu. Doświadczenie stanowi bowiem składnik przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym i dzieli byt prawny takiego przedsiębiorstwa (art. 55 ¹ i art. 55 ² Kc). Nie jest zatem możliwe udostępnienie doświadczenia bez jednoczesnego udostępnienia przedsiębiorstwa, z którym to doświadczenie jest związane. Z tych też względów dla wykazania dysponowania zasobami podmiotu trzeciego przy ocenie spełniania warunków wiedzy i doświadczenia niezbędne jest powołanie się na udział podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia.

Wskazując na powyższe należy stwierdzić, iż nie jest dopuszczalne posługiwanie się w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w celu wykazania spełniania warunków wiedzy i doświadczenia referencjami podmiotu trzeciego, jeżeli podmiot ten nie będzie brał udziału w wykonaniu zamówienia.”

Dodatkowo wskazuję, iż Wykonawca w swojej ofercie z dnia 2 marca 2015 r. oświadczył, iż całość zamówienia wykona sam, bez udziału podwykonawcy.

Niekwestionowane w doktrynie jest stanowisko, iż odwołanie się przez wykonawcę do

14

zasobów podmiotu trzeciego musi mieć charakter rzeczywisty w tym znaczeniu, że zasoby te będą wykorzystywane przy wykonaniu zamówienia. Powyższe wynika z jednoznacznego brzmienia art. 26 ust. 2b ustawy PZP. Tak więc należy stwierdzić, iż w świetle postanowień art. 26 ust. 2b ustawy PZP, nie jest dopuszczalne powoływanie się na zasoby podmiotu trzeciego, jeżeli zasoby te nie będą wykorzystane przy wykonaniu zamówienia. Powyższe stanowisko odpowiada istocie, której celem jest zwiększenie konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, poprzez stworzenie możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne wykonawcom, którzy sami nie posiadają wystarczającego potencjału do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, a mają możliwość wykorzystania przy realizacji zamówienia potencjału gospodarczego swoich partnerów gospodarczych.

Zamawiający winien uznać, że Wykonawca nie udowodnił, że zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia będą mu dostępne. Stanowi to istotę wskazywanego w tym punkcie naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP – nie jest dopuszczalne posługiwanie się w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w celu wykazania spełniania warunków wiedzy i doświadczenia referencjami podmiotu trzeciego, jeżeli podmiot ten nie będzie brał udziału w wykonaniu zamówienia. Powoduje to, że takie udostępnienie nie może zostać uznane nawet za uprawdopodobnione, a co dopiero – za udowodnione.

W tym stanie rzeczy, uznać należy, że firma B2B TAX Kancelaria Doradców Podatkowych B. B., A. J. – M., A. P. s.c. z siedzibą w Katowicach nie spełnia wymogów Zamawiającego w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, w związku z czym Wykonawca ten winien być wezwany do uzupełnienia swojej oferty o zobowiązanie do udostępnienia zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia, bądź (w przypadku braku możliwości przedstawienia zobowiązania) do przedstawienia nowego wykazu usług potwierdzającego spełnienie przez niego warunków w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia.”

Pismem z dnia 18 marca 2015 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej wskazując, iż złożył ją Odwołujący.

Pismem z dnia 23 marca 2015 r. Przystępujący poinformował Zamawiającego, w trybie art. 181 ust. 1 ustawy Pzp, o niezgodnej z przepisami czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Odwołującego, pomimo że nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, wnosząc o unieważnienie przedmiotowej czynności i powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

15

W uzasadnieniu swojego stanowiska Przystępujący zwrócił uwagę, iż Odwołujący na wezwanie Zamawiającego z dnia 10 marca 2015 r. „złożył samodzielnie oświadczenie, że wykonał usługę należycie oraz powołał się na okoliczność, że nie jest w stanie uzyskać zaświadczenia od Instytutu Studiów Podatkowych M. i Wspólnicy – Audyt Sp. z o.o. W celu wykazania przyczyn, dla których nie jest w stanie uzyskać poświadczenia Wykonawca wyraził swój pogląd, że spółka wydając takie poświadczenie działałaby na własną szkodę, jako że Wykonawca świadczy obecnie usługi konkurencyjne.

Ostatecznie więc Wykonawca nie uzupełnił oferty (nie złożył ani nowego wykazu ani poświadczenia wydanego przez Instytut Studiów Podatkowych M. i Wspólnicy – Audyt Sp. z o.o.) a Zamawiający zaakceptował to – pomimo sprzeczności takiego postępowania z przepisami prawa.

Zgodnie z treścią rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, dowodem czy usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, może być oświadczenie – jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w pkt 1 przywołanego rozporządzenia.

Tymczasem Wykonawca przedstawił jedynie swoje domysły (spekulacje), iż prawdopodobnie ISP M. – Audyt Sp. z o.o. nie będzie chciał wystawić poświadczenia. Wykonawca uznał się przy tym za konkurenta i bezpodstawnie założył, że prowadzenie działalności konkurencyjnej musi się wiązać z odmową wypowiedzi co do należytego wykonania poprzednio świadczonych czynności. Rozumowanie, zaprezentowane przez Wykonawcę jest jednak całkowicie chybione i pozostaje w sprzeczności zarówno z prawem, jak i z doświadczeniem życiowym.

Przede wszystkim należy zauważyć, że podana przyczyna braku możliwości pozyskania poświadczenia nie tylko nie jest obiektywna (jak wymaga przepis), ale jest wręcz całkowicie subiektywna. Nie kryje zresztą tego sam Wykonawca zastrzegając (m.in. poprzez użycie sformułowania „W mojej opinii”), że pogląd o braku możliwości uzyskania poświadczenia został wydany wyłącznie we własnej opinii Wykonawcy.

Ponadto przekonanie o braku zgody na wystawianie poświadczeń przez konkurentów jest sprzeczne z doświadczeniem życiowym. Wręcz przeciwnie – dobre obyczaje kupieckie właśnie potwierdzają, że tego typu poświadczenia są powszechne. Dodatkowo uszło uwadze Zamawiającego, że ISP M. i Wspólnicy – Audyt Sp. z o.o. przynależy do korporacji zawodowej biegłych rewidentów, co dodatkowo wymaga przestrzegania najwyższych norm etycznych. Również powszechna praktyka wystawiania listów polecających byłym pracownikom przeczy tezie Wykonawcy.

Co więcej, nieuprawnionym jest pogląd jakoby ISP M. i Wspólnicy – Audyt Sp. z o.o.

16

był konkurentem Wykonawcy. Wręcz przeciwnie podmiot ten nie złożył oferty w postępowaniu, co wyklucza go spośród grona konkurentów (ISP M. i Wspólnicy – Audyt Sp. z o.o. nie ma żadnego interesu w szkodzeniu Wykonawcy, co ten zdaje się imputować).

Dodatkowo należy zaznaczyć, że twierdzenie Wykonawcy o braku możliwości pozyskania poświadczenia od ISP M. i Wspólnicy – Audyt Sp. z o.o. jest gołosłowne. Wykonawca nie podjął nawet próby pozyskania takiego poświadczenia, nie wspominając już o braku przedstawienia jakiegokolwiek dowodu potwierdzającego, iż podjął taką próbę.

Informujący podjął próbę kontaktu z ISP M. i Wspólnicy – Audyt Sp. z o.o. i z

łatwością ustalił, że Pan A. P. nie wykonywał tejże usługi ani w całości, ani w zasadniczej części. Co więcej ustaliliśmy, że Pan A. P. nie sporządził raportu z audytu.

Nawet jeśli Wykonawca złożyłby prawidłowe dokumenty poświadczające wykonanie zamówienia (czego nie uczynił), należy dodatkowo zweryfikować czy spełniają one wymogi określone przez Zamawiającego. Aby doświadczenie wykazane przez Pana A. P. uznać jako doświadczenie podmiotu, należałoby dowieść, że Jego doświadczenie nie jest doświadczeniem jednej osoby wchodzącej w skład zespołu ludzi wykonującej zadanie, lecz doświadczeniem samodzielnego podmiotu odpowiedzialnego za wykonanie zadania. (...)

Tymczasem ani ze zgromadzonych w postępowaniu dowodów ani z norm wykonywania zawodu przez spółki audytorskie nie wynika aby p. A. P. wykonał audyt samodzielnie (w całości lub przynajmniej w zasadniczej części).

Po pierwsze na taką okoliczność nie powołuje się sam Wykonawca. Twierdzi on wprawdzie, że audyt przeprowadził osobiście jednakże nie jest to tożsame z samodzielnością. Każdy członek zespołu realizuje czynności osobiście ale w żaden sposób nie wyjaśnia to jakie czynności były wykonane, a w szczególności czy były to czynności wszystkie lub przynajmniej – czynności o charakterze zasadniczym.

Znamiennym jest także, że Wykonawca przedstawia, iż był odpowiedzialny jedynie za czynności fragmentaryczne (przeprowadzenie audytu) lub za czynności techniczne (sporządzenie raportu). W żaden sposób Wykonawca jednak nie twierdzi, że był odpowiedzialny za całą usługę. Potwierdza to tezę, że to nie Wykonawca zdobył podczas realizacji tego zamówienia doświadczenie wymagane przez Zamawiającego.

Ponadto z norm wykonywania czynności audytorskich oraz z praktyki zawodu audytora wynika, że konsultanci przeprowadzający czynności na miejscu jedynie zbierają informacje natomiast ich analiza i wyciąganie wniosków realizowane są poza siedzibą audytowanej jednostki. A zatem nawet obserwacja poczyniona przez osoby obserwujące pracę audytora nie może doprowadzić do oceny tego kto usługę zrealizował (w części merytorycznej). Nie może tego więc wywieść nawet przedstawiciel audytowanej jednostki.

Tymczasem Zamawiający zignorował powyższe okoliczności i nie zbadał czy p. A. P. wykonał wymagany audyt podatkowy samodzielnie w całości lub przynajmniej w zasadniczej

17

części. W szczególności Zamawiający nie zwrócił się z odpowiednim zapytaniem do ISP M. i Wspólnicy Sp. z o.o. ani nie wezwał Wykonawcy do przedstawienia stosownych dowodów.

W tym stanie rzeczy, zdaniem Informującego, uznać należy, że firma B2B TAX Kancelaria Doradców Podatkowych B. B., A. J. – M., A. P. S.C. nie spełniła wymogów Zamawiającego w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, w związku z czym Wykonawca ten winien być wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. W konsekwencji oferta firmy B2B TAX Kancelaria Doradców Podatkowych B. B., A. J. – M., A. P. S.C. winna być odrzucona w toku postępowania, w oparciu o ustęp 4 tego artykułu.”

Pismem z dnia 25 marca 2015 r. skierowanym przez Instytut Studiów Podatkowych M. i Wspólnicy – Audyt Sp. z o.o. do Zamawiającego, Instytut wskazał, iż istnieją przesłanki do unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W uzasadnieniu stanowiska podano, że: „Rażąco naruszenie przepisów postępowania polega na uwzględnieniu przez Zamawiającego oświadczenia złożonego przez Pana A. P. ze spółki B2B Tax Kancelaria Doradców Podatkowych S.C. Pan P. w złożonym oświadczeniu wskazał, że „wykonał usługę przeprowadzenie audytu podatkowego w zakresie podatku od towarów i usług oraz podatku od nieruchomości w spółce Dąbrowskie Wodociągi Sp. z o.o. w ramach umowy zawartej z Instytutem Studiów Podatkowych M. i Wspólnicy Audyt Sp. z o.o.” Oświadczył również, że był osobą odpowiedzialną „za należyte przeprowadzenie audytu i sporządzenie raportu z tegoż audytu”, co jest oczywistą nieprawdą. Pan A. P. nie wykonywał tej usługi, nie sporządził również raportu z kontroli zobowiązań podatkowych. Ponadto Pan A. P. w trakcie realizacji zlecenia, o którym mowa w oświadczeniu nie posiadał żadnego stosunku prawnego ze spółką B2B Tax, nie był również pracownikiem Instytutu Studiów Podatkowych Audyty Sp. z o.o. jak wskazano w zaświadczeniu z dnia 30 stycznia 2015 r. wydanym przez Dąbrowskie Wodociągi Sp. z o.o. (nie łączył go z tą firmą żaden stosunek prawny). Zatem powyższe nie potwierdza posiadania ani przez spółkę B2B Tax Kancelaria Doradców Podatkowych S.C. ani przez Pana A. P. wiedzy i doświadczenia, którym musiał wykazać się ubiegający się o

udzielenie zamówienia. Należyte zrealizowanie usług na rzecz Dąbrowskich Wodociągów Sp. z o.o. możliwe było wyłącznie dzięki umiejętnościom, wiedzy i doświadczeniu przynależnemu Instytutowi Studiów Podatkowych Audyt Sp. z o.o., a nie poszczególnym członkom zespołu wykonującym ograniczone czynności przy realizacji usługi.

Ponadto Instytut Studiów Podatkowych Audyt Sp. z o.o. oświadcza, że Pan A. P. nie podjął żadnej próby uzyskania poświadczenia wykonania przez niego usług na rzecz Dąbrowskich Wodociągów Sp. z o.o. Przedstawiony w oświadczeniu pogląd o braku możliwości uzyskania tego dokumentu od Instytutu Studiów Podatkowych Audyt ma

18

charakter wyłącznie subiektywny. Zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane dowodem należytego wykonania usług może być oświadczenie, jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia. (...)”

Pismem z dnia 26 marca 2015 r. Zamawiający zwrócił się do Dąbrowskich Wodociągów Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej z wnioskiem „o wydanie informacji dotyczącej umowy zawartej z Instytutem Studiów Podatkowych M. i Wspólnicy – Audyt Sp. z o.o. w zakresie prowadzenia audytu podatkowego, w ramach umowy z dnia 15.11.2011 r. Prosimy o potwierdzenie informacji zawartej w Zaświadczeniu wydanym przez Państwa w dniu 30.01.2015 r., oraz wskazania, czy w ramach ww. umowy, Pan A. P. wykonywał u Państwa przedmiotową usługę, polegającą na przeprowadzeniu audytu podatkowego a także, jeżeli to możliwe, o podanie zakresu czynności wykonywanych przez Pana A. P. . W prowadzonym przez nas postępowaniu: „Audyt podatkowy ŁSI sp. z o.o. za rok 2014” ofertę złożyli Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, tj. B2B TAX Kancelaria Doradców Podatkowych B. B., A. J. – M., A. P. s.c., przedstawiając na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu – wiedzy i doświadczenia, przedmiotową usługę.

Po dokonaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Spółkę B2B TAX Kancelaria Doradców Podatkowych, wpłynęły do nas pisma od innych Wykonawców kwestionujące wykonanie tej usługi przez Pana A. P..”

Pismem z dnia 30 marca 2015 r. Zamawiający zwrócił się do Dąbrowskich Wodociągów Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej z wnioskiem „o wydanie raportu z audytu podatkowego prowadzonego przez Pana A. P., wykonanego na podstawie umowy z dnia 15 listopada 2011 znak K/U/0008/11/BSF, zawartej z Instytutem Studiów Podatkowych M. i Wspólnicy – Audyt Sp. z o.o.

Powyższa prośba wiąże się z prowadzonym przez Łódzką Spółkę Infrastrukturalną postępowaniem na wybór Wykonawcy dla zadania pn. „Audyt podatkowy ŁSI sp. z o.o. za rok 2014”. W toku badania ofert oraz po wyborze najkorzystniejszej oferty, pojawiły się informacje przesłane do Zamawiającego od innych Wykonawców, podważające wydane przez Państwa zaświadczenie a także oświadczenie woli złożone w ofercie przez Wykonawcę B2B TAX Kancelaria Doradców Podatkowych, w której jednym ze współników jest Pan A. P., o czym informowaliśmy Państwa w piśmie przesłanym w dniu 26.03.2015 r. (BZU.IG.2291-15-6/15), zwracając się z prośbą o potwierdzenie wykonania przedmiotowej usługi”.

19

W odpowiedzi (pismo z dnia 31 marca 2015 r.) Dąbrowskie Wodociągi Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej „potwierdzają wykonanie przez Pana A. P. czynności związanych z audytem podatku od towarów i usług oraz podatku od nieruchomości, jednocześnie wyjaśniając co następuje:

W dniu 15 listopada 2011 roku Spółka podpisała umowę Nr FK/U/0008/11/BSF z Instytutem Studiów Podatkowych M. i Wspólnicy – Audyt Sp. z o.o. (...), której przedmiotem było:

1. Przeprowadzenie badania sprawozdania finansowego za rok 2011.
2. Przeprowadzenie kontroli zobowiązań podatkowych za 2011 rok w zakresie następujących tytułów podatkowych:
podatku dochodowego od osób prawnych, –

- podatku dochodowego od osób fizycznych,
- podatku od towarów i usług, –
- podatku od nieruchomości. –

W zakresie kontroli podatku od nieruchomości należało dokonać:

- analizy deklaracji i korekt deklaracji na podatek od nieruchomości za badany okres,
- badania prawidłowości przyjętej metodologii ustalania podstawy opodatkowania gruntów (powierzchni) za badany okres,
- badania prawidłowości przyjętej metodologii ustalania podstawy opodatkowania budynków (powierzchni użytkowej) za badany okres,
- badania prawidłowości przyjętego sposobu definiowania budynku i budowli lub ich części jako przedmiotu opodatkowania podatkiem od nieruchomości (ewidencja środków trwałych, dokumentacja budowlana, pozwolenia budowlane) za badany okres,
- badania prawidłowości rozpoznawania podstawy opodatkowania w przypadku zmiany wartości początkowej środka trwałego w trakcie roku podatkowego (modernizacja środka trwałego, częściowa likwidacja środka trwałego) za badany okres,
- wizji lokalnej wyselekcjonowanych i reprezentatywnych obiektów budowlanych,
- analizy i oceny zagadnień wątpliwych, w tym w szczególności analiza prawidłowości ustalania podstawy opodatkowania podatkiem od nieruchomości budowli charakterystycznych dla zakresu prowadzonej działalności m.in. obiektów liniowych i obiektów związanych z ujęciem wody.

Jak wynika z wyżej wymienionego zakresu prac osoba przeprowadzająca audyt i przygotowująca raport musiała przeprowadzić cały szereg czynności między innymi polegający na analizie deklaracji podatkowych, badaniu prawidłowości rozliczeń podatków, przeglądnięciu dokumentów, wizji lokalnej w terenie, których efektem końcowym było przygotowanie raportu z audytu każdego tytułu.

Wszystkie te czynności były wykonane przez zespół osób wskazany przez Instytut Studiów

20

Podatkowych M. i Wspólnicy – Audyt Sp. z o.o. (...), z czego czynności dotyczące podatku od towarów i usług oraz podatku od nieruchomości wykonywał Pan A. P. .

Nadmienić należy, iż prawdopodobnie zgodnie z panującym zwyczajem organizacyjnym w tej firmie, raporty podatkowe końcowe, niezależnie od tego, kto je przygotował, podpisywane były przez Prezesa Zarządu Instytutu Studiów Podatkowych M. i Wspólnicy – Audyt Sp. z o.o. (...).

W kwestii wydania raportu z audytu podatkowego przeprowadzonego przez Pana A. P. informujemy, że z uwagi na tajemnicę handlową nie możemy go Państwu przestać. A nadto, ten dokument jest bezprzedmiotowy w zakresie potwierdzenia złożonych referencji."

Pismem z dnia 30 marca 2015 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o podanie przyczyn niepodpisania przez Zamawiającego umowy z Odwołującym w terminie wynikającym z SIWZ.

Pismem z dnia 30 marca 2015 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia „w związku z otrzymanymi ustnymi informacjami dotyczącymi rzekomych nieprawidłowości w złożonych dokumentach. (...)

W ocenie Kancelarii, złożone zastrzeżenia co do posiadanego przez Wspólnika Kancelarii doświadczenia są całkowicie bezpodstawne. Pan A. P. rzeczywiście świadczył usługi doradcze na rzecz PWiK Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, co potwierdzić mogą załączone poniżej dokumenty.

Kancelaria w załączeniu przesyła zestaw korespondencji e-mail, z której wynika, co następuje:

- 1) e-mail z dnia 20 października 2011 r. od Pani M. K. – Kierownika Biura, Pełnomocnika Zarządu ds. Marketingu i kontaktów z klientami ISP - Audyt – informujący, że w dniach 21-24 listopada 2011 r., mam polecenie służbowe wykonać audyt w podatku od nieruchomości oraz w podatku VAT, w dniach 20-21 lutego 2011 r. – w podatku CIT,
- 2) e-mail z dnia 20 października 2011 r. od Pani M. K. – Kierownika Biura, Pełnomocnika Zarządu ds. Marketingu i kontaktów z klientami ISP - Audyt – informujący, że w dniu 24 października 2011 r. mam wysłać ankiety audytowe do Pani E. S. – głównej księgowej PWiK Dąbrowa Górnicza,

- 3) e-mail z dnia 21 października 2011 r. wysłany przez księgową z PWiK – Panią A. R. z wypełnioną ankietą audytową w zakresie podatku od nieruchomości,
- 4) e-mail z dnia 24 października 2011 r. Pani M. K. – Kierownika Biura, Pełnomocnika Zarządu ds. Marketingu i kontaktów z klientami ISP - Audyt – informujący, iż w odpowiedzi na e-maila przekazuje, iż Pani Prezes ISP – Audyt postanowiła, że audyt

21

w zakresie podatku VAT ma trwać 3 dni, a w zakresie podatku od nieruchomości 2 dni (został przedłużony o 1 dzień). Dodatkowo e-mail zawiera informację o późniejszym przesłaniu wykazu nieruchomości do zbadania w PWiK Dąbrowa Górnicza,

- 5) e-mail z dnia 3 listopada 2011 r. od Pani M. K. – Kierownika Biura, Pełnomocnika Zarządu ds. Marketingu i kontaktów z klientami ISP - Audyt – z wykazem środków trwałych – dane z dokumentacji badania jednostki za 2010 r.,
- 6) e-mail z dnia 10 listopada 2011 r. od Pani M. K. – Kierownika Biura, Pełnomocnika Zarządu ds. Marketingu i kontaktów z klientami ISP - Audyt – przypominający o terminie badania w dniach 21-25 listopada 2011 r. oraz wyrażający zainteresowanie o sposób mojego dojazdu na audyt,
- 7) e-mail z dnia 16 listopada 2011 r. Pani M. K. – Kierownika Biura, Pełnomocnika Zarządu ds. Marketingu i kontaktów z klientami ISP - Audyt –przekazujący umowę z PWiK w celu zapoznania się z jej treścią,
- 8) e-mail z dnia 17 listopada 2011 r. od Pani M. K. – Kierownika Biura, Pełnomocnika Zarządu ds. Marketingu i kontaktów z klientami ISP - Audyt – informujący, iż na badanie wstępne do PWiK Dąbrowa Górnicza jedzie zespół bilansowy w składzie którego moja osoba była odpowiedzialna za audyt podatkowy,
- 9) e-mail od Pani M. K. – Kierownika Biura, Pełnomocnika Zarządu ds. Marketingu i kontaktów z klientami ISP - Audyt – informujący, iż kontrola zobowiązań podatkowych w zakresie podatku od nieruchomości będzie kontynuowana w terminie 28-30 listopada 2011 r. W podanym terminie miałem pojawić się ja jako doradca podatkowy odpowiedzialny za przeprowadzenie audytu,
- 10) e-mail z dnia 29 listopada 2011 r. od Pani A. R. – księgowej PWiK w zakresie zagadnień audytowych,
- 11) e-mail z dnia 30 listopada 2011 r. od Pani E. S. – głównej księgowej PWiK – dotyczący zagadnień związanych z audytem podatkowym,
- 12) e-mail z dnia 5 grudnia 2011 r. od Pani E. S. – głównej księgowej PWiK – odnośnie zagadnień audytowych,
- 13) e-mail z dnia 6 grudnia 2011 r. od Pani E. R. w zakresie zagadnień audytowych,
- 14) e-mail z dnia 5 marca 2012 r. od Pani M. K. – Kierownika Biura, Pełnomocnika Zarządu ds. Marketingu i kontaktów z klientami ISP - Audyt – przypominający, że w dniu 6 marca 2012 r. mija termin przekazania raportu z audytu podatkowego 2011 PWiK Dąbrowa Górnicza do Pani Prezes,
- 15) e-mail z dnia 5 marca 2012 r. od Pani Prezes ISP – Audyt – R. J.-M. informujący o konieczności przekazania sporządzonego przeze raportu o treści „Badanie było przeprowadzone w dniach 21 do 25 listopada 2011 r. Miał Pan więc ponad trzy

22

miesiące na napisanie raportu. Termin przekazania raportu do autoryzacji nie ulega zmianie. Raport z audytu bilansowego jest już przygotowany i czekamy na podatki. Proszę o realizację zgodnie z dyspozycją. Oczekuję na jeden scalony kompletny raport z trzech tytułów podatkowych.”

- 16) e-mail z dnia 6 marca 2012 r. od Pani Prezes ISP – Audyt – R. J.-M. informujący o ostatecznym terminie sporządzenia raportu do dnia 8 marca 2012 r.

Ponadto, pragniemy wyjaśnić, że Wspólnik Kancelarii p. A. P. w latach 2011-2012 był pracownikiem Spółki Doradztwa Podatkowego – Instytut Studiów Podatkowych M. i Wspólnicy Sp. z o.o., a do siostrzanej spółki ISP - Audyty został oddelegowany jako doradca podatkowy celem sporządzenia audytu w PWiK Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej. Szczegóły rozliczeń pomiędzy Spółkami ISP a ISP – Audyt Wspólnikowi Kancelarii oraz samej Kancelarii nie są znane.

Jednocześnie pragniemy wyjaśnić, że zgodnie z bogatym orzecnictwem Krajowej Izby Odwoławczej (KIO), w przypadku udziału pracownika danego podmiotu w czynnościach typu np. przeprowadzania audytu, świadczenie usług doradczych itp., doświadczenie zdobywa zarówno pracownik wykonawcy – faktycznie wykonujący dane czynności, jak również wykonawca. Stanowisko to potwierdza przykładowo wyrok KIO z dnia 17 marca 2014 r. wydany w sprawie znak: KIO 427/14.”

W odpowiedzi (pismo z dnia 31 marca 2015 r.) Zamawiający poinformował, „że do Zamawiającego wpłynęła informacja o niezgodnym z prawem działaniu Wykonawcy i w tym zakresie toczy się postępowanie wyjaśniające, co stanowi powód niepodpisania umowy.” Załącznikiem do przedmiotowego pisma była korespondencja, jaka wpłynęła do Zamawiającego w rzeczowej sprawie.

Odwołujący, w odpowiedzi na otrzymaną korespondencję złożył kolejne wyjaśnienia (pismo z dnia 31 marca 2015 r.). W odniesieniu do pisma ISP – Audyt Sp. z o.o. Odwołujący wskazał, że: „Treść oświadczenia wykonawcy nie zawiera treści niezgodnych z prawdą, co sugeruje ISP – Audyt. Wykonawca był bowiem osobą odpowiedzialną za należyte przeprowadzenie audytu podatkowego jak również za sporządzenie raportu z tegoż audytu. Świadczyć mogą o tym fakcie załączone wiadomości e-mail wskazane w piśmie z dnia 30 marca 2015 r. z treści których jednoznacznie wynika, iż Wykonawca (Wspólnik Wykonawcy p. A. P.) samodzielnie przeprowadził audyt w podatku VAT oraz w podatku od nieruchomości w dniach od 21 do 30 listopada 2011 r. (termin wykonania audytu w podatku od nieruchomości został bowiem przedłużony). O fakcie tym mogą również zaświadczyć pracownicy PWiK, z którym Wykonawca konsultował zagadnienia audytowe. Należy wyraźnie podkreślić, że Wykonawca był również zobowiązany do wykonania raportu z

23

badania, o czym świadczy załączony e-mail autorstwa Prezes ISP – Audyt – pani R. J. – M. . Należy więc stwierdzić, że pismo ISP – Audyt w tym względzie mija się z załączonymi przez Wykonawcę dowodami. W przedmiotowym piśmie ISP – Audyt stwierdza, że Wykonawca nie był pracownikiem ISP – Audyt Sp. z o.o., nie zawiera natomiast wyjaśnienia, że Wykonawca był pracownikiem Instytutu Studiów Podatkowych M. i Wspólnicy Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – udziałowca samego ISP – Audyt. Przedmiotowe pismo nie zawiera również informacji, na jakiej podstawie ISP – Audyt dysponowało osobą Wykonawcy przy przeprowadzaniu audytu podatkowego, co może wprowadzić Zamawiającego w błąd.

Należy uznać, że stwierdzenie, że osoba Wykonawcy nie wykonywała usługi audytu podatkowego w ramach ISP – Audyt jest również nieprecyzyjne i może wprowadzić w błąd. Należy wskazać, że zarówno Wykonawca nie twierdził, że wykonywał usługę pod własną firmą – co sugeruje pismo ISP – Audyt, lecz, że wykonywał ją pod firmą ISP – Audyt, co jest zgodne z prawdą. Również w zaświadczeniu wystawionym przez PWiK znajduje się informacja, że p. A. P. przeprowadził audyt podatkowy w Spółce w ramach umowy z dnia 15 listopada 2011 r. zawartej z ISP – Audyt. W przedmiotowym zaświadczeniu PWiK stwierdza ponadto, że przedmiotowa usługa wykonana została w sposób należyty.

Niezależnie od powyższego należy wskazać, że Wykonawca nie kwestionuje faktu wykonania usługi przez ISP – Audyt w ramach zawartej z PWiK umowy. Wykonawca stwierdza jedynie, że osobą faktycznie wykonującą czynności przeprowadzenia badania w zakresie podatku od towarów i usług oraz podatku od nieruchomości oraz sporządzenia raportu z przeprowadzonego badania był p. A. P. . Należy również wskazać, mając na uwadze załączoną do pisma z dnia 30 marca 2015 r. korespondencję pomiędzy p. A. P. a ISP – Audyt, że zdziwienie Wykonawcy budzi stwierdzenie ISP – Audyt, że p. A. P. nie wykonywał usługi przeprowadzenia audytu i nie sporządził również raportu kontroli zobowiązań podatkowych.

Należy stwierdzić, że w ramach zawartej umowy ISP – Audyt dokonać miał kompleksowej usługi badania sprawozdania finansowego oraz badania podatkowego w zakresie wskazanych wyżej podatków. Zgodnie z przedstawionymi we wcześniejszym piśmie dowodami p. A. P. jako doradca podatkowy był jedynym członkiem zespołu odpowiedzialnego za przeprowadzenie audytu podatkowego.

Należy również stwierdzić, mając na uwadze treść pisma ISP – Audyt z dnia 25 marca 2015 r., że wskazane przez Wykonawcę p. A. P. okoliczności, co do braku możliwości uzyskania zaświadczenia od ISP – Audyt jako podmiotu konkurencyjnego w stosunku do Wykonawcy były, na dzień złożenia przedmiotowego oświadczenia – w pełni uzasadnione.

Należy wskazać, że zarówno na dzień otwarcia ofert, jak i na dzień sporządzenia niniejszego pisma ISP – Audyt, nie wydałaby żądanego przez Wykonawcę poświadczenia. O istnieniu obiektywnych przesłanek świadczyć może, po pierwsze stwierdzenie ISP, że gdyby

24

prawidłowo zinterpretował treść SIWZ sam wystartowałby w przetargu (wydając takie oświadczenie Wykonawcy naraziłby na szkodę Spółkę ISP – Audyt), po drugie – w subiektywnej ocenie ISP Audyt oświadczenie Wykonawcy zawierało nieprawdę. Pismo ISP – Audyt z dnia 25 marca 2015 r. dowodzi, że zaistniały okoliczności obiektywne, w których Wykonawca nie mógł stosowanego zaświadczenia uzyskać, prawidłowo więc złożył oświadczenie w tym zakresie.

Wykonawca nie zgadza się również ze stanowiskiem prezentowanym przez Grupę G. w piśmie z dnia 23 marca 2015 r. (...)

Odnosząc się do merytorycznej treści przedmiotowego pisma w pierwszej kolejności należy stwierdzić, że zdziwienie Wykonawcy budzi przedmiotowe pismo, w zakresie w jakim Grupa G. stwierdza, że czynność audytu jest czynnością fragmentaryczną, a ponadto sugeruje, że czynności audytu u Zamawiającego miałyby wykonywać osoby niekompetentne. W ocenie Wykonawcy czynność przeprowadzenia audytu nigdy nie jest czynnością lecz wymagającą wiedzy fragmentaryczną, kompleksową czynnością merytorycznej w zakresie badania tematu. Zarówno w przypadku Instytutu Studiów Podatkowych M. i Wspólnicy Sp. z o.o., którego to pracownikiem był p. A. P. jak również w przypadku ISP – Audyt obowiązywała zasada, że w audytach fizycznie brały udział osoby kompetentne, z tytułem doradcy podatkowego. Z uwagi na niewielką ilość doradców podatkowych w spółce ISP – Audyt na audyty podatkowe organizowane przez ISP – Audyt delegowani byli doradcy podatkowi zatrudnieni przez ISP, czego przypadek wymieniony w zakwestionowanym oświadczeniu może być dowodem.

W ocenie Wnioskodawcy osoba przeprowadzająca badanie podatkowe powinna posiadać bogatą wiedzę merytoryczną i doświadczenie zawodowe, tak aby na podstawie przedstawionych dokumentów źródłowych dokumentujących poszczególne zdarzenia gospodarcze w badanym podmiocie móc zidentyfikować zagadnienia prawno-podatkowe, w przeciwnym bowiem razie osoby przeprowadzające badanie, jak również sam podmiot wykonujący usługę mógłby narazić badany podmiot na ogromne ryzyko podatkowe, a pracodawcę na utratę zaufania jego klientów oraz na odpowiedzialność za nienależyte wykonanie umowy.

W ocenie Wykonawcy czynność sporządzenia raportu nie jest czynnością techniczną, jak sugeruje Grupa G. . Sporządzający raport muszą bowiem posiadać stosowną wiedzę na temat sporządzanego pisma, w przeciwnym bowiem razie raport z przeprowadzonego audytu nie mógłby w ogóle powstać. Za czynność techniczną można uznać np. czynności scenopisania. Wydaje się, że opisując charakter usługi audytorskiej Grupa G. myli pojęcia, dotyczące audytu finansowego oraz podatkowego. Jak wskazano wyżej w przypadku audytu podatkowego audytor – doradca podatkowy musi na miejscu w badanym podmiocie na podstawie poszczególnych dokumentów źródłowych dokonać przynajmniej wstępnej oceny

25

dokumentów źródłowych i ocenić, czy dane zdarzenie gospodarcze zostało prawidłowo zakwalifikowane pod kątem podatkowym. W związku z powyższym jak wskazano powyżej nie jest to czynność fragmentaryczna, czy materialno-techniczna, a istota doradztwa podatkowego w zakresie audytu podatkowego. Upraszczając w ocenie Wykonawcy – audyt podatkowy nie sprowadza się do zbierania dokumentów, bez ich analizy, a właśnie na analizie dokumentów źródłowych bezpośrednio u badanego, oraz na zbieraniu informacji u badanego – choćby w postaci rozmów z pracownikami badanego.

Odnosząc się do stwierdzenia Grupy G. odnośnie subiektywnego charakteru oceny możliwości uzyskania przez Wykonawcę zaświadczenia od ISP – Audyt należy wskazać na jeszcze jedną okoliczność, której zdaje się nie zauważać ww. podmiot. Ogłoszenie o zamówieniu w przedmiotowej sprawie było ogłoszeniem publicznym i każdy podmiot mógł złożyć ofertę. (...)

Niezależnie od powyższego, należy stwierdzić, że stosowne zaświadczenie zostało wystawione przez PWiK, podmiot na rzecz którego bezpośrednia wykonywana była usługa przeprowadzenia audytu. Należy wskazać, że PWiK a więc podmiot, w którym

przeprowadzony był audyt poświadczono, że p. A. P. faktycznie przeprowadził audyt co zostało udokumentowane protokołem z dnia 30 marca 2012 r.

W związku z powyższym zastanawiające jest dlaczego Grupa G. nie skontaktowała się bezpośrednio z PWiK celem ustalenia w jakim zakresie p. A. P. wykonywał usługę, a skontaktowała się z ISP – Audyt. Należy stwierdzić, że skoro usługi wykonywane były na rzecz PWiK, to ten podmiot powinien być właściwy do stwierdzenia kto i w jakim zakresie wykonywał określone czynności, co do których wydane zostało zaświadczenie. Należy także wskazać, że ISP – Audyt może mieć interes w negowaniu zakresu wykonywanych przez Wykonawcę prac – gdyż jest on podmiotem konkurencyjnym w stosunku do ISP – Audyt.

W związku z powyższym należy zastanowić się czy zarówno pismo Grupy G. jak również pismo z ISP – Audyt nie sugeruje, że PWiK, bądź Wykonawca poświadczyl nieprawdę. (...)

Niezależnie od powyższego należy wskazać, że Wykonawca jest Spółką Cywilną – nie posiada osobowości prawnej, w związku z powyższym w zakresie zamówień publicznych należy traktować go jako konsorcjum podmiotów, tym samym skoro p. A. P. jako członek tego konsorcjum udziela swojego doświadczenia pozostałym członkom.”

Pismem z dnia 8 kwietnia 2015 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający podał, że: „W dniu 24.02. 2015 r. Zamawiający wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na usługę przeprowadzenia audytu podatkowego ŁSI sp. z o.o. za rok 2014. W toku badania i oceny ofert Zamawiający wezwał ww. Wykonawcę do uzupełnienia złożonych do oferty

26

dokumentów, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W wyznaczonym terminie Wykonawca uzupełnił wymagane dokumenty. O dokonanym wyborze Zamawiający zawiadomił Wykonawców, którzy złożyli oferty oraz podał informację do wiadomości publicznej zgodnie z art. 92 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Po dokonaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie art. 181 ust. 2 ustawy Pzp w dniu 23.03.2015 r. wpłynęła do Zamawiającego od Wykonawcy – Grupa G. – Kancelaria Prawa Finansowego Sp. z o.o. (...), informacja o niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności podjętej przez Zamawiającego. Informacja ta wpłynęła w terminie przewidzianym na wniesienie odwołania.

W związku z faktem, że informacja dotyczyła niezgodnego z prawem działania Wykonawcy B2B TAX, Zamawiający rozpoczął postępowanie wyjaśniające, wstrzymując czynność podpisania umowy z wybranym Wykonawcą, wyznaczoną na dzień 24.03.2015 r. W dniu 25.03.2015 r. do Zamawiającego wpłynęło pismo od Spółki Instytut Studiów Podatkowych M. i Wspólnicy – Audyt Sp. z o.o. (zwanego dalej Instytutem), w którym podważono informacje podane zarówno w ofercie Wykonawcy a także w zaświadczeniu wydanym przez Dąbrowskie Wodociągi Sp. z o.o., potwierdzające należyte wykonanie usługi przeprowadzenia audytu podatkowego przez jednego ze wspólników spółki cywilnej ubiegającej się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, Pana A. P. (współpracującego uprzednio z ww. Instytutem).

W toku badania ofert Zamawiający wystąpił do Wykonawcy B2B TAX (...) o uzupełnienie złożonych dokumentów – wskazania nowej usługi dla warunku wiedzy i doświadczenia lub zaświadczenia wydanego przez Instytut Studiów Podatkowych M. i Wspólnicy – Audyt Sp. z o.o. potwierdzającego należyte wykonanie przedmiotowej usługi przez Pana A. P. Wykonawca w przesłanej odpowiedzi oświadczył, że „nie ma możliwości uzyskania zaświadczenia od Instytutu Studiów Podatkowych M. i Wspólnicy – Audyt Spółka z o.o., gdyż takie zaświadczenie wydając działałaby na własną szkodę – Spółka Wykonawcy wykonuje obecnie usługi konkurencyjne do usług Instytutu”, powołując się na zapisy ustawy Pzp wskazujące, że w celu udowodnienia, że usługi zostały wykonane należyście, ma prawo złożyć oświadczenie, jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia.

Instytut w przesłanym piśmie oświadczył, że „Pan A. P. nie podjął żadnej próby uzyskania poświadczenia wykonania przez niego usług na rzecz Dąbrowskich Wodociągów Sp. z o.o. oraz, że przedstawiony w oświadczeniu pogląd o braku możliwości uzyskania tego dokumentu od Instytutu Studiów Podatkowych Audyt ma charakter wyłącznie subiektywny.”

W związku z powyższymi dokumentami oraz rozbieżnymi informacjami niepozwalającymi na jednoznaczną ocenę stanu faktycznego do Spółki Dąbrowskie

oraz 30.03.2015 r. przesłał prośbę o dostęp do informacji publicznej, w której wystąpił o potwierdzenie wykonania usługi przeprowadzenia audytu podatkowego oraz przesłania raportu z przedmiotowej usługi. W dniu 02.04.2015 r. Zamawiający otrzymał odpowiedź od Dąbrowskich Wodociągów Sp. z o.o., w którym potwierdzono jedynie udział Pana A. P. w czynnościach związanych z audytem podatkowym dotyczące podatku od towarów i usług oraz podatku od nieruchomości, jednak na raporcie z wykonania, który obejmował wykonanie audytu podatkowego w zakresie podatku dochodowego od osób prawnych, podatku dochodowego od osób fizycznych, podatku od towarów i usług i podatku od nieruchomości widnieje podpis Prezesa Zarządu Instytutu Studiów Podatkowych.

W związku z powyższym:

II. Zamawiający działając na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp informuje, że wyklucza z ww postępowania Wykonawcę B2B TAX Kancelaria Doradców Podatkowych B. B., A. J. – M., A. P. S.C. (...) na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3) i 4) ustawy Pzp, ponieważ Wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp ofertę Wykonawcy wykluczonego z postępowania uznaje się za odrzuconą.

Pismo Instytutu Studiów Podatkowych M. i Wspólnicy – Audyt Sp. z o.o. wskazuje jednoznacznie, że Wykonawca nie podjął żadnej próby uzyskania poświadczenia.

Zamawiający nie może uznać oświadczenia Wykonawcy za spełniające przepisy ustawy Pzp, ponieważ Wykonawca nie udowodnił obiektywnej niemożności uzyskania zaświadczenia od Instytutu. Zatem zaistniała tutaj przesłanka, o której mowa w wyroku

obiektywne niemożności wystawienia 2873/13 z 03.01.2014 r. „Przez

przyczyny

poświadczenia należytego wykonania, o którym mowa w par. 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231) należy rozumieć sytuację gdy podmiot, który jest uprawniony do wystawienia referencji z przyczyn niezależnych od tego podmiotu nie jest w stanie potwierdzić należyte wykonanie usługi.

Wykonawca w swoim oświadczeniu stwierdził ww. obiektywność niemożności uzyskania zaświadczenia na podstawie subiektywnego przekonania, iż nie uzyska od Instytutu wymaganego zaświadczenia. Swoimi wyjaśnieniami z dnia wprowadził Zamawiającego w błąd, co do obiektywności niemożności uzyskania zaświadczenia. Dopiero pismo Instytutu z dnia 25.03.2015 r. wskazuje, iż Wykonawca nie podjął nawet próby uzyskania takiego oświadczenia, co potwierdził również B2B TAX w swoim piśmie z dnia 01.04.2015 r. – „Należy wskazać (...) ISP – Audyt, nie wydałby żądanego przez Wykonawcę poświadczenia.”

Zamawiający nie poważa wykonywania przez Pana A. P. czynności przewidzianych

dla osoby przeprowadzającej audyt podatkowy, jako jednego z członków zespołu. Niemniej jednak, podmiotem przeprowadzającym a zarazem odpowiedzialnym za sporządzenie raportu z przeprowadzonego audytu podatkowego w ramach umowy z dnia 15 listopada 2011 znak K/U/0008/11/BSF był Instytut Studiów Podatkowych M. i Wspólnicy – Audyt Sp. z o.o.

W związku z powyższym:

III. Zamawiający, działając na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp informuje, iż jako najkorzystniejszą ofertę w przedmiotowym postępowaniu wybrał ofertę nr 1 złożoną przez Wykonawcę: Grupa G. – Kancelaria Prawa Finansowego Sp. z o.o. (...).”

Odwolujący w toku posiedzenia złożył pismo procesowe wraz z dowodami w postaci korespondencji w formie elektronicznej (wiadomości e-mail) prowadzonej pomiędzy A. P. a Instytutem Studiów Podatkowych M. i Wspólnicy – Audyt Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „ISP – Audyt”). Przedmiotowa korespondencja (w części) stanowiła również załącznik do odwołania. Izba dopuściła dowód z rzeczonej korespondencji i ustaliła, co następuje:

ISP – Audyt realizowała na rzecz PWiK Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej

(dalej PWiK) m.in. audyt podatkowy. Termin badania wstępnego ustalono na okres od 21 do 25 listopada 2011 r., zaś badanie zasadnicze miało zostać przeprowadzone w dniach od 20 do 21 lutego 2012 r. A. P. został skierowany do przeprowadzenia audytu podatkowego w zakresie podatku od nieruchomości oraz VAT (w dniach 21-24 listopada 2011 r.) oraz podatku dochodowego od osób fizycznych i prawnych (w okresie od 20 do 21 lutego 2012 r.). Powyższe ustalono na podstawie wiadomości e-mail z dnia 20 października 2011 r. kierowanej przez M. K. Kierownika Biura i Pełnomocnika Zarządu ds. Marketingu i kontaktów z klientami do A. P. .

Wiadomość e-mail z dnia 20 października 2011 r. kierowana przez wspomnianą M. K. do A. P. zawiera polecenie wysłania ankiet do głównej księgowej PWiK. Natomiast co do ankiety dotyczącej podatku od nieruchomości, jak wskazano, winna ona zostać wysłana po sporządzeniu i zaakceptowaniu przez Panią Prezes.

W dniu następnym, tj. 21 października 2011 r. A. P. zwraca się z zapytaniem do Moniki Kacprzak (korespondencja elektroniczna), jakie ankiety wysłać do klienta, czy w wersji skróconej czy rozszerzonej oraz, czy zostały zweryfikowane przez Panią Prezes ankiety dotyczące podatku od osób prawnych i VAT. Nadto, A. P. zapytywał, czy uzupełnić ankietę dotyczącą nieruchomości oraz w jakiej wersji wysłać ankietę dotyczącą podatku od osób fizycznych.

W dniu 21 października 2011 r. Prezes Zarządu R. J. – M. przesłała ankiety (w tym dotyczącą podatku od nieruchomości) do M. K., „rozszerzone” i „zatwierdzone” przez ISP – Audyt. Ustalono na podstawie korespondencji z podanego wyżej dnia wymienionej pomiędzy

29

wskazanymi osobami.

Następnie M. K. w tym samym dniu, tj. 21 października 2011 r. przesyła (korespondencja elektroniczna) ankiety do A. K. z poleceniem wysłania ich do głównej księgowej PWiK.

W tym samym dniu A. P. wykonuje polecenie (wiadomość e-mail z dnia 21 października 2011 r.). A. R. z PWiK przekazuje wypełnioną ankietę dotyczącą podatku od nieruchomości Pani A.P. (wiadomość e-mail z dnia 21 października 2011 r.).

W dniu A. K. – D. Dyrektor Oddziału ISP w Katowicach kieruje do M. K. informację, że czas wyznaczony A. P. na przeprowadzenie audytu podatkowego zarówno w listopadzie 2011 r., jak i w lutym 2012 r. jest zbyt krótki (wiadomość e-mail z dnia 21 października 2011 r.).

W dniu 24 października 2011 r. M. K. informuje A. K. – D. i A. P., że audyt podatkowy w ramach badania wstępnego został przedłużony o jeden dzień i będzie trwał 3 dni, jeśli idzie o podatek VAT i 2 dni w zakresie podatku od nieruchomości, zaś co do audytu podatku dochodowego od osób fizycznych i prawnych, to decyzja zostanie pojęta w późniejszym terminie. Jednocześnie M. K. zwróciła się z zapytaniem do A. P., czy ankiety zostały wysłane do klienta oraz poinformowała, że w dniu dzisiejszym wyśle wykaz nieruchomości do zbadania w PWiK (wiadomość e-mail z dnia 24 października 2011 r.).

W dniu 3 listopada 2011 r. M. K. przesyła A. P. wykaz środków trwałych PWiK, informując, że przedmiotowe dane pochodzą z dokumentacji, którą dysponuje ISP i zostały uzyskane podczas badania tej jednostki za rok 2010 (wiadomość e-mail z dnia 3 listopada 2011 r.).

M. K. w dniu 10 i 17 listopada 2011 r. kieruje m.in. do A. P. informację przypominającą o badaniu w PWiK w dniach 21 do 25 listopada 2011 r. (wiadomość e-mail z dnia 10 i 17 listopada 2011 r.).

W dniu 16 listopada 2011 r. M. K. przekazuje A. P. umowę zawartą z PWiK (wiadomość e-mail z dnia 16 listopada 2011 r.).

Informacja kierowana w dniu 25 listopada 2011 r. przez M. K. m.in. do A. P., że jeśli nie jest możliwe zakończenie badania u klienta w ustalonym terminie, to należy o tym poinformować ISP – Audyt, a nie obarczać tym klienta. Dodatkowo, A. P. został poproszony przez ww. o przesłanie wiadomości e-mail do Pani Prezes z wyjaśnieniem przyczyn, dla których badanie w zakresie podatku od nieruchomości winno być przedłużone i, że zgodę co ewentualnego przedłużenia badania podejmie zarząd ISP – Audyt, o czym ww. zostanie poinformowany (wiadomość e-mail z dnia 25 listopada 2011 r.).

A. P. informuje M. K., że badanie podatku od nieruchomości w „spółkach wodnych” ma swoją specyfikę, wymaga dokonania wizji lokalnej obiektów przedsiębiorstwa, a dotychczas udało się obejrzeć jedynie połowę z nich. Nadto, pojawiły się zagadnienia

wątpliwe w zakresie podatku VAT (wiadomość e-mail z dnia 25 listopada 2011 r.).

W dniu 25 listopada 2011 r. M. K. informuje główną księgową PWiK, że badanie w zakresie podatku od nieruchomości będzie kontynuowane przez A. P. w dniach od 28 do 30 listopada 2011 r. (wiadomość e-mail z dnia 25 listopada 2011 r.).

A. R. z PWiK w dniu 29 listopada 2011 r. przesyła A. P. interpretację podatkową wydaną przez Gminę Dąbrowę Górniczą oraz dokumenty związane z nadaniem nr NIP i REGON (wiadomość e-mail z dnia 29 listopada 2011 r.).

Główna księgową PWiK kieruje w dniu 30 listopada 2011 r. do A. P. i A. K. – D. zapytanie, dotyczące dokumentów, jakie winny być w posiadaniu PWiK, która potwierdzałaby zgodność wystawianych przez Spółkę faktur udostępnianych na stronie internetowej (wiadomość e-mail z dnia 30 listopada 2011 r.).

Główna księgową PWiK przesyła w dniu 30 listopada 2011 r. do A. P. i A. K. – D. projekt umowy, która będzie zawierana z osobami fizycznymi, nieprowadzącymi działalności gospodarczej na realizację przyłączy kanalizacyjnych w celu wydania opinii dotyczącej podatku VAT, podatku dochodowego od osób fizycznych i prawnych (wiadomość e-mail z dnia 5 grudnia 2011 r.).

M. K. kieruje w dniu 15 lutego 2012 r. do A. P. i do wiadomości A. K. – D. informację przypominającą o audycie w PWiK w zakresie podatku dochodowego od osób fizycznych i prawnych w dniach 20 – 21 lutego 2012 r. Jednocześnie ww. wskazuje, że raport podatkowy należy sporządzić do dnia 31 marca 2012 r., ale około 1 tydzień wcześniej należy projekt raportu przesłać celem sprawdzenia przez Panią Prezes (wiadomość e-mail z dnia 15 lutego 2012 r.).

A. P. w dniu 15 lutego 2012 r. kieruje zapytanie do M. K., gdzie ma przeprowadzać audyt w następnym tygodniu i wyraża opinię, że termin dwudniowy na badanie w PWiK jest zbyt krótki (wiadomość e-mail z dnia 15 lutego 2012 r.).

W dniu 17 lutego 2012 r. A. P. kieruje do Prezes Zarządu ISP – Audyt zapytanie, gdzie ma przeprowadzać audyt w przyszłym tygodniu (wiadomość e-mail z dnia 17 lutego 2012 r.).

W odpowiedzi Prezes Zarządu poinformowała, że ww. otrzyma informacje w dniu dzisiejszym (wiadomość e-mail z dnia 17 lutego 2012 r.).

W dniu 24 lutego 2012 r. M. K. poinformowała A. K. – D., że została oddelegowana na audyt podatkowy do PWiK od dnia 27 lutego 2012 r. Jednocześnie zwrócono uwagę, że ustalenia wymaga z A. P., czy sprawdzenia wymagają jeszcze jakieś zagadnienia z zakresu podatku VAT i od nieruchomości (wiadomość e-mail z dnia 24 lutego 2012 r.).

W dniu 1 marca 2012 r. Główna księgową PWiK przesyła A. P. zdjęcia jednej ze stacji uzdatniania wody (wiadomość e-mail z dnia 1 marca 2012 r.).

W dniu 5 marca 2012 r. M. K. kieruje do A. P. i A. K. – D. informację, że w dniu

jutrzejszym mija termin przekazania raportu z audytu podatkowego do Pani Prezes (wiadomość e-mail z dnia 5 marca 2012 r.).

A. P. w dniu 5 marca 2012 r. informuje M. K., że termin przekazania raportów nie zostanie dochowany z powodu przeprowadzania audytu w TVP (wiadomość e-mail z dnia 5 marca 2012 r.).

W dniu 5 marca 2012 r. Prezes Zarządu ISP – Audyt kieruje do A. P. i A. K. – D. informację, że „*badanie było przeprowadzone w dniach od 21 do 25 listopada 2011 r. Miał Pan, więc ponad trzy miesiące na napisanie raportu. Termin przekazania raportu do autoryzacji nie ulega zmianie. Raport z audytu bilansowego jest już przygotowany i czekamy na podatki. Proszę o realizację zgodnie z dyspozycją. Oczekuję na jeden scalony kompletny raport z trzech tytułów podatkowych*” (wiadomość e-mail z dnia 5 marca 2012 r.).

A. P. kieruje w dniu 5 marca 2012 r. do Prezes Zarządu ISP – Audyt wyjaśnienie, że przez ostatnie trzy miesiące większość czasu poświęcił na przeprowadzanie audytów, a nadto miał sporo bieżącej pracy. Dodatkowo wskazał, że postara się skończyć raport w zakresie podatku od nieruchomości we wskazanym terminie, jednakże prosi o wydłużenie terminu na sporządzenie raportu odnośnie podatku VAT (wiadomość e-mail z dnia 5 marca 2012 r.).

W dniu 6 marca 2012 r. A. P. przesyła do A. K. – D. „Raport z audytu podatkowego

przeprowadzonego w Przedsiębiorstwie Wodociągów i Kanalizacji w Dąbrowie Górniczej Sp. z o.o. w zakresie prawidłowości rozliczeń podatku od nieruchomości za 2011 r.” (wiadomość e-mail z dnia 6 marca 2012 r.).

W dniu 6 marca 2012 r. Prezes Zarządu ISP – Audyt informuje M. K., A. K. –D. i A. P., że ostateczny termin na sporządzenie raportów z podatków upływa w dniu 8 marca 2012 r. i zobowiązuje M. K. do zadbania o zachowanie podanego terminu (wiadomość e-mail z dnia 6 marca 2012 r.).

W dniu 8 marca 2012 r. A. P. przesyła do A. K. – D. raport z kontroli zobowiązań w zakresie podatku od towarów i usług w Przedsiębiorstwie Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Dąbrowie Górniczej za rok 2011. Raport przygotowany jest w imieniu ISP – Audyt, jako doradcę podatkowego wskazano Prezes Zarządu – R. J. – M. (wiadomość e-mail z dnia 8 marca 2012 r.).

W dniu 12 marca 2012 r. A. P. przekazał R. J. – M. i M. K. „*raport PWiK Dąbrowa Górnicza dotyczący podatku od nieruchomości po uwagach Pana M. U.*” (wiadomość e-mail z dnia 12 marca 2012 r.).

Z przedłożonego świadectwa pracy wynika, że A. P. w okresie od 1 kwietnia 2010 r. do 28 lutego 2014 r. był zatrudniony na podstawie umowy o pracę w Instytucie Studiów Podatkowych M. i Wspólnicy Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na stanowisku konsultant podatkowy.

32

Z przedłożonych informacji odpowiadających odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców dotyczących Instytutu Studiów Podatkowych M. i Wspólnicy Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Instytutu Studiów Podatkowych M. i Wspólnicy – Audyt Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wynika, że ww. spółki powiązane są kapitałowo i osobowo.

Z informacji zamieszczonych na stronie internetowej oraz Instytutu Studiów Podatkowych M. i Wspólnicy – Audyt Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wynika, że Instytut oferuje usługę audytu podatkowego, „*czyli kompleksowego badania prawidłowości rozliczeń podatków przez podmioty gospodarcze. Audyt (...) wykonują wysokiej klasy specjaliści podatkowi Instytutu działający pod bezpośrednim nadzorem prof. dr hab. W. M..*”

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp nakazuje wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Oznacza to, że obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania aktualizuje się w sytuacji, w której wykonawca nie udźwignął ciężaru dowodu w tym przedmiocie. Zatem fakt, iż wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu nie będzie przeszkodą do wykluczenia wykonawcy z postępowania, jak miało to miejsce w poprzednim stanie prawnym, jeśli wykonawca jednocześnie nie wykaże, za pomocą wskazanych przez zamawiającego dowodów, że w istocie określony warunek spełnia. Wiedza Zamawiającego w tym przedmiocie nie może prowadzić do zastępowania oświadczeń wykonawców (za wyjątkiem sytuacji, gdy referencyjne zadanie realizowane jest na rzecz zamawiającego) i w konsekwencji przerzucenia ciężaru dowodu. Podobnie, bezczynność wykonawcy czy też brak staranności zawsze musi prowadzić, w świetle powołanego przepisu, do wykluczenia wykonawcy z postępowania, z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Jednocześnie nie należy pomijać, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp kreuje dla zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w sytuacji, w której nie zostały one przedłożone wraz z ofertą albo nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jednakże rzeczona instytucja jest szczególnym narzędziem służącym konwalidowaniu błędów wykonawców, stanowiącym jednocześnie wyłom od wskazanej reguły, zatem nie może być interpretowania w sposób rozszerzający i stanowić obowiązku dla zamawiających doprowadzenia do stanu, w którym wnioski czy też oferty będą prawidłowe. Takiej wykładni przeczy również przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ciężar odpowiedzialności za właściwe przygotowanie wniosku i oferty spoczywa na wykonawcy, a zamawiający nie jest uprawniony, a tym bardziej zobowiązany,

33

do podejmowania czynności w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dopóty, dopóki wykonawca nie usunie wszystkich błędów.

Wyjątkowy charakter procedury uzupełniania oferty, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, dał asumpt do ukształtowania w orzecznictwie poglądu, że wezwanie może być kierowane do wykonawcy jednokrotnie w danym przedmiocie, a brak adekwatnej reakcji ze strony wykonawcy obciąża tegoż i jednocześnie nie stanowi podstawy do podejmowania dalszych działań przez zamawiającego.

Nie można również tracić z pola widzenia, że przepis art. 26 ust. 4 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu wyjaśnienie wszelkich wątpliwości, dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w przepisie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Z powyższym sprzężone jest uprawnienie wykonawcy do udzielenia wyjaśnień. Jednakże biorąc pod uwagę normę wynikającą z przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, że obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, zauważyć należy, że złożenie wyjaśnień, które wątpliwości nie rozwieją skutkować winno negatywną oceną weryfikowanych okoliczności.

Godzi się również dostrzec, że transparentność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i zasada równego traktowania wykonawców, obliuguje zamawiającego do stosowania jednakowych procedur względem wszystkich wykonawców i do realizowania obowiązków wynikających z przepisów prawa. Zamawiający posiada określone instrumenty służące konwalidowaniu błędów czy też niedokładności pojawiających się w ofertach, ale ich wykorzystanie uwarunkowane jest określonymi przesłankami. Zatem, instytucje „uzupełniania dokumentów” i „wyjaśnień” winny jedynie służyć tym celom, dla których zostały ustanowione. Oznacza to, że wyjaśnienia nie mogą w istocie prowadzić do złożenia nowego oświadczenia woli, które skutkuje zastąpieniem tego pierwotnego, podobnie jak obowiązek uzupełnienia nie może być zastępowany udzielonymi wyjaśnieniami.

Nie można również pomijać, że na mocy § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), wykonawca w celu wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia zobowiązany jest do złożenia wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw lub usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Zasadą jest, że wykonawca w celu potwierdzenia należytego wykonania lub wykonywania usług zobowiązany jest złożyć dowód w postaci poświadczenia, o którym mowa w § 1 ust. 2 pkt 1 powoływanego rozporządzenia. Jedynie w sytuacji, w której z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, uprawniony jest do przedłożenia własnego oświadczenia (§ 1 ust. 2 pkt 3 powoływanego rozporządzenia). Na tle powołanych regulacji należy dojść do przekonania, że normodawca dopuszcza możliwość posłużenia się własnym oświadczeniem przez wykonawcę w wyjątkowych wypadkach, jeśli uzyskanie poświadczenia jest niemożliwe z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy.

Ponadto, zwrócić należy uwagę, że gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zamawiający, zaś rolą wykonawcy jest realizacja wytycznych zamawiającego (jeśli nie są kwestionowane). Zatem, wykonawca, który w sposób dowolny reaguje na wezwania zamawiającego musi się spotkać z jego negatywną reakcją. Role wykonawcy i zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego są odmienne i wkraczanie przez wykonawcę we władztwo zamawiającego nie może być tolerowane.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, że Odwołujący nie udźwignął ciężaru wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, że Odwołujący domaga się weryfikacji przedmiotowego warunku w oparciu o zaświadczenie z

dnia 30 stycznia 2015 r. wystawione przez Dąbrowskie Wodociągi Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, negując jednocześnie uprawnienie do żądania przez Zamawiającego zaświadczenia w tym przedmiocie przez ISP – Audyt Sp. z o.o.

Jednakże powyższe stanowisko Odwołującego nie może zyskać aprobaty Izby, abstrahując nawet od treści zaświadczenia, z tej przyczyny, że w istocie wyrażony przez Odwołującego pogląd zmierza do zakwestionowania określonej czynności podjętej przez Zamawiającego, która co do zasady może, jak każda czynność zamawiającego, zostać wzruszona na drodze środków ochrony prawnej, niemniej jednak w okolicznościach przedmiotowej sprawy czynność ta, wolą ustawodawcy, nie może być przedmiotem odwołania (art. 180 ust. 2 ustawy Pzp).

Oznacza to, że na obecnym etapie postępowania Odwołujący nie może domagać się pominięcia czynności wezwania skierowanego do niego przez Zamawiającego, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w dniu 10 marca 2015 r. i czynności następczych, dokonanych przez Odwołującego, bo prowadziłoby to wprost do obejścia przepisów prawa (art. 180 ust. 2 ustawy Pzp).

35

Przechodząc zatem do oceny działań Odwołującego, podjętych w wyniku rzeczowego wezwania Zamawiającego, w pierwszej kolejności zauważyć należy, że Zamawiający wezwał Odwołującego do przedłożenia Wykazu usług, zawierającego inną usługę referencyjną niż ta, przedstawiona pierwotnie, bowiem nie wykazano jej wykonania przez A. P. albo przedstawienia zaświadczenia wydanego przez ISP – Audyt, dotyczącego usługi wskazanej w ofercie. Czynność ta z przyczyn, o których była mowa wyżej, nie może być poddana weryfikacji. Jak wspomniano zaś, ocenie podlegać będzie czynność wykonania wezwania przez Odwołującego, w świetle analizowanego wezwania.

Odwołujący w odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie (pismo z dnia 10 marca 2015 r.) przedłożył oświadczenie A. P., w którym ww. podał, że przeprowadził audyt podatkowy w zakresie podatku VAT i podatku od nieruchomości w Spółce PWiK Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej, w ramach umowy zawartej z ISP – Audyt. Jednocześnie wskazał, że: *„W opinii Wykonawcy nie ma on możliwości uzyskania zaświadczenia od Instytutu Studiów Podatkowych M. i Wspólnicy – Audyt Spółka z o.o., gdyż spółka takie zaświadczenie wydając działałaby na własną szkodę – Spółka Wykonawcy wykonuje obecnie usługi konkurencyjne do usług Instytutu.”*

Wobec przedmiotowych działań Odwołującego, Zamawiający pierwotnie wybrał ofertę Odwołującego jako najkorzystniejszą, ale na skutek czynności sygnalizacyjnych, o których mowa w przepisie art. 181 ust. 1 ustawy Pzp, podjętych przez Przystępującego i ISP – Audyt, przeprowadził postępowanie wyjaśniające dotyczące spełniania przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Zdaniem Izby, materiał dowodowy zgromadzony w sprawie, potwierdza wnioski Zamawiającego w tym przedmiocie i stanowi o trafności podjętej decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. W ocenie Izby, nie budzi wątpliwości, iż Odwołujący nie był uprawniony do posłużenia się oświadczeniem A. P. o należyтым wykonaniu usługi audytu podatkowego wykonanego na rzecz PWiK Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej.

Zamawiający uznał, iż nie ziszczyły się przesłanki do posłużenia się oświadczeniem przez Wykonawcę, bowiem nie wykazano, że uzyskanie poświadczenia w tym przedmiocie nie jest możliwe i ze stanowiskiem tym należy się zgodzić. Podkreślenia wymaga, że w świetle przepisu § 1 ust. 2 pkt 1 i 3 powoływanego rozporządzenia zasadą jest, że potwierdzenie należytego wykonania referencyjnej usługi wymaga przedłożenia poświadczenia przez odbiorcę tej usługi. Nie może dziwić przyznanie pierwszeństwa dokumentowi pochodzącemu od pomiotu, korzystającego z rezultatu określonej pracy, celem potwierdzenia należytego wykonania zamówienia, bowiem ten podmiot o tym fakcie posiada wiedzę i co do zasady nie ma interesu ani podstaw, aby uchylać się od powyższego. Natomiast oświadczenie wykonawcy, który jest zainteresowany korzystnym dla siebie wynikiem postępowania i składa oświadczenie, dokonując oceny własnej pracy, normodawca

36

dopuszczał w celu weryfikacji należytego wykonania zamówienia, ale jedynie w nadzwyczajnych okolicznościach, a więc jedynie wtedy, kiedy wykonawca nie ma możliwości

uzyskania poświadczenia, z przyczyn niezależnych od siebie.

W ocenie Izby, w niniejszej sprawie wskazane okoliczności nie miały miejsca. Odwołujący posłużył się bowiem oświadczeniem A. P. w sytuacji, w której sam założył, że uzyskanie zaświadczenia od ISP – Audyt nie będzie możliwe, ze względu na fakt, że w chwili obecnej podmioty te konkurują na rynku. Z oświadczenia ISP – Audyt (pismo z dnia 25 marca 2015 r.) jasno zaś wynika, że Odwołujący nie zwracał się do ww. podmiotu z wnioskiem o wydanie spornego zaświadczenia, ale bazując jedynie na swoim przekonaniu (co zresztą potwierdza w analizowanym oświadczeniu) uznał, że są podstawy do posłużenia się oświadczeniem, o czym poinformował Zamawiającego.

Zdaniem Izby, w świetle przytoczonych przepisów prawa niedopuszczalna jest sytuacja, gdzie dokumenty są zastępowane oświadczeniami w okolicznościach, w których nie wystąpiły obiektywne przesłanki do posłużenia się oświadczeniem. W ocenie Izby, normodawca nadał odpowiednią rangę i przyznał pierwszeństwo dokumentom względem oświadczeń, a zatem nie ma możliwości podejmowania przez wykonawcę subiektywnej decyzji co do tego, czy niemożność uzyskania zaświadczenia w istocie wystąpiła. Jedynie wykazanie przez Odwołującego, że ISP – Audyt odmówiła wydania spornego zaświadczenia mogłoby prowadzić do uznania, że zaktualizowały się przesłanki do posłużenia się oświadczeniem, a tego Odwołujący nie wykazał.

W tym miejscu dostrzeżenia wymaga, że istotą sporu między stronami winno być zagadnienie, czy w okolicznościach niniejszej sprawy Odwołujący był uprawniony do posłużenia się oświadczeniem A. P. w celu wykazania należytego wykonania referencyjnej usługi. Wskazana przyczyna legła bowiem u podstaw wykluczenia Odwołującego z postępowania, jako że Zamawiający stwierdził, iż Odwołujący tego uprawnienia nie posiadał, a co więcej złożył nieprawdziwe informacje w tym przedmiocie.

Tymczasem Odwołujący tego aspektu w ogóle nie dostrzegł. Koncentrował się na podważaniu podstaw wezwania do uzupełnienia dokumentów/oświadczeń i wykazywaniu, że zaświadczenie z dnia 30 stycznia 2015 r. wystawione przez Dąbrowskie Wodociągi Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej było wystarczające do wykazania spornego warunku, co nie mogło okazać się skuteczne z przyczyn, o których była mowa wyżej. Dodatkowo, wykazywał na samodzielność wykonywania czynności przez doradcę podatkowego, która to czynność nie była przez Zamawiającego kwestionowana.

Mając na uwadze powyższe oraz okoliczność, że zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą Izby a także Sądów Okręgowych, zarzut na gruncie Prawa zamówień publicznych stanowi substrat okoliczności faktycznych i prawnych, a Izba orzeka w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp), brak polemiki w odwołaniu

37

w zakresie podstaw do posłużenia się przez odwołującego oświadczeniem stanowi w istocie o nieskutecznym zakwestionowaniu czynności Zamawiającego podjętej w oparciu o przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Powyższe winno skutkować już oddaleniem odwołania. Jednakże Izba mając na względzie fakt, że ważnym jest, aby Odwołujący poznał motywy rozstrzygnięcia nie tylko w aspekcie formalnym (choć na tym można było poprzestać, tym bardziej, że Odwołujący był reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika procesowego), ale również co do istoty sprawy.

Mając na względzie powyższe Izba jedynie na marginesie odniesie się do podnoszonej przez Odwołującego samodzielności wykonywania zawodu doradcy podatkowego.

W literaturze przedmiotu wskazuje się, że oprócz wymaganej od doradcy podatkowego rzetelności zawodowej, doradca podatkowy wykonuje zawód w sposób niezależny. W szczególności przygotowując opinie prawne, wypełniając deklaracje, nie może ulegać sugestiom klienta, jeśli w jego ocenie owe sugestie nie są uzasadnione bądź prowadziłyby do naruszenia przepisów prawa, zwłaszcza działań polegających na uchylaniu się przez podatnika od opodatkowania. Niemniej jednak doradca podatkowy uprawniony jest do przedstawiania swojemu klientowi rozwiązań pozwalających na oszczędności podatkowe i wybór rozwiązań najbardziej korzystnych z podatkowego punktu widzenia, w tym wybór dróg, z którymi wiąże się jak najmniejsze obciążenia podatkowe.

W swoich decyzjach doradca podatkowy podlega jedynie przepisom prawa i zasadom etyki doradców podatkowych. Podleganie przepisom nie narusza obowiązków wynikających ze stosunku pracy. Na marginesie wypada nadmienić, iż doradca zobowiązany jest przestrzegać przepisów wewnątrzkorporacyjnych, które z punktu widzenia konstytucyjnego

systemu źródeł prawa nie mają waloru powszechnie obowiązującego, choć ze względu na ewentualne przewinienia dyscyplinarne pełnią nie mniej ważną rolę.

Jednakże brak samodzielności przy wykonywaniu przez A. P. referencyjnej usługi nie legł u podstaw wykluczenia Odwołującego z postępowania. Ponownie należy podkreślić, że Zamawiający stwierdził, iż Odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, bowiem należyte wykonanie referencyjnego zamówienia nie mogło być potwierdzone za pomocą oświadczenia Wykonawcy. Odwołujący aspekt samodzielności zawodu doradcy podatkowego, na to przynajmniej wskazuje lektura odwołania i przyjęta tam systematyka, podkreśla na tle uprawnienia do posłużenia się zaświadczeniem PWiK Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej w sytuacji, w której był wykonawcą audytu podatkowego, jednakże powyższa okoliczność nie może mieć znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Kwestia możliwości

38

posłużenia się przedmiotowym zaświadczeniem nie mogła być rozważana w toku przedmiotowego postępowania odwoławczego, o czym była mowa wyżej.

Stąd też jedynie na marginesie należy wskazać, że w świetle warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia nie sposób wywieść, iż wykonawca winien legitymować się usługą polegającą na przeprowadzeniu kompleksowego audytu podatkowego w podmiocie scharakteryzowanym przez Zamawiającego, co zdaje się sugerować Zamawiający.

Natomiast w okolicznościach niniejszej sprawy nie sposób byłoby przyznać rację Odwołującemu, że zaświadczenie o należyтым wykonaniu zamówienia mogła wystawić PWiK Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej dla A. P. jako wykonawcy audytu podatkowego w zakresie podatku od VAT i podatku od nieruchomości, skoro usługę audytu podatkowego, w tym w zakresie wskazanych tytułów podatkowych, na podstawie zawartej z PWiK umowy z ISP – Audyt, wykonywał ten drugi podmiot. Podmiot ten był odpowiedzialny za należyte wykonanie umowy, koordynował czynności audytu, decydował o sposobie i terminie zbierania danych i przeprowadzania badań, decydował o ostatecznym kształcie raportu.

W tym miejscu zwrócić należy uwagę, że treść ankiet wysyłanych do klienta była zatwierdzana przez Prezes Zarządu ww. Spółki, podobnie treść sporządzanych raportów, co więcej uwagi do raportu w sprawie podatku od nieruchomości wnosili Pan M. U. . Powyższe wskazuje, że A. P. całokształtu czynności związanych z przeprowadzeniem audytu podatkowego nawet w zakresie podatku VAT i podatku od nieruchomości nie wykonał, stąd też nie można uznać, że doświadczenie nabyte w ramach analizowanego zamówienia jest jego własnym doświadczeniem i PWiK Sp. z o.o. może zaświadczyć o należyтым wykonaniu przez niego wspomnianych czynności. Co najwyżej wskazany podmiot może wydać ocenę co do współpracy z A. P. na określonym polu, ale z pewnością nie może to być ocena całości działań podjętych w ramach audytu podatkowego, bowiem na audyt podatkowy składają się nie tylko czynności merytoryczne, choć i te w okolicznościach niniejszej sprawy były monitorowane i nadzorowane przez ISP – Audyt, ale również czynności natury organizacyjnej. Zaś, rzeczony warunek udziału w postępowaniu może być odczytywany jedynie jako zdolność do wykonania określonej usługi zarówno w sensie merytorycznym, jak i organizacyjnym (z wykorzystaniem posiadanego *know-how*), biorąc pod uwagę wielkość i specyfikę badanego podmiotu oraz interdyscyplinarność podejmowanych czynności.

Zarysowany stan faktyczny niniejszej sprawy nie daje podstaw, aby traktować doświadczenie A. P. jako zdobyte w ramach konsorcjum, skoro referencyjna usługa, na którą się powołuje, była wykonywana na podstawie umowy o pracę. Natomiast, Iżba dostrzega doświadczenie zdobyte przez ww. przy wykonywaniu czynności związanych z audytem podatkowym, ale w okolicznościach niniejszej sprawy z przyczyn, o których była mowa

39

wyżej, nie może być postrzegane jako własne, co wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie odbiera mu prawa powoływania się na nie, ale nie w sposób, w jaki uczynił to Odwołujący.

Przechodząc do oceny zarzutu naruszenia przepisu art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp

stwierdzić należy, iż jest on chybiony. Odwołujący stoi na stanowisku, iż Zamawiający zaniechał podania informacji o faktycznych powodach wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Natomiast lektura pisma Zamawiającego z dnia 8 kwietnia 2015 r. wskazuje, że Odwołujący wprowadził Zamawiającego w błąd co do istnienia obiektywnych podstaw, jeśli idzie o posłużenie się oświadczeniem w celu wykazania spełniania spornego warunku udziału w postępowaniu, mając świadomość, że takie podstawy nie istnieją, bo Odwołujący tego nie zweryfikował. Powyższa informacja legła u podstaw pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej i gdyby nie czynności informacyjne innych Wykonawców wybór ten zostałby usankcjonowany. Konkludując, Zamawiający stwierdził, że oświadczenie A. P. o braku możliwości uzyskania poświadczenia na temat należytego wykonania referencyjnej usługi było nieprawdziwe, a skoro mogło mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, to zaktualizowały się przesłanki do wykluczenia Odwołującego z postępowania w świetle przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Jakkolwiek podane przez Zamawiającego uzasadnienie faktyczne może nie jest przejrzyste i wyczerpujące, to jednakże, zdaniem Izby, daje podstawy do ustalenia, jaka jest istota decyzji podjętej przez Zamawiającego, również w aspekcie, w którym Odwołujący zarzuca barak uzasadnienia faktycznego.

Skoro uzasadnienie faktyczne co do wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wybrzmiewa z treści decyzji Zamawiającego, to brak polemiki w odwołaniu w przedmiotowym zakresie powoduje, że trudno mówić o prawidłowo skonstruowanym zarzucie, o czym była mowa wyżej, a w każdym razie zarzut ten nie poddaje się ocenie i z tych przyczyn nie może być uwzględniony.

Jedynie na marginesie wskazać należy, że Izba podziela stanowisko zaprezentowane w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 października 2014 r., sygn. akt: KIO 2106/14 i ugruntowane w orzecznictwie Izby oraz Sądów Okręgowych, że literalne brzmienie przywołanego przepisu adresuje możliwość stwierdzenia podstaw wykluczenia do okoliczności konkretnego przypadku. Należy bowiem stwierdzić, czy oświadczenie wykonawcy zawiera informacje obiektywnie niezgodne z rzeczywistością oraz czy informacje te miały znaczenie dla wyniku postępowania. Wykładnia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wynikająca ze spójnego w tym zakresie orzecznictwa Sądów Okręgowych nakazuje badanie

40

winy wykonawcy, tzn. złożenie nieprawdziwych informacji musi wynikać z zawinionego działania wykonawcy skutkującego wprowadzeniem w błąd zamawiającego.

Istotą przesłanki wykluczenia wskazanej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest zapewnienia należytego wykonania zamówienia w przyszłości oraz ochrona uczciwej konkurencji. Wykonawcy, którzy nie spełniają wymagań zamawiającego i są winni wprowadzeniu go w błąd, co do posiadania oczekiwanej zdolności podmiotowej lub przedmiotu oferty, są eliminowani z postępowania o udzielenie zamówienia z pominięciem trybu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszej sprawy stwierdzić należy, że nie budzi wątpliwości Izby, że Odwołujący miał świadomość, że A. P. wezwany do złożenia zaświadczenia w przedmiocie referencyjnej usługi, składa oświadczenie, w którym podaje, że nie ma możliwości jego uzyskania, podczas gdy nie podjął nawet próby jego zdobycia. Jednocześnie Odwołujący, jako profesjonalny wykonawca, zdawał sobie sprawę, że oświadczenie służy do potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu i w konsekwencji ma decydujący wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Jeśli idzie zaś o zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp to mógłby być uznany za trafny, ale nie z przyczyn wskazanych przez Odwołującego.

W tym miejscu zwrócenia uwagi wymaga, że Zamawiający zdaje się nie rozróżniać instytucji uznania oferty za odrzuconą *ex lege* (art. 24 ust. 4 ustawy Pzp) od sytuacji, w której aktualizuje się po stronie zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty, w okolicznościach wskazanych w art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Oznacza to, że skutek w postaci odrzucenia oferty następuje *ex lege* z mocy przepisu art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, nie kreuje go natomiast czynność Zamawiającego.

Wyjaśnić należy, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp ustawy Pzp znajdzie

zastosowanie w przypadku założenia oferty przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu lub niezaproszonego do składania ofert, zaś wskazana okoliczność nie zaktualizuje się w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego.

Ewentualne stwierdzenie powyższego naruszenia nie mogłoby jednak prowadzić do uwzględnienia odwołania, bowiem czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania jest prawidłowa, a zatem naruszenie wskazanego przepisu ustawy Pzp nie miałooby wpływu na wynik prowadzonego postępowania (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp).

Nie znalazł również uzasadnienia zarzut naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Po pierwsze bowiem, Odwołujący nie wykazał, że wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił w oparciu o inne kryteria oceny ofert niż te,

41

wyartykułowane w SIWZ. Po drugie zaś, prawidłowość czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania nie daje podstaw do formułowania twierdzeń o nierównym traktowaniu wykonawców i dążeniu do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 7.500,00 zł.

Przewodniczący:

42