

WYROK

z dnia 19 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 września 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - Instytut Studiów Podatkowych M. i Wspólnicy - Audyt Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Grupa G. - Audyt Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Katowicach, KPW Audytor Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, POL-TAX 2 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - Biura Audytorskiego Prowizja Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz Kancelarii Biegłych Rewidentów AUXILIUM Sp. z o.o. z siedzibą w Sulechowie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2300/20 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - Instytut Studiów Podatkowych M. i Wspólnicy - Audyt Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Grupa G. - Audyt Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Katowicach, KPW Audytor Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, POL-TAX 2 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:

2.1. 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 udzielenie zamówienia publicznego - Instytut Studiów Podatkowych M. i Wspólnicy - Audyt Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Grupa G. - Audyt Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Katowicach, KPW Audytor Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, POL-TAX 2 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - Instytut Studiów Podatkowych M. i Wspólnicy - Audyt Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Grupa G. - Audyt Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Katowicach, KPW Audytor Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, POL-TAX 2 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego: Zakładu Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 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:
Uzasadnienie**

Zamawiający: Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Wybór firmy audytorskiej, która dokona badania sprawozdań finansowych: Zakładu

Ubezpieczeń Społecznych (ZUS), Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (FUS), Funduszu Emerytur Pomostowych (FEP) - oraz Funduszu Rezerwy Demograficznej (FRD) za rok obrotowy kończący się 31.12.2020 r., za rok obrotowy kończący się 31.12.2021 r. oraz za rok obrotowy kończący się 31.12.2022 r.” (nr postępowania TZ/271/81/19).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 marca 2020 r. pod numerem 2020/S 048-113871.

W dniu 4 września 2020 r. Odwołujący: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego - Instytut Studiów Podatkowych M. i Wspólnicy - Audyt Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Grupa G - Audyt Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Katowicach, KPW Audytor Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, POL-TAX 2 Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie powziął wiadomość o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - Biura Audytorskiego Prowizja Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz Kancelarii Biegłych Rewidentów AUXILIUM Sp. z o.o. z siedzibą w Sulechowie, zwanego dalej Przystępującym.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 14 września 2020 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

1. Zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego - pomimo że oferta zawierała rażąco niską cenę.
2. Zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego - pomimo że złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
3. Zaniechania wykluczenia Przystępującego pomimo, że Wykonawca nie udowodnił, że dysponuje osobami niezbędnymi do realizacji zamówienia.
4. Wyboru oferty Przystępującego, pomimo że Wykonawca winien być wykluczony.
5. Zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiającemu zarzucił:

- 1) naruszenie artykułu 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp lub ustawą Prawo zamówień publicznych, oraz artykułu 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nie odrzucenie oferty zawierającej rażąco niską cenę;
- 2) naruszenie artykułu 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nie odrzucenie oferty, stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji;
- 3) naruszenie artykułu 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nie wykluczenie wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu;
- 4) naruszenie artykułu 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
- 5) naruszenie artykułu 91 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty podlegającej odrzuceniu oraz zaniechanie wyboru oferty Odwołującego - jako jedynej oferty nie podlegającej odrzuceniu.

Wskazując na powyższe zarzuty wnosząc o uwzględnienie odwołania oraz:

- 1) wykluczenie Przystępującego oraz odrzucenie jego oferty;
- 2) wezwanie Odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zgodnie z pkt. 4.4.3 SIWZ;
- 3) powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. oferty Odwołującego - jako jedynej oferty nie podlegającej odrzuceniu,
- 4) o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego na rzecz Odwołującego.

Ponadto wnosząc o dopuszczenie następujących dowodów:

1. z dokumentacji postępowania, znajdującej się u Zamawiającego,
2. z dokumentu - informacji zawartych na stronie internetowej Polskiej Izby Biegłych Rewidentów (zrzut strony w załączeniu), na okoliczność braku dysponowania przez Wykonawcę osobami niezbędnymi do realizacji zamówienia,
3. z dokumentu - informacji zawartych na stronie internetowej Polskiej Agencji Nadzoru Audytowego

i

na okoliczność braku dysponowania przez Wykonawcę osobami niezbędnymi do realizacji zamówienia,

4.z dokumentu - umowy pracę z dnia 7 maja 2019r. zawartej pomiędzy spółką KPW Audytor Sp. z o.o. a Panem J. S., na okoliczność braku udowodnienia przez

4

Wykonawcę, iż dysponuje osobami niezbędnymi do realizacji zamówienia,

5.z dokumentu - pisemnej zgody KPW Audytor Sp. z o.o. na prowadzenie działalności konkurencyjnej przez Pana J. S. Odwołujący wnosil o zobowiązanie Pana J. S. do przedłożenia oryginału ww. zgody, jeżeli takim dokumentem dysponuje,

6.z zeznań świadka J. S. na okoliczność przedmiotu i zakresu umowy o pracę zawartej w dniu 7 maja 2019r. z KPW Audytor Sp. z o.o. w tym w szczególności zawartego w umowie zakazu konkurencji, oraz braku wyrażenia przez KPW Audytor Sp. z o.o. zgody na działalność konkurencyjną, w celu potwierdzenia braku udowodnienia przez Wykonawcę, iż dysponuje osobami niezbędnymi do realizacji zamówienia,

7.z dokumentu - umowy cywilnoprawnej zawartej pomiędzy Wykonawcą, a Panem W. N. - z której Wykonawca wywiódł prawo do dysponowania, na dzień złożenia oferty, personelem niezbędnym do realizacji zamówienia. Odwołujący wnosi o zobowiązanie Wykonawcy do przedłożenia oryginału ww. umowy, ewentualnie w przypadku oddalenia tego wniosku, o przeprowadzenie dowodu:

8.z zeznań świadka W. N. na okoliczność braku dysponowania przez Wykonawcę osobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, z uwagi na fakt braku jakiegokolwiek umowy Pana W. N. z Wykonawcą.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Przystępujący zaproponował cenę 558 850,50 zł w części A oraz 96 309,00 zł w części B.

Wyjaśnił również, że z powodu zaoferowania przez Przystępującego ceny niższej od średniej arytmetycznej złożonych ofert o więcej niż 30% Zamawiający wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny.

Po zapoznaniu się z wyjaśnieniami Przystępującego Odwołujący stwierdził, że potwierdzają one fakt, że cena jest rażąco niska.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia w części A Wykonawca przeprowadzi badanie sprawozdań finansowych ZUS, FUS i FEP w minimum 8 jednostkach organizacyjnych Zamawiającego (Centrali i 7 Oddziałach) w ich siedzibach, a Wykonawca miał sporządzić pisemne informacje z przeprowadzonych badań w każdej z jednostek organizacyjnych - dla każdej zbadanej jednostki organizacyjnej.

Zauważył, że zaproponowana przez Zamawiającego kwota na sfinansowanie Zamówienia, tj. 1 058 063,00 zł w pełni odpowiada nakładowi pracy jaki wynika z przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Odwołującego - cena wybranego Przystępującego jest dużo niższa i nie zapewnia wykonania przedmiotu zamówienia w pełnym zakresie, bowiem ZUS, FUS i FEP, a także FRD są podmiotami unikalnymi w skali kraju i standardowe podejście do badania w tym przypadku się nie sprawdzi.

W ocenie Odwołującego - przyjęta stawka w wysokości 80 zł za godzinę pracy biegłego rewidenta jest nieadekwatna do realiów rynkowych zwłaszcza, przy tak dużych zamówieniach, ponadto brak uwzględnienia narzutów na wynagrodzenia i brak szczegółowej kalkulacji zysku wskazuje na to, że kalkulacja ceny jest nierzetelna i pomija istotne aspekty.

Zaznaczył, że kalkulacja ilości godzin (według wyjaśnień wykonawcy 500) i ustalania pracochłonności dotyczy jednej jednostki, natomiast w części A badaniu podlegają trzy jednostki (ZUS, FUS i FEP), zatem ilość godzin przyjęta do kalkulacji jest niedoszacowana.

Podniósł również, że zgodnie z art. 80 ustawy o biegłych rewidentach wynagrodzenie za przeprowadzenie

badania musi odzwierciedlać pracochłonność oraz stopień złożoności prac i wymagane kwalifikacje. W związku z powyższym powinny zostać załączone procedury stosowane w firmie na podstawie, których oceniła firma stopień złożoności prac, ustaliła pracochłonność i potwierdziła znajomość specyfiki Jednostki.

Wskazał również, że zgodnie z obowiązującymi przepisami i politykami firm audytorskich kalkulacja kosztów w firmie audytorskiej powinna obejmować koszty prac kluczowego biegłego rewidenta, koszty biegłych, asystentów, koszty kontroli jakości zlecenia poszczególnych Jednostek, narzut kosztów Zarządu, koszty prac administracyjnych i technicznych, narzuty na wynagrodzenia, podróże służbowe i ewentualne kary za niewykonanie usług należycie.

Stwierdził, że zestawienie zaproponowanej przez Przystępującego ceny z zakresem przedmiotu zamówienia prowadzi do wniosku, że cena ta ma charakter ceny rażąco niskiej.

Argumentował, że jako Lider konsorcjum - Odwołującego, który był wykonawcą poprzedniego zamówienia dla Zamawiającego dotyczącego badania sprawozdań finansowych za lata 2017-2019 posiada bardziej aktualną wiedzę o jednostkach podlegających badaniu od wygranego Przystępującego i z tego też względu Przystępujący w procesie realizacji usług objętych postępowaniem winno poświęcić dalece więcej czasu na pozyskanie oraz analizę szeregu informacji i danych o wszystkich jednostkach objętych przedmiotem zamówienia, które Odwołujący, będzie musiał jedynie zaktualizować.

W ocenie Odwołującego - jest niemożliwe wykonanie przedmiotowego zamówienia za cenę wskazaną w ofercie Przystępującego.

W przekonaniu Odwołującego - skalkulowana cena ma być zgodna z przepisami ustawy o biegłych rewidentach oraz standardami wykonywania zawodu biegłego rewidenta, a wynagrodzenie za świadczone czynności rewizji finansowej powinno odzwierciedlać realną pracochłonność oraz stopień złożoności prac i wymaganych kwalifikacji.

Według Odwołującego - Przystępujący nie wskazał jakichkolwiek okoliczności uzasadniających zastosowanie w ramach przedmiotowego postępowania tak niskiej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia. Dlatego też złożone na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia nie mogły potwierdzić, że zaoferowana cena jest ceną realną, a nie rażąco niską.

W konsekwencji oferta Przystępującego powinna podlegać odrzuceniu. Zamawiający postąpił prawidłowo wzywając Konsorcjum do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, jednakże wyjaśnienia Wykonawcy są niewystarczające i po dogłębnej analizie potwierdzają fakt, że cena jest rażąco niska.

W opinii Odwołującego - wyjaśnienia Przystępującego z dnia 19 czerwca 2020 r. oraz ich uszczegółowienie z 8 lipca 2020r. potwierdzają, że podmiot ten większość czynności zamierza wykonać rękami Zamawiającego, tj. jednostki badanej, bowiem w wyjaśnieniach do części A i B Konsorcjum napisał o dokumentacji informacyjnej sporządzanej przez podmiot badany, a dodatkowo w uzupełnieniu wyjaśnień Przystępujący potwierdził, że zamierza pracować na dokumentacji informacyjnej sporządzanej przez podmiot badany, aby nie tracić czasu w oczekiwaniu na dokumenty.

Dla Odwołującego zupełnie niezrozumiałe jest to wyjaśnienie, a także fakt, że Zamawiający takie wyjaśnienie przyjął. Zaznaczył, że w wyjaśnieniu można przeczytać, że część dokumentacji badania przygotowuje podmiot badany.

Przypomniał, że zgodnie ze standardami badania dokumentację z badania przygotowuje i odpowiada za nią firma audytorska, a każde inne wyjaśnienie jest niezgodne ze standardami wykonywania zawodu biegłego rewidenta.

Odwołujący odniósł się również do wyjaśnień Przystępującego rażąco niskiej ceny w części dotyczącej ryzyka związanego z ewentualnymi karami umownymi, które miałby pokryć je z posiadanego ubezpieczenie OC oraz dotyczących przeznaczenia środków własnych na tego typu zdarzenia, podając pod wątpliwość takie wyjaśnienia.

Zwrócił uwagę, że polisa od odpowiedzialności cywilnej biegłego rewidenta zawiera szereg klauzul i wyłączeń odpowiedzialności ubezpieczyciela, zatem poleganie wyłącznie na polisie OC jest niecelowe i nieodpowiedzialne, ponadto obaj konsorcjanci posiadają polisy na kwotę minimalną wymaganą do czynności rewizji finansowej, czyli 400 tys. Euro.

Zdaniem Odwołującego - pokrywanie wyrządzonych szkód i kar umownych ze środków własnych jest również mocno wątpliwe, ponieważ lider konsorcjum na koniec roku posiadał środki własne (inwestycje krótkoterminowe) w kwocie 13 384,28 zł oraz kredyty i pożyczki w kwocie 165 491,23 zł, podsumowując Przystępujący nie posiada środków własnych na pokrycie ewentualnych ryzyk.

W zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny z powołaniem się na sprzyjające okoliczności w realizacji zamówienia polegające na doświadczeniu biegłych rewidentów zwrócił uwagę, że doświadczenie adekwatne do przedmiotu zamówienia posiada tylko Pan J. S. (tj. badał ZUS, FUS i FEP za rok 2017), nie badał zaś FRD, natomiast Pan W. N. de facto nie wykonuje zawodu i nie współpracuje z Przystępującym.

Wyjaśnił również, że Zamawiający w piśmie z dnia 7 lipca 2020r. wezwał Przystępującego do uszczegółowienia wyjaśnień dotyczących składników cenotwórczych, w tym m.in. narzutów na wynagrodzenia, ten w swoich wyjaśnieniach z 8 lipca 2020r. złożył bardzo lakoniczne wyjaśnienia i nie podał kalkulacji kwot narzutów na wynagrodzenia, które przecież są najważniejszym składnikiem cenotwórczym.

Zdaniem Odwołującego - Przystępujący nie odpowiedział na pytanie dotyczące narzutów, a zatem Zamawiający nie powinien przyjąć tych wyjaśnień i uznać, że brak wystarczających wyjaśnień potwierdza rażąco niską cenę.

Zwrócił również uwagę, że Przystępujący w swoich wyjaśnieniach nie odniósł się do wielu innych kwestii o które pytał Zamawiający.

Odwołujący przyjął odnośnie wymogu spełniania skierowania 3 osób w części A - biorąc pod uwagę fakt, że Pan W. N. nie wykonuje zawodu i nie współpracuje z Przystępującym, że nie dysponuje on personelem niezbędnym do realizacji zamówienia.

Dodatkowo, zarzucił, że Przystępujący nie rozwinął kwestii kalkulacji wynagrodzeń stałych, zmiennych, narzutów, absencji i delegacji, a także kwestii ryzyk związanych z realizacją zamówienia oraz ich wpływu na koszty realizacji zamówienia.

Wskazał, że nie przedstawiono również kalkulacji zysku, z wyjaśnień Przystępującego w ogóle nie wynika czy osiągnie zysk. W przypadku braku zysku jest podejrzenie, że cena jest dumpingowa, zatem złożenie oferty przez Konsorcjum jest czynem nieuczciwej konkurencji.

Reasumując, stwierdził, że w trosce o jakość wykonywanej usługi (badanie sprawozdania finansowego największej instytucji w kraju) Zamawiający nie powinien przyjąć tych wyjaśnień i powinien odrzucić ofertę z powodu rażąco niskiej ceny.

Odnosnie zarzutu braku dysponowania personelem w części A zamówienia (badanie sprawozdań ZUS, FUS i FEP) zauważył, że Zamawiający postanowił, że Wykonawcy spełnią warunek dysponowania personelem, jeżeli wykażą, że do realizacji zamówienia skierują co najmniej trzy osoby wpisane do rejestru biegłych rewidentów, z których co najmniej jedna osoba ma doświadczenie w pełnieniu funkcji kluczowego biegłego rewidenta w badaniu sprawozdań finansowych;

Warunek posiadania doświadczenia w pełnieniu funkcji kluczowego biegłego rewidenta, o którym mowa powyżej zostanie spełniony, jeżeli w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, osoba ta wykonała minimum 2 badania sprawozdań finansowych:

- 1) jednostek zainteresowania publicznego o sumie bilansowej nie mniejszej niż 500 mln zł każde, lub
- 2) Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub zarządzanych przez niego funduszy, lub
- 3) pozostałych jednostek o sumie bilansowej nie mniejszej niż 800 mln zł każde;

Natomiast, w części B zamówienia (badanie sprawozdań FRD) Zamawiający wymagał, że Wykonawcy spełnią warunek jeżeli wykażą, że do realizacji zamówienia skierują co najmniej jedną osobę wpisaną do rejestru biegłych rewidentów, która ma doświadczenie w pełnieniu funkcji kluczowego biegłego rewidenta w badaniu sprawozdań finansowych;

Warunek posiadania doświadczenia w pełnieniu funkcji kluczowego biegłego rewidenta, o którym mowa powyżej

zostanie spełniony, jeżeli w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, osoba ta wykonała minimum 2 badania sprawozdań finansowych:

1) jednostek zainteresowania publicznego o sumie bilansowej nie mniejszej niż

9

500 mln zł każde, lub

2) Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub zarządzanych przez niego funduszy.

Zauważył, że Przystępujący w swej ofercie wskazało 4 biegłych rewidentów (3 do części A i 1 do części B), tj.:

-J. S. (A);

-W. N. (A);

-T. M. (A);

-J. G. (B).

Zaznaczył przy tym, że Pan J. S., który został wskazany w treści oferty jako osoba, którą dysponuje Przystępujący był pracownikiem KPW Audytor sp. z o. o. do dnia 30 czerwca 2020 r., a więc de facto był personelem Odwołującego, a nie wybranego Przystępującego.

Podniósł, że pomiędzy spółką KPW Audytor Sp. z o.o. a Panem J. S. istniał stosunek pracy wynikający z umowy o pracę zawartej w dniu 7 maja 2019r.

Wskazał, że z treści umowy z dnia 7 maja 2019r. wynika, iż J. S. obowiązywał zakaz konkurencji, bowiem Pan J. S. oświadczył, iż „zobowiązuję się także, że nie będę osobiście ani w ramach Spółki bez wcześniejszego pisemnego uzyskania zgody Zarządu KPW Audytor Sp. z o.o., prowadził działalności konkurencyjnych wobec działalności wykonywanych przez KPW Audytor Sp. z o.o. oraz nie będę zatrudniać się u pracodawcy prowadzącego taką działalność. W przypadku prowadzenia innej działalności lub dodatkowego zatrudnienia zobowiązuję się niezwłocznie poinformować o tym Zarząd”.

Z informacji będących w dyspozycji Odwołującego wynika, iż spółka KPW Audytor Sp. z o.o. nie wyrażała pisemnej zgody o której mowa powyżej, co skutkuje brakiem prawa do dysponowania, na dzień złożenia oferty przez Wykonawcę, biegłym rewidentem J. S.

Powołał się na następujące dowody:

-z kserokopii umowy o pracę z dnia 7 maja 2019r. z zanonimizowaniem danych w zakresie wynagrodzenia (Odwołujący zobowiązał się do przedstawienia oryginału umowy o pracę na żądanie),

-z zeznania świadka J. S.

W powyższym kontekście zwrócił uwagę, iż w świetle art. 22 d ust. 2 Pzp zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada

10

wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.

Ponadto, zarzucił, że fakt umieszczenia Pana J. S., jako osoby którą dysponuje Wykonawca spełnia kryteria czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 89, ust. 1 pkt 3.

Według wiedzy którą dysponuje Odwołujący Pan W. N. nie posiada zawartej umowy cywilnoprawnej z żadnym z członków Konsorcjum Przystępującego. W tym zakresie powołał się na dowód z zeznania świadka W. N.

W ocenie Odwołującego - potwierdzeniem braku jakiegokolwiek powiązania Pana W. N. z Wykonawcą są zawarte na stronie internetowej Polskiej Agencji Nadzoru Audytowego informacje dotyczące Biura Audytorskiego Prowizja Sp. z o.o i Kancelarii Biegłych Rewidentów AUXILIUM Sp. z o.o.

Dodatkowo, wskazał, że z informacji zamieszczonych na stronie Internetowej Polskiej Izby Biegłych Rewidentów

wynika, iż jedyna firma audytorska z którą powiązany jest Pan W. N. to Polscy Biegli Sp. z o.o.

Reasumując, stwierdził, że Przystępujący złożył nieprawdziwe oświadczenie oraz nie dysponuje personelem wymaganym przez SIWZ.

Pismem z dnia 21 września 2020 r. zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego - Biuro Audytorskie Prowizja Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz Kancelaria Biegłych Rewidentów AUXILIUM Sp. z o.o. z siedzibą w Sulechowie zwanego dalej Przystępującym, wnosząc o oddalenie odwołania.

Pismem z dnia 9 października 2020 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść SIWZ, oferty Przystępującego, odwołania, wezwań Zamawiającego do wskazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny z dnia 15 czerwca 2020 r., wyjaśnień Przystępującego z dnia 19 czerwca 2020 r. wraz z kalkulacjami oferty, pisma Zamawiającego z dnia 7 lipca 2020 r. z prośbą o uszczegółowienie informacji dotyczących rażąco niskiej ceny, odpowiedzi Przystępującego z dnia 8 lipca 2020 r. na powyższe pismo Zamawiającego wraz z załączoną kalkulacją, informacji o wyniku postępowania z dnia 4 września 2020 r., zgłoszonego przystąpienia do postępowania odwoławczego wraz z odpowiedzią na odwołanie Przystępującego z dnia 21 września 2020 r., odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego z dnia 9 października 2020 r., pisma procesowego Odwołującego z dnia 14 października 2020 r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Izba wzięła również pod uwagę oświadczenie pełnomocnika Odwołującego, który podniósł, że w odwołaniu omyłkowo został wpisany podmiot KPW Audyt Sp. z o. o., a omyłka polegała na tym, że zamiast słowa „Audyt” powinno być słowo „Audytor”.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, art. 89 ust 1 pkt 3 i pkt 4 ustawy Pzp, art.91 ustawy Pzp.

Odnosząc się do meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy złożona przez Przystępującego oferta zawiera rażąco niską cenę, a także czy stanowi ona czyn nieuczciwej konkurencji, a konsekwencji czy Zamawiający miał podstawę prawną do wykluczenia Przystępującego z przedmiotowego przetargu ze skutkiem odrzucenia jego oferty z powodu niespełniania warunku udziału w postępowaniu wskutek braku dysponowania odpowiednim potencjałem kadrowym.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Wykonawcy złożyli następujące oferty cenowe:

- 1)Odwołujący w części A - cena brutto 1 273 050,00 zł,
- 2)Przystępujący w części A - cena brutto 558 850,50 zł,
- 3)Odwołujący w części B - cena brutto 180 035,10 zł,
- 4)Przystępujący w części B - cena brutto 96 309,00 zł.

Izba stwierdziła również, że na otwarciu ofert Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia z podatkiem VAT - 1 143 563,00 zł, w tym:

- a)Część A zamówienia - 1 058 063,00 zł,
- b)Część B zamówienia - 85 500,00 zł.

Przechodząc do rozpoznania zarzutu złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę Izba stanęła na stanowisku, że powołane na wstępie wyjaśnienia Przystępującego odnoszące się do rażąco niskiej ceny nie dawały Zamawiającemu podstawy do potwierdzenia jej istnienia.

Izba uznała działanie Zamawiającego odnoszące się do badania rażąco niskiej ceny w stosunku do oferty Przystępującego za mieszczące się w dyspozycji przepisu art.90 ustawy Pzp.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 90 ust.1 cyt. wyżej ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1)oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2017 r.;

2)pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

3)wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

4)wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

5)powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

1a.W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie

13

wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

W związku z tym, że wzbudziły wątpliwości Zamawiającego pewne elementy kosztowe zaoferowanej przez Przystępującego ceny (koszty osobowe, wszystkie koszty z tytułu realizacji zamówienia, koszty administracyjne, ryzyka, zysk wykonawcy, inne elementy kosztotwórcze, o ile występują), a także wystąpiły powyższe przesłanki ustawowe Zamawiający miał podstawę prawną do przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego rażąco niską cenę, a wobec tego Zamawiający pismami z dnia 15 czerwca 2020 r. wystąpił o wyjaśnienie powyższych składników ceny.

Jednocześnie, należy zaznaczyć, że w takim przypadku stosownie do przepisu art.90 ust.2 ustawy Pzp obowiązkiem wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Izba stwierdziła, że w następstwie powyższego wezwania Przystępujący w piśmie z dnia 19 czerwca 2020 r. przedstawił zarówno wyjaśnienia, jak i szczegółową kalkulację zgodną z zakresem podanych przez Zamawiającego wątpliwości odnoszących się do ceny ofertowej.

Powyższe informacje zawierały jednak pewne nieścisłości, które Zamawiający postanowił wyjaśnić poprzez ich uszczegółowienie kierując do Przystępującego ponowne wezwanie z dnia 7 lipca 2020 r., gdzie ten wyjaśnił, że koszty osobowe stanowią 65 % kalkulowanej ceny netto i zawierają wszystkie koszty jakie ponoszą członkowie zespołu

przeprowadzającego badanie sprawozdania finansowego.

W wyjaśnieniach tych Przystępujący określił, że przez wszystkie koszty należy rozumieć wszystkie koszty kalkulowane przez podmiot uprawniony, a także wszelkie narzuty na wynagrodzenia, jeśli takie wynikają z zawartych umów.

Izba również zauważyła, że Przystępujący zadeklarował, że podmiot badany będzie zobowiązany przekazać dokumentację informacyjną w formie pakietu informacji i zbioru dokumentów niezbędnych do badania wstępnego i właściwego.

Według zapatrywania Izby - Zamawiający będzie zobowiązany przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia działać zgodnie z dyrektywą wynikającą z przepisu art. 354 § 1 kodeksu cywilnego, który stanowi, że dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje - także w sposób odpowiadający tym zwyczajom.

Nadto, stosownie do § 2 cyt. wyżej przepisu w taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania wierzyciel.

Z treści powyższych przepisów wynika w sposób jednoznaczny, że strony umowy są zobowiązane do współdziałania, a zatem jeżeli do wykonania badania sprawozdań finansowych niezbędne są informacje znajdujące się w dyspozycji Zamawiającego, to Przystępujący ma podstawę oczekiwać ich przekazania do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia.

Taki sposób realizacji przedmiotu zamówienia wykazał Zamawiający składając do akt sprawy dowody zał. nr 6 i nr 7 będące korespondencją mailową na okoliczność przekazywania przez Zamawiającego informacji niezbędnych do wykonania sprawozdania finansowego w innym postępowaniu udzielenie zamówienia publicznego przy analogicznym przedmiocie zamówienia.

Za gołosłowne Izba uznała twierdzenia Odwołującego podważające zadeklarowaną przez Przystępującego stawkę w wysokości 80 zł za godzinę pracy biegłego rewidenta, a także przedstawioną przez niego kalkulację ilości godzin.

Wymaga podkreślenia, że Zamawiający nie określił jakiegokolwiek ilości roboczogodzin, które wykonawcy mieli przeznaczyć na wykonanie przedmiotu zamówienia, a wobec tego sprawą Przystępującego jest takie zorganizowanie pracy, aby wykonać zadanie w przyjętym czasie.

Jednocześnie, Izba stwierdziła, że w piśmie procesowym z dnia 14 października 2020 r. na str.2 Odwołujący przyznał, że kalkulacja godzinowa Konsorcjum jest zbliżona, co potwierdza jej wiarygodność.

Dodatkowo, Izba doszła do przekonania, że Odwołujący w swoim piśmie procesowym z dnia 14 października 2020 r. w przedstawionych na str.2-3 wyliczeniach nie wziął pod uwagę okoliczności, że Przystępujący skalkulował budżet zespołu badającego podając cenę

15

uwzględniając wszelkie narzuty, co wynika z powyższego uszczegółowienia wyjaśnień z dnia 8 lipca 2020 r.

Z zawartego w tym piśmie wyliczenia Odwołującego wynika, że można zrealizować zamówienie na poziomie cenowym wynoszącym 623 297, 58 zł brutto, podczas gdy on zaoferował cenę w części A w wysokości 1 273 050,00 zł brutto, a to może wskazywać, że jego cena jest rażąco wygórowana i przewiduje zysk na poziomie ponad 600 000 zł brutto.

Z powyższych względów należało przyjąć, że Zamawiający miał podstawy do przyjęcia ostrożnego szacunku środków przeznaczonych na realizację zamówienia w wysokości 1 143 563,00 zł.

Odnosnie zarzutu braku zabezpieczenia się Przystępującego na wypadek możliwości wystąpienia ryzyka związanego z karami umownymi, Izba przyjęła jego wyjaśnienia, uznając, że zadeklarowane polisy OC w wysokości łącznej 800 000 Euro powinny zabezpieczać należytą realizację kontraktu.

Reasumując, Izba uznała, że podane przez Przystępującego najbardziej istotne składowe ceny, to jest koszty osobowe wraz z narzutami (65% ceny), koszty administracyjne z uwzględnieniem zysku (35% ceny, w tym 10 % na zysk), jako nie budzące wątpliwości Zamawiającego, wydają się poprawnie skalkulowane z przyczyn wyżej wskazanych.

Nadto, za okoliczność sprzyjającą obniżeniu ceny można uznać udział w realizacji zamówienia przez biegłego rewidenta J. S., osoby która dokonywała badania sprawozdań finansowych Zamawiającego w latach 2017-2019.

Biorąc powyższe pod uwagę, wymaga wskazania, że w myśl przepisu art.90 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W rozpoznawanej sprawie sytuacja braku udzielenia wyjaśnień w ogóle nie zaistniała.

Natomiast, według uznania Izby dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi przez Przystępującego dowodami potwierdziła, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Poza tym - w przekonaniu Izby - Przystępujący udowodnił, że zaoferowana przez niego cena ma charakter rynkowy, bowiem powołane wyżej wyjaśnienia w tym zakresie zawierają stosowną kalkulację poszczególnych istotnych kosztów za wykonanie przedmiotu zamówienia, które nie budzą wątpliwości co do ich wiarygodności.

Odnosząc się do powyższych wyjaśnień (dowodów kalkulacji) przedłożonych przez Przystępującego - według zapatrywania Izby - celem postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art.90 ustawy Pzp, jest ustalenie faktów świadczących o tym, że zaoferowana przez wykonawców cena jest nierealna, niewiarygodna i nie zapewni prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia.

Izba przyjęła, że powyższa procedura wyjaśniająca musi zmierzać do wyjaśnienia zaoferowanej ceny, a także wątpliwych jej istotnych kosztów.

Według zapatrywania Izby - Odwołujący nie udowodnił, że koszty osobowe i administracyjne w ofercie Przystępującego są nierealne.

Z powyższych względów należało przyjąć, że Zamawiający nie miał podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy na zasadzie art. 89 ust.1 pkt. 4 ustawy Pzp, w warunkach, gdy dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami nie potwierdziła, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W części dotyczącej kolejnego zarzutu dotyczącego złożenia oferty, która stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, Izba ustaliła, że osoba przeznaczona jako biegły rewident do realizacji zamówienia - J. S. zawarł w dniu 7 maja 2019 r. umowę o pracę z jednym z konsorcjantów Odwołującego KWP Audytor sp. z o.o., co jest niesporne pomiędzy stronami i uczestnikiem.

Powyższa umowa zawierała klauzulę następującej treści, że „zobowiązuję się także, że nie będę osobiście ani w ramach Spółki bez wcześniejszego pisemnego uzyskania zgody Zarządu KPW Audytor Sp. z o.o., prowadził działalności konkurencyjnych wobec działalności wykonywanych przez KPW Audytor Sp. z o.o. oraz nie będę zatrudniać się u pracodawcy prowadzącego taką działalność. W przypadku prowadzenia innej działalności lub dodatkowego zatrudnienia zobowiązuję się niezwłocznie poinformować o tym Zarząd”.

Powyższa umowa o pracę zawarta pomiędzy J. S. a KWP Audytor sp. z o.o. została rozwiązana ze skutkiem prawnym na dzień 30 czerwca 2020 r., co również jest bezsporne.

Wymaga wskazania, że w myśl przepisu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej

konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Jednocześnie stosownie do art. 12 ust. 1 cyt. wyżej ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest nakłanianie osoby świadczącej na rzecz przedsiębiorcy pracę, na podstawie stosunku pracy lub innego stosunku prawnego, do niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków pracowniczych albo innych obowiązków umownych, w celu przysporzenia korzyści sobie lub osobom trzecim albo szkodenia przedsiębiorcy.

Przytoczone przez Odwołującego okoliczności faktyczne wymagały oceny czy złożona przez Przystępującego oferta nie stanowiła czynu nieuczciwej konkurencji.

Dokonując analizy powołanej wyżej klauzuli umownej zakazu konkurencji, Izba uznała, że obowiązywała ona jedynie w okresie trwania stosunku pracy i po jego rozwiązaniu stała się bezskuteczna.

Dodatkowo, Odwołujący nie udowodnił, że J. S. jest przedsiębiorcą prowadzącym samodzielnie działalność gospodarczą, a także zatrudnionym u osoby trzeciej w czasie obowiązywania powyższej umowy o pracę, a zatem - zdaniem Izby - nie naruszył on powyższego zakazu.

Nie została również udowodniona przez Odwołującego okoliczność ewentualnego nakłaniania przez Przystępującego osoby J. S. świadczącego na rzecz jednego z konsorcjantów Odwołującego, na podstawie stosunku pracy, do niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków pracowniczych, w celu przysporzenia korzyści sobie lub osobom trzecim albo szkodenia przedsiębiorcy.

Należy również podkreślić, że J. S., jeżeli w ogóle będzie realizował przedmiotową umowę w sprawie zamówienia publicznego, to nastąpi, to już w okresie nieobowiązywania cyt. wyżej umowy o pracę.

Z powyższych przyczyn, Izba przyjęła, że nie potwierdził się również zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Za bezzasadny Izba potraktowała również zarzut Odwołującego braku dysponowania przez Przystępującego personelem z powodu związania Biura Audytorskiego Prowizja sp. z o.o. z J. S. umową o stałą współpracę z dnia 28 marca 2020 r. z klauzulą dopuszczającą umowę o pracę przez okres co najmniej równy realizacji zamówienia, której istnienie pomiędzy stronami, a uczestnikiem jest bezsporna.

Jednocześnie, w ocenie Izby - w obrocie funkcjonuje umowa ramowa o współpracy dotycząca czynności rewizji finansowej z dnia 2 kwietnia 2020 r. zawarta pomiędzy Biurem Audytorskim Prowizja sp. z o.o. a W. N. przewidująca wykonawcze umowy zlecenia.

W oparciu o powyższe dokumenty, Izba stanęła na stanowisku, że Przystępujący zgodnie z deklaracją zawartą w jego ofercie dysponuje w sposób bezpośredni powyższym potencjałem osobowym.

Mając powyższe na uwadze, należało stwierdzić, że Zamawiający nie naruszył przepisu art.24 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 wraz ze zm.).

Przewodniczący: