

WYROK

z dnia 24 września 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 września 2019 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 września 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Grupa G. – Audyt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa** z siedzibą w Katowicach, **Pol-Tax 2 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie, **Ecovis System Rewident Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Agencję Rozwoju Przemysłu Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie

orzeka:

- 1. uwzględni odwołanie** i nakazuje Zamawiającemu dokonanie: unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego, i:**
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego - **Agencji Rozwoju Przemysłu Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie na rzecz Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Grupa G. – Audyt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa** z siedzibą w Katowicach, **Pol-Tax 2**

Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, **Ecovis System Rewident Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie kwotę 18 882 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy osiemset osiemdziesiąt dwa złote zero groszy) tytułem zwrotu uiszczonego przez Odwołującego wpisu oraz kosztów dojazdu na rozprawę i wynagrodzenia pełnomocnika strony.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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

Agencja Rozwoju Przemysłu Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn.zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego na zakup usługi polegającej na badaniu ustawowym sprawozdań finansowych i skonsolidowanych sprawozdań finansowych ARP S.A. oraz wybranych Spółek z GK ARP na lata 2019-2020, z możliwością przedłużenia o kolejne 2 lata (lata 2021-2022), nr referencyjny ZP/PN/19/2019 (dalej: „Postępowanie”). Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 17 lipca 2019 r. pod numerem 2019/S 136-335468. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego.

Pismem z dnia 30 sierpnia 2019 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. W dniu 9 września 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Grupa G. – Audyt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Katowicach, Pol-Tax 2 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Ecovis System Rewident Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej wspólnie: „Odwołujący”) wnieśli odwołanie wobec:

- 1) czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia wbrew art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp pomimo że cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną nie przewyższa kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia;
- 2) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy KPMG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. (zwanego: „Wykonawca” lub „KPMG”) - wbrew art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 104 Kodeksu cywilnego stosowanego po myśli art. 14 ustawy Pzp pomimo że ten nie złożył wymaganych pełnomocnictw albo złożył wadliwe pełnomocnictwa;
- 3) zaniechania wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dla członków zarządu komplementariusza Wykonawcy (tj. Pani S. L. i Pana M. D.) informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp - wbrew art. 26 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp, pomimo że Wykonawca takich dokumentów nie złożył (dot. p. S. L.) lub złożony dokument nie potwierdza stanu na dzień składania ofert (dot. p. M. D.), co poprzedzi uznanie, że Wykonawca nie spełnia podmiotowych warunków udziału w postępowaniu;

4) zaniechania ujawnienia informacji niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wbrew art. 8 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp pomimo że wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane, a w szczególności pomimo że me wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 3) uznania za bezskuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i przekazania Odwołującym wszystkich załączników do protokołu z postępowania - przy uwzględnieniu wniosków płynących z rozstrzygnięcia odwołania.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podał m.in., iż Zamawiający unieważnił postępowanie powołując się na okoliczność, że cena najkorzystniejszej oferty tj. oferty KPMG przewyższa kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Natomiast w ocenie Odwołującego oferta Wykonawcy nie tylko nie jest najkorzystniejszą ofertą, ale wręcz jest ofertą nieważną. Zgodnie bowiem z punktem IX. 1.5 SIWZ oferta winna być podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym - pod rygorem nieważności. Ofertę podpisał Pan W. D. W myśl art. 96 k.c. umocowanie do działania w cudzym imieniu może opierać się na ustawie (przedstawicielstwo ustawowe) albo na oświadczeniu reprezentowanego (pełnomocnictwo). Pan W. D. nie jest przedstawicielem ustawowym Wykonawcy (co wynika z KRS), a zatem winien legitymować się pełnomocnictwem Wykonawcy. Tymczasem do oferty me został załączony oryginał pełnomocnictwa stąd Zamawiający wezwał Wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3a ustawy Pzp do jego uzupełnienia, zastrzegając że pełnomocnictwo powinno zostać opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca przedłożył nowe pełnomocnictwo opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym w dniu 28 sierpnia 2019 r., tj. po dniu składania ofert. W efekcie to nowe pełnomocnictwa nie potwierdza, że w dniu złożenia swojej oferty Pan W. D. pozostał w stosunku pełnomocnictwa z Wykonawcą i że mógł skutecznie reprezentować Wykonawcę. Brak udzielenia pełnomocnictwa potwierdził ponadto sam Wykonawca poprzez pozostawienie nieuzupełnionych rubryk w części II punkt B JEDZ, tj. w zakresie osoby upoważnionej do reprezentowania Zamawiającego na potrzeby tego postępowania. Z uwagi na to, że Wykonawca nie wylegitymował się skutecznie udzielonym pełnomocnictwem dla osoby składającej ofertę, oferta taka winna zostać uznana za nieważną w myśl art. 89 ust. 1

pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 104 Kodeksu cywilnego, stosowanego zgodnie z art. 14 ustawy Pzp. Skoro zaś oferta Wykonawcy była nieważna nie mogła zostać uznana za najkorzystniejszą. Dlatego, zdaniem Odwołującego, Zamawiający naruszył art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Następnie Odwołujący wskazał, że zarzut naruszenia art. 26 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do złożenia dla członka zarządu komplementariusza, tj. Pani S. L., informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, wiąże się z tym, iż w wezwaniu Wykonawcy Zamawiający pominął żądanie przedstawienia dokumentu lub oświadczenia o niekaralności dla tego członka zarządu. Tymczasem wymóg w tym zakresie wynika z SIWZ. Odwołujący podniósł również, iż w odniesieniu do p. M. D. tj. drugiego z członków zarządu komplementariusza Wykonawcy, Zamawiający zwrócił się wprawdzie z żądaniem przedłożenia zaświadczenia z KRK jednakże nie dokonał analizy przedłożonego dokumentu i nie stwierdził, że nie potwierdza on stanu na dzień do 6 miesięcy przed dniem składania ofert. Zamawiający nie dostrzegł bowiem, że kwestionowany dokument został wydany w dniu 27 sierpnia br. i to od tego dnia potwierdza on, że wskazana w nim osoba nie figuruje w rejestrze osób skazanych. Mogło się więc wydarzyć, że pomiędzy dniem złożenia oferty a dniem 27 sierpnia 2019 r. doszło do zatarcia kary i stąd dniu 27 sierpnia br. zaświadczenie wykazuje inny stan niż gdyby zostało wydane w okresie do 6 miesięcy przed dniem składania ofert. Tym samym Zamawiający naruszył art. 26 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył również art. 8 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ujawnienia informacji niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji lub pomimo że Wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert nie zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz nie wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący podał, iż w dniu 2 września 2019 r. zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o przesłanie kserokopii protokołów postępowania wraz z załącznikami. W dniu 5 września 2019 r. Zamawiający udostępnił część wnioskowanych załączników do protokołu postępowania, a w dniu składania odwołania po kolejnej prośbie Odwołującego uzupełnił pozostałe dokumenty. Jednak część z treści tych udostępnionych załączników została utajniona poprzez zakrycie ich treści przed sporządzeniem fotokopii. Zamawiający utajnił informacje, które dotyczą usług wykonanych przez Wykonawcę w zakresie nazw usługobiorców i poświadczeń należytego wykonania tych usług, a także imiona i nazwiska biegłych rewidentów oraz nazwy podmiotów, w których byli oni odpowiedzialni za badania sprawozdań finansowych.

Odwołujący zaznaczył, iż Wykonawca nie wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, nie podał po temu żadnego uzasadnienia. Ponadto trudno uznać

za skutecznie złożone oświadczenie w sytuacji gdy przedstawiono go w formie niepodpisanej, a zatem niemożliwym jest ocena czy pochodzi od osoby uprawnionej do złożenia takiego oświadczenia. Nadto nawet gdyby Wykonawca podał uzasadnienie zakazu ujawniania treści części oferty, pomijając już, że i tak nie mogłoby ono dotyczyć całości oferty, jak to obecnie sformułował Wykonawca, to takie zastrzeżenie nie mogło zostać uznane przez Zamawiającego za skuteczne. Wynika to z faktu, że informacje nt. nazw usługoborców usług wykonanych przez Wykonawcę nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa ze względu na rodzaj tych usług tj. badanie ustawowych sprawozdań finansowych (jednostkowych i skonsolidowanych). Zgodnie bowiem z art. 69 ust. 1 i ust. 3 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości kierownik jednostki składa we właściwym rejestrze sądowym roczne sprawozdanie z badania, jeżeli podlegało ono badaniu, a z przepisów o krajowym rejestrze sądowym wynika z kolei, że sprawozdania z badania są jawne (i udostępniane na publicznie dostępnym portalu). Skoro więc sprawozdania z badania są jawne to Wykonawca nie mógł skutecznie zastrzec tajemnicy nazw podmiotów, w których badania te zostały przeprowadzone, ani dokumentów poświadczających, że zostały wykonane należycie. Z kolei informacje nt. biegłych rewidentów i zbadanych przez nich sprawozdań finansowych nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż rejestr biegłych rewidentów jest jawny, co wynika z art. 17 ust. 11 ustawy z dnia 11 maja 2017 r. o biegłych rewidentach, firmach audytorskich oraz nadzorze publicznym. W rejestrze tym umieszcza się również informacje o powiązaniu każdego biegłego rewidenta z firmą audytorską (art. 17 ust. 2 pkt 5 cyt. ustawy). Ponadto dane identyfikujące biegłego rewidenta stanowią obligatoryjny element sprawozdania z badania (art. 83 ust. 3 pkt 18 cyt. ustawy), które są jawne. Powyższe oznaczają, że informacje w zakresie firm usługoborców oraz biegłych rewidentów przeprowadzających w nich badania sprawozdań finansowych, a w szczególności pozwalające na stwierdzenie, która firma audytorska przeprowadziła badanie, nie mogą zostać utajnione.

Pismem z dnia 17 września 2019 r., Zamawiający poinformował o uwzględnieniu odwołania w części dotyczącej zarzutu zaniechania ujawnienia informacji niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i podał, że ujawni informacje Wykonawcy KPMG Audyt Sp. z o.o. Sp. k. zawarte w wykazie usług i poświadczeniach należytego wykonania tych usług oraz wykaz osób. W pozostałym zakresie Zamawiający nie uwzględnił odwołania. Następnie pismem z dnia 23 września 2019 r. złożonym w tym dniu elektronicznie, które w formie pisemnej zostało przekazane Izbie i Odwołującemu na posiedzeniu w dniu 24 września 2019 r., Zamawiający przedstawił swoje stanowisko odnośnie pozostałych zarzutów odwołania, wskazując, że jego zdaniem są bezpodstawne.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów Zamawiający wskazał m.in., iż jego czynność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 4 ustawy Pzp była prawidłowa, ponieważ cena najkorzystniejszej oferty tj. oferty Wykonawcy wynosząca 7 151 712,00 zł netto przekraczała kwotę jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia tj. 3 018 912,00 zł. Zdaniem Zamawiającego oferta Wykonawcy była ważna i nie było podstaw do jej odrzucenia, a Wykonawca nie podlegał wykluczeniu. Z treści przedłożonego na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3a ustawy Pzp pełnomocnictwa wynika bowiem, że Pan W. D. uprawniony był do składania ofert w imieniu Wykonawcy od dnia 22 lipca 2019 r., a więc również do złożenia oferty w Postępowaniu w dniu 8 sierpnia 2019 r. W ocenie Zamawiającego na skuteczność wykazania przez Wykonawcę umocowania Pana W. D. do złożenia oferty w dniu 8 sierpnia 2019 r. nie wpływa okoliczność, że dokument ten opatrzony został kwalifikowanym podpisem elektronicznym w dniu 28 sierpnia 2019 r. tj. po dacie złożenia oferty. Złożenie podpisu elektronicznego na tym dokumencie dopiero w tej dacie wynika z tego, że Wykonawca nie przedłożył tego dokumentu wraz z ofertą. W konsekwencji dopiero w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego możliwe było uzupełnienie przez niego tego braku i opatrzenie tego pełnomocnictwa kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę upoważnioną do reprezentacji Wykonawcy. W ocenie Zamawiającego przyjęcie stanowiska Odwołującego byłoby nie tylko sprzeczne z literalną wykładnią art. 26 ust. 3a ustawy Pzp, która przewiduje możliwość uzupełnienia przez wykonawców braku w postaci niezłączenia do oferty pełnomocnictwa, ale również celem w jakim przepis ten został wprowadzony do tej ustawy tj. ograniczenia formalizmu i eliminacji przypadków odrzucania ofert z powodu niezłączenia do oferty pełnomocnictwa lub przedłożenia pełnomocnictwa wadliwego. Wykonawca, który dopiero na skutek otrzymania wezwania od Zamawiającego w ww. trybie, powziąłby wiedzę o niezłączeniu przez niego do oferty pełnomocnictwa, albo złączenia wadliwego pełnomocnictwa, pozbawiony zostałby skutecznego uzupełnienia tego braku z uwagi na brak możliwości złożenia kwalifikowanego podpisu elektronicznego z datą wsteczną tj. z dniem złożenia oferty. Zamawiający przywołał na poparcie swojego stanowiska wyroki Izby: z dnia 9 sierpnia 2019 r. sygn. akt KIO 1443/19 i z 16 kwietnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 410/10). Należy mieć na uwadze również zamiar Wykonawcy składającego ten dokument na podstawie bowiem odpowiednio art. 60 i 65 § 1 k.c., który ma zastosowanie do czynności podejmowanych przez wykonawców na podstawie art 14 ust. 1 ustawy Pzp, Zdaniem Zamawiającego zamiarem Wykonawcy było złożenie pełnomocnictwa, z którego wynikać będzie umocowanie dla Pana W. D. do jego reprezentowania w dniu złożenia oferty. Po pierwsze, pełnomocnictwo to zostało opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym osoby uprawnionej do jednoosobowej reprezentacji Wykonawcy — członka zarządu jego komplementariusza tj. Panią S. L. Po drugie, o skutku prawnym opatrzenia pełnomocnictwa w postaci elektronicznej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przesądza brzmienie

dokumentu, a ściślej treść objętego nim oświadczenia woli osoby, której elektroniczny podpis znalazł się na dokumencie. Podpis taki stanowi zatwierdzenie treści dokumentu. W ocenie Zamawiającego nie budzi wątpliwości, iż złożenie przez tą osobę elektronicznego kwalifikowanego podpisu na pełnomocnictwie, które w formie pisemnej zostało podpisane przez nią w dniu 22 lipca 2019 r., stanowi oświadczenie woli, zgodnie z którą pełnomocnik był umocowany do złożenia oferty w dniu 8 sierpnia 2019 r. Zdaniem Zamawiającego żadne okoliczności faktyczne towarzyszące złożeniu tego pełnomocnictwa, jak i treść oferty Wykonawcy, nie pozwalają na przyjęcie odmiennego stanowiska.

Zamawiający zaprzeczył, aby na skuteczność umocowania Pana W. D. do reprezentowania Wykonawcy w dniu złożenia oferty miał wpływ brak wskazania w części II punkt B JEDZ tej osoby jako osoby upoważnionej do reprezentowania Zamawiającego w Postępowaniu. Dane przedstawiciela wykonawcy wskazane w tej rubryce mają charakter wyłącznie informacyjny i pominięcie ich nie wpływa na obowiązek załączenia do oferty stosownego pełnomocnictwa dla osoby składającej oferty. Ustawodawca nie uzależnił również skuteczności umocowania pełnomocnika do złożenia oferty od wykazania w ww. części JEDZ jego danych. Upoważnienie tej osoby do działania w imieniu Wykonawcy wynika natomiast jednoznacznie nie tylko z przedłożonego dokumentu pełnomocnictwa, ale również z pozostałych części jego oferty, w której Pan W. D. oświadcza, że działa w imieniu Wykonawcy. Co więcej, z treści oferty nie wynika również, aby Wykonawca upoważnił do jego reprezentacji inną osobę niż Pan W. D. Wobec jednoznacznego określenia przez Wykonawcę osoby umocowanej do złożenia oferty brak było jakichkolwiek podstaw do kwestionowania przez Zamawiającego pełnomocnictwa z uwagi na niewypełnienie w tym zakresie przez Wykonawcę formularza JEDZ. Pominięcie to nie miało jakiegokolwiek wpływu na wynik postępowania i uznanie oferty Wykonawcy za najkorzystniejszą.

Następnie Zamawiający wskazał, że zaświadczenie z KRK dla Pani S. L. zostało złożone przez Wykonawcę wraz z ofertą. W konsekwencji Zamawiający nie był zobowiązany do wzywania Wykonawcy do przedłożenia tego dokumentu na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Odnosząc się z kolei do zarzutu dotyczącego niewykazania przez Wykonawcę braku podstaw do wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, tj. nieprzedłożenia zaświadczenia z KRK dla Pana M. D., Zamawiający wskazał, że jak wynika z literalnej wykładni art. 26 ust. 1 ustawy Pzp dokumenty przedkładane przez wykonawców w tym trybie powinny być aktualne na dzień ich złożenia. Wbrew twierdzeniom Odwołującego Wykonawca nie był zatem zobowiązany do przedłożenia zaświadczenia z KRK datowanego najpóźniej na dzień złożenia oferty, z którego treści wynikałoby brak podstaw do jego wykluczenia na dzień składania ofert. Przystępujący składając ofertę oświadczył bowiem wstępnie w jej treści (dokument JEDZ) m.in. że nie podlega wykluczeniu z postępowania. Wykonując natomiast

wezwanie wystosowane przez Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp przedłożył aktualne na dzień ich złożenia dokumenty, w tym zaświadczenie z KRK dla Pana M. D. z dnia 27 sierpnia 2019 r. Zaświadczenie to pozostaje w zgodności z jego deklaracją złożoną w JEDZ. Co prawda brak podstaw do wykluczenia wykonawców bezwzględnie musi istnieć na dzień składania ofert i pozostawać aktualny przez cały okres postępowania, nie mniej jednak dokumenty składane na potwierdzenie braku istnienia tych podstaw mają być aktualne na dzień ich złożenia. Oznacza to, że mają odnosić się do aktualnego stanu faktycznego i potwierdzać wstępne oświadczenie złożone w JEDZ. Zamawiający zauważył, że taka wykładnia aktualności dokumentów składanych przez wykonawców w celu wykazania braków podstaw do wykluczenia i potwierdzenia spełnienia warunków udziału reprezentowana jest jednolita w orzecznictwie KIO, wskazując na wyroki: z dnia 28 września 2017 r. sygn. akt KIO 1927/17, z dnia 19 października 2017 r. sygn. akt KIO 2056/17, a także na opinię Urzędu Zamówień Publicznych. Zamawiający nie był zatem uprawniony, ani zobowiązany do wezwania Wykonawcy, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do przedłożenia zaświadczenia z KRK dla Pana M. D., które sporządzone zostałyby w okresie do 6 miesięcy przed dniem składania ofert. Przedłożone zaświadczenie z KRK potwierdzało wstępne oświadczenie Wykonawcy złożone w JEDZ o braku podstaw do jego wykluczenia z Postępowania.

Izba dopuściła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania złożoną przez Zamawiającego na nośniku elektronicznym.

Po zapoznaniu się z treścią dokumentacji postępowania, po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy oraz wysłuchaniu stanowisk Stron Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Nie została wypełniona żadna z przesłanek, skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do wniesienia odwołania Odwołujący wskazał, iż złożył ofertę ocenioną przez Zamawiającego jako drugą w kolejności po ofercie Wykonawcy, a przy tym z ceną, która nie przewyższa kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Z tych względów w przypadku unieważnienia czynności unieważnienia postępowania i po odrzuceniu oferty obecnie uznanej za najkorzystniejszą lub wykluczeniu Wykonawcy z postępowania, to oferta Odwołującego zostanie uznana za najkorzystniejszą. Zakres zarzutów wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba stwierdziła, że zaistniały przesłanki dla wniesienia odwołania, określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz

możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, Odwołujący miałby szansę uzyskania zamówienia i korzyści płynących z realizacji umowy zawartej w jego wyniku.

Na posiedzeniu Odwołujący złożył pismo z dnia 23 września 2019 r. oraz zaświadczenie Polskiej Izby Biegłych Rewidentów, a także potwierdzenie należytego wykonania usługi. Pismo, zgodnie z jego treścią, zawiera rozszerzenie zarzutów odwołania w związku z uwzględnieniem przez Zamawiającego zarzutu dotyczącego naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp i ujawnieniem w dniu 18 września 2019 r. wcześniej nieudostępnionych informacji dotyczących wykonawcy KPMG Audyt Sp. z o.o. Sp. k. Pomimo, iż w tytule oraz w petitum pisma Odwołujący dokonał odręcznej korekty mającej wskazywać, że chodzi jedynie o rozszerzenie uzasadnienia odwołania, to analiza pisma wskazuje, że zawiera ono nowe zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia Wykonawcy z postępowania, wskazuje ono na nowe okoliczności faktyczne i nowe podstawy prawne zarzutów. Z tych względów, zważywszy na przepis art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, który stanowi, iż *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu*, zarzuty przedstawione w tym piśmie nie podlegały rozpoznaniu Izby. Z tych samych powodów nie podlegały analizie złożone wraz z tym pismem dowody na okoliczności w nim podane.

W związku z uwzględnieniem części zarzutów przez Zamawiającego na posiedzeniu Odwołujący wycofał zarzut dotyczący zaniechania ujawnienia informacji niestanowiącej tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisu o czynie nieuczciwej konkurencji tj. zarzut naruszenia art. 8 ustęp 1 i 3 ustawy Pzp. Odwołujący oświadczył również, iż cofa zarzut dotyczący braku informacji z KRK dla pani S. L., oświadczając, iż podtrzymuje zarzuty:

- unieważnienia postępowania, tj. zarzut naruszenia art. 93 ustęp 1 pkt. 3 ustawy Pzp;
- zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy KPMG Sp. z o.o. Sp. k. na podstawie art. 89 ust.1 pkt. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 104 k.c., stosownie do art. 14 ustawy Pzp;
- zaniechania wezwania wykonawcy KPMG Sp. z o.o. Sp. k. do uzupełnienia informacji z KRK dla pana M. D., tj. zarzut naruszenia art. 24 ustęp 1 pkt. 14 i art. 26 ust. 1 i 3 ustawy Pzp

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

W Postępowaniu zostały złożone trzy oferty. Oferta wykonawcy KPMG Audyt Sp. z o.o. Sp. k. uzyskała najwyższą ilość punktów w rankingu ofert. Oferta Odwołującego uzyskała kolejną ilość punktów. Trzecia z ofert została odrzucona. Wynika to z protokołu postępowania.

Stosownie do postanowień Rozdziału IX pkt 1 SIWZ oferta pod rygorem nieważności powinna być sporządzona w postaci elektronicznej, w formacie danych pdf., odt., ods., doc., docx. xls., zip., 7Z. doc. lub docx. oraz podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym (ppkt 5). Do oferty należało dołączyć wymagane dokumenty w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a następnie wraz z plikami stanowiącymi ofertę skompresować do jednego pliku archiwum (ppkt 12). Wykonawca po upływie terminu składania ofert nie mógł skutecznie dokonać zmiany ani wycofać złożonej oferty (ppkt 15).

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Potwierdziły się bowiem zarzuty dotyczące naruszenia przepisów, co miało istotny wpływ na wynik postępowania.

Zgodnie z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 25a, w tym jednolity dokument, sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Stosownie do art. 99 § 1 Kodeksu cywilnego (k.c.), który ma zastosowanie wobec treści art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, *jeżeli do ważności czynności prawnej potrzebna jest szczególna forma, pełnomocnictwo do dokonania tej czynności powinno być udzielone w tej samej formie.*

W myśl art. 104 zdanie pierwsze k.c. *jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna.* Złożenie oferty kwalifikowane jest jako jednostronna czynność prawna.

Powyższe przepisy wskazują, że złożenie oferty i dotyczącego tej czynności pełnomocnictwa zostało uznane za czynność na tyle doniosłą, że pod rygorem nieważności wymagana jest dla ich skuteczności ściśle określona forma. W okolicznościach analizowanej sprawy zarówno oferta jak i pełnomocnictwo do jej złożenia w imieniu wykonawcy winny zostać złożone w postaci elektronicznej i zostać opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Tymczasem, jak to jest określone przez Strony, wraz z ofertą wykonawcy KPMG Audyt Sp. z o.o. Sp. k. został złożony elektroniczny obraz pełnomocnictwa podpisany elektronicznie przez osobę składającą ofertę, tj. p. W. D., który był wskazany w nim jako pełnomocnik. Z tego powodu Wykonawca pismem z dnia 21 sierpnia 2019 r. został wezwany przez Zamawiającego do złożenia pełnomocnictwa dla ww. osoby w trybie art. 26 ust. 3a ustawy Pzp.

Nie jest sporne pomiędzy stronami, że w odpowiedzi na wezwanie zostało przedłożone pełnomocnictwo sporządzone w postaci elektronicznej w dniu 28 sierpnia 2019 r. podpisane w tym dniu kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez członka zarządu Wykonawcy,

uprawnionego do jednoosobowej reprezentacji, tj. p. S. L. Przedmiotem sporu jest natomiast to, czy sporządzenie pełnomocnictwa w prawem wymaganej formie dopiero po wezwaniu przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3a ustawy Pzp, a więc takiego, które nie istniało w dacie składania ofert, stanowi podstawę do uznania, iż zaistniała przesłanka do odrzucenia oferty o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, który stanowi, iż *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów*.

Do złożenia przez pełnomocnika wykonawcy oferty, która ze swej istoty zawiera oświadczenie woli m.in. w zakresie wykonania przedmiotu zamówienia, konieczne jest posiadanie przez niego stosownego umocowania do działania w imieniu wykonawcy. Skoro oferta winna być złożona w terminie określonym przez Zamawiającego, to w przypadku działania przez pełnomocnika, musi on być umocowany do działania w imieniu wykonawcy w tej dacie i wykazać to Zamawiającemu. Jeśli tego nie uczyni wraz z ofertą, co miało miejsce w analizowanej sprawie w przypadku Wykonawcy, to Zamawiający stosuje się wówczas do przepisu art. 26 ust. 3a ustawy Pzp, zgodnie z którym: *jeżeli wykonawca nie złożył wymaganych pełnomocnictw albo złożył wadliwe pełnomocnictwa, zamawiający wzywa do ich złożenia w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania*.

W wyniku wezwania powinno zostać złożone prawidłowe co do formy i treści pełnomocnictwo, które powinno potwierdzać istnienie umocowania do złożenia oferty na dzień wyznaczony jako termin składania ofert w Postępowaniu. Tymczasem z treści uzupełnionego przez wykonawcę KPMG pełnomocnictwa, złożonego w postaci elektronicznej z podpisem kwalifikowanym elektronicznym, to nie wynika.

Zakres umocowania określony w pełnomocnictwie sporządzonym przez KPMG Audyt Sp. z o.o. Sp. k. w dniu 28 sierpnia 2019 r. nie identyfikuje Postępowania, lecz ogólnie uprawnia do działania w imieniu Wykonawcy w określonym zakresie, w tym do składania ofert, negocjacji, zawarcia, zmiany i rozwiązania umów o świadczenie usług we wszystkich sprawach z zakresu działalności usługowej Spółki, reprezentowania we wszelkiego rodzaju przetargach, podpisywania w imieniu Spółki oświadczeń o utworzeniu z innymi podmiotami konsorcjów wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a zatem wskazuje na umocowanie do działania w zakresie w nim określonym po dacie jego sporządzenia, która to data jest późniejsza, niż data składania ofert. W treści złożonego w oryginale w postaci elektronicznej na wezwanie Zamawiającego pełnomocnictwa sporządzonego w dniu 28 sierpnia 2019 r. nie ma oświadczenia woli mocodawcy, wskazującego, że umocowanie pełnomocnika następuje od innej daty. Zarówno złożony w innej postaci niż elektroniczna podpis jak i data jego złożenia tj. 22 lipca 2019 r. pozostają bez znaczenia w tym zakresie, skoro pełnomocnictwo złożone na wezwanie jest pełnomocnictwem

oryginalnym, sporządzonym w dniu 28 sierpnia 2019 r. Należy zgodzić się z Odwołującym, który na rozprawie oświadczył, iż składając podpis pod pełnomocnictwem mocodawca składa oświadczenie woli wyrażone w treści pisma. Treść pełnomocnictwa dotyczy wyłącznie oświadczenia woli mocodawcy, a nie dotyczy znaku graficznego odwzorowującego podpis i daty postawionej przy tym podpisie. W związku z tym data zamieszczona w pełnomocnictwie nie oznacza, że podpis złożony później odnosi się do tej daty, tj. upoważnia z mocą wsteczną do czynności wymienionych w pełnomocnictwie od tej daty.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest w dużym stopniu sformalizowane. W związku z tym wykonawcy winni stosować się do zasad i terminów w nim obowiązujących, a Zamawiający na równych zasadach to egzekwować i sam tych zasad i terminów przestrzegać. Wykonawca KPMG w wyniku zastosowania art. 26 ust. 3a ustawy Pzp, miał szansę uzupełnienia we właściwy sposób pełnomocnictwa, lecz jej nie wykorzystał. Z tych względów oferta Wykonawcy, jako nieważna na podstawie odrębnych przepisów podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, przedstawionego na rozprawie, że złożenie podpisu kwalifikowanego przez mocodawcę w dniu 28 sierpnia 2019 r., zgodnie z przepisami k.c. oznacza sanowanie działań pełnomocnika, dokonanych przed tą datą. Zamawiający nie wskazał jakie przepisy k.c. ma na myśli. Zgodzić się należy z Odwołującym, że jeżeli Zamawiającemu chodzi o art. 103 k.c. lub art. 104 zdanie drugie k.c., to nie stanowią one podstawy, do potwierdzenia działania osoby, która na dzień składania ofert nie była umocowana, w prawem przewidziany sposób, do złożenia oferty w Postępowaniu w imieniu Wykonawcy. Pierwszy z tych przepisów dotyczy bowiem zawarcia umowy, a drugi dotyczy zgody na działanie bez umocowania przy składaniu oświadczenia woli w cudzym imieniu udzielanej przez osobę, której to oświadczenie woli został złożone. Tymczasem Zamawiający zważywszy na ww. przepisy oraz postanowienia SIWZ takiej zgody skutecznie nie może wyrazić. Jak wynika z ww. przepisów brak właściwego, także co do formy, pełnomocnictwa oznacza brak możliwości jego skutecznego działania w imieniu wykonawcy przy składaniu oferty.

Takiego stanowiska nie można także wywieść z art. 26 ustęp 3a ustawy Pzp. Jakkolwiek przepis ten umożliwia Wykonawcy uzupełnienie niezłożonego lub obarczonego błędem pełnomocnictwa, lecz nie zawiera on wskazania, z którego miałyby wynikać, że może to być pełnomocnictwo udzielone po dacie wezwania. Zauważenia przy tym wymaga, iż na gruncie zamówień publicznych zasadą jest składanie ofert i pełnomocnictw w terminie określonym przez Zamawiającego. Wyjątkiem od tej zasady jest możliwość uzupełnienia dokumentów m.in. na podstawie art. 26 ust. 3a, jednak jak każdy wyjątek przepis ten powinien być interpretowany ściśle, nadto z poszanowaniem obowiązujących przepisów, w tym przypadku

w szczególności art. 10a ust. 5 ustawy Pzp i art. 99 § 1 k.c. Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, że pełnomocnictwo może być udzielone po dokonaniu czynności, w tym wypadku po dacie składania ofert. Skoro wykonawca działa przez pełnomocnika, to w dacie składania oferty, dla uznania skuteczności jej złożenia, tj. złożenia oświadczenia woli zawarcia umowy, co wynika z art. 66 § 1 k.c., który stanowi, *iż oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy*, osoba składająca ofertę w imieniu wykonawcy musi mieć skutecznie udzielone, tj. w tym przypadku w formie przewidzianej dla złożenia oferty określonej w art. 10a ust. 5 ustawy Pzp, umocowanie do działania w imieniu wykonawcy. Skoro dla skuteczności złożenia oferty i udzielenia pełnomocnictwa do jej złożenia wymagana jest szczególna forma, to nie jest możliwe potwierdzenie dokonania tej czynności za sprawą pełnomocnictwa sporządzonego w późniejszej dacie. W myśl ww. przepisów Wykonawca na dzień składania ofert winien umocować pełnomocnika w prawem przewidziany sposób, bowiem niedochowanie wymogów w tym zakresie skutkuje nieważnością czynności.

Wobec potwierdzenia się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, za uzasadniony należy uznać zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym *zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty*. W sytuacji bowiem, gdy oferta Wykonawcy podlegała odrzuceniu nie powinna zostać uznana za najkorzystniejszą. W konsekwencji cena tej oferty nie powinna być brana pod uwagę i stanowić o spełnieniu się przesłanki unieważnienia postępowania na ww. podstawie.

Nie potwierdził się natomiast zarzut dotyczący zaniechania wezwania wykonawcy KPMG Sp. z o.o. Sp. k. do uzupełnienia informacji z KRK dla pana M. D., tj. zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 14 i art. 26 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp *z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeżeli m.in. urzędującego członka jego organu zarządzającego prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w pkt 13*.

Zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp *zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, tj. takich, które potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, spełnianie*

przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, brak podstaw wykluczenia.

Z art. 26 ust. 3 wynika natomiast m.in. obowiązek dla zamawiającego wezwania wykonawcy do uzupełnienia brakujących lub obarczonych błędami ww. oświadczeń lub dokumentów. Wezwanie zamawiającego o przedłożenie oświadczenia lub dokumentu skutkuje obowiązkiem wykonawcy zastosowania się do tego wezwania w sposób wskazujący na spełnienie wymogu w zakresie aktualności oświadczeń czy dokumentów.

Wbrew stanowisku Odwołującego, skoro Wykonawca zastosował się do wezwania Zamawiającego skierowanego do niego na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp i złożył zaświadczenie z KRK dla p. M. D. tj. członka zarządu komplementariusza Wykonawcy wydane w dniu 27 sierpnia 2019 r., z którego wynika brak figurowania w rejestrze osób skazanych, to wykazał brak podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp. Tym samym brak było podstaw do wzywania Wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia informacji z KRK dla ww. członka zarządu. To, że zaświadczenie z KRK zostało wystawione po terminie składania ofert, w sytuacji braku wykazania, że nie potwierdza ono rzeczywistego stanu rzeczy na dzień składania ofert, pozostaje bez wpływu na ww. ocenę. Zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp za prawidłowe należy bowiem uznać dokumenty dotyczące m.in. braku podstaw do wykluczenia, w tym informację z KRK, wystawione zgodnie z terminami wynikającymi z rozporządzenia w sprawie dokumentów, wydanego na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy Pzp, liczonymi wstecz od daty składania ofert, o ile dokumenty te są nadal aktualne, tj. stan potwierdzony tymi oświadczeniami lub dokumentami nie uległ zmianie. Obecnie bowiem nie ma wymogu składania takich dokumentów wystawionych z datą sprzed daty składania ofert, może to być zatem data po wezwaniu do złożenia dokumentu. Ważne jest to, aby potwierdzały wstępne oświadczenie o braku podstaw wykluczenia.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie w przypadku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W sprawie zostało wykazane, że doszło do naruszenia przepisów, które miało istotny wpływ na wynik postępowania.

Stosownie do art. 186 ust. 4a ustawy Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów w części, gdy po jego stronie do postępowania odwoławczego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów, Izba rozpoznaje odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów.

Z tych względów na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) z uwzględnieniem uzasadnionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika strony w kwocie 3 600 zł 00 gr, kosztów związanych z dojazdem na rozprawę w kwocie 265 zł 00 gr oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictw w kwocie 17 zł 00 gr na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy.

Przewodniczący: