

Sygn. akt: KIO 2212/19

WYROK
z dnia 14 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 listopada 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 października 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum: Grupa G. - Audyty Sp. z o.o. Sp. k., Pol-Tax 2 Sp. z o.o., Ecovis System Rewident Sp. z o.o. z siedzibą Lidera: ul. Matejki Jana 4, 40-077 Katowice**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Agencja Rozwoju Przemysłu S.A., ul. Nowy Świat 6/12, 00-400 Warszawa**,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i dokonanie czynności badania i oceny ofert;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Agencja Rozwoju Przemysłu S.A., ul. Nowy Świat 6/12, 00-400 Warszawa**, i:
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum: Grupa G. - Audyty Sp. z o.o. Sp. k., Pol-Tax 2 Sp. z o.o., Ecovis System Rewident Sp. z o.o. z siedzibą Lidera: ul. Matejki Jana 4, 40-077 Katowice** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zasądza kwotę **18 927 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy dziewięćset dwadzieścia siedem złotych zero groszy) od zamawiającego: **Agencja Rozwoju Przemysłu S.A., ul. Nowy Świat 6/12, 00-400 Warszawa** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - **Konsorcjum: Grupa G. - Audyty Sp. z**

o.o. Sp. k., Pol-Tax 2 Sp. z o.o., Ecovis System Rewident Sp. z o.o.
z siedzibą Lidera: ul. Matejki Jana 4, 40-077 Katowice, stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na posiedzenie i opłaty skarbowej.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Agencja Rozwoju Przemysłu S.A. z siedzibą w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego 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)”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2019/S 136- 335468 z dnia 17 lipca 2019 r.

Zamawiający w dniu 21 października 2019 r. powiadomił wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Konsorcjum w składzie: Grupa G. - Audyt Sp. z o.o. Sp. k., Pol-Tax 2 Sp. z o.o., Ecovis System Rewident Sp. z o.o., z siedzibą lidera w Katowicach, wniosło odwołanie wobec:

- czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia wbrew art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej „Pzp”, pomimo że postępowanie nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,
- zaniechania przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert, wbrew art. 91 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert - przy uwzględnieniu wniosków płynących z rozstrzygnięcia niniejszego odwołania.

Odwołujący wyjaśnił, że złożył ofertę ocenioną przez Zamawiającego jako drugą w kolejności z ceną, która nie przewyższa kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Stąd, w przypadku unieważnienia czynności unieważnienia postępowania i przeprowadzenia badania i oceny ofert zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 września 2019 r. (sygn. akt KIO 1761/19), oferta Odwołującego może zostać oceniona jako najkorzystniejsza. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, narażając go na poniesienie wymiernej szkody.

Odwołujący wskazał, że przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp wymaga, ażeby postępowanie było obarczone wadą, wada była niemożliwa do usunięcia, wada uniemożliwiła zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przesłanki powyższe winny wystąpić kumulatywnie, dlatego w przypadku obalenia choćby jednej z nich, odpadnie potrzeba analizowania pozostałych. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie

wykazał, ażeby postępowanie obarczone było wadą lub aby wada ta uniemożliwiła zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący podniósł w uzasadnieniu, że Zamawiający wyspecyfikował następujące wady postępowania:

- 1) kolizja między dyspozycją art. 26 ust. 3a Pzp, a przyjętymi w SIWZ zapisami;
- 2) sprzeczność kryterium oceny ofert z art. 91 ust. 3 i art. 91 ust. 2 pkt 5 Pzp;
- 3) brak interesu publicznego w prowadzeniu postępowania w obecnym kształcie w myśl przesłanek zawartych w art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp i zakłócenie zasady równego traktowania wykonawców;
- 4) wątpliwości co do możliwości zastosowania przetargu nieograniczonego jako właściwego trybu postępowania.

Ad. 1).

Zdaniem Zamawiającego, brak jest w SIWZ zapisów dotyczących możliwości potwierdzenia czynności pełnomocnika dokonanych w postępowaniu na podstawie pisemnego pełnomocnictwa, co skutkuje tym, że wykonawca wezwany w trybie art. 26 ust. 3a Pzp nie może wyrazić zgody na działanie pełnomocnika umocowanego pisemnie przy składaniu oferty w jego imieniu. Stąd Zamawiający wywodzi o kolizji między dyspozycją art. 26 ust. 3a Pzp a przyjętymi w SIWZ zapisami.

Odwołujący zaznaczył, że kwestia ta była przedmiotem poprzedniego odwołania w tej samej sprawie, rozstrzygniętego przez KIO wyrokiem z dnia 24 września 2019 r. (sygn. akt KIO 1761/19). W tej sprawie zapadło rozstrzygnięcie odnoszące się do wadliwości pełnomocnictwa złożonego przez wykonawcę na żądanie jego uzupełnienia. Zamawiający podnosił wówczas tożsamy argument, wskazując, że zakwestionowanie możliwości opatrzenia podpisem elektronicznym już po dacie złożenia oferty musiałoby się wiązać z uznaniem za sprzeczność z art. 26 ust. 3a Pzp. Odwołujący z kolei dowodził, że do takiej sprzeczności nie dochodzi, gdyż nic nie stoi na przeszkodzie, aby wykonawca wezwany do uzupełnienia pełnomocnictwa przedłożył pełnomocnictwo udzielone w prawidłowej formie jeszcze przed złożeniem oferty, a jedynie omyłkowo niezalączone do oferty. KIO w swoim wyroku uznała rację Odwołującego.

Odwołujący podtrzymał argumentację, że brak wskazania w SIWZ zapisów dotyczących możliwości potwierdzenia czynności pełnomocnika dokonanych w postępowaniu na podstawie pisemnego pełnomocnictwa nie świadczy o sprzeczności z art. 26 ust. 3a Pzp. W oparciu o aktualne brzmienie SIWZ, wykonawca wezwany do uzupełnienia pełnomocnictwa nadal ma możliwość skutecznego jego uzupełnienia – wystarczy, aby przedłożył takie pełnomocnictwo udzielone przed złożeniem oferty.

Ponadto, chybiona jest argumentacja, iż wykonawca, który pomimo wezwania do uzupełnienia nie złożył pełnomocnictwa do złożenia oferty, stosował się do dyspozycji

zawartych w SIWZ w rozdziale IX ust. 1 pkt 5 i 12 oraz ust. 3 pkt 1 i 5, a obecnie podważanie tego świadczy o naruszeniu art. 7 ust. 1 Pzp. Odwołujący zauważył, że wykonawca ten miał możliwość zajęcia stanowiska w sprawie, poprzez przystąpienie do poprzedniego postępowania odwoławczego lub poprzez wniesienie w odpowiednim czasie własnego odwołania na zapisy SIWZ. Tymczasem z możliwości tych nie skorzystał. Obecnie zatem podnoszenie takich argumentów nie może zostać uznane za skuteczne.

Po drugie, nie jest prawdą, jakoby zapisy rozdziału IX ust. 1 pkt 5 i 12 oraz ust. 3 pkt 1 i pkt 5 SIWZ w jakikolwiek sposób odnosiły się do składania pełnomocnictw, a w konsekwencji, zastosowanie się do zacytowanych zapisów SIWZ w żaden sposób nie odnosi się do wadliwości SIWZ ani nie konwaliduje wad popełnionych przez tego wykonawcę. Nie może też świadczyć o naruszeniu przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp.

Z powyższych powodów nie zachodzi kolizja między dyspozycją art. 26 ust. 3a Pzp, a przyjętymi w SIWZ zapisami. W tym zakresie postępowanie nie jest obarczone wadą, a tym samym zbędne jest analizowanie pozostałych przesłanek określonych w dyspozycji art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Ad. 2)

Zamawiający wywodzi, że w SIWZ przewidział kryterium oceny ofert, które jest niezgodne z art. 91 ust. 3 i art. 91 ust. 2 pkt 5 Pzp, i które jest dla niego niekorzystne.

Zdaniem Odwołującego, w odniesieniu do rzekomej niezgodności z art. 91 ust. 3 Pzp, trudno doszukać się jakiegokolwiek uzasadnienia w decyzji Zamawiającego. Co więcej, ocena taka pozostaje w sprzeczności ze stanem faktycznym - ustalone przez Zamawiającego kryteria nie dotyczą bowiem wykonawców lecz personelu wykonawców. W żaden sposób Zamawiający nie oceniał właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Każdy wykonawca mógł wykazać się dysponowaniem personelem, również udostępnionym przez podmioty trzecie, co pozostawało bez związku z oceną jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej, czy też jakiegokolwiek innej.

W odniesieniu do rzekomej niezgodności z art. 91 ust. 2 pkt 5 Pzp, stanowisko Zamawiającego, zdaniem Odwołującego, jest nie tylko wadliwe, ale wręcz sprzeczne z przepisami prawa. W myśl art. 66 ustawy z dnia 11 maja 2017 r. o biegłych rewidentach, firmach audytorskich oraz nadzorze publicznym, do każdego badania firma audytorska wyznacza przynajmniej jednego kluczowego biegłego rewidenta, kierując się koniecznością zapewnienia wysokiej jakości badania oraz spełnienia wymogów w zakresie niezależności i kompetencji umożliwiających właściwe przeprowadzenie badania. To firma audytorska zapewnia kluczowemu biegłemu rewidentowi odpowiednie zasoby, w tym zespół wykonujący badanie, posiadający kompetencje i możliwości niezbędne do właściwego wykonania danego badania. Kluczowy biegły rewident bierze czynny udział w przeprowadzaniu badania,

Kluczowy biegły rewident i firma audytorska przeznaczają wystarczającą ilość czasu i odpowiednie zasoby w celu właściwej realizacji badania.

Zacytowane przepisy jednoznacznie określają, że wyłączna odpowiedzialność za ustalenie liczby biegłych rewidentów niezbędnych do przeprowadzenia badania sprawozdania finansowego leży po stronie firm audytorskich. Podmioty badane (Zamawiający) nie są uprawnione do decydowania o rzeczywistej liczbie biegłych rewidentów zaangażowanych do badania. Co więcej ograniczenie liczby zaangażowanych osób musiałoby zostać uznane za wpływ na niezależność firmy audytorskiej, próbę wpływu na wynik badania i skutkować w efekcie nieważnością badania (art. 66 ust. 6 pkt 1 ustawy z dnia 29 września 1994 r. w zw. z naruszeniem aa. 69 ust. 6, 7 i 9 ustawy z dnia 11 maja 2017 r. o biegłych rewidentach, firmach audytorskich oraz nadzorze publicznym). Z tego powodu Zamawiający nie jest uprawniony do oceny, ilu biegłych rewidentów niezbędnych jest do przeprowadzenia badania. W ocenie Odwołującego, Zamawiający prawidłowo skonstruował kryterium oceny, tworząc relację pomiędzy oceną oferty a liczbą doświadczonych biegłych rewidentów, którymi wykonawcy będą dysponować na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia.

Powyższa zasada doskonale zafunkcjonowała w postępowaniu. Wykonawcy, którzy ocenili, że wystarczająco będzie przeznaczyć do realizacji mniejszą liczbę biegłych rewidentów skalkulowali swoje wynagrodzenia na niższym poziomie. Z kolei wykonawca, który ocenił, że zamówienie realizować będzie większą liczbą biegłych rewidentów zmuszony był zaproponować wynagrodzenie wyższe. Takie rozbieżności w kalkulacji wynagrodzeń są całkowicie racjonalne uwzględniając, że większa liczba biegłych rewidentów na potrzeby realizacji zamówienia musi generować wyższe koszty po stronie wykonawcy.

Całkowicie bez znaczenia jest argument Zamawiającego, że nie przewidział w SIWZ i we wzorze IPU wystarczających mechanizmów dyscyplinujących. Odwołujący podkreślił, że odpowiedzialność biegłych rewidentów (zarówno dyscyplinarna, jak i administracyjna) określona jest w ustawie z dnia 11 maja 2017 r. o biegłych rewidentach, firmach audytorskich oraz nadzorze publicznym. I tak, wg art. 182 ust. 1 pkt 21 tej ustawy, firma audytorska podlega karze administracyjnej za naruszenie przepisów ustawy lub rozporządzenia nr 537/2014 w przypadku, gdy nie przestrzega przepisów art. 49, art. 50 oraz art. 65-67 w zakresie wdrożenia i funkcjonowania systemu wewnętrznej kontroli jakości. Mechanizm taki jest aż nadto niż wystarczający w zakresie zdyscyplinowania do przeprowadzania badania sprawozdania finansowego z udziałem tak liczego zespołu, jaki wykonawca uznał za niezbędny.

Ponadto, w postępowaniu nie został załączony do SIWZ wzór umowy lecz istotne postanowienia umowy (IPU) z adnotacją (w punkcie III.7 SIWZ), że „Zamawiający dopuszcza zawarcie umowy według wzoru stosowanego przez wykonawcę, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, przy czym w razie sprzeczności zapisów umownych

stosowanych przez wykonawcę z zapisami Istotnych Postanowień Umowy pierwszeństwo mają zapisy Istotnych Postanowień Umowy, które będą stanowiły załącznik do zawartej umowy". Oznacza to, że Zamawiający nie ma na etapie unieważnienia postępowania wiedzy co do „mechanizmów dyscyplinujących”, jakie faktycznie będą miały zastosowanie przy realizacji zamówienia.

W ocenie Odwołującego, imputowanie nieuczciwości wykonawcy, który przewidział realizację zamówienia przy udziale dużej liczby biegłych rewidentów, jest całkowicie nieuprawnione. Nawet jeśli przyjąć, że najkorzystniejsza okaże się oferta najdroższa, to i tak nie można utożsamiać oferty najkorzystniejszej z ofertą najtańszą. Za wyższym wynagrodzeniem Zamawiający otrzyma bowiem usługę wykonaną przez bardziej doświadczony, liczniejszy zespół biegłych rewidentów.

Ad. 3)

Irrelevantne są rozważania Zamawiającego, jakoby ustanowione przez niego kryterium oceny ofert było niekorzystne, gdyż prowadziłyby do wyboru oferty, która nie byłaby najkorzystniejsza. Zdaniem Odwołującego, rozważania takie są przedwczesne - Zamawiający nie przeprowadził bowiem badania i oceny ofert (pierwotna czynność została unieważniona). Trudno więc spekulować na temat tego, która oferta jest najkorzystniejsza.

Odwołujący podkreślił, że przedmiotem zamówienia jest badanie sprawozdań finansowych 17 podmiotów przez 2 lata z opcją przedłużenia do 4 lat. Oznacza to, że badaniu podlegać może 68 sprawozdań finansowych. Stąd przewidzenie do realizacji zamówienia 45 lub nawet większej liczby biegłych rewidentów nie jawi się nieproporcjonalnym do wielkości zamówienia.

Prowadzi to do wniosku, że Zamawiający nie wykazał braku interesu publicznego w prowadzeniu postępowania w obecnym kształcie w myśl przesłanek zawartych w art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp. Warto przy tym zauważyć, że w żadnym miejscu uzasadnienia decyzji o unieważnieniu Zamawiający nie podał jaka to „zmiana” zaszła i czemu jej „nie można było wcześniej przewidzieć” (spełnienia niezbędnych przesłanek z art. 93 ust. 1 pkt 6).

Z powyżej opisanych powodów Zamawiający nie uzasadnił też naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp. Dywagacje odnośnie hipotetycznego wyniku postępowania, opisane w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu, nie dowodzą naruszenia uczciwej konkurencji:

- punktacja ofert, w których do realizacji zamówienia przewidziano mniej biegłych rewidentów, zasadnie skompensowana będzie koniecznością i logiką zaoferowania niższej ceny,
- nie wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć;
- interesy Zamawiającego są zabezpieczone, poprzez odpowiedzialność wynikającą

z ustawy o biegłych rewidentach oraz przez możliwą do zawarcia umowę w sprawie zamówienia.

Ad. 4)

Wątpliwości Zamawiającego co do możliwości zastosowania przetargu nieograniczonego jako właściwego trybu postępowania są chybione. Zamawiający myli wybór firmy audytorskiej do przeprowadzenia badania sprawozdania finansowego z rozstrzygnięciem postępowania o przeprowadzenie zamówienia. Pojęcia te nie są tożsame - nic nie stoi na przeszkodzie, aby przebieg postępowania uformować pod kryteria ustalone przez organ zatwierdzający sprawozdanie finansowe jednostki, wybrać ofertę najkorzystniejszą, a następnie wybrać firmę audytorską, która złożyła tę ofertę, do przeprowadzenia badania sprawozdania finansowego. Tę pierwszą czynność przeprowadza Kierownik jednostki (Zamawiający) a tę drugą - organ zatwierdzający sprawozdanie finansowe jednostki. W myśl art. 66 ust. 4 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości, wyboru firmy audytorskiej do przeprowadzenia badania sprawozdania finansowego dokonuje organ zatwierdzający sprawozdanie finansowe jednostki, chyba że statut, umowa lub inne wiążące jednostkę przepisy prawa stanowią inaczej. Kierownik jednostki nie może dokonać takiego wyboru.

Takie rozumienie związku pomiędzy ustawą o rachunkowości a ustawą Prawo zamówień publicznych jest powszechne, i znajduje potwierdzenie w tysiącach postępowań dotyczących wyboru firmy audytorskiej w trybie przetargu nieograniczonego opublikowanych na portalu zamówień publicznych.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający nie zaprzeczył, że prowadzone postępowanie zostało uformowane zgodnie z kryteriami wyboru firmy audytorskiej ustalonymi uprzednio przez organ zatwierdzający sprawozdanie finansowe jednostki.

Z tych powodów zdaniem Odwołującego również ta rzekoma wada postępowania nie może zostać uznana za zasadną.

Kwestia konieczności wykazania wady (obok jej nieusuwalności i skutku) jest ugruntowana w orzecznictwie. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 30 stycznia 2018 r. (KIO 66/18) i przytoczył jako własny zawarty tam pogląd prawny.

„Katalog przesłanek z art. 93 ustawy ~ Prawo zamówień publicznych jest zamknięty i nie może być traktowany rozszerzająco, co oznacza, że z żadnej innej przyczyny lub bez podania przyczyn zamawiający nie może unieważnić postępowania (wyrok SO w W. z dnia 30 sierpnia 2010 r. sygn. IV Oa 831/10). Nie ulega wątpliwości, iż do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. konieczne jest wskazanie zaistnienia wszystkich wymienionych w tym przepisie przesłanek (wyrok KIO z dnia 2 czerwca 2016 r. sygn. KIO 812/16).

Przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy P.z.p. skorelowany jest z art. 146 ust. 1, określającym przesłanki unieważnienia umowy w sytuacji, gdy zamawiający dopuści się konkretnych

uchybień w procedurze udzielania zamówień. I tak, umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający:

- 1) z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki;
- 2) nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej;
- 3) zawarł umowę z naruszeniem przepisów art. 94 ust. 1 albo art. 183 ust. 1, jeżeli uniemożliwiło to Izbie uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;
- 4) uniemożliwił składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w dynamicznym systemie zakupów wykonawcom niedopuszczonym dotychczas do udziału w dynamicznym systemie zakupów lub uniemożliwił wykonawcom dopuszczonym do udziału w dynamicznym systemie zakupów złożenie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia objętego tym systemem;
- 5) uniemożliwił wykonawcom, z którymi została zawarta umowa ramowa, złożenie ofert w procedurze konkurencyjnej o udzielenie zamówienia na podstawie umowy ramowej, o ile nie wszystkie warunki zamówienia zostały określone w umowie ramowej;
- 6) z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb zapytania o cenę;
- 7) zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 67 ust. 12.

W rozpoznawanej sprawie żadna ze wskazanych wyżej okoliczności nie miała miejsca.

W myśl art. 146 ust. 5, przepis ust. 1 nie wyłącza możliwości żądania przez zamawiającego unieważnienia umowy na podstawie art. 705 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny. Zgodnie z § 1 wskazanego przepisu, organizator oraz uczestnik aukcji albo przetargu może żądać unieważnienia zawartej umowy, jeżeli strona tej umowy, inny uczestnik lub osoba działająca w porozumieniu z nimi wpłynęła na wynik aukcji albo przetargu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami. Jeżeli umowa została zawarta na cudzy rachunek, jej unieważnienia może żądać także ten, na czyj rachunek umowa została zawarta, lub dający zlecenie. Powyższy przepis również nie znajdzie zastosowania w niniejszej sprawie. Zamawiający, unieważniając postępowanie, nie przywołał wskazanego przepisu, jak również nie wykazał, że wystąpiły zawarte w nim przesłanki.

Zamawiający nie wykazał również i nie powoływał się na okoliczność przewidzianą w art. 146 ust. 6 ustawy P.z.p., zgodnie z którym Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Podkreślić należy, iż poza przypadkami nieważności względnej umowy (unieważnialności) z przyczyn dotyczących naruszeń procedur udzielania zamówień publicznych określonych w ustawie P.z.p. (art. 146 ust. 1 i 6 ustawy P.z.p.), mogą zachodzić także przypadki bezwzględnej nieważności umowy z innych przyczyn,

niż dotyczące naruszeń procedur udzielania zamówień publicznych (art. 58 k.c.). Również na ten przepis Zamawiający się nie powołał.

Ponadto, Zamawiający wprowadził rozpoczęty nakazany wyrokiem KIO proces badania i oceny ofert jednakże go nie ukończył. Z tego powodu wyrok wykonany został w sposób niepełny, a oferta najkorzystniejsza nie została wybrana wbrew art. 91 ust. 1 Pzp. W konsekwencji, Zamawiający nie wykazał, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W tej sytuacji niezbędne jest również ukończenie procesu badania i oceny ofert.

Zamawiający pismem z dnia 12 listopada 2019 r. złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający podniósł, że bezsporne jest, że art. 26 ust. 3a Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek wzywania do złożenia pełnomocnictw w przypadku, gdy wykonawca ich nie złoży lub złoży wadliwe. Powołany przepis odnosi się do pełnomocnictwa, jako oświadczenia woli, niezależnie od jego formy. Specyfika postępowania, w którym komunikacja między Zamawiającym a wykonawcami odbywa się elektronicznie, powoduje między innymi konieczność złożenia oferty w formie elektronicznej, a tym samym konieczność udzielenia pełnomocnictwa do złożenia oferty w formie elektronicznej. Do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza zaś złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Nie ulega wątpliwości, że w przypadku dokumentów sporządzanych w formie elektronicznej znacznik czasu określa datę, w której pełnomocnictwo zostało podpisane. Zgodnie z art. 81 § 2 pkt 3 Kodeksu cywilnego czynność prawna ma datę pewną w razie opatrzenia kwalifikowanym elektronicznym znacznikiem czasu dokumentu w postaci elektronicznej od daty opatrzenia kwalifikowanym elektronicznym znacznikiem czasu. W obowiązujących przepisach brak jest normatywnej podstawy pozwalającej przyjąć, że podpis elektroniczny znakowany czasem przez kwalifikowany podmiot świadczący usługi certyfikacyjne został złożony „nie później” niż w chwili dokonywania tej usługi, czyli że powstał w dacie znacznika lub wcześniej. Istniejącą lukę powinien wypełnić Zamawiający, co słusznie stwierdziła KIO w wyroku z dnia 24 września 2019 r., z czym Zamawiający w pełni się zgadza. Na Zamawiającym bowiem spoczywa obowiązek skonstruowania SIWZ z zachowaniem należytej staranności, z poszanowaniem konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Prawidłowy zapis SIWZ powinien zatem wskazywać, że pełnomocnictwo powinno potwierdzać istnienie umocowania do dokonania danej czynności na dzień jej dokonania. W takim przypadku możliwe byłoby przedłożenie pełnomocnictwa z datą

adekwatną do daty dokonania czynności, a także z datą późniejszą, jeżeli z treści pełnomocnictwa wynikałoby, iż pełnomocnik był umocowany do dokonania czynności w chwili jej dokonania np. w chwili złożenia ofert. Tym bardziej, że przepis art. 26 ust. 3a Pzp nie zawiera wskazania ani co do daty ani treści pełnomocnictwa. Zamawiający zgodził się z treścią uzasadnienia wyroku KIO z dnia 24 września, w którym m.in. Izba stwierdziła, że pełnomocnictwo nie może być udzielone po dacie składania ofert, wobec czego ciężar opisu prawidłowego przygotowania SIWZ w zakresie pełnomocnictwa spoczywa na Zamawiającym. Bezsporne jest, że w przedmiotowym postępowaniu takiego zapisu brak, a na obecnym etapie Zamawiający tego braku skorygować już nie może, co ewidentnie stanowi wadę postępowania.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, brak odwołań wobec postanowień SIWZ nie świadczy o ich poprawności. Odwołujący zrozumiał zapisy SIWZ w taki sposób, że wykonawca wezwany do uzupełnienia pełnomocnictwa może uzupełnić brak, przedkładając pełnomocnictwo udzielone jeszcze przed złożeniem oferty. Natomiast wykonawca wezwany do uzupełnienia pełnomocnictwa zrozumiał zapisy SIWZ w zupełnie inny sposób, o czym świadczy pismo wystosowane w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Zaznaczyć wypada, że powołanie się przez wykonawcę na przytoczone zapisy rozdziału IX ust. 1 pkt 5 i 12 oraz ust. 3 pkt 1 i 5 SIWZ jest jak najbardziej prawidłowe, ponieważ dotyczą one formy oferty, a obowiązek złożenia odpowiedniego pełnomocnictwa (formy elektronicznej) jest związany z wymogami SIWZ dotyczącymi formy oferty. Kwestia ta nie była dotychczas sporna i stała się elementem uzasadnienia wyroku KIO, na który Odwołujący sam się powołuje. Stawianie obecnie odwrotnej tezy przez Odwołującego, że powyższe zapisy rozdziału IX SIWZ nie mają nic wspólnego z wymaganiami dla pełnomocnictwa, jest sprzeczne z prawem i uzasadnieniem wyroku KIO. Tak więc należy uznać, że wykonawca KPMG miał prawo w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia pełnomocnictwa polegać na zapisach rozdziału IX i uzupełnić pełnomocnictwo w sposób tam opisany. Tak więc brak wskazania w SIWZ przez Zamawiającego obowiązku, aby pełnomocnictwo uzupełniane w formie elektronicznej zawierało znacznik czasu najpóźniej z dnia złożenia oferty, mógł wprowadzić wykonawcę w błąd.

Skoro ustawa Pzp w art. 36 ust. 1 pkt 10 wskazuje na obowiązek wskazania w SIWZ „sposobu przygotowania oferty”, to w tym zakresie Zamawiający powinien określić zasady przygotowania i składania pełnomocnictw, które służą złożeniu oferty. Rozbieżności w interpretowaniu postanowień SIWZ wskazują, że Zamawiający nie przygotował jednoznacznego i precyzyjnego dokumentu, co mogło mieć (i zapewne miało) wpływ na wynik postępowania, poprzez brak zainteresowania w ubieganiu się o zamówienie, przejawiający się konkurencyjnością na poziomie dwóch ofert, różniących się między sobą pod względem ceny o około 300%.

Zamawiający przyznał, że wyrokiem z dnia 24 września 2019 r. KIO stwierdziła wadliwość pełnomocnictwa złożonego przez wykonawcę na żądanie jego uzupełnienia. Ze względu jednak na fakt, że żądanie odnosiło się ogólnie do dokumentu pełnomocnictwa i nie zawierało wezwania do przedłożenia pełnomocnictwa udzielonego przed złożeniem oferty, Zamawiający ponownie wezwał wykonawcę do przedstawienia takiego pełnomocnictwa, uznając tak jak KIO rację Odwołującego, że być może wykonawca dysponuje stosownym dokumentem, który omyłkowo nie został załączony do oferty.

Zamawiający podniósł również, że w przedmiotowym postępowaniu zastosował kryterium oceny ofert niezgodne z art. 91 ust. 3 i art. 91 ust. 2 pkt 5 Pzp, co samo w sobie stanowi wadę postępowania niemożliwą do usunięcia i mającą wpływ na wynik postępowania. Wywody Odwołującego potwierdzają brak jakiegokolwiek związku pomiędzy przyjętym kryterium oceny ofert a przedmiotem zamówienia i istniejącą możliwość składania oświadczeń pozornych, mających na celu uzyskanie maksymalnej ilości punktów. Zdaniem Zamawiającego, przewidywanie dużej liczby biegłych rewidentów w związku z przyjętym kryterium cenowym nie przekłada się na obowiązek realizacji zamówienia przy udziale tych biegłych, co jest nieprawidłowe, gdyż prowadzi do konieczności wyboru oferty, która obiektywnie może nie być najkorzystniejszą i nie zabezpiecza uzasadnionego interesu Zamawiającego, a tym samym nie gwarantuje prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Zamawiającego uzasadnione są także wątpliwości co do zastosowanego trybu przetargu nieograniczonego w okolicznościach przedmiotowej sprawy. W odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, ofertę mógł złożyć każdy wykonawca, domagając się udzielenia zamówienia niezależnie od stanowiska Rady Nadzorczej, do wyłącznej kompetencji której należy wybór firmy audytorskiej. Odwołujący nie widzi przeszkód, aby przebieg postępowania uformować pod kryteria ustalone przez organ zatwierdzający sprawozdanie finansowe, wybrać ofertę najkorzystniejszą, a następnie wybrać firmę audytorską. Zapomina przy tym, że przedmiot zamówienia jest usługą o nieustalonych standardach jakościowych, a w przetargu nieograniczonym nie ma możliwości prowadzenia negocjacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcami i zachodzi konieczność dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród złożonych, w oparciu o przyjęte kryteria oceny ofert, co wyłącza decyzję Rady Nadzorczej. Zamawiający wskazał, że ramy określone przez Radę Nadzorczą ARP S.A. dla kryteriów oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu odnosiły się do poziomu wag procentowych poszczególnych kryteriów. Natomiast w zakresie określenia szczegółowego sposobu wyliczenia punktacji przyznanej poszczególnym ofertom Rada Nadzorcza powierzyła opracowanie takiego wyliczenia Zarządowi ARP S.A. Tym samym Zamawiający zobowiązany był do zastosowania takiego sposobu wyliczenia szczegółowego kryteriów, które zapewniłoby Radzie Nadzorczej możliwość wyboru oferty optymalnej pod względem relacji cena — doświadczenie. Stwierdzone powyżej naruszenie zapewnienia

takiego nie dawało poprzez fakt, że „każdy wykonawca mógł się wykazać dysponowaniem personelem, również udostępnionym przez podmioty trzecie, co pozostawało bez związku z oceną jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej, czy też jakiegokolwiek innej właściwości” i uzyskać maksymalną liczbę punktów za wskazanie dowolnej liczby biegłych w sytuacji; gdy „Zamawiający nie jest nawet uprawniony do oceny ilu biegłych rewidentów niezbędnych jest do przeprowadzenia badania”. Uwzględniając przy tym, że zgodnie z art. 77 i następną ustawy o rachunkowości, uchybienia w zakresie rzetelności badania sprawozdań finansowych oraz sposobu jego przeprowadzenia niezgodnie z ustawą są zagrożone odpowiedzialnością karną członków Rady Nadzorczej uznać trzeba, iż stworzenie przez Zamawiającego już tylko ryzyka wyboru podmiotu mającego badać sprawozdania ofertowe niegwarantującego rzetelności badania, bez prawa zanegowania takiego wyboru, godzi w ustawowe uprawnienie i obowiązek Rady decydowania o wyborze biegłego rewidenta.

W ocenie Zamawiającego, w przedmiotowej sprawie Odwołujący nadużywa swojego prawa, gdyż zmierza do wytworzenia sytuacji, w której Zamawiający będzie zmuszony do wyboru oferty złożonej przez Odwołującego, jako jedynej nie podlegającej odrzuceniu, pod rygorem odpowiedzialności za narażenie na wymierne szkody. Zaistnienie takich okoliczności dowodzi w sposób niepodważalny wady postępowania, niemożliwej do usunięcia i uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Na rozprawie strony podtrzymały w całości argumentację przedstawioną w swoich pisemnych stanowiskach.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Przedmiotem zamówienia jest usługa polegająca 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). Jak wynika z treści protokołu postępowania, jest to kolejne postępowanie prowadzone przez Zamawiającego w 2019 r. na usługę badania ustawowego sprawozdań finansowych.

Poprzednio prowadzone postępowanie zostało unieważnione w dniu 11 czerwca 2019 r.

Zgodnie z rozdziałem III SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia, „1. Przedmiotem zamówienia jest usługa polegająca na badaniu ustawowym:

- 1) sprawozdań finansowych Spółki Agencja Rozwoju Przemysłu S.A. za lata 2019-2020;
- 2) skonsolidowanych sprawozdań finansowych Grupy Kapitałowej Spółki Agencji Rozwoju Przemysłu S.A. za lata 2019-2020;
- 3) sprawozdań finansowych Spółki FPW Lease sp. z o.o. za lata 2019-2020;
- 4) sprawozdań finansowych Spółki Dolnośląskie Zakłady Usługowo - Produkcyjne DOZAMEL sp. z o.o. za lata 2019-2020;
- 5) sprawozdań finansowych Spółki Centrum Produkcyjne Pneumatyki „PREMA” S.A. za lata 2019-2020;
- 6) sprawozdań finansowych Spółki Bydgoskie Zakłady Przemysłu Gumowego „STOMIL” S.A. za lata 2019-2020;
- 7) sprawozdań finansowych Spółki Teofilów S.A. za lata 2019-2020;
- 8) sprawozdań finansowych Spółki Energop sp. z o.o. za lata 2019-2020;
- 9) sprawozdań finansowych Spółki INOFAMA S.A. za lata 2019-2020;
- 10) skonsolidowanych sprawozdań finansowych Grupy Kapitałowej Spółki INOFAMA S.A. za lata 2019-2020;
- 11) sprawozdań finansowych Spółki Zakład Usługowo Handlowy sp. z o.o. za lata 2019-2020;
- 12) sprawozdań finansowych Spółki Narzędziownia sp. z o.o. za lata 2019-2020;
- 13) sprawozdań finansowych Spółki Grupa CZH S.A. za lata 2019-2020;
- 14) skonsolidowanych sprawozdań finansowych Grupy Kapitałowej Spółki Grupa CZH S.A. za lata 2019-2020;
- 15) sprawozdań finansowych Spółki H. Cegielski - Fabryka Pojazdów Szynowych sp. z o.o. za lata 2019-2020;
- 16) sprawozdań finansowych Spółki Kopalnia Soli Kłodawa S.A. za lata 2019-2020;
- 17) sprawozdań finansowych Spółki Przewozy Regionalne sp. z o.o. za lata 2019-2020;

2. Przedmiotem zamówienia jest również:

- 1) udzielanie wyjaśnień w przedmiocie badanych sprawozdań finansowych i skonsolidowanych sprawozdań finansowych i ewentualny udział we wskazanych posiedzeniach Komitetu Audytu, Radach Nadzorczych oraz na Walnych Zgromadzeniach/Zgromadzeniach Wspólników. Przy czym udział w posiedzeniach Komitetu Audytu dotyczy jedynie Spółki Agencja Rozwoju Przemysłu S.A.;
- 2) badanie pakietów sporządzonych na potrzeby przygotowania sprawozdań skonsolidowanych. Dotyczy spółek objętych postępowaniem, za wyjątkiem Agencji Rozwoju Przemysłu S.A.

3. W wyniku przeprowadzenia przedmiotowego postępowania wybrany Wykonawca zawrze oddzielnie umowę z każdą ze spółek objętą badaniem.”

Zamawiający wskazał w rozdziale III ust. 4 SIWZ, że na realizację przedmiotowego zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 2 454 400 zł netto łącznie z prawem opcji (w okresie 4 lat), która to kwota została wskazana przez Zamawiającego w protokole postępowania jako wartość zamówienia oszacowana przez Zamawiającego. Jednocześnie Zamawiający określił maksymalne limity cen za wykonanie przedmiotu zamówienia w poszczególnych zakresach usług. Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę 3 018 912,00 zł jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia.

W postępowaniu zostały złożone trzy oferty: oferta KPMG Audyt sp. z o.o. sp. k. z ceną 7 151 712,00 zł, oferta Konsorcjum BDO z ceną 2 778 000,00 zł oraz oferta Odwołującego z ceną 2 893 452,00 zł. Oferta Konsorcjum BDO została odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp ze względu na wniesienie wadium po upływie terminu składania ofert.

Według informacji zawartej w protokole postępowania, w ramach oceny ofert, dokonanej przez Zamawiającego na podstawie kryteriów oceny ofert (cena – 40% i doświadczenie kluczowego personelu – 60%) przed unieważnieniem postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp z dnia 30 sierpnia 2019 r. – oferta KPMG uzyskała 76,18 pkt, a oferta Odwołującego – 40 pkt.

Zgodnie z treścią protokołu postępowania, kryteria oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu zostały opisane przez komisję przetargową na podstawie uchwały Rady Nadzorczej ARP S.A. Nr 42/VI/2019 z dnia 14 maja 2019 r. oraz Nr 52/OB/2019 z dnia 18 czerwca 2019 r.

W dniu 21 października 2019 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Zamawiający podał w uzasadnieniu powyższej decyzji, że „w wyniku wykonania wyroku KIO z dnia 24 września 2019 r., sygn. akt KIO 1761/19 przystąpił do powtórzenia czynności badania i oceny ofert. 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. W wyniku wezwania Wykonawca uzupełnił Pełnomocnictwo w postaci elektronicznej podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez członka zarządu Wykonawcy, uprawnionego do jednoosobowej reprezentacji, w dniu 28 sierpnia 2019 r., tj. po upływie składania ofert. Zobowiązanie do powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w kontekście obowiązku wynikającego z art. 26 ust. 3a Pzp, stanowiło podstawę do wezwania Wykonawcy do złożenia pełnomocnictwa dla p. W. D., udzielonego w formie elektronicznej przed upływem terminu składania ofert, tj. 8 sierpnia 2019 r.”

Zamawiający wyjaśnił, że „W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Wykonawca KPMG Audyt sp. z o.o. sp. k. podniósł, że działał zgodnie z wymogami określonymi przez samego Zamawiającego w SIWZ w rozdziale IX ust. 1 pkt 5 i 12 oraz ust. 3 pkt 1 i 5, przez co złożył ofertę w formie elektronicznej, do której dołączył elektroniczną kopię pełnomocnictwa, opatrzoną kwalifikowanym podpisem elektronicznym, czyli dokument równoznaczny z oryginałem udzielonym zgodnie z zasadami reprezentacji Wykonawcy, przed upływem terminu składania ofert i przed terminem złożenia oferty. Wykonawca podniósł również, że wynikające z Ustawy prawo Zamawiającego do konstruowania zapisów SIWZ według własnych potrzeb i w sposób gwarantujący osiągnięcie zamierzonego przez niego celu, jest ograniczone wynikającym z art. 7 ust. 1 Ustawy obowiązkiem przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców, zgodnego z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Tym samym — w ocenie Wykonawcy — Zamawiający przenosi skutki braku należytej staranności w konstruowaniu zapisów SIWZ na Wykonawców, co jest działaniem nie znajdującym uzasadnienia w obowiązującym stanie prawnym, a przez to jest działaniem nielegalnym.”

Następnie Zamawiający wskazał, że „Dokonując oceny złożonych ofert wraz z załączonymi do nich oświadczeniami Zamawiający stwierdził, że w przedmiotowym Postępowaniu, w którym komunikacja z Wykonawcami, w szczególności składanie ofert i oświadczeń ma się odbywać przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, brak jest w SIWZ zapisów dotyczących możliwości potwierdzenia czynności pełnomocnika dokonanych w postępowaniu na podstawie pisemnego pełnomocnictwa. Brak ten powoduje, że Wykonawca wezwany w trybie art. 26 ust. 3a Ustawy nie może wyrazić zgody na działanie pełnomocnika umocowanego pisemnie przy składaniu oferty w jego imieniu. Istniejąca kolizja pomiędzy dyspozycją art. 26 ust. 3a Ustawy, a przyjętymi w SIWZ zapisami mogłaby zostać usunięta w drodze zmiany postanowień SIWZ, jednak nie po upływie terminu składania ofert, co wynika z brzmienia art. 38 ust. 4 Ustawy. Zatem SIWZ zawiera błąd, którego nie można usunąć na obecnym etapie.”

Ponadto, Zamawiający wyjaśnił, że „Analizując zapisy SIWZ Zamawiający dodatkowo wskazuje, że przyjęte kryterium oceny ofert dotyczące doświadczenia personelu kluczowego, prowadzi do wyboru oferty wyraźnie droższej niż rynkowa w przypadku dysponowania przez Wykonawcę dużą liczbą biegłych, a samo kryterium jest sprzeczne z Ustawą. Na podstawie złożonych ofert Zamawiający stwierdził, że kryteria oceny ofert premiąją duże podmioty i pozwalają na złożenie wyjątkowo drogich ofert, co powoduje że prowadzenie przedmiotowego postępowania nie leży w interesie Zamawiającego, gdyż celem przedmiotowego postępowania nie jest udzielenie zamówienia Wykonawcy, który złoży ofertę z wygórowaną ceną. Celem postępowania jest udzielenie zamówienia Wykonawcy mogącemu sprostać zakresowi

przedmiotu zamówienia za cenę rynkową, a nie znacznie ją przekraczającą. Prowadzenie postępowania w takim kształcie nie leży w interesie publicznym w myśl przesłanek zawartych w art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp, niezależnie od tego, że prowadzi do zakłócenia zasady równego traktowania Wykonawców, oznaczającego nieusuwalną już wadę postępowania z uwagi na etap po upływie terminu składania ofert.”

Zdaniem Zamawiającego, „Ponadto opisane w SIWZ kryteria są niezgodne z art. 91 ust. 3 oraz 91 ust. 2 pkt 5 Ustawy. Zgodnie z art. 91 ust. 3 Ustawy Zamawiający nie może ustalać kryteriów oceny ofert dotyczących właściwości wykonawcy, w tym jego wiarygodności technicznej, co oznacza brak możliwości oceny oferty na podstawie doświadczenia wykonawcy lub doświadczenia, kwalifikacji czy wykształcenia osób, którymi dysponuje. Wyłomem od tej reguły jest przepis art. 91 ust. 2 pkt 5 Ustawy, który pozwala na punktowanie doświadczenia, kwalifikacji osób skierowanych do realizacji zamówienia, jeśli te cechy mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia. Za niedopuszczalne i niezgodne z art. 91 ust. 3 Ustawy należy uznać założenie dokonane a priori, że każde kryterium dotyczące osób będzie spełniało wymóg Ustawy. Warto zauważyć, że każde kryterium zgodnie z art. 91 ust. 2 Ustawy musi odnosić się do przedmiotu zamówienia oraz zgodnie z art. 91 ust. 2c Ustawy musi być związane z przedmiotem zamówienia, czyli musi dotyczyć przedmiotu zamówienia, choćby w minimalnym stopniu. Należy zważyć, że powyższego zastrzeżenia ustawodawcy nie należy odczytywać wyłącznie w taki sposób, że kryterium nie może być sprzeczne z zakresem zamówienia (np. nie można stosować kryterium mocy silnika przy zakupie telefonu komórkowego), ale przede wszystkim należy je odczytywać jako obowiązek dokonania opisu kryterium oceny oferty w sposób gwarantujący, że deklaracja wykonawcy o spełnianiu w najwyższym stopniu wymogu kryterium (i przekładającego się na maksymalną punktację w takim kryterium) będzie miała nadal realne znaczenie dla realizacji zamówienia. Dlatego kluczowym elementem każdego kryterium z punktu widzenia jego związku z przedmiotem zamówienia, jest jego waga i sposób przyznawania punktów. Ten ostatni aspekt musi uwzględniać zasadę uczciwej konkurencji zapisaną w art. 7 ust. 1 Ustawy, a więc zakaz takiego kształtowania kryteriów oceny ofert, które mogłyby zostać wykorzystane przez Wykonawców do uzyskania dużej liczby punktów, przy jednoczesnym braku ryzyka i konieczności faktycznego spełnienia deklaracji złożonej w ofercie. Stworzenie przez Zamawiającego błędnie opisanego kryterium, może zatem prowadzić do złożenia (zgodnie z postanowieniami SIWZ) oferty utrudniającej innym przedsiębiorcom dostępu do rynku (zamówienia), a więc oferty, której złożenie może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji zgodnie z art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.”

Ponadto, „W odniesieniu do postanowień SIWZ w ocenie Zamawiającego doszło do wadliwego opisu kryterium „doświadczenie personelu kluczowego”, w którym w dwóch podkryteriach ocena miała następować w oparciu o taki sam wzór matematyczny:

(liczba biegłych rewidentów w badanej ofercie / najwyższa liczba biegłych rewidentów spośród ofert) x 100 pkt x 30%

W konsekwencji Wykonawca, który w ofercie wskazałby bardzo dużą liczbę biegłych spełniających wymóg, automatycznie zdobywał maksymalną liczbę punktów (łącznie 60 w obu podkryteriach), zaś Wykonawcy, którzy określiliby liczbę biegłych w sposób uczciwy (lub zgodnie ze swoimi możliwościami osobowymi) odpowiadający faktycznemu zapotrzebowaniu Zamawiającego, mogliby w radykalnych sytuacjach otrzymać jeden punkt. Przykładowo: gdyby Wykonawca wykorzystując błędne kryterium zaoferował, że skieruje do realizacji zamówienia 100 biegłych, a wykonawca racjonalnie oceniający faktyczne zapotrzebowanie — odpowiednio 10 biegłych, to w efekcie ten pierwszy otrzymałby 60 punktów, a ten drugi 6 punktów. Wskazana w powyższym przykładzie różnica w punktacji (54 pkt) powoduje, że Wykonawcy, którzy dysponują mniejszą liczbą biegłych np. 10 (ale liczbą ciągle wystarczającą do zrealizowania zamówienia), nie mają szansy nadrobić ceną różnicy wynikającej z braków kadrowych, jeśli inny Wykonawca wskaże jako liczbę biegłych 100. To, biorąc pod uwagę jednocześnie ograniczenie znaczenia kryterium ceny (40%) przekłada się na możliwość oferowania przez nieuczciwych Wykonawców wysokich cen i konieczność wyboru przez Zamawiającego oferty, która de facto wcale nie jest najkorzystniejsza. Wykonawcy racjonalnie (lub zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji) oceniający liczbę potrzebnych biegłych, a tym bardziej tacy, którzy faktycznie dysponują ograniczoną liczbą biegłych spełniających wymóg kryterium, musieliby bardzo nisko wycenić ofertę, żeby wygrać postępowanie. Najgorsze jest to, że brak jakichkolwiek ograniczeń w liczbie biegłych, które można zaoferować zgodnie z SIWZ, powoduje, że mniejsze podmioty nie mogły nawet w przybliżeniu ocenić jaka wartość wynagrodzenia daje szansę na zdobycie zamówienia. To stanowi zaś bardzo istotne ograniczenie uczciwej konkurencji w postępowaniu i zapewne przyczyniło się do złożenia ograniczonej liczby ofert.

Odnosząc powyższe do stanu faktycznego Postępowania należy zauważyć, że doszło do złożenia oferty z deklaracją zaangażowania do prac odpowiednio 30 i 45 biegłych, a pozostałe spółki zaoferowały brak takich biegłych lub tylko jednego, co może wskazywać, że wymóg kryterium był bardzo wyśrubowany i skazał większość Wykonawców na brak możliwości złożenia konkurencyjnej oferty. Gdyby liczba 45 biegłych wskazanych w kryterium przez jednego z wykonawców była uzasadniona obiektywnymi potrzebami Zamawiającego (skalą zamówienia, krótkim terminem realizacji), można by bronić tezy, że kryterium nie zaburza zasady uczciwej konkurencji, gdyż przekłada się na realną korzyść dla Zamawiającego. Wypada jednak zauważyć, że wykonywanie badania ustawowego kilkunastu spółek przy udziale 45 lub nawet 75 biegłych (nie wiadomo czy biegli wskazani w obu podkryteriach to te same osoby) w terminie ustawowym, a więc standardowym, nie jest racjonalne biorąc pod uwagę, że SIWZ przewidywał dodatkowo wsparcie biegłych co najmniej

50 osobami wykonującymi czynności przy audycie. W ocenie Zamawiającego maksymalna liczba biegłych o wymaganym doświadczeniu potrzebna do wyceny spółek to kilkanaście osób. Dopuszczenie w SIWZ możliwości zdobywania punktów za kolejne osoby (powyżej tych kilkunastu) doprowadziło do zaburzenia zasady uczciwej konkurencji w Postępowaniu i doprowadziło do sytuacji, w której najkorzystniejsza oferta była o ponad 100% droższa od kwoty, którą Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia.

Należy też zwrócić uwagę, że zaburzenie uczciwej konkurencji w powyższy sposób wynikało nie tylko z samego opisu kryterium, ale także innych postanowień SIWZ tj. braku skutecznych mechanizmów (w SIWZ i wzorze IPU) dyscyplinujących nieuczciwego Wykonawcę lub sankcjonujących nieracjonalne deklaracje w ofercie. Chodzi tu np. o brak kar umownych za nieskierowanie do realizacji zamówienia liczby osób wynikającej z oferty, brak postanowień umożliwiających weryfikację faktycznego uczestnictwa w realizacji zamówienia 75 biegłych, którzy zgodnie z ustawą o biegłych rewidentach nie muszą się podpisywać pod badaniem, jeśli nie są kluczowymi biegłymi. W efekcie Wykonawcę nic nie kosztuje wskazanie w ofercie dowolnej liczby osób, wygranie przetargu z wysoką ceną, a później wykonanie zamówienia przy udziale kilkunastu biegłych (zgodnie z obiektywnymi potrzebami). Takie sformułowanie kryteriów i warunków zamówienia jest sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji.”

W tym miejscu Zamawiający podkreślił, że „powyższe okoliczności nie tylko świadczą o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu, ale przede wszystkim wskazują na naruszenie literalnego brzmienia art. 91 ust. 2 pkt 5 Ustawy”.

Podsumowując, Zamawiający stwierdził, że „Jeżeli zatem kryterium zostanie opisane w sposób, który nakazuje Zamawiającemu przyznać punkty za dowolną liczbę biegłych, bez względu na to ilu biegłych jest obiektywnie przydatnych przy realizacji zamówienia, to należy uznać, że wskazana w ofercie liczba biegłych, ich kwalifikacje i doświadczenie nie tylko nie spełnia wymogu znaczącego wpływu na jakość wykonania zamówienia, ale że w ogóle nie ma znaczenia dla jego realizacji. Dlatego należy uznać, że tak opisane kryterium jest sprzeczne z art. 91 ust. 3 i 91 ust. 2 pkt 5 Ustawy. W efekcie należy uznać, iż dokumentacja Postępowania zawiera nieusuwalną wadę, która uniemożliwia zawarcie ważnej umowy i skutkuje koniecznością unieważnienia Postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Ustawy.”

Zamawiający wskazał również na „uzasadnione wątpliwości co do przyjętego w SIWZ sposobu prowadzenia Postępowania w trybie przetargu nieograniczonego. Zgodnie bowiem z art. 66 ust. 4 ustawy o rachunkowości wyboru firmy audytorskiej przeprowadzającej badanie ustawowe dokonuje organ zatwierdzający sprawozdanie finansowe. Wyboru takiego nie może dokonać Kierownik Zamawiającego. Kierownik Zamawiającego zobowiązany jest wyłącznie do zawarcia umowy o badanie ustawowe, stanowiącej realizację postanowień zawartych w uchwale organu dokonującego wyboru firmy audytorskiej. W zaistniałej sytuacji nie można

wykluczyć, że wynik postępowania nie uzyska pozytywnej rekomendacji komitetu audytu, a następnie akceptacji, prowadzącej do wyboru firmy audytorskiej przez organ zatwierdzający sprawozdanie finansowe. Natomiast w przetargu nieograniczonym wybór najkorzystniejszej oferty na podstawie przyjętych kryteriów oceny ofert determinuje zawarcie umowy z Wykonawcą, który taką ofertę złożył, przez co możliwość wyboru firmy audytorskiej przez organ zatwierdzający sprawozdanie finansowe jest ograniczona. Taka sytuacja jest zaś niedopuszczalna w kontekście art. 66 ust. 5a ustawy o rachunkowości, stosownie do treści którego za nieważne z mocy prawa uznaje się wszelkie klauzule umowne w umowach zawartych przez badaną jednostkę, które ograniczałyby możliwość wyboru firmy audytorskiej przez organ dokonujący wyboru firmy audytorskiej, na potrzeby przeprowadzenia badania ustawowego sprawozdań finansowych tej jednostki, do określonych kategorii lub wykazów firm audytorskich. Z tego względu w „Wytycznych dotyczących procedury wyboru i współpracy z firmą audytorską badającą roczne sprawozdanie finansowe spółki z udziałem Skarbu Państwa”, wydanych przez Prezesa Rady Ministrów zawarte zostało zalecenie, aby w spółkach z udziałem Skarbu Państwa wyboru firmy audytorskiej do badania sprawozdania finansowego spółki dokonywała rada nadzorcza z uwzględnieniem przepisów Ustawy, o ile mają zastosowanie, przy czym zaproszenie do składania ofert powinno nastąpić w drodze wysłania zaproszeń do wybranych firm, skoro wyłączna kompetencja do wyboru firmy audytorskiej przysługuje radzie nadzorczej, a rolą zarządu jest zawarcie umowy o badanie sprawozdania finansowego z firmą audytorską wybraną przez radę nadzorczą. Nie można również zapominać, w kontekście powyższej argumentacji o obowiązku zapewnienia Radzie Nadzorczej prawa wyboru odpowiedniej firmy audytorskiej, o obowiązkach Zamawiającego wynikających z powołanych Wytycznych, polegających na konieczności przewidzenia możliwości unieważnienia Postępowania bez podania przyczyn. Zapis ten narzucony przez Prezesa Rady Ministrów stanowi emanację prawa Rady Nadzorczej do zabezpieczenia się przed koniecznością wyboru w przetargu Wykonawcy, który nie gwarantuje prawidłowego wykonania umowy. Brak takiego zastrzeżenia stanowi wadę Postępowania i powinien skutkować tak jak skorzystanie z tego zastrzeżenia — unieważnieniem postępowania.”

Mając powyższe ustalenia na uwadze Zamawiający stwierdził, że „unieważnia przedmiotowe Postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Ustawy, jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Badanie ustawowe sprawozdań finansowych i skonsolidowanych sprawozdań finansowych powinno zostać powierzone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przygotowanego z należytą starannością, wykonawcy wybranemu przez organ zatwierdzający sprawozdanie finansowe, tak jak wynika to z obowiązujących przepisów.”

W danym stanie faktycznym Izba zważyła, jak poniżej:

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeśli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zatem, stwierdzona wada postępowania musi oddziaływać na ważność zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Musi być to wada na tyle istotna, że niemożliwe staje się zawarcie ważnej umowy. Wada musi być niemożliwa do usunięcia, zatem jeśli wada postępowania jest usuwalna, konieczne i wystarczające jest jej usunięcie, a nie unieważnianie całego postępowania. Jeśli wady nie da się usunąć i oddziałuje ona na ważność umowy – zamawiający obligatoryjnie unieważnia postępowanie.

Przepis art. 93 ust.1 pkt 7 Pzp koreluje z art.146 ust.1 Pzp, w którym zostały określone przesłanki powodujące unieważnienie umowy o zamówienia publiczne. Uwzględniając treść art. 146 ust.1 Pzp, konieczność unieważnienia postępowania zachodzi w sytuacji, gdy zamawiający:

- 1) z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki;
- 2) nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej;
- 3) zawarł umowę z naruszeniem przepisów art. 94 ust. 1 albo art. 183 ust. 1, jeżeli uniemożliwiło to Izbie uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;
- 4) uniemożliwił składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w dynamicznym systemie zakupów wykonawcom niedopuszczonym dotychczas do udziału w dynamicznym systemie zakupów lub uniemożliwił wykonawcom dopuszczonym do udziału w dynamicznym systemie zakupów złożenie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia objętego tym systemem;
- 5) uniemożliwił wykonawcom, z którymi została zawarta umowa ramowa, złożenie ofert w procedurze konkurencyjnej o udzielenie zamówienia na podstawie umowy ramowej, o ile nie wszystkie warunki zamówienia zostały określone w umowie ramowej;
- 6) z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb zapytania o cenę;
- 7) zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 67 ust. 12.

Przepis art. 93 ust.1 pkt 7 Pzp pozostaje także w związku z art.146 ust. 6 Pzp, który łączy nieważność umowy z dokonaniem przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Oznacza to, że błędy w postępowaniu, które miały lub mogły mieć wpływ na jego wynik i są nieusuwalne – skutkują koniecznością unieważnienia postępowania.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający unieważnił postępowanie w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, uznając że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia

wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przepis ten wymaga kumulatywnego ziszczenia się przesłanek:

- postępowanie musi być obarczone wadą,
- wada ta jest niemożliwa do usunięcia,
- stwierdzona wada postępowania uniemożliwiła zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Unieważnienie postępowania jest czynnością niweczącą całość postępowania, powodującą, że cel prowadzenia postępowania, tj. udzielenie zamówienia publicznego, nie zostaje osiągnięty. Katalog przesłanek unieważnienia postępowania ma charakter numerus clausus (katalogu zamkniętego) i nie może podlegać wykładni rozszerzającej.

Wykładnia celowościowa przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp prowadzi do wniosku, że niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego to każda niedająca się usunąć wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy.

Zamawiający, unieważniając postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp są uprawnieni do brania pod uwagę zarówno okoliczności skutkujących unieważnieniem zawartej umowy wynikających z art. 146 ust. 1 Pzp, jak i okoliczności skutkujących unieważnieniem umowy na podstawie art. 146 ust. 6 Pzp.

W świetle art. 146 ust. 6 Pzp, stwierdzona przez zamawiającego wada postępowania musi być nie tylko niemożliwa do usunięcia, ale wskazywać na dokonanie czynności lub zaniechanie jej dokonania w danym postępowaniu z naruszeniem przepisu Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik tego postępowania.

W orzecznictwie przyjmuje się, że unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp może mieć miejsce jedynie w wyjątkowych sytuacjach. Katalog przesłanek z art. 93 Pzp jest zamknięty i nie może być traktowany rozszerzająco, co oznacza, że z żadnej innej przyczyny lub bez podania przyczyn zamawiający nie może unieważnić postępowania (zob. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 sierpnia 2010 r., IV Ca 831/10).

Do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp konieczne jest wykazanie łącznego zaistnienia wszystkich wymienionych w tym przepisie przesłanek. Niemożliwa do usunięcia wada musi również powodować niemożność zawarcia umowy, która nie podlegałaby unieważnieniu, a zagrożenie unieważnieniem umowy musi wynikać z zaistnienia jednej z podstaw unieważnienia określonych w art. 146 ust. 1 lub 6 Pzp.

Pod pojęciem niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego kryje się każde uchybienie przepisom Pzp, którego skutków nie można usunąć przy zastosowaniu procedur z

nich wynikających (zob. wyrok z dnia 17 marca 2016 r. sygn. KIO 314/16). Usunięcie wady postępowania może nastąpić w dowolny sposób, byleby nie był on sprzeczny z ustawą Pzp, a w szczególności nie prowadził do wypaczenia wyniku postępowania.

Podsumowując, Zamawiający uzasadniając unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp zarówno w uzasadnieniu prawnym jak i faktycznym podjętej decyzji nie może pominąć związku pomiędzy art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp a art. 146 ust. 1 lub 6 Pzp, bowiem warunkiem skutecznego zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp jest wykazanie jego powiązania z co najmniej jedną z przesłanek unieważnienia umowy wymienionych w art. 146 Pzp.

W przypadku podejmowania przez zamawiającego decyzji o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 6 Pzp, wpływ stwierdzonych naruszeń przepisów Pzp musi prowadzić do rzeczywistej zmiany wyniku lub realnej możliwości zaistnienia takiej sytuacji. Przez wynik postępowania rozumie się, co do zasady, w postępowaniach jednoetapowych (np. w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego) - wybór najkorzystniejszej oferty. Pomiedzy dokonaniem przez zamawiającego czynności lub zaniechaniem dokonania czynności z naruszeniem przepisu Pzp a wynikiem postępowania musi zatem zaistnieć związek przyczynowo - skutkowy, pozwalający wykazać ich wpływ, realny lub potencjalny, na wybór oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający w decyzji o unieważnieniu przedmiotowego postępowania nie powoływał wprost podstawy prawnej w celu wykazania, że zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego będzie podlegała unieważnieniu, nie wskazał żadnej z przesłanek określonych w art. 146 ust. 1 Pzp, nie wskazywał również na przepis art. 146 ust. 6 Pzp. Jak można wywieść z treści uzasadnienia tej decyzji, Zamawiający miał na uwadze przesłanki z art. 146 ust. 6 Pzp.

Zamawiający wskazał w decyzji o unieważnieniu postępowaniu na następujące „wady” postępowania:

- 1) kolizja między dyspozycją art. 26 ust. 3a Pzp, a przyjętymi w SIWZ zapisami;
- 2) sprzeczność kryterium oceny ofert z art. 91 ust. 3 i 91 ust. 2 pkt 5 Pzp;
- 3) brak interesu publicznego w prowadzeniu postępowania w myśl przesłanek zawartych w art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp i zakłócenie zasady równego traktowania wykonawców;
- 4) wątpliwości co do możliwości zastosowania trybu przetargu nieograniczonego.

Ad 1

Zgodnie z art. 26 ust. 3a Pzp, 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.

Kwestia oceny prawidłowości pełnomocnictwa złożonego przez wykonawcę KPMG w ofercie, jak i na wezwanie do uzupełnienia z dnia 21 sierpnia 2019 r., w świetle zarówno przepisów ustawy Pzp, jak i treści SIWZ była przedmiotem rozpoznania przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie o sygn. akt KIO 1671/19, która toczyła w przedmiotowym postępowaniu z udziałem Odwołującego i Zamawiającego. W wyroku KIO 1761/19 z dnia 24 września 2019 r. Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu „dokonanie: unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, powtórzenia czynności badania i oceny ofert”. W uzasadnieniu tego orzeczenia Izba jednoznacznie stwierdziła, że: „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”.

W świetle powyższego nie ulega wątpliwości, że wykonanie ww. wyroku Izby przez Zamawiającego powinno uwzględniać wytyczne zawarte w uzasadnieniu tego wyroku, co do podstawy odrzucenia oferty wykonawcy KPMG. Jak wynika z dokumentacji postępowania Zamawiający „w wyniku wykonania wyroku” w dniu 9 października 2019 r. wezwał wykonawcę KPMG Audyt sp. z o.o. sp. k. do uzupełnienia pełnomocnictwa udzielonego w formie elektronicznej przed terminem składania ofert. Było to wezwanie powtórne – ww. wykonawca był wzywany do uzupełnienia pełnomocnictwa po raz pierwszy w dniu 21 sierpnia 2019 r. Powyższe ponowne wezwanie ww. wykonawcy do uzupełnienia pełnomocnictwa stanowiło czynność, dla której nie sposób doszukać się wytycznych w uzasadnieniu ww. wyroku z dnia 24 września 2019 r. (KIO 1761/19). Wobec rozstrzygnięcia przez KIO w sprawie KIO 1761/19 kwestii wadliwości pełnomocnictwa złożonego przez wykonawcę KPMG na żądanie jego uzupełnienia, nie może być ona ponownie przedmiotem rozpoznania przez Izbę.

W ocenie Izby, powoływany przez Zamawiającego w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu postępowania brak w SIWZ zapisów dotyczących możliwości potwierdzenia czynności pełnomocnika dokonanych w postępowaniu na podstawie pisemnego pełnomocnictwa, nie stanowi naruszenia art. 26 ust. 3a Pzp. W pierwszej kolejności wskazać należy, że zawarty w SIWZ wymóg formy elektronicznej oferty, a zarazem pełnomocnictwa do jej złożenia, w równym stopniu dotyczył wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu. Ponadto, w oparciu o aktualne brzmienie SIWZ wykonawca wzywany do uzupełnienia pełnomocnictwa w formie elektronicznej wynikającej z treści SIWZ miał możliwość skutecznego jego uzupełnienia w przypadku gdy takie pełnomocnictwo zostało udzielone.

Zauważyć przy tym należy, że wykonawca KPMG miał możliwość zajęcia stanowiska w tej sprawie w toczącym się postępowaniu odwoławczym, zarówno w sprawie o sygn. akt KIO 1761/19, jak i w niniejszym postępowaniu, w wyniku przystąpienia do postępowania

odwoławczego lub poprzez wniesienie w odpowiednim czasie odwołania wobec treści postanowień SIWZ, jednak z możliwości tych nie skorzystał, godząc się na ustalone warunki SIWZ.

Z powyższych względów Izba nie stwierdziła kolizji między zapisami SIWZ a dyspozycją art. 26 ust. 3a Pzp. W tym zakresie należało uznać, że postępowanie nie jest obarczone wadą, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, która stanowiłaby naruszenie art. 26 ust. 3a Pzp, mające wpływ na wynik postępowania. Postanowienia SIWZ dotyczące wymaganej formy elektronicznej oferty, a co za tym idzie – pełnomocnictwa, nie naruszają także zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 7 ust. 1 Pzp.

Ad. 2)

Zamawiający w rozdziale XV SIWZ opisał kryteria oceny ofert oraz sposób oceny ofert w ramach określonych kryteriów. Zamawiający postanowił, że przy wyborze najkorzystniejszej oferty będzie się kierował następującymi kryteriami:

1) na potrzeby oceny ofert ceną oferty jest łączna cena brutto za wykonanie badań ustawowych wszystkich spółek wymienionych w opisie przedmiotu zamówienia w Rozdziale III . Cena brutto oferty - 40%.

2) doświadczenie personelu kluczowego – 60%, w ramach którego oceniane będzie dysponowanie przez wykonawcę:

a) liczbą biegłych rewidentów, wpisanych do rejestru biegłych rewidentów, z których każdy był odpowiedzialny w ciągu ostatnich 3 lat przed terminem składania ofert za przeprowadzanie co najmniej 5 badań ustawowych rocznych skonsolidowanych sprawozdań finansowych o sumie bilansowej co najmniej 2 mld zł i przychodach ze sprzedaży co najmniej 2 mld zł.

b) liczbą biegłych rewidentów, wpisanych do rejestru biegłych rewidentów, z których każdy, w ciągu ostatnich 3 lat przed terminem składania ofert, był odpowiedzialny za przeprowadzanie co najmniej 3 badań ustawowych rocznych sprawozdań finansowych spółek prawa handlowego w rozumieniu Ksh, o sumie bilansowej co najmniej 5 mld zł lub przychodach ze sprzedaży co najmniej 1 mld zł, które prowadzą działalność na rynku usług finansowych.

W kryterium doświadczenie personelu kluczowego Zamawiający zapowiedział sumowanie punktów uzyskanych przez wykonawcę w poszczególnych ww. podkryteriach. Maksymalnie w tym kryterium wykonawca mógł uzyskać 60 punktów.

Ustalone przez Zamawiającego kryterium poza-cenowe dotyczy doświadczenia personelu kluczowego wykonawcy. Zgodnie z art. 91 ust. 2 pkt 5 Pzp, kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności - organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia. Zgodnie z ust. 3 ww. artykułu, kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy,

a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

Na poparcie tezy co do niezgodności powyższego kryterium z art. 91 ust. 2 pkt 5 Pzp, Zamawiający podnosił, że powyższe kryterium zostało „opisane w ten sposób, że nakazuje Zamawiającemu przyznać punkty za dowolną liczbę biegłych, bez względu na to ilu biegłych jest obiektywnie przydatnych przy realizacji zamówienia” oraz może prowadzić do podwyższenia ceny oferty najkorzystniejszej ustalonej w ramach oceny ofert. Zamawiający podnosił, że w przedmiotowym postępowaniu zastosował kryterium oceny ofert, które nie ma związku z przedmiotem zamówienia i umożliwia składanie oświadczeń pozornych, mających na celu uzyskanie maksymalnej ilości punktów. Zdaniem Zamawiającego, przewidywanie dużej liczby biegłych rewidentów w związku z przyjętym kryterium cenowym nie przekłada się na obowiązek realizacji zamówienia przy udziale tych biegłych, co prowadzi do konieczności wyboru oferty, która obiektywnie może nie być najkorzystniejszą i nie zabezpiecza uzasadnionego interesu Zamawiającego, a tym samym nie gwarantuje prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby, ilość biegłych rewidentów o wysokich kwalifikacjach (doświadczeniu), określonych przez Zamawiającego w ramach kryterium oceny ofert w dwóch kategoriach (pkt 2.1 i 2.2 formularza oferty) ma związek z przedmiotem zamówienia i przekłada się na jakość wykonania zamówienia. W szczególności zdaniem Izby, ilość biegłych rewidentów o określonych wysokich kwalifikacjach (doświadczeniu) może mieć znaczenie dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, biorąc pod uwagę możliwość skorzystania przez Zamawiającego z prawa opcji, przewidzianego w niniejszym postępowaniu, a także z uwagi na możliwe zmiany zakresu przedmiotu zamówienia, poprzez jego rozszerzenie w stosunku do ustawowego badania rocznych sprawozdań finansowych Spółki oraz sprawozdań skonsolidowanych Grupy Kapitałowej i spółek objętych zamówieniem wspólnym, np. badania metodą pełną wybranych obszarów sprawozdania finansowego. Ilość personelu kluczowego może mieć także znaczenie dla zapewnienia terminowej realizacji usług, w przypadku braku możliwości skierowania przez wykonawcę do realizacji zamówienia osób wskazanych w Wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia, co Zamawiający przewidział w Istotnych Postanowieniach Umowy, stanowiących załącznik nr 3 do SIWZ. Zamawiający wymaga przy tym, aby zmiana taka nastąpiła na osobę o tożsamych lub wyższych kwalifikacjach.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba nie zgodziła się ze stanowiskiem Zamawiającego, że oceniana „liczba biegłych, ich kwalifikacje i doświadczenie nie tylko nie spełniają wymogu znaczącego wpływu na jakość wykonania zamówienia, ale że w ogóle nie ma znaczenia dla jego realizacji”. Zauważyć należy, że Zamawiający wskazał na rozprawie, sprzecznie z powyższym twierdzeniem - liczbę 17 biegłych rewidentów - jako optymalną na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia. Zamawiający nie wykazał, jednak, że przekroczenie tej liczby będzie w każdym przypadku nieuzasadnione w kontekście specyfiki i zakresu

przedmiotu zamówienia, objętego zamówieniem.

Ponadto, jak słusznie zauważył Odwołujący, wyłączna odpowiedzialność za ustalenie liczby biegłych rewidentów niezbędnych do przeprowadzenia badania sprawozdania finansowego leży po stronie firmy audytorskiej. W myśl bowiem art. 66 ustawy z dnia 11 maja 2017 r. o biegłych rewidentach, firmach audytorskich oraz nadzorze publicznym, do każdego badania firma audytorska wyznacza przynajmniej jednego kluczowego biegłego rewidenta, kierując się koniecznością zapewnienia wysokiej jakości badania oraz spełnienia wymogów w zakresie niezależności i kompetencji umożliwiających właściwe przeprowadzenie badania. To firma audytorska zapewnia kluczowemu biegłemu rewidentowi odpowiednie zasoby, w tym zespół wykonujący badanie, posiadający kompetencje i możliwości niezbędne do właściwego wykonania danego badania. Kluczowy biegły rewident bierze czynny udział w przeprowadzaniu badania, Kluczowy biegły rewident i firma audytorska przeznaczają wystarczającą ilość czasu i odpowiednie zasoby w celu właściwej realizacji badania. W tym kontekście kryterium oceny, tworząc relację pomiędzy ceną oferty a liczbą doświadczonych biegłych rewidentów, którymi wykonawca dysponuje na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia, jest uzasadnione.

Wykonawcy, którzy w przedmiotowym postępowaniu złożyli oferty, odpowiedzieli w swoich ofertach na warunki określone w SIWZ, w tym przyjęte w postępowaniu kryteria oceny ofert, w sposób, który można ocenić jako adekwatny do swojej organizacji i posiadanych zasobów. Wykonawca KPMG jako jedyny zaoferował dysponowanie w pkt 2.1 formularza oferty liczbę 45 biegłych rewidentów i w pkt 2.2 formularza oferty – liczbą 30 biegłych rewidentów. Wykonawca – Konsorcjum DBO - zaoferował jednego biegłego rewidenta w pkt 2.1 formularza oferty, natomiast Odwołujący nie zaoferował żadnego biegłego rewidenta w ramach ww. kryterium poza-cenowego, poprzestając na personelu, wymaganym w ramach warunków udziału w postępowaniu.

Powyższe wskazuje, że wykonawcy, którzy złożyli oferty nie wykorzystali omawianego kryterium w sposób nieuczciwy dla zapewnienia sobie wyższej punktacji przy ocenie ofert. Nie można tego stwierdzić nawet w przypadku wykonawcy KPMG, który zaoferował najwyższą liczbę biegłych rewidentów, ponieważ dowód na tę okoliczność nie został przez Zamawiającego przeprowadzony. Nie można też, bez badania tego faktu przyjąć, że zaoferowanie wysokiej liczby biegłych pozwala na nieuczciwe zawyżenie ceny oferty. Również w tym zakresie nie został przeprowadzony dowód. Fakt, że cena oferty wykonawcy KPMG znacznie przekracza środki Zamawiającego nie dowodzi, że cena ta została skalkulowana w sposób nierzetelny (sztucznie zawyżony). Zauważyć również należy, że pozostali dwaj wykonawcy zaoferowali ceny nieprzekraczające wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT. Stwierdzone rozbieżności cen złożonych ofert należy uznać za racjonalne, biorąc pod uwagę, że zapewnienie większej liczba biegłych rewidentów na potrzeby realizacji

zamówienia musi generować wyższe koszty po stronie wykonawcy. Jak słusznie zauważył Odwołujący, przedmiotem zamówienia jest badanie sprawozdań finansowych 17 podmiotów przez 2 lata z opcją przedłużenia do 4 lat, co oznacza to, że badaniu podlegać może 68 sprawozdań finansowych. Stąd przyjęcie założenia na poziomie 45 lub nawet większej liczby biegłych rewidentów do realizacji zamówienia nie jawi się nieproporcjonalnym do wielkości zamówienia.

W świetle powyższego, nie budzi wątpliwości fakt, że choć kryterium oceny ofert w zakresie doświadczenia kluczowego personelu zostało sformułowane w sposób teoretycznie umożliwiający zgłoszenie nieograniczonej liczby biegłych, to wada ta może zostać wyeliminowana w toku postępowania. Sam Zamawiający bowiem przyznał w odpowiedzi na odwołanie, że złożenie oferty, która w sposób nieuczciwy wykorzysta powyższe kryterium do uzyskania nienaturalnej, zawyżonej liczby punktów, powinno być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji. Zatem sam Zamawiający wskazał sposób wyeliminowania potencjalnej możliwości wpływu omawianej wady w opisie kryterium na wynik postępowania, tj. taki sposób, który jest zgodny z procedurami określonymi w przepisach ustawy Pzp i będzie prowadził do odrzucenia takiej oferty. Zauważyć należy jednocześnie, że w warunkach prowadzonego postępowania przyjęcie przez Zamawiającego założenia odnośnie nieuczciwości wykonawcy, który zaoferuje na potrzeby kryterium oceny ofert znacznej liczby biegłych rewidentów, jest nieuprawnione wobec niewykazania przez Zamawiającego, że każda liczba biegłych wyższa niż 17 powinna być uznana za nieuczciwie zawyżoną.

Ponadto, odnosząc powyższe do stanu faktycznego w przedmiotowym postępowaniu należy stwierdzić, że biorąc pod uwagę, iż oferta Konsorcjum BDO została odrzucona, a oferta KPMG, zgodnie z wyrokiem Izby w sprawie KIO 1761/19 podlega odrzuceniu, w postępowaniu zostaje jedna oferta - złożona przez Odwołującego, która nie uzyskała żadnych dodatkowych punktów w ramach kryterium „doświadczenie kluczowego personelu”, zatem nie można uznać, że wada tego kryterium, polegająca na możliwości zaoferowania nieograniczonej liczby biegłych może mieć jakikolwiek wpływ na wybór w tym postępowaniu oferty najkorzystniejszej.

Zważywszy, że Zamawiający nie wykazał, iż kryterium oceny ofert dotyczące doświadczenia personelu kluczowego, którym wykonawca dysponuje jest niezgodne z art. 91 ust. 3 i art. 91 ust. 2 pkt 5 Pzp, natomiast naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez niewystarczająco precyzyjne opisanie powyższego kryterium mogłoby zostać wyeliminowane w ramach badania ofert, brak jest podstaw do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ze względu na fakt nieziszczenia się przesłanki dotyczącej również potencjalnego jak i realnego wpływu na wynik postępowania.

Izba stwierdziła także, że Zamawiający nie wykazał braku interesu publicznego w prowadzeniu postępowania w obecnym kształcie w myśl przesłanek zawartych w art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp z uwagi na fakt, że ustalone kryterium poza-cenowe prowadzi do nienaturalnego

zawyżenia ceny oferty. Jak już wykazano powyżej, nie został przeprowadzony żaden dowód na potwierdzenie powyższej tezy, a Zamawiający przywołał w decyzji o unieważnieniu postępowania jedynie wybiórczo - brak interesu publicznego w prowadzeniu postępowania – tj. jedną z przesłanek określonych w art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp. Zamawiający nie odniósł się w żadnym stopniu do pozostałych przesłanek, kumulatywnie warunkujących unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp. Zgodnie bowiem z art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Zamawiający nie wykazał wystąpienia jakiegokolwiek zmiany okoliczności, której skutkiem byłoby wystąpienie braku interesu publicznego w prowadzeniu postępowania. Zamawiający nie wykazał również żadnych okoliczności na potwierdzenie, że potencjalnej zmiany okoliczności nie można było wcześniej przewidzieć. Niewykazanie spełnienia przesłanek określonych w art. 93 ust. 1 pkt 6 Pzp przeczy możliwości unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ad. 4)

Wątpliwości Zamawiającego co do możliwości zastosowania przetargu nieograniczonego jako właściwego trybu postępowania nie stanowią przesłanki do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

W świetle art. 66 ust. 4 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości, zgodnie z którym wyboru firmy audytorskiej do przeprowadzenia badania sprawozdania finansowego dokonuje organ zatwierdzający sprawozdanie finansowe jednostki, chyba że statut, umowa lub inne wiążące jednostkę przepisy prawa stanowią inaczej.

W danym stanie faktycznym sam Zamawiający przyznał, że Rada Nadzorcza Spółki (Zamawiającego) wyraziła zgodę na sposób oceny ofert w ramach ustalonych kryteriów oceny ofert, zatem dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z tymi kryteriami powinno prowadzić do wyboru i zatwierdzenia wyłonionej firmy audytorskiej, która złożyła ofertę najwyższej ocenioną. Zgodnie z treścią protokołu postępowania, m.in. warunki udziału w postępowaniu jak i kryteria oceny ofert zostały opisane w przedmiotowym postępowaniu przez komisję przetargową na podstawie uchwały Rady Nadzorczej ARP S.A. Nr 42/VI/2019 z dnia 14 maja 2019 r. oraz Nr 52/OB/2019 z dnia 18 czerwca 2019 r. Zatem przyjęć należy, że postanowienia SIWZ w tym zakresie stanowią wyraz wymagań organu uprawnionego do wyboru firmy audytorskiej do przeprowadzenia badania sprawozdania finansowego.

Podsumowując należy stwierdzić, że kwestia konieczności wykazania wady, jej nieusuwalności i skutku w postaci istotnego naruszenia przepisu ustawy i wpływu tego

naruszenia na wynik postępowania wynika wprost z treści przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 6 Pzp. W danym stanie faktycznym Zamawiający nie wykazał, że przedmiotowe postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a w szczególności że wada postępowania polega na naruszeniu przepisów ustawy Pzp, które może mieć lub miało istotny wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający unieważniając zatem postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego naruszył przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, które to naruszenie może mieć istotny wpływ na wynik postępowania i stosownie do dyspozycji art. 192 ust. 2 Pzp stanowi podstawę do uwzględnienia odwołania.

W powyższej sytuacji zasadne jest nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz dokonania (ukończenie procesu) badania i oceny ofert zgodnie z dyspozycją art. 91 ust. 1 Pzp

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2, oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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), uwzględniając kwotę wniesionego wpisu od odwołania oraz rachunki przedłożone przez Odwołującego na rozprawie z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu na posiedzenie Izby oraz kosztu poniesionej opłaty skarbowej.

.....