

WYROK

z dnia 11 kwietnia 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 kwietnia 2018 roku, w Warszawie, odwołania
wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 marca 2018 roku przez

wykonawcę Grupa G. - Audyt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka
komandytowa z siedzibą w Katowicach

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Ministerstwo Obrony Narodowej
z siedzibą w Warszawie

orzeka

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Grupa G. - Audyt Spółka
z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Katowicach i:
2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7500 zł 00 gr
(słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczonej przez wykonawcę
Grupa G. - Audyt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z
siedzibą w Katowicach tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 595/18

Zamawiający - Ministerstwo Obrony Narodowej z siedzibą w Warszawie - prowadzi
postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego
pod nazwą „Badanie sprawozdania finansowego Agencji Mienia Wojskowego za 2017 r. i
2018 r.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w zamieszczone w Biuletynie

28 marca 2018 roku działając na podstawie art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący wniósł odwołanie od zaniechania odrzucenia oferty wykonawców Pol-Tax 2 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Instytut Studiów Podatkowych M. i Wspólnicy - Audyt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (składających ofertę wspólną, zwanych dalej „Wykonawcą”) wbrew art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, pomimo że ich oferta jest sprzeczna ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, w związku z art. 7 ust. 1 ustawy.

Odwołujący wniósł, o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności badania i oceny ofert, a także powtórzenia czynności badania i oceny ofert i powtórzenia wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu - przy uwzględnieniu wniosków płynących z rozstrzygnięcia niniejszego odwołania.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Odwołujący wskazał, że oferta złożona przez niego w postępowaniu została przez Zamawiającego sklasyfikowana na miejscu drugim, co udowadnia posiadanie interesu prawnego, który może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, co oznacza zarazem możliwość doznania szkody. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Zgodnie z postawionym przez Zamawiającego wymogiem (punkt V,1.2.c.H SIWZ): Wykonawca musi wykazać, że do realizacji zamówienia będzie dysponował co najmniej 6 (sześcioma) osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia i które posiadają uprawnienia biegłego rewidenta zgodnie z ustawą z dnia 11 maja 2017 r. o biegłych rewidentach, firmach audytorskich oraz nadzorze publicznym (Dz. U. z 2017 r., poz. 1089), tzn.: są wpisane do rejestru biegłych rewidentów prowadzonego przez Krajową Radę Biegłych Rewidentów, jako osoby wykonujące zawód biegłego rewidenta. Jednocześnie każda z co najmniej sześciu osób, która będzie uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia musi wykazać się doświadczeniem w przeprowadzaniu badań sprawozdania finansowego jednostki sektora finansów publicznych o sumie bilansowej równej lub wyższej 900 mln zł.

W ocenie Odwołującego oznacza to, że nie tylko niektóre z osób uczestniczących w wykonywaniu zamówienia muszą spełniać wymóg doświadczenia w przeprowadzaniu badań sprawozdań finansowych jednostki sektora finansów publicznych, ale każda z takich osób musi się legitymować takim doświadczeniem.

Wykonawca złożył ofertę, w której do realizacji zamówienia wskazał również osoby, które nie posiadają doświadczenia w przeprowadzaniu badań sprawozdań finansowych jednostki sektora finansów publicznych. Jak wynika bowiem z treści oferty, Pan J. S. oraz Pani B. P. posiadają wprowadzie doświadczenia w badaniu sprawozdań finansowych jednostek o sumie bilansowej równej lub wyższej 900 mln zł, jednak jednostki te nie są jednostkami sektora finansów publicznych. Sektor finansów publicznych tworzą jednostki wymienione w art. 9 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych. Wśród wymienionych tam jednostek brak jest wskazania Telewizji Polskiej S.A. oraz Węgłokoku S.A. (i co więcej - w przepisach tych jest wprost umieszczone zastrzeżenie, że z sektora finansów publicznych wyłącza się spółki prawa handlowego). Odwołujący podniósł, że skoro Wykonawca przewidział do uczestniczenia w badaniu sprawozdania finansowego również osoby, które nie posiadają doświadczenia w przeprowadzaniu badań sprawozdania finansowego jednostki sektora finansów publicznych, to nie spełnił warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący dodał następnie, że w postępowaniu jednym z kryteriów oceny ofert było doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia. Tym samym wskazanie osób, które nie spełniają warunku doświadczenia w przeprowadzaniu badań sprawozdań finansowych jednostki sektora finansów publicznych powoduje, że Wykonawca mógł otrzymać większą ilość punktów, co miało bezpośredni wpływ na rozstrzygnięcie postępowania. W konsekwencji zaniechanie Zamawiającego nie może też zostać konwalidowane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

W ocenie Odwołującego postępowanie Zamawiającego narusza też zasadę przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. Gdyby bowiem inni wykonawcy wiedzieli, że Zamawiający nie będzie przestrzegał ustanowionych przez siebie kryteriów to niewątpliwie liczba złożonych ofert byłaby większa. Dzięki bowiem powierzeniu realizacji zamówienia osobom mniej doświadczonym zyskuje się na kosztach takiego badania, co z kolei umożliwia zaproponowanie korzystniejszej ceny. Tym samym Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy. Z tych powodów w ocenie Odwołującego Zamawiający winien był odrzucić ofertę Wykonawcy w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jako sprzeczną ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia w związku z art. 7 ust. 1 ustawy.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi

art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 28 marca 2018 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdziły Strony na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy- Środki

ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu

danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie, a także stanowiska i oświadczenia złożone ustnie do protokołu, jak również złożone w pismach procesowych złożonych przez Zamawiającego i Odwołującego.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy, Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Izba dokonawszy oceny podniesionych

w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Rozpoznanie w tej sprawie wymaga rozstrzygnięcia w zakresie zarzutów wskazanych w odwołaniu, w tym w jego uzasadnieniu oraz odniesienia się do zarzutu wskazanego w petitum odwołania niezgodność treści oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Pol-Tax 2 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Instytut Studiów Podatkowych M. i Wspólnicy - Audyt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w kryteriach oceny ofert. (Wykonawcę) z postanowieniami SIWZ. Zaznaczenia wymaga w tym miejscu, że Odwołujący - jak wyjaśnił w trakcie rozprawy - upatrywał podniesionej niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, w tym że Wykonawca w formularzu przewidział do realizacji zamówienia 10 osób, z czego 2 nie spełniają wymagań Zamawiającego, ale skoro oświadczył, że te 10 osób przewidział, to w tym należy upatrywać niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Odwołujący oświadczył w trakcie rozprawy, że nie kwestionował oceny spełniania warunków

udziału w postępowaniu jak również nie kwestionował oceny oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Pol-Tax 2 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Instytut Studiów Podatkowych M. i Wspólnicy - Audyt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w kryteriach oceny ofert.

Izba ustaliła, że w SWIZ, w Rozdziale XIII - Opis kryteriów, którymi zamawiający

będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert Zamawiający wskazał między innymi kryterium o wadze 40 % - Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, które ma znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia. Jednocześnie w opisie tego kryterium Zamawiający określił, że

Wykonawca zobowiązany jest do skierowania do realizacji zamówienia co najmniej 6 osób. W ocenie kryterium zostanie wzięte pod uwagę doświadczenie eksperckie osób przeznaczonych do realizacji zamówienia (tj. doświadczenie zawodowe w wykonaniu badań sprawozdań finansowych w charakterze biegłego rewidenta wg kryteriów zawartych w poniższej tabeli). W tabeli, w kolumnie 4 Zamawiający określił - Ilość i data przeprowadzonych badań sprawozdania fin. jednostki sektora finansów publicznych o sumie bilansowej równej lub wyższej 900 mln zł w okresie ostatnich trzech lat wraz z nazwą podmiotu, na rzecz którego dokonano badania sprawozdania finansowego. Zamawiający podał również, że wskazanie jednego przeprowadzonego badania wg. Kryteriów zawartych w poniższej tabeli zostanie ocenione jako minimum bez przyznawania punktów. Zamawiający będzie przyznawał po 1 pkt za każde przeprowadzone badanie sprawozdanie finansowe wg kryteriów wskazanych poniżej.

Izba ustaliła, co strony zgodnie przyznały w trakcie rozprawy, że Zamawiający nie określił w SWIZ ilości osób, które zostaną wyznaczone do realizacji zamówienia, poza określeniem minimalnego progu „co najmniej 6 osób”.

Treść podanego w odwołaniu warunku odpowiada tej zawartej w SWIZ.

W Formularzu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Pol-Tax 2 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Instytut Studiów Podatkowych M. i Wspólnicy - Audyt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w

Warszawie w punkcie B - Doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, które ma znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia Wykonawca wskazał 10 osób.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, orzeka w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu. Odwołujący zawarł w uzasadnieniu odwołania faktyczną argumentację, której Izba nie może pozostawić bez rozpoznania. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga

110/09, „O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.” Zgodnie z orzeczeniami Sądu Najwyższego to nie podanie podstawy prawnej, a uzasadnienie faktyczne jest niezbędne do skutecznego złożenia środka zaskarżenia, w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z 24 marca 2014 roku, sygn. akt III CSK 156/14 czytamy: Oznacza to, że nawet wskazanie jej przez powoda nie jest wiążące dla sądu, który w ramach dokonywanej subsumcji jest zobowiązany do oceny roszczenia w aspekcie wszystkich przepisów prawnych, które powinny być zastosowane jako mające oparcie w ustalonych faktach (por. orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 1947 r., C III 137/47, OSNC 1948, nr 1, poz. 20, z dnia 2 maja 1957 r., II CR 305/57, OSNC 1958, nr 3, poz. 72; wyrok z dnia 15 września 2004 r., III CK 352/03, niepubl.).

Izby stwierdziła, że Zamawiający prawidłowo dokonał oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu. W ocenie Izby argumentacja zawarta w uzasadnieniu odwołania, w której Odwołujący wprost odnosi się do tego, że Wykonawca „nie spełnił warunku udziału

w postępowaniu" oraz odwołania się do braku możliwości konwalidowania czynności Wykonawcy zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który to przepis również dotyczy uzupełnienia, poprawienia czy udzielenia wyjaśnień w zakresie dokumentów składanych przez wykonawców ubiegających się o zamówienie - wskazuje na kwestionowanie oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Podkreślić należy, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jak również w postępowaniu odwoławczym poszczególne instytucje Prawa zamówień publicznych mają jednoznaczne i określone ustawą znaczenie. Tym samym, jeżeli Odwołujący odnosi się w swojej argumentacji do ukształtowanego w SWIZ warunku i stwierdza, że Wykonawca warunku tego nie spełnił to nie można interpretować tego oświadczenia inaczej niż jako kwestionowanie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wymagał do spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykazania się co najmniej 6 osobami, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia i które posiadają uprawnienia biegłego rewidenta i są wpisane do rejestru biegłych rewidentów prowadzonego przez Krajową Radę Biegłych Rewidentów oraz każda z tych co najmniej 6 osób posiada doświadczenie w przeprowadzaniu badań sprawozdań finansowych jednostek sektora finansów publicznych o sumie bilansowej równej lub wyższej 900 mln zł (SWIZ, rozdział V - Warunki udziału w postępowaniu, pkt 2 lit. c) ppkt II - Osoby skierowane przez wykonawcę do realizacji zamówienia). Wykonawca wskazał w Wykazie osób - 8 takich osób, natomiast dwie wskazane w wierszach 9 i 10 wykazu nie spełniały jednego z określonych wymagań. Niewątpliwie wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Pol-Tax 2 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Instytut Studiów Podatkowych M. i Wspólnicy - Audyt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wykazali spełnienie warunku udziału w postępowaniu w określonym przez Zamawiającego zakresie. Nie doszło do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy.

Jednocześnie warto podkreślić w tym miejscu, że Odwołujący w trakcie rozprawy oświadczył, że nie kwestionuje oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Kolejną argumentacją faktyczną zawartą w odwołaniu, a odnoszącą się do kryteriów oceny ofert w postępowaniu sam Odwołujący, w ocenie Izby potwierdził, że osoby, które nie spełniają warunku udziału w postępowaniu (wiersz 9 i 10) w przeprowadzaniu badań sprawozdań finansowych jednostek sektora finansów publicznych nie powinny być punktowane w kryterium doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia. Jednocześnie Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Pol-Tax 2 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Instytut Studiów Podatkowych M. i Wspólnicy - Audyt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie uzyskali większą ilość punktów w tym kryterium oceny ofert przez punktowanie osób z wiersza 9 i 10 Formularza ofertowego w punkcie B, oraz nie wykazał, że miało to wpływ bezpośredni na rozstrzygnięcie postępowania. Izba wskazuje, że odwołującemu znane było pismo z dnia 23 marca 2018 roku - Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty, w którym to piśmie Zamawiający zawarł szczegółową informację odnoszącą się do ilości przyznanych punktów w poszczególnych kryteriach oceny ofert. Tym samym, Odwołujący znając treść obu złożonych ofert oraz liczbę przyznanych punktów przez Zamawiającego w poszczególnych kryteriach oceny ofert, jak również mając na uwadze rozdział XIII SWIZ i zawarte tam postanowienia odnośnie sposobu liczenia punktacji w poszczególnych kryteriach, mógł w sposób bardzo prosty dokonać obliczeń i przedstawić argumentację w tym zakresie. Jednakże Odwołujący tego nie uczynił. Wskazując na brzmienie art. 190 ust. 1 ustawy - Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy Izba wyjaśnia, że przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Jeżeli więc chciał Odwołujący dowodzić, że wykonawca mógł uzyskać większą ilość punktów w tym kryterium i miało to bezpośredni wpływ na wynik postępowania, winien był to wywieść - a Izba podkreśla, że dowód taki był możliwy. Postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontrydiktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...). W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Aktywność we wnioskowaniu dowodów winien wykazywać zwłaszcza odwołujący, gdyż w większości przypadków to on będzie

wywodził z faktu skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Co istotne Zamawiający w złożonej Odpowiedzi na odwołanie w sposób bardzo precyzyjny przedstawił wyliczenie uzyskanej w postępowaniu punktacji, która była podana w piśmie z dnia 23 marca 2018 roku. Z wyjaśnień tych zawierających wyliczenia matematyczne, wynika, że nie uwzględnił przy ocenie punktowej w kryterium doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Pol-Tax 2 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Instytut Studiów Podatkowych M. i Wspólnicy - Audyt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie doświadczenia osób z wiersza 9 i 10 Formularza ofertowego w punkcie B (2 badania sprawozdań finansowych). Z pisma Zamawiającego wynika, że uznał w przypadku ww. wykonawcy, że 8 wskazanych osób przeprowadziło łącznie 48 badań sprawozdań finansowych jednostek sektora finansów publicznych o sumie bilansowej równej lub wyższej 900 mln zł, a w przypadku Odwołującego 8 wskazanych osób przeprowadziło łącznie 41 badań sprawozdań finansowych jednostek sektora finansów publicznych o sumie bilansowej równej lub wyższej 900 mln zł. Jednocześnie tak ocena również wynika z przedstawionej w piśmie z dnia 23 marca 2018 roku przyznanej punktacji, co również znalazło się w stanowisku pisemnym Zamawiającego, bowiem jak słusznie wskazał, gdyby przyjął do obliczeń w kryteriach doświadczenie wszystkich tj. 10 wskazanych osób, to otrzymałby łącznie 50 badań sprawozdań finansowych jednostek sektora finansów publicznych o sumie bilansowej równej lub wyższej 900 mln zł z oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Pol-Tax 2 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Instytut Studiów Podatkowych M. i Wspólnicy - Audyt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie. W efekcie ilość punktów w kryterium doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia przyznana Odwołującemu byłaby mniejsza i wynosiła 32,80 pkt, zamiast przyznanych i podanych w piśmie z 23 marca 2018 roku 34,17 pkt (które były obliczone przy uznanych 48 wykazanych badaniach sprawozdań finansowych jednostek sektora finansów publicznych o sumie bilansowej równej lub wyższej 900 mln zł wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Pol-Tax 2 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Instytut Studiów Podatkowych M. i Wspólnicy - Audyt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie). W ocenie Izby Odwoławczej nie wykazał dokonania niewłaściwej oceny w kryteriach oceny ofert, do której referował w jednym akapicie uzasadnienia swojego odwołania, nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust.1 ustawy.

Natomiast argumentacja podnoszona w piśmie Odwołującego z dnia 9 kwietnia 2018 roku, stanowiąca polemikę z pismem Zamawiającego - w ocenie Izby - rozszerza zarzuty odwołania, bowiem wskazywanie na nieprzestrzeganie ustalonego w SWIZ sposobu oceny w kryterium doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, tj. nieprzyznawania punktów za wskazane jedno badanie dla każdej z wymienionych osób traktowane jako minimum bez przyznawania punktów, nie było podnoszone w odwołaniu w uzasadnieniu faktycznym, brak jakiejkolwiek argumentacji w tym zakresie. Uzasadnienie przedstawione w odwołaniu skupia się na przyznaniu punktów w zakresie w jakim nie spełniają warunku dwie osoby, a nie odnosi się do oceny punktacji w zakresie określonego sposobu przydzielania punktacji ofercie w zakresie osób spełniających warunki - a są to dwie różne rzeczy, których Izba nie może utożsamiać.

W petitu odwołania, czyli na jego wstępie, Odwołujący podniósł zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Pol-Tax 2 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Instytut Studiów Podatkowych M. i Wspólnicy - Audyt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej „Wykonawcą”) wbrew art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, pomimo, że ich oferta jest sprzeczna ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, w związku z art. 7 ust. 1 ustawy. Niezgodność treści oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Pol-Tax 2 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Instytut Studiów Podatkowych M. i Wspólnicy - Audyt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie z SWIZ dotyczyła, w ocenie Odwołującego przedstawionej na rozprawie, podania w Formularzu ofertowym, w punkcie B, w wierszu 9 i 10 dwóch osób, które nie spełniają określonych wymagań co do posiadanego doświadczenia, ale skoro Wykonawca podał 10 osób, to oświadczył, że tyle zobowiązuje się skierować od realizacji zamówienia, to powoduje to niezgodność z SWIZ.

Izba wskazuje, że obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi przez ustawę na Zamawiającego. Izba wskazuje, że ustawa zobowiązując Zamawiających zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy do odrzucenia oferty o ile jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odrzucenie oferty, biorąc pod uwagę dodatkowo zastrzeżenie jakie uczynił ustawodawca, nie może nastąpić z powodów formalnych, błahych nie wpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić, gdy Zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta. Natomiast o zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do określonego przez Zamawiającego merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia - która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy - zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu zamówienia ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym, wyartykułowanym jednoznacznie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom lub również w sytuacji, gdy dany wykonawca nie złożył oferty, bowiem nie złożył oświadczenia o treści, która stanowiłaby odpowiedź na określone przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SWIZ) wymagania. Obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej ze SWIZ (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 1109/08).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania, zgodnego z postanowieniami SWIZ, a działanie takie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

W rozpoznawanej sprawie argumentacja przedstawiona przez Odwołującego w uzasadnieniu faktycznym odwołania jak również na rozprawie nie potwierdza, aby Zamawiający wybrał ofertę niezgodną z treścią SWIZ. Jak Izba ustaliła i wskazała to powyżej, Zamawiający nie określił ilości osób - biegłych rewidentów - jaka musi brać udział przy realizacji zamówienia, jedynie zastrzegając, że ma to być co najmniej 6 osób. Jak zostało wykazane powyżej w uzasadnieniu tego odwołania, osób, które posiadają odpowiednie doświadczenie eksperckie tj. badań sprawozdań finansowych jednostek sektora finansów publicznych o sumie bilansowej równej lub wyższej 900 mln zł, Odwołujący przedstawił 8 i wykonawcy wspólnie ubiegających się o zamówienie Pol-Tax 2 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Instytut Studiów Podatkowych M. i Wspólnicy - Audyt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie również 8. W ocenie Izby przez sam fakt podania w tabeli w Formularzu ofertowym w punkcie B, w wierszach 9 i 10 osób, które nie posiadają odpowiedniego doświadczenia Wykonawca nie złożył oferty niezgodne z SWIZ.

Po pierwsze - dane jakie zostały podane w tym miejscu Formularza oferty służyły do oceny ofert we wskazanym tam kryterium - w ocenie Izby, ocena ta w zakresie nieuwzględniania doświadczenia osób wskazanych w wierszu 9 i 10 tabeli Formularza ofertowego litera B - była prawidłowa.

Po drugie - Zamawiający w treści tabeli w sposób jednoznaczny przesądził, że zobowiązanie do skierowania do realizacji zamówienia wymienionych w tabeli osób dotyczy tylko osób posiadających odpowiednie doświadczenie eksperckie, o kryteriach określonych przez Zamawiającego (badań sprawozdań finansowych jednostek sektora finansów publicznych o sumie bilansowej równej lub wyższej 900 mln zł), a contrario zobowiązanie to nie dotyczy innych osób, które nie spełniają określonych wymagań Zamawiającego.

Po trzecie - Zamawiający w SWIZ nie określił w żadnej mierze ilości osób skierowanych do realizacji zamówienia poza podaniem minimalnego progu - co najmniej 6 osób, który wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Pol-Tax 2 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Instytut Studiów Podatkowych M. i Wspólnicy - Audyt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zagwarantowali wskazując 8 osób spełniających wymagania badań sprawozdań finansowych

jednostek sektora finansów publicznych o sumie bilansowej równej lub wyższej 900 mln zł.

Z żadnego postanowienia SWIZ nie wynika, aby Zamawiający zobowiązany był do odrzucenia oferty wykonawcy, który podał osoby wyznaczone do realizacji zamówienia, które jednocześnie były oceniane w przyzmacie spełnienia warunku udziału w postępowaniu jak również, za posiadane doświadczenie - które jednocześnie korelowało z wymaganiami warunku - otrzymywali odpowiednią punktację, w przypadku, w którym ilość wskazanych osób to co najmniej 6, które posiadają określone doświadczenie w badaniu sprawozdań finansowych jednostek sektora finansów publicznych o sumie bilansowej równej lub wyższej 900 mln zł.

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający prawidłowo ocenił spełnienie warunku udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegający się o zamówienie Pol-Tax 2 Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz Instytut Studiów Podatkowych M. i Wspólnicy - Audyt Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, w sposób właściwy oceniając kryteria oceny ofert w zakresie osób w wierszu 9 i 10 Formularza ofertowego w punkcie B ofert ww. wykonawców nie przyznał punktów, a zgodnie z oświadczeniem zawartych w ww. punkcie B Formularza ofertowego zobowiązanie skierowania do realizacji zamówienia odnosi się do osób posiadających wymagane przez Zamawiającego doświadczenie eksperckie - i tylko te osoby, zgodnie z tymi postanowieniami Formularza ofertowego mogą i zostaną skierowane do realizacji zamówienia.

W podsumowaniu Izba wskazuje, że nie doszło do naruszenia przez czynność Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, Odwołujący nie wykazał również naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 3 pkt 1w sprawie wysokości

(Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zmianami).

Przewodniczący: