

WYROK
z dnia 8 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 grudnia 2012 r. przez **Deloitte Audyt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 00-854 Warszawa, Al. Jana Pawła II 19** w postępowaniu prowadzonym przez **Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo Spółka Akcyjna, 01-224 Warszawa, ul. Marcina Kasprzaka 25**

przy udziale wykonawców:

- A. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. PKF Audyt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 02-695 Warszawa, ul. Orzycka 6/1B, 2. PKF Tax Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 02-695 Warszawa, ul. Orzycka 6/1B, 3. PKF Consult Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 02-695 Warszawa, ul. Orzycka 6/1B;**
- B. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. KPMG Audyt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, 00-867 Warszawa, ul. Chłodna 51, 2. KPMG Audyt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 00-867 Warszawa, ul. Chłodna 51;**
- C. PricewaterhouseCoopers Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 00-638 Warszawa, Al. Armii Ludowej 14**

- zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1) oddala odwołanie;

2) kosztami postępowania obciąża Deloitte Audyt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 00-854 Warszawa, Al. Jana Pawła II 19 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem jest usługa: *Badanie sprawozdań finansowych Polskiego Górnictwa Naftowego i Gazownictwa S.A., skonsolidowanych sprawozdań finansowych Grupy Kapitałowej PGNiG oraz sprawozdań finansowych i skonsolidowanych sprawozdań finansowych spółek Grupy Kapitałowej PGNiG za lata 2013-2015.*

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE z dnia 13.10.2012 r., nr 2012/S 198-326227 (zamówienie sektorowe).

Odwołujący - Deloitte Audyt Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie od czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu i zaniechaniu czynności, do których zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, zarzucając naruszenie następujących przepisów Pzp: art. 7 ust. 1, art. 14, art. 22 ust. 1 pkt 4, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 3, art. 51 ust. 1 i ust. 1a oraz innych przepisów wymienionych w uzasadnieniu odwołania lub z niego wynikających, przez:

I. 1) błędne, niezgodne z ogłoszeniem i ustawą, dokonanie czynności badania i oceny wniosku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: PKF Audyt Sp. z o.o., PKF Tax Sp. z o.o., PKF Consult Sp. z o.o., zwanych dalej „Konsorcjum PKF”; 2) zaniechanie wezwania Konsorcjum PKF do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu; 3) zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum PKF ze względu na niespełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu; 4) zaproszenie Konsorcjum PKF do złożenia oferty;

II. 5) błędne, niezgodne z ogłoszeniem i ustawą, dokonanie czynności badania i oceny wniosku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia KPMG Audyt Sp. z o.o. sp. k. i KPMG Audyt Sp. z o.o., zwanych dalej „Konsorcjum KPMG”; 6) zaniechanie wezwania Konsorcjum KPMG do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu; 7) zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum

KPMG ze względu na niespełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu; 8) zaproszenie Konsorcjum KPMG do złożenia oferty;

III. 9) błędne, niezgodne z ogłoszeniem i ustawą, dokonanie czynności badania i oceny wniosku wykonawcy PricewaterhouseCoopers Sp. z o.o., zwanego dalej „Wykonawca PWC”; 10) zaniechanie wezwania Wykonawcy PWC do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu; 11) zaniechanie wykluczenia z postępowania Wykonawcy PWC ze względu na niespełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu; 12) zaproszenie Wykonawcy PWC do złożenia oferty; 13) zaniechanie zaproszenia do złożenia oferty jedynego wykonawcę, który spełnił warunki udziału w postępowaniu - odwołującego.

Jednocześnie odwołujący wniósł o spowodowanie przeprowadzenia czynności:

1) unieważnienia czynności poinformowania o ocenie wniosków oraz zaproszenia wykonawców do złożenia ofert; 2) powtórzenia czynności badania i oceny wniosków; 3) wykluczenia z postępowania wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu lub nie uzupełnią dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu wymaganych w postępowaniu; 4) zaproszenia do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podał, że jest wykonawcą w rozumieniu przepisów Pzp i ma interes w uzyskaniu zamówienia a w wyniku czynności dokonanych i zaniechanych przez zamawiającego może ponieść szkodę przez utratę zamówienia oraz przez udzielenie zamówienia wykonawcy, który podlega wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący uzyskał wgląd w siedzibie zamawiającego do następujących dokumentów:

- wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
- wezwania do wyjaśnienia i uzupełnienia wniosków;
- wyjaśnienia i uzupełnienia wniosków.

I. Uzasadnienie w zakresie zarzutów dotyczących Konsorcjum PKF.

Konsorcjum PKF na stronach wniosku: od 279 do 281 przedłożyło dokumenty na potwierdzenie spełniania warunku określonego sekcji III.2.3) I pkt 1) ogłoszenia: „posiada wiedzę i doświadczenie oraz dysponuje odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a w szczególności na dzień składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zatrudnia 100 (sto) osób, w tym co najmniej 25 (dwadzieścia pięć) osób wpisanych do rejestru biegłych rewidentów prowadzonego przez

Krajową Radę Biegłych Rewidentów oraz co najmniej 3 (trzy) osoby posiadające międzynarodowy certyfikat ACCA (Association of Chartered Certified Accountants)”.

Na potwierdzenie spełniania warunku zamawiający wymagał w sekcji III.2.3) II pkt 1) ogłoszenia o zamówieniu przedstawienia dokumentu: „oświadczenie Wykonawcy o liczbie zatrudnionych osób, o których mowa w sekcji III 1.2.3) I pkt 1 ogłoszenia, według stanu na dzień złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, z wykazem osób wpisanych do rejestru biegłych rewidentów prowadzonego przez Krajową Radę Biegłych Rewidentów oraz posiadających międzynarodowy certyfikat ACCA (Association of Chartered Certified Accountants)”.

We wniosku Konsorcjum PKF nie przedstawiono wymaganego oświadczenia o liczbie zatrudnionych osób - we wskazanym powyżej dokumencie podano łączną liczbę osób zatrudnionych i będących w dyspozycji Konsorcjum (105).

Korzystając z informacji zawartych na stronie internetowej grupy kapitałowej PKF, zakładka „o firmie”, odwołujący dowiedział się, że pięć spółek grupy PKF zatrudnia „160 osób w 7 biurach w Polsce”. Stwierdził, że zachodzi domniemanie, że trzy firmy Konsorcjum PKF z pięciu w grupie, mogą nie spełniać warunku zatrudnienia osób określonego w ogłoszeniu na 100 osób.

W związku z powyższym, uznał, że zamawiający dokonał błędnego badania i oceny wniosku Konsorcjum PKF. W ten sposób zaniechał dokonania czynności wezwania Konsorcjum PKF do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku określonego w sekcji III.2.3) pkt I. 1) ogłoszenia, a w przypadku nie uzupełnienia ich, zaniechał wykluczenia wykonawcy z postępowania.

II. Uzasadnienie w zakresie zarzutów dotyczących Konsorcjum KPMG.

Konsorcjum KPMG na stronach wniosku: od 160 do 173 przedłożyło dokumenty na potwierdzenie spełniania warunku określonego w sekcji III.2.2) pkt I 2) ogłoszenia: „posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie określonym rozporządzeniem Ministra Finansów z dnia 3 grudnia 2009 r. w sprawie obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej podmiotów uprawnionych do badania sprawozdań finansowych (Dz. U. z 2009, Nr 205, poz. 1583) na sumę ubezpieczenia nie niższą niż 5.000.000 (pięć milionów) złotych.”).

Jedynie przedstawione we wniosku dokumenty na stronach: od 161 do 164 oraz od 166 do 173 potwierdzają posiadanie ubezpieczenia w wymaganym zakresie. Lecz dokumenty te potwierdzają jedynie sumę ubezpieczenia na kwotę 800.000 EURO, czyli po przeliczeniu ok. 3.200.000 zł. Do spełniania warunku brakuje potwierdzenia posiadania wymaganej polisy na

ok. 1.800.000 zł.

Dokument przedstawiony na stronie 165 wniosku (certyfikat HDI) nie tylko nie potwierdza, że jest to polisa ubezpieczeniowa od odpowiedzialności cywilnej w zakresie określonym rozporządzeniem Ministra Finansów z dnia 3 grudnia 2009 r., ale także nie wskazuje, jaka suma dotyczy Konsorcjum KPMG - w dokumencie wskazano, jako ubezpieczonego dziesięć podmiotów.

W związku z powyższym, odwołujący stwierdził, że należy uznać, iż zamawiający dokonał błędnego badania i oceny wniosku Konsorcjum KPMG, gdyż przedstawione dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku określonego w sekcji III.2.2) I pkt 2) ogłoszenia, tj. posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie określonym rozporządzeniem Ministra Finansów z dnia 2 grudnia 2009 r. na sumę ubezpieczenia nie niższą niż 5.000.000 (pięć milionów) złotych, w szczególności ubezpieczenia za szkody bez możliwości umownego ograniczenia.

Zamawiający zaniechał dokonania czynności wezwania Konsorcjum KPMG do uzupełnienia dokumentów, a w przypadku ich nie uzupełnienia, zaniechał wykluczenia wykonawcy z postępowania.

III. Uzasadnienie w zakresie zarzutów dotyczących Wykonawcy PWC.

Wykonawca PWC, jako załącznik 10 przedstawiony na stronach wniosku: od 131 do 132 przedłożył dokument wraz z tłumaczeniem, na potwierdzenie spełnienia warunku określonego w sekcji III.2.2) I pkt 2) ogłoszenia: „posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie określonym rozporządzeniem Ministra Finansów z dnia 3 grudnia 2009 r. w sprawie obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej podmiotów uprawnionych do badania sprawozdań finansowych na sumę ubezpieczenia nie niższą niż 5.000.000 (pięć milionów) złotych”.

Dokument wystawiony przez brokera Marsh (zaświadczenie brokera o ubezpieczeniu odpowiedzialności cywilnej z tytułu działalności zawodowej) nie potwierdza posiadania ubezpieczenia w wymaganym zakresie.

Ponadto we wniosku brak jest dokumentu potwierdzającego opłacenie polisy.

W związku z powyższym, odwołujący stwierdził, że należy uznać, iż zamawiający dokonał błędnego badania i oceny wniosku Wykonawcy PWC, gdyż przedstawione dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku określonego w sekcji III.2.2) I pkt 2) ogłoszenia oraz nie spełniają wymagań postawionych w sekcji III.2.2) II pkt 2) ogłoszenia, tj. posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie określonym rozporządzeniem Ministra Finansów z dnia 2 grudnia 2009 r. na sumę ubezpieczenia nie niższą niż 5.000.000 (pięć milionów) złotych, w szczególności ubezpieczenia za szkody bez możliwości umownego ograniczenia.

Zamawiający zaniechał dokonania czynności wezwania Wykonawcy PWC do uzupełnienia dokumentów, a w przypadku ich nie uzupełnienia, zaniechał wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Wykluczenie wwykonawców powiązane jest z koniecznością przesłania stosownej informacji wykonawcom oraz zaniechania zaproszenia ich do złożenia ofert.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o: 1) oddalenie odwołania, jako oczywiście nieuzasadnionego; 2) zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego zgodnie z rachunkiem, przedłożonym na rozprawie.

Zamawiający podał, że do upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tj. do dnia 12 listopada 2012 r. do godz.10:00, wpłynęły wnioski od następujących wykonawców: PricewaterhouseCoopers Sp. z o.o. - Wykonawca PWC; Deloitte Audyt Sp. z o.o. - odwołujący; KPMG Audyt Sp. z o.o. sp.k. i KPMG Audyt Sp. z o.o. - Konsorcjum KPMG; PKF Audyt Sp. z o.o., PKF TAX Sp. z o.o., PKF Consult Sp. z o.o. - Konsorcjum PKF.

Zamawiający wzywał wykonawców do złożenia oświadczeń i dokumentów oraz wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, w innym zakresie niż objęty odwołaniem.

Na podstawie art. 24 ust. 3 oraz art. 51 ust. 1a Pzp, zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wskazując, że warunki spełnili: Wykonawca PWC, Deloitte, Konsorcjum KPMG, Konsorcjum PKF oraz, że liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu jest mniejsza niż maksymalna liczba wykonawców wskazana w sekcji VI.3 ogłoszenia o zamówieniu, a tym samym zamawiający zaprosi do składania ofert wszystkich wykonawców, którzy spełnili warunki udziału w postępowaniu.

Zamawiający wskazał, że zarzuty przedstawione w odwołaniu w odniesieniu do poszczególnych wykonawców są całkowicie chybione i nie zasługują na uwzględnienie. Wskazał, co następuje.

I. Konsorcjum PKF dołączyło do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie o liczbie zatrudnionych, z którego wynika, że: *na dzień złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zatrudnia i dysponuje 105 osobami, w tym 40 biegłymi rewidentami, 3 osobami posiadającymi międzynarodowy certyfikat ACCA.* W odniesieniu do 3 osób, tj. osób posiadających międzynarodowy certyfikat ACCA, Konsorcjum PKF złożyło oświadczenie podmiotu trzeciego o udostępnieniu potencjału

technicznego/osobowego. W stosunku do pozostałych 102 osób, Konsorcjum PKF nie złożyło podobnego oświadczenia, co pozwoliło zamawiającemu przyjąć, że osoby te są zatrudnione bezpośrednio przez spółki należące do Konsorcjum PKF.

W odniesieniu do 3 osób posiadających międzynarodowy certyfikat ACCA, zamawiający wskazał, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia jeden z wykonawców zwrócił się o udzielenie odpowiedzi na następujące pytanie dotyczące ogłoszenia o zamówieniu: *W nawiązaniu do ogłoszenia przetargowego, uprzejmie proszę o wyjaśnienie pkt III. 2.3), ppkt 1 dotyczący zatrudnienia osób posiadających uprawnienia ACCA. Czy mogą być to również osoby zatrudnione na podstawie umów o współpracę, umów zlecenia, jako podwykonawcy.*

W odpowiedzi na pytanie, zamawiający wyjaśnił, że w myśl pkt III.2.3), ppkt 1.1) ogłoszenia o zamówieniu, o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który m.in. zatrudnia, co najmniej 3 (trzy) osoby posiadające międzynarodowy certyfikat ACCA (Association of Chartered Certified Accountants). Wskazał, że, warunek będzie spełniony zarówno w przypadku zatrudnienia danej osoby na podstawie umowy o pracę, jak też w przypadku zatrudnienia na podstawie umowy o świadczenie usług, umowy zlecenia lub innej umowy o podobnym charakterze. Wskazał również, że zgodnie z art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca, w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Tym samym, w ocenie zamawiającego, złożenie oświadczenia, zgodnie z którym: *na dzień złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Wykonawca zatrudnia i dysponuje 105 osobami, w tym 40 biegłymi rewidentami, 3 osobami posiadającymi międzynarodowy certyfikat ACCA*, pozostaje w pełnej zgodności z wymaganiami zamawiającego, sformułowanymi w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz doprecyzowanymi przez udzielenie odpowiedzi na pytanie wykonawcy.

Mając powyższe na uwadze, zamawiający uznał zarzuty odwołującego odnoszące się do Konsorcjum PKF za nieuzasadnione i jako takie nie zasługujące na uwzględnienie.

II. Zarzuty dotyczące Konsorcjum KPMG.

Zamawiający wymagał, by wykonawca posiadał ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie określonym rozporządzeniem Ministra Finansów z dnia 3 grudnia 2009 r. w sprawie obowiązkowego ubezpieczeniu odpowiedzialności cywilnej podmiotów uprawnionych do badania sprawozdań finansowych (Dz. U. z 2009, Nr 205, poz. 1583) na sumę ubezpieczenia nie niższą niż 5.000.000 (pięć milionów) złotych. Na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku należało przedłożyć opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie określonym w rozporządzeniu Ministra Finansów z dnia 3 grudnia 2009 r. na sumę ubezpieczenia nie niższą niż 5.000.000 (pięć milionów) złotych

Na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, Konsorcjum KPMG złożyło wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu m. in. następujące dokumenty: Polisę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej Nr 156/1399416/14000/2/0 na kwotę (suma gwarancyjna na jeden i wszystkie zdarzenia) 400.000 euro na okres od 1.07.2012 r. do dnia 30.06.2013 r. w treści, której jako ubezpieczony została wskazana spółka KPMG Audyt Sp. z o.o. (członek Konsorcjum KPMG), zaś jako działalność ubezpieczona - odpowiedzialność cywilna podmiotów wykonujących czynności rewizji finansowej. W treści polisy wskazano warunki ubezpieczenia - rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 3 grudnia 2009 r. w sprawie obowiązkowego ubezpieczeniu odpowiedzialności cywilnej podmiotów uprawnionych do badania sprawozdań finansowych oraz warunki „obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej podmiotów uprawnionych do badania sprawozdań finansowych” (polisa została wystawiona przez HDI Asekuracja). Do polisy dołączono potwierdzenie dokonania opłaty składki ubezpieczeniowej; Polisę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej Nr 156/1399418/14001/2/0 na kwotę (suma gwarancyjna na jeden i wszystkie zdarzenia) 400.000 euro na okres od 1.07.2012 r. do dnia 30.06.2013 r. w treści, której jako ubezpieczony wskazana została spółka KPMG Audyt Sp. z o.o. sp.k. (członek Konsorcjum KPMG), zaś jako działalność ubezpieczona - odpowiedzialność cywilna podmiotów wykonujących czynności rewizji finansowej. W treści polisy wskazano warunki ubezpieczenia - rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 3 grudnia 2009 r. w sprawie obowiązkowego ubezpieczeniu odpowiedzialności cywilnej podmiotów uprawnionych do badania sprawozdań finansowych oraz warunki „obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej podmiotów uprawnionych do badania sprawozdań finansowych” (polisa została wystawiona przez HDI Asekuracja). Do polisy dołączono potwierdzenie dokonania opłaty składki ubezpieczeniowej. Certyfikat do umowy ubezpieczenia nr 156/1398881/14003/3/0 - ubezpieczenie odpowiedzialności zawodowej na kwotę (suma gwarancyjna na jeden i wszystkie Wypadki) 6.783.200 złotych na okres od 1

lipca 2012 r. do 30.06.2013 r. w treści, którego jako ubezpieczony wskazana została m. in. spółka KPMG Audyt sp. z o.o. (członek Konsorcjum KPMG) oraz spółka KPMG Audyt sp. z o.o. sp.k. (członek Konsorcjum KPMG). Certyfikat został wystawiony przez HDI Asekuracja. Do certyfikatu dołączono potwierdzenie dokonania opłaty składki ubezpieczeniowej.

W ocenie odwołującego, ostatni ze wskazanych wyżej dokumentów, tj. certyfikat do umowy ubezpieczenia nr 156/1398881/14003/3/0 (dalej: „Certyfikat HDI”) nie potwierdza, że jest to polisa ubezpieczeniowa od odpowiedzialności cywilnej w zakresie określonym rozporządzeniem Ministra Finansów z dnia 3 grudnia 2009 r. oraz nie wskazuje, jaka suma dotyczy Konsorcjum KPMG, jako że w dokumencie wskazano ubezpieczonego - dziesięć podmiotów.

Zamawiający nie zgodził się z zarzutem. W ocenie zamawiającego, z treści dokumentów przedłożonych przez Konsorcjum KPMG wynika w sposób jednoznaczny, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie określonym w rozporządzeniem Ministra Finansów z dnia 3 grudnia 2009 r. w sprawie obowiązkowego ubezpieczeniu odpowiedzialności cywilnej podmiotów uprawnionych do badania sprawozdań finansowych, na sumę ubezpieczenia nie niższą niż 5.000.000 (pięć milionów) złotych.

Certyfikat HDI stanowi potwierdzenie ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej zawodowej. Zamawiający podniósł, że działalnością zawodową wykonywaną przez członków Konsorcjum KPMG jest działalność wskazana w treści rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 3 grudnia 2009 r. w sprawie obowiązkowego ubezpieczeniu odpowiedzialności cywilnej podmiotów uprawnionych do badania sprawozdań finansowych.

Zgodnie z § 1 rozporządzenia, określa ono szczegółowy zakres obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej podmiotów uprawnionych do badania sprawozdań finansowych wykonujących czynności rewizji finansowej oraz świadczących usługi, o których mowa w art. 48 ust. 2 ustawy z dnia 7 maja 2009 r. o biegłych rewidentach i ich samorządzie, podmiotach uprawnionych do badania sprawozdań finansowych oraz o nadzorze publicznym, za szkody wyrządzone w związku z prowadzoną działalnością zawodową, zwanego dalej „ubezpieczeniem OC”, termin powstania obowiązku ubezpieczenia oraz minimalną sumę gwarancyjną tego ubezpieczenia. Zgodnie z § 2 rozporządzenia, ubezpieczeniem OC objęta jest odpowiedzialność cywilna podmiotów uprawnionych do badania sprawozdań finansowych, za szkody będące następstwem działania lub zaniechania ubezpieczonego lub osoby, za którą ponosi odpowiedzialność, w związku z prowadzoną działalnością zawodową, które miało miejsce w okresie ubezpieczenia.

Zgodnie z art. 48 ust. 2 powołanej ustawy, przedmiotem działalności podmiotu uprawnionego do badania sprawozdań finansowych, oprócz wykonywania czynności rewizji finansowej, może być: 1) usługowe prowadzenie ksiąg rachunkowych i podatkowych; 2) doradztwo podatkowe; 3) prowadzenie postępowania upadłościowego lub likwidacyjnego; 4) działalność wydawnicza lub szkoleniowa w zakresie rachunkowości, rewizji finansowej i podatków; 5) wykonywanie ekspertyz lub opinii ekonomiczno-finansowych; 6) świadczenie usług atestacyjnych, doradztwa lub zarządzania, wymagających posiadania wiedzy z dziedziny rachunkowości lub rewizji finansowej; 7) świadczenie usług przewidzianych standardami rewizji finansowej, a także innych usług zastrzeżonych w odrębnych przepisach do wykonywania przez biegłych rewidentów.

Spółka KPMG Audyt sp. z o.o. jest wpisana na listę podmiotów uprawnionych do badania sprawozdań finansowych, prowadzoną przez Krajową Radę Biegłych Rewidentów pod numerem 458. *Dowód: - wydruk z elektronicznego rejestru podmiotów uprawnionych do badania sprawozdań finansowych, dotyczący KPMG Audyt sp. z o.o.*

Spółka KPMG Audyt sp. z o.o. sp.k. jest wpisana na listę podmiotów uprawnionych do badania sprawozdań finansowych, prowadzoną przez Krajową Radę Biegłych Rewidentów pod numerem 3546. *Dowód: - wydruk z elektronicznego rejestru podmiotów uprawnionych do badania sprawozdań finansowych, dotyczący KPMG Audyt sp. z o.o. sp.k.*

Zgodnie z treścią odpisów z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego, dotyczących obu spółek - członków Konsorcjum KPMG, przedmiotem działalności gospodarczej spółki KPMG Audyt sp. z o.o., a także spółki KPMG Audyt sp. z o.o. sp.k., jest: 1) wykonywanie czynności rewizji finansowej; 2) usługowe prowadzenie ksiąg rachunkowych i podatkowych; 3) doradztwo podatkowe; 4) prowadzenie postępowania upadłościowego lub likwidacyjnego; 5) działalność wydawnicza lub szkoleniowa w zakresie rachunkowości, rewizji finansowej i podatków; 6) wykonywanie ekspertyz lub opinii ekonomiczno-finansowych; 7) świadczenie usług atestacyjnych, doradztwa lub zarządzania, wymagających posiadania wiedzy z dziedziny rachunkowości lub rewizji finansowej; 8) świadczenie usług przewidzianych standardami rewizji finansowej, a także innych usług zastrzeżonych w odrębnych przepisach do wykonywania przez biegłych rewidentów. *Dowód: - odpis z KRS dotyczący KPMG Audyt sp. z o.o., - odpis z KRS dotyczący KPMG Audyt sp. z o.o. sp.k.*

Działalność zawodowa obu spółek - członków Konsorcjum KPMG jest więc w pełni tożsama z działalnością zawodową, której dotyczy rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 3 grudnia 2009 r. w sprawie obowiązkowego ubezpieczeniu odpowiedzialności cywilnej podmiotów

uprawnionych do badania sprawozdań finansowych. Ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej zawodowej spółki KPMG Audyt sp. z o.o. nie może zatem dotyczyć szkód będących wynikiem żadnej innej działalności, jak tylko działalności zawodowej określonej treścią rozporządzenia.

Odnosząc się do stwierdzenia odwołującego, że Certyfikat HDI nie wskazuje, jaka suma dotyczy Konsorcjum KPMG, jako że w dokumencie wskazano dziesięć podmiotów ubezpieczonych, zamawiający wskazał, że ubezpieczonym w ramach umowy ubezpieczenia nr 156/1398881/14003/3/0 jest każdy z członków Konsorcjum KPMG, tj. zarówno KPMG Audyt sp. z o.o., jak i KPMG Audyt sp. z o.o. sp.k., zaś suma gwarancyjna na jeden i wszystkie Wypadki określona została na kwotę 6.783.200 złotych (to jest wyższą niż wymagana przez zamawiającego). Powyższe oznacza, że maksymalna wartość odszkodowania, która może być wypłacona za jedno zdarzenie zaistniałe w okresie odpowiedzialności (powodujące powstanie szkody będącej następstwem działania lub zaniechania ubezpieczonego, którym jest zarówno KPMG Audyt sp. z o.o., jak i KPMG Audyt sp. z o.o. sp.k.) wynosi 6.783.200 złotych. W związku z powyższym zamawiający stwierdził, że Konsorcjum KPMG spełnia wymóg posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej zawodowej na sumę ubezpieczenia nie niższą niż 5.000.000 (pięć milionów) złotych.

III. Zarzuty dotyczące PWC.

Zamawiający wymagał, by wykonawca posiadał ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie określonym rozporządzeniem Ministra Finansów z dnia 3 grudnia 2009 r. w sprawie obowiązkowego ubezpieczeniu odpowiedzialności cywilnej podmiotów uprawnionych do badania sprawozdań finansowych na sumę ubezpieczenia nie niższą niż 5.000.000 (pięć milionów) złotych. Na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku należało przedłożyć opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie określonym rozporządzeniem Ministra Finansów z dnia 3 grudnia 2009 r. na sumę ubezpieczenia nie niższą niż 5.000.000 (pięć milionów) złotych.

Na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, PWC złożyło wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu „Zaświadczenie brokera o ubezpieczeniu odpowiedzialności cywilnej z tytułu działalności zawodowej” wystawione w dniu 5 listopada 2012 r., następującej treści: *„My, niżej podpisani Brokerzy Ubezpieczeniowi, niniejszym potwierdzamy, że poniższa Ubezpieczona Firma jest obecnie ubezpieczona z tytułu działalności zawodowej w ramach ogólnosiwiatowego programu ubezpieczeniowego dla wszystkich firm PricewaterhouseCoopers oraz firm - poprzedniczek*

PricewaterhouseCoopers (...). W treści zaświadczenia, jako Ubezpieczona Firma wskazana została spółka PricewaterhouseCoopers sp. z o.o., jako okres ubezpieczenia - okres od dnia 1 lipca 2012 roku do dnia 30 czerwca 2013 roku, zaś limit odpowiedzialności został określony, jako przewyższający wymaganą przez zamawiającego kwotę 5.000.000 złotych (*„Limit odpowiedzialności: Ponad 5.000.000,00 PLN od dnia wejścia Polisy w życie*).

W ocenie odwołującego, wskazany wyżej dokument nie potwierdza, że Wykonawca PWC jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie określonym rozporządzeniem Ministra Finansów z dnia 3 grudnia 2009 r. Odwołujący wskazał również, że Wykonawca PWC nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, gdyż nie przedłożył potwierdzenia dokonania opłaty z tytułu składki ubezpieczeniowej.

Z powyższym zarzutem zamawiający nie zgodził się. W ocenie zamawiającego z treści dokumentu przedłożonego przez PWC wynika w sposób jednoznaczny, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie określonym w rozporządzeniem Ministra Finansów z dnia 3 grudnia 2009 r. w sprawie obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej podmiotów uprawnionych do badania sprawozdań finansowych na sumę ubezpieczenia nie niższą niż 5.000.000 (pięć milionów) złotych.

„Zaświadczenie brokera o ubezpieczeniu odpowiedzialności cywilnej z tytułu działalności zawodowej” stanowi takie potwierdzenie. Zamawiający wskazał, że działalnością zawodową wykonywaną przez członków Wykonawcy PWC jest działalność wymieniona w treści rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 3 grudnia 2009 r. w sprawie obowiązkowego ubezpieczeniu odpowiedzialności cywilnej podmiotów uprawnionych do badania sprawozdań finansowych.

Zgodnie z § 1 rozporządzenia, określa ono szczegółowy zakres obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej podmiotów uprawnionych do badania sprawozdań finansowych wykonujących czynności rewizji finansowej oraz świadczących usługi, o których mowa w art. 48 ust. 2 ustawy z dnia 7 maja 2009 r. o biegłych rewidentach i ich samorządzie, podmiotach uprawnionych do badania sprawozdań finansowych oraz o nadzorze publicznym, za szkody wyrządzone w związku z prowadzoną działalnością zawodową, zwanego dalej „ubezpieczeniem OC”, termin powstania obowiązku ubezpieczenia oraz minimalną sumę gwarancyjną tego ubezpieczenia. Zgodnie z § 2 rozporządzenia, ubezpieczeniem OC objęta jest odpowiedzialność cywilna podmiotów uprawnionych do badania sprawozdań finansowych, za szkody będące następstwem działania lub zaniechania ubezpieczonego lub osoby, za którą ponosi odpowiedzialność, w związku z prowadzoną działalnością zawodową, które miało miejsce w okresie ubezpieczenia.

Zgodnie z art. 48 ust. 2 powołanej ustawy, przedmiotem działalności podmiotu uprawnionego do badania sprawozdań finansowych, oprócz wykonywania czynności rewizji finansowej, może być: 1) usługowe prowadzenie ksiąg rachunkowych i podatkowych; 2) doradztwo podatkowe; 3) prowadzenie postępowania upadłościowego lub likwidacyjnego; 4) działalność wydawnicza lub szkoleniowa w zakresie rachunkowości, rewizji finansowej i podatków; 5) wykonywanie ekspertyz lub opinii ekonomiczno-finansowych; 6) świadczenie usług atestacyjnych, doradztwa lub zarządzania, wymagających posiadania wiedzy z dziedziny rachunkowości lub rewizji finansowej; 7) świadczenie usług przewidzianych standardami rewizji finansowej, a także innych usług zastrzeżonych w odrębnych przepisach do wykonywania przez biegłych rewidentów.

Spółka PricewaterhouseCoopers sp. z o.o. jest wpisana na listę podmiotów uprawnionych do badania sprawozdań finansowych, prowadzoną przez Krajową Radę Biegłych Rewidentów pod numerem 144. *Dowód: - wydruk z elektronicznego rejestru podmiotów uprawnionych do badania sprawozdań finansowych, dotyczący PricewaterhouseCoopers sp. z o.o.*

Zgodnie z treścią odpisu z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego, dotyczącego PricewaterhouseCoopers sp. z o.o., przedmiotem działalności gospodarczej tej spółki jest: 1) czynności rewizji finansowej; 2) doradztwo podatkowe; 3) usługi prowadzenia ksiąg rachunkowych i podatkowych; 4) prowadzenia postępowania upadłościowego lub likwidacyjnego; 5) działalność wydawnicza i szkoleniowa w zakresie rachunkowości, rewizji finansowej i podatków; 6) wykonywanie ekspertyz lub opinii ekonomiczno-finansowych; 7) świadczenie usług atestacyjnych, doradztwa zarządzania, wymagających posiadania wiedzy z dziedziny rachunkowości lub rewizji finansowej; 8) świadczenie usług przewidzianych standardami rewizji finansowej, a także innych usług zastrzeżonych w powszechnie obowiązujących przepisach do wykonywania przez biegłych rewidentów. *Dowód: - odpis z KRS dotyczący PricewaterhouseCoopers sp. z o.o.*

Działalność zawodowa spółki PricewaterhouseCoopers sp. z o.o. jest więc w pełni tożsama z działalnością zawodową, której dotyczy rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 3 grudnia 2009 r. w sprawie obowiązkowego ubezpieczeniu odpowiedzialności cywilnej podmiotów uprawnionych do badania sprawozdań finansowych. Ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej zawodowej spółki KPMG Audyt sp. z o.o. nie może zatem dotyczyć szkód będących wynikiem żadnej innej działalności, jak tylko działalności zawodowej określonej treścią rozporządzenia.

W odniesieniu do zarzutu braku przedstawienia dokumentu potwierdzającego opłacenie polisy, zamawiający wskazał, co następuje.

Na potwierdzenie spełniania warunku posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie określonym rozporządzeniem Ministra Finansów z dnia 3 grudnia 2009 r. w sprawie obowiązkowego ubezpieczeniu odpowiedzialności cywilnej podmiotów uprawnionych do badania sprawozdań finansowych na sumę ubezpieczenia nie niższą niż 5.000.000 (pięć milionów) złotych, zamawiający zażądał przedstawienia: - opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie określonym w rozporządzeniem Ministra Finansów z dnia 3 grudnia 2009 r. na sumę ubezpieczenia nie niższą niż 5.000.000 (pięć milionów) złotych.

Wymóg przedstawienia dokumentu potwierdzającego opłacenie polisy dotyczy jedynie przypadku, w którym wykonawca dołączałby do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dokument polisy ubezpieczeniowej. W przypadku przedłożenia innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony w wymaganym zakresie, dołączenie dowodu opłacenia polisy nie było wymagane.

Rozgraniczenie powyższe zostało dokonane z uwagi na treść przepisu art. 814 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym: *Jeżeli nie umówiono się inaczej, odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczyna się od dnia następującego po zawarciu umowy, nie wcześniej jednak niż od dnia następnego po zapłaceniu składki lub jej pierwszej raty.* W przypadku przedłożenia dokumentu polisy, co do zasady, właściwe jest zatem żądanie dołączenia również potwierdzenia uiszczenia składki ubezpieczeniowej. W innym przypadku nie jest to uzasadnione, gdyż dokumentem traktowanym jako równoważny do opłaconej polisy, jest dokument potwierdzający, że wykonawca jest obecnie ubezpieczony (tj. spełnił warunki konieczne do sprawienia, że ubezpieczenie zaczęło obowiązywać, w tym dokonał opłaty z tytułu składki ubezpieczeniowej).

Wykonawca PWC dołączył zaświadczenie brokera ubezpieczeniowego, z którego jednoznacznie wynika, że wykonawca ten jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej z tytułu działalności zawodowej w zakresie wymaganym przez zamawiającego. W związku z tym wzywaniu PWC do uzupełnienia jakichkolwiek braków w powyższym zakresie należało uznać za niecelowe i sprzeczne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stanowisko to znajduje również odzwierciedlenie w obowiązujących przepisach prawa.

Zgodnie z treścią § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30

grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2009 r. Nr 226 poz. 1817), na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu wykonawca może załączyć *opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.*

Do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez PWC został załączony inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, tj. „Zaświadczenie brokera o ubezpieczeniu odpowiedzialności cywilnej z tytułu działalności zawodowej”. Przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, nie wymagają, aby *inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia*, był złożony wraz z dowodem jego opłaty. W związku z powyższym należało przyjąć, że „Zaświadczenie brokera o ubezpieczeniu odpowiedzialności cywilnej z tytułu działalności zawodowej” jest dokumentem wystarczającym do potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, sformułowanego przez zamawiającego.

Zamawiający podkreślił, że akt nadrzędny w stosunku do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, tj. ustawa Prawo zamówień publicznych w art. 26 ust. 2c wskazuje, że jeżeli z uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może przedstawić dokumentów dotyczących sytuacji finansowej i ekonomicznej wymaganych przez zamawiającego, może przedstawić inny dokument, który w wystarczający sposób potwierdza spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku.

Wskazał, że nie może być wątpliwości, że „Zaświadczenie brokera o ubezpieczeniu odpowiedzialności cywilnej z tytułu działalności zawodowej”, z którego wprost wynika, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej z tytułu działalności zawodowej, stanowi dokument w wystarczający sposób potwierdzający spełniania przez wykonawcę warunku opisanego przez zamawiającego. Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku z dnia 23 lutego 2012 r. (KIO 315/12), wydanego w zbliżonych okolicznościach faktycznych wskazała: *Wobec potwierdzenia w ofercie w wystarczający sposób spełnienia warunku przez wykonawcę, zamawiający nie miał prawa żądać uzupełnienia dokumentów oferty na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. W ocenie składu*

orzekającego Izby bez znaczenia jest adnotacja podnoszona przez zamawiającego zawarta w certyfikacie cyt. „Umowa ubezpieczenia potwierdzona Polisą nr (...) stanowi jedyną podstawę odpowiedzialności”, gdyż dla zamawiającego istotne jest istnienie samej umowy ubezpieczenia, a nie jest ważny sposób rozliczeń między ubezpieczonym i ubezpieczycielem. Potwierdzenie istnienia umowy ubezpieczenia zostało zawarte w zdaniu poprzednim certyfikatu, cyt. „Niniejszy certyfikat stanowi potwierdzenie zawarcia umowy ubezpieczenia potwierdzonej polisą nr (...)” Analogiczne stanowisko znajduje odzwierciedlenie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 stycznia 2011 r. (KIO 19/11).

Podobnie w niniejszej sprawie, potwierdzenie dokonania opłaty składki ubezpieczeniowej przez ubezpieczającego zostało zawarte w stwierdzeniu, że wykonawca jest obecnie objęty ochroną ubezpieczeniową. Mając powyższe na uwadze, zamawiający stwierdził, że nie istniały podstawy do żądania uzupełnienia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w powyższym zakresie, a zatem zamawiający dokonał oceny wniosku PWC w sposób prawidłowy oraz w pełni zgodny z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Przedstawione stanowisko w sposób jednoznaczny prowadzi do wniosku, że zarzuty odwołującego są oczywiście bezpodstawne i jako takie, nie zasługują na uwzględnienie. W związku z powyższym uznał wniosek o oddalenie odwołania za zasadny.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpili po stronie zamawiającego następujący wykonawcy:

- A. wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1. PKF Audyt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 2. PKF Tax Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 3. PKF Consult Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością,
- B. wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1. KPMG Audyt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, 2. KPMG Audyt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością,
- C. PricewaterhouseCoopers Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością,

uzyskując status uczestników postępowania odwoławczego.

Na rozprawie uczestnik postępowania - Konsorcjum PKF złożył pismo procesowe, w którym podał, co następuje.

Wniósł o oddalenie odwołania w części dotyczącej zarzutów odnoszących się do wniosku złożonego przez Konsorcjum PKF z uwagi na brak naruszenia przepisu ustawy, które miało lub może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

W uzasadnieniu zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego, stosowanym na podstawie art. 14 ustawy Pzp, do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to na odwołującym spoczywa ciężar

dowodu, a więc obowiązek wykazania i udowodnienia, że Konsorcjum PKF nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w sekcji III.2.3) I pkt 1) ogłoszenia, tj. wykazania, że Konsorcjum PKF nie dysponuje odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W związku z tym, że odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń, odwołanie powinno zostać oddalone, a czynności podjęte przez zamawiającego dotyczące oceny wniosku przystępującego powinny zostać uznane za prawidłowe.

W przypadku nieuznania twierdzeń przystępującego za wystarczające, z ostrożności procesowej wykonawca przedstawił merytoryczne ustosunkowanie się do twierdzeń i zarzutów zawartych w odwołaniu.

W związku z tym, że z treści odwołania, w części dotyczącej zarzutów w stosunku do wniosku złożonego przez przystępującego, nie wynika w sposób jednoznaczny, czy odwołujący kwestionuje fakt zatrudniania przez Konsorcjum PKF wymaganej przez zamawiającego liczby pracowników, czy też fakt ujęcia w oświadczeniu na stronach 279-281 wniosku zarówno osób zatrudnionych jak i pozostających w dyspozycji przystępującego, w piśmie zostało przedstawione stanowisko odnośnie obu możliwych zarzutów.

Zgodnie z treścią ogłoszenia (sekcja III.2.3) I pkt 1) na potwierdzenie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zamawiający wymagał wykazania się przez wykonawców zatrudnieniem 100 osób, w tym co najmniej 25 osób wpisanych do rejestru biegłych rewidentów prowadzonego przez Krajową Radę Biegłych Rewidentów oraz co najmniej 3 osób posiadających międzynarodowy certyfikat ACCA (Association of Chartered Certified Accountants).

Treść tego warunku w żadnej mierze nie oznacza, że zamawiający wymaga aby wykonawca wykazał się zatrudnieniem 100 pracowników, co zdaje się sugerować odwołujący, a jedynie zatrudnieniem 100 osób. Gdyby wymogiem zamawiającego było wykazanie się zatrudnieniem określonej liczby pracowników, to powinno to być w sposób jasny i precyzyjny sformułowane w treści ogłoszenia. Jednakże zamawiający nie postawił warunku, że pojęcie „zatrudnienie” określone w sekcji III.2.3) I pkt 1) ogłoszenia, oznacza jedynie zatrudnienie na podstawie stosunku pracy. Brak wyraźnego sformułowania w ogłoszeniu jednoznacznie przesądza, iż wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę z treści ogłoszenia nie da się wywieść. Zgodnie z przyjętym w orzecznictwie poglądem, „brak precyzji zamawiającego w określeniu wymogów obciążających wykonawców nie stanowi podstawy do ich dookreślenia na dalszym etapie postępowania i nie może powodować negatywnych konsekwencji dla wykonawców” (wyrok KIO z dnia 18 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1663/10). Jeśli więc w postępowaniu zamawiający nie postawił obowiązku zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, to przyjęcie stanowiska prezentowanego przez odwołującego jest nieuzasadnione. „Tym bardziej, że z doświadczenia życiowego wiadomo, iż powszechne jest

posługiwanie się sformułowaniem „pracownik”, „zatrudnienie” również w odniesieniu do osób świadczących pracę na innej podstawie niż umowa o pracę” (wyrok KIO z dnia 18 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1663/10).

Przepis art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp, który stanowi podstawę prawną do żądania przez zamawiającego wykazania się przez wykonawców określonym potencjałem oraz osobami zdolnymi do realizacji zamówienia, także nie zawiera wymogu aby dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oznaczało obowiązek zatrudnienia tych osób na umowę o pracę. Potwierdzają to liczne i jednoznaczne orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej:

1. „Podkreślić należy, że pojęcia „dysponowanie” określonymi osobami do realizacji zamówienia nie należy utożsamiać z koniecznością ich zatrudnienia” (wyrok KIO z dnia 27 maja 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 639/09, KIO/UZP 659/09).

2. „Zgodnie z jednoznacznym stanowiskiem piśmiennictwa w tym przedmiocie oraz jednolitą linią orzecniczą KIO, jak również sądów okręgowych, warunek dotyczący „dysponowania” nie jest równoznaczny z koniecznością wykazania przez wykonawcę zatrudniania wskazanej osoby w ramach umowy o pracę ani też zawarcia umowy cywilnej (umowy zlecenia, bądź umowy o dzieło) w terminie składania oferty (...)” (wyrok KIO z dnia 19 lutego 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 150/09).

3. „Osoby, przy pomocy których wykonawca będzie wykonywał zamówienie, nie muszą być jego pracownikami. Istotnym jest tylko, by wykonawca dysponował (nie zatrudniał) osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Mogą to być np. osoby fizyczne, które prowadzą działalność gospodarczą i będą świadczyć usługi na rzecz wykonawcy. Badanie na jakiej podstawie prawnej wykonawca zatrudnia osoby fizyczne faktycznie wykonujące pracę, nie należy do obowiązków zamawiającego” (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 4 października 2005 r., sygn. akt IV Ca 392/05).

4. „Przepis art. 22 ust. 1 pkt 2 (obecnie ust. 3) ustawy Pzp mówi o dysponowaniu osobami, a nie o posiadaniu pracowników. Pojęcie „dysponowanie” jest pojęciem szerokim, w ramach którego mieszczą różne stosunki prawne wiążące wykonawcę z osobą, która wchodzi w skład jego potencjału kadrowego. Wystarczy wskazać, że dysponować można osobą na podstawie umowy o pracę, ale też umowy zlecenia, czy innych stosunków cywilnoprawnych” (wyrok KIO z dnia 20 marca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 277/09).

5. „Z zapisu ustawy nie wynika, aby wykonawca musiał być związany z takimi osobami stosunkiem pracy, czy też jakimkolwiek innym węzłem obligacyjnym. Pojęcie „dysponuje” niewątpliwie jest szersze aniżeli pojęcie „zatrudnia”, czy „jest związany umową”. Oznacza to więc tyle, iż ustawodawca dopuszcza dysponowanie przez wykonawcę osobami zdolnymi do wykonania zamówienia na jakiegokolwiek podstawie” (wyrok Sądu Okręgowego w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 9 października 2008 r., sygn. akt VII Ga 24/08).

Zacytowane orzeczenia potwierdzają też, że tak naprawdę ustawa Pzp nie zastrzega żadnej formy prawnej dla wykazania spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w postaci dysponowania określonym potencjałem oraz osobami zdolnymi do realizacji zamówienia. „Istotnym jest zatem to, czy dany wykonawca ma gwarancję, że dana osoba może świadczyć określone usługi na jego rzecz. Tak więc o tym, czy wykonawca dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia rozstrzyga więc prawna istniejąca pomiędzy wykonawcą a tymi osobami (osobą)” (opinia ze strony Urzędu Zamówień Publicznych: <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;1553>). I dalej, „Przy czym bez znaczenia jest tutaj charakter prawny takiego stosunku, tj. czy mamy tu do czynienia z umową o pracę, umową o świadczenie usług, umową przedwstępną, czy też z samo zatrudnieniem się osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą itd. (por. wyrok KIO z dnia 2 lipca 2009 r., KIO/UZP 766/09, wyrok KIO z dnia 27 maja 2009 r., KIO/UZP 639/09; KIO/UZP 659/09)”.

Powyższe, zdaniem przystępującego, oznacza, że bez znaczenia jest czy w oświadczeniu złożonym na stronach 279-281 wniosku użyto sformułowania „zatrudniamy i dysponujemy”, gdyż oświadczenie to składane jest właśnie na potwierdzenie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, stosownie do treści art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp powtórzonej w sekcji III.2.3) I pkt 1) ogłoszenia.

Tym samym, należy uznać, że Konsorcjum PKF spełnia warunki udziału w postępowaniu określone w sekcji III.2.3) I pkt 1) ogłoszenia, tj. dysponuje odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania przedmiotowego zamówienia.

Z ostrożności procesowej wykonawca przedłożył dodatkowo oświadczenia Spółek PKF Audyt Sp. z o.o., PKF Tax Sp. z o.o. i PKF Consult Sp. z o.o. Z treści oświadczeń wynika jednoznacznie, że łączna liczba osób zatrudnionych przez ww. spółki, na jakiegokolwiek podstawie prawnej, na dzień składania wniosku wynosiła 133 osoby. Wskazana we wniosku liczba 105 osób, to osoby, przy pomocy, których przystępujący zamierza zrealizować zamówienie w przypadku wygrania postępowania.

Wobec wykazania, że zarzuty odwołującego są całkowicie bezpodstawne w stosunku do wniosku złożonego przez Konsorcjum PKF i dokonanej przez zamawiającego oceny tego wniosku, odwołanie w tej części powinno zostać oddalone.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący spełnia przesłanki z art. 179 ust.1 Pzp (legitymacja czynna do wniesienia odwołania).

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na rozprawie odwołujący doprecyzował swoje stanowisko, z którego wynika, że odnośnie oświadczenia o liczbie zatrudnionych złożonego przez Konsorcjum PKF, str. 279 wniosku, odwołujący kwestionuje w istocie opis zamieszczony w oświadczeniu - „zatrudniamy i dysponujemy”. W ocenie odwołującego, nie jest wykazane spełnianie warunku udziału w postępowaniu, przy takim sformułowaniu zatrudniania osób, w stosunku do wymaganego w ogłoszeniu o zamówieniu. Odwołujący składając wyjaśnienia w postępowaniu dowodowym przyznał, że nie ogranicza swego stanowiska do poglądu, że zamawiający wymagał wyłącznie zatrudnienia na podstawie stosunku pracy. Dla wykazania potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu dopuszczalne jest także zatrudnienie na każdej innej podstawie.

Izba uznała, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający w opisie sposobu dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu użył określenia „zatrudnia 100 (sto) osób”. Dokumentem potwierdzającym spełnianie warunku miało być oświadczenie wykonawcy. Oświadczenie, str. 279 wniosku Konsorcjum PKF, potwierdza wymóg zamawiającego. W ocenie wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, istotne znaczenie ma celowość opisu dokonanego przez zamawiającego, co do żądanego potwierdzenia spełniania warunku. Nie ulega wątpliwości, że celem żądania zamawiającego było uzyskanie potwierdzenia, że wykonawca będzie mógł zapewnić wymaganą ilość osób do realizacji zamówienia. Zamawiający w sposób niekwestionowany przez odwołującego, potwierdził w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie (m.in. odpowiedź na pytanie dotyczące treści ogłoszenia o zamówieniu), że celem doprecyzowanego warunku jest potwierdzenie przez wykonawcę zabezpieczenia realizacji zamówienia z uwzględnieniem wskazanej ilości osób.

Izba rozpoznając zarzut miała także na uwadze, że zarówno przepisy ustawy Pzp (ustawowo zdefiniowany warunek w art. 22 ust. 1 pkt 3), jak też rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane - § 1 ust. 1 pkt 6 i 7, posługują się dla potrzeb postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pojęciami „dysponowanie osobami”, „osoby”. Pełnomocnik Konsorcjum PKF złożył na rozprawie potwierdzenie zatrudniania osób z wyszczególnieniem zatrudniania na podstawie umów o pracę - 76 osób i umów cywilno-prawnych - 57 osób, łącznie 133 osoby.

Izba podziela stanowisko zamawiającego i Konsorcjum PKF potwierdzone wskazanym orzecznictwem, że „Badanie na jakiej podstawie prawnej wykonawca zatrudnia osoby fizyczne faktycznie wykonujące pracę, nie należy do obowiązków zamawiającego” (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 4 października 2005 r., sygn. akt IV Ca 392/05) oraz,

że „Pojęcie „dysponuje” niewątpliwie jest szersze aniżeli pojęcie „zatrudnia”, czy „jest związany umową”. Oznacza to więc tyle, iż ustawodawca dopuszcza dysponowanie przez wykonawcę osobami zdolnymi do wykonania zamówienia na jakiegokolwiek podstawie” (wyrok Sądu Okręgowego w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 9 października 2008 r., sygn. akt VII Ga 24/08).

Odnosnie zarzutów dotyczących wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej, w postaci złożenia dokumentu - opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie określonym w rozporządzeniu Ministra Finansów z dnia 3 grudnia 2009 r., tj. zarzutów kwestionujących wnioski dwóch pozostałych wykonawców: Konsorcjum KPMG i Wykonawcy PWC, Izba podziela stanowisko zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie wykazujące w bardzo szczegółowy sposób niezasadność zarzutów.

Podobnie, wykonawcy również wykazali, w zgłoszeniu przystąpienia i na rozprawie - Wykonawca PWC i Konsorcjum KPMG, niezasadność zarzutów. Pełnomocnik Konsorcjum KPMG złożył informację, że w wyniku połączenia HDI Asekuracja oraz Towarzystwa Ubezpieczeń i Reasekuracji WARTA S.A., TUiR WARTA przejęła dotychczasowe zobowiązania HDI Asekuracja. W związku z tym nowym Ubezpieczycielem KPMG Sp. z o.o. jest TUiR WARTA S.A. przy zachowaniu dotychczasowych warunków. Ubezpieczyciel wskazał, że: suma gwarancyjna wynikająca z polisy załączonej do wniosku odnosi się do całej, ubezpieczonej działalności, w tym do czynności rewizji finansowej; ubezpieczający uregulował składkę za polisę (składka była opłacona w dniu, w którym upływał termin składania wniosków); okres objęty ubezpieczeniem jest stosowny do wymogu zamawiającego; a nadto, że zakres czynności objętych na mocy polisy w stosunku do spółek KPMG Audyt Sp. z o.o. i KPMG Audyt Sp. z o.o. Sp.k., jest zgodny z zakresem czynności określonym w rozporządzeniu Ministra Finansów z dnia 3 grudnia 2009 r. w sprawie obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej podmiotów uprawnionych do badania sprawozdań finansowych (Dz. U. z 2009, Nr 205, poz. 1583).

W ocenie Izby, dowody załączone przez zamawiającego i złożone przez uczestników postępowania dodatkowo potwierdzają właściwą ocenę wniosków dokonaną przez zamawiającego. Należy podkreślić, że tak jak podniósł pełnomocnik Konsorcjum PKF, odwołujący sformułował zarzuty na podstawie domniemania, a nie dowodów, co przyznaje w odwołaniu w zakresie zarzutu dotyczącego Konsorcjum PKF. Odwołujący doprecyzował na rozprawie swoje stanowisko w przedmiocie zarzutu niezgodności dokumentów ubezpieczeniowych: Certyfikat HDI Asekuracja, str. 165 wniosku Konsorcjum KPMG i

Zaświadczenie brokera o ubezpieczeniu odpowiedzialności cywilnej z tytułu działalności zawodowej, str. 132 wniosku Wykonawcy PWC, wskazując, że w istocie chodzi o nie zamieszczenie w tych dokumentach treści wskazującej wprost rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 3 grudnia 2009 r.

Izba oceniając zarzuty wzięła pod uwagę, że z obu dokumentów wynika potwierdzenie ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu działalności zawodowej ubezpieczonych wykonawców, co przy porównaniu z zakresem działalności zawodowej wykonawców, wywiedzionej szczegółowo przez zamawiającego w przytoczonej niemal w całości w uzasadnieniu wyroku, odpowiedzi na odwołanie, wskazuje, że zakres ten odpowiada zakresowi określonemu w rozporządzeniu Ministra Finansów z dnia 3 grudnia 2009 r. W odwołaniu odwołujący wskazał, że dokumenty z wniosków nie potwierdzają zakresu ubezpieczenia odpowiedniego do zakresu wskazanego w rozporządzeniu, na rozprawie nie sprecyzował na czym polega nie potwierdzenie ubezpieczenia w zakresie odnoszącym się do postanowień rozporządzenia. Odwołujący nie wykazał też odniesienia zastrzeżenia zawartego w § 2 ust. 3 rozporządzenia Ministra Finansów „bez możliwości umownego ograniczenia” do polisy, o której mowa w Certyfikacie HDI Asekuracja, str. 165 wniosku Konsorcjum KPMG.

Postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradiktoryjnym w toku, którego strony i uczestnicy postępowania obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (...), aż do zamknięcia rozprawy (art. 190 ust. 1 Pzp). Izba rozpoznaje odwołanie wyłącznie w graniach zarzutów odwołania (art. 192 ust. 7 Pzp). Zarzuty przedstawione w odwołaniu nie zostały potwierdzone na rozprawie dowodami w kontekście stanowiska strony przeciwnej popartego dowodami.

Niezasadny jest zarzut dotyczący ubezpieczenia kilku podmiotów łącznie i braku wydzielenia sumy gwarancyjnej dla konkretnego podmiotu. Zamawiający wywiódł słuszny wniosek, że każdy z podmiotów ubezpieczony jest w ramach wskazanej sumy gwarancyjnej w dokumencie ubezpieczeniowym. Wobec złożenia przez wykonawców dokumentów zastępczych w stosunku do polisy (zaświadczenie brokera we wniosku Wykonawcy PWC, str. 132), niezasadny jest zarzut braku wykazania w dokumencie opłacenia składki. Słusznie zamawiający wywiódł, że w takim przypadku nie występuje obowiązek wykazania opłacenia składki, co nie ogranicza ubezpieczenia wskazanego podmiotu.

Reasumując powyższe, Izba uznała, że odwołujący nie wykazał potwierdzenia zarzutów przedstawionych w odwołaniu i naruszenia podanych przepisów prawnych. Zatem, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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).

Przewodniczący: