

WYROK

z dnia 17 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 października 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 września 2018 r. przez

Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Pol-Tax 2 sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Grupa G.-Audyt sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Katowicach, Ecovis System Revident sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Agencję Rozwoju Przemysłu S.A. z siedzibą w Warszawie,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

- 1.1. Unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zakup usługi polegającej na badaniu ustawowym sprawozdań finansowych Agencji Rozwoju Przemysłu S.A. za lata 2018-2021 oraz skonsolidowanych sprawozdań finansowych Grupy Kapitałowej Agencji Rozwoju Przemysłu S.A. za lata 2018-2021;
- 1.2. Unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz z uwagi na to, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 1.3. Ponowne badanie i ocenę oferty Odwołującego, w tym zwrócenie się do Odwołującego o wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny dotyczące szczegółowych podstaw i przyczyn przyjęcia pracochłonności badania sprawozdań, na poziomie wynikającym ze złożonych przez Odwołującego, w piśmie z 31 sierpnia 2018 r., wyjaśnień rażąco niskiej ceny;

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500,00 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę w łącznej wysokości 11.389,00 zł (słownie: jedenaście tysięcy trzysta osiemdziesiąt dziewięć złotych 00/100), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych

(Dz.U. z 2017, poz. 1579 j.t. 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 1939/18

Uzasadnienie

Agencja Rozwoju Przemysłu S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r., poz. 1579 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”,

postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zakup usługi polegającej na badaniu ustawowym sprawozdań finansowych Agencji Rozwoju Przemysłu S.A. za lata 2018-2021 oraz skonsolidowanych sprawozdań finansowych Grupy Kapitałowej Agencji Rozwoju Przemysłu S.A. za lata 2018-2021, zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 10 sierpnia 2018 r., pod nr 603464-N-2018.

20 września 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Pol-Tax 2 sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Grupa G.-Audyt sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Katowicach, Ecovis System Revident sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie o odrzuceniu złożonej przez nich oferty oraz o unieważnieniu Postępowania.

25 września 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba” lub „KIO”) wpłynęło odwołanie ww. wykonawców (dalej „Odwołujący”) od odrzucenia ich oferty wbrew art. 90 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, a także od wynikającej z tych naruszeń czynności unieważnienia Postępowania z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania i powtórzenia czynności badania i oceny ofert przy uwzględnieniu wniosków płynących z uzasadnienia odwołania.

Odwołujący podał, że gdyby jego oferta nie została odrzucona, Zamawiający nie miałby podstaw do unieważnienia Postępowania, a Odwołujący uzyskałby zamówienie. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący podał, że:

I. W zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 Pzp

Zamawiający uznał, że oferta Odwołujących zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co nastąpiło w następujących okolicznościach faktycznych.

W Postępowaniu złożono 3 oferty. Cena oferty Odwołującego plasowała się w środku przedziału cen (była drugą w kolejności). Równocześnie jeden z wykonawców zawyżył cenę o ponad 38% w stosunku do wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego, cena oferty Odwołującego okazała się więc o 28% niższa od wartości oszacowanej przez Zamawiającego, a równocześnie cena ta była o 29% niższa od średniej cen ze złożonych ofert.

Taki sposób ukształtowania się procentowych stosunków cen wynikał z relatywnie małej liczby ofert, przy uwzględnieniu istotnego zawyżenia ceny przez jednego z wykonawców.

Odwołujący stwierdził, że pomimo nie zajścia przypadku opisanego w art. 90 ust. 1a Pzp, Zamawiający zwrócił się do niego o złożenie wyjaśnień, uzasadniając bardzo lakonicznie, że „budzi to wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania tak złożonego przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego, w szczególności czy zaoferowane wynagrodzenie odzwierciedla pracochłonność, stopień złożoności prac i wymaganych kwalifikacji oraz ze standardami rewizji finansowej”. Zamawiający nie zażądał złożenia dowodów na potwierdzenie składanych wyjaśnień.

Odwołujący nie zakwestionował prawa Zamawiającego do domagania się wyjaśnień; przeciwnie - złożył obszernie wyjaśnienia. W złożonych wyjaśnieniach dokładnie rozpisali poszczególne koszty, a także:

1. określił pracochłonność prac (przez podanie przewidzianej liczby godzin pracy zespołu audytorskiego);
2. określił stopień złożoności prac (przez oszacowanie ryzyka na poziomie średnim);
3. odniósł się do standardów rewizji finansowej (przez odwołanie do obowiązującego wszystkie firmy audytorskie Międzynarodowego Standardu Kontroli Jakości 1).

Zamawiający nie miał uwag do wysokości kosztów dodatkowych, ani do stawki godzinowej. Zakwestionował jednak oszacowaną pracochłonność wykonania prac, ustaloną przez Odwołującego na 531 godzin rocznie. Uznał bowiem, że wymagana pracochłonność wynosi 1000 godzin rocznie (a w pierwszym roku - 1200 godzin). Ta konstatacja była wyłączną przyczyną stwierdzenia przez Zamawiającego, że zaproponowana przez Odwołujących cena jest rażąco niską.

Zdaniem odwołującego twierdzenia Zamawiającego są gołosłowne - znikąd nie wynika, ażeby nakład pracy na wykonanie zamówienia miał wynosić 1000 godzin. Żadne postanowienie SIWZ nie nakładało takiego obowiązku, jak też nie wynika to z norm korporacyjnych obowiązujących biegłych rewidentów.

Zgodnie z art. 80 ust. 2 ustawy z dnia 11 maja 2017 r. o biegłych rewidentach, firmach audytorskich oraz nadzorze publicznym, zwanej dalej „Ustawą”, wynagrodzenie za przeprowadzenie badania odzwierciedla pracochłonność oraz stopień złożoności prac i wymagane kwalifikacje. Ustawa nie narzuca jednak w żaden sposób ani sztywnych limitów pracochłonności, ani metodyki jej ustalania. Kwestie te pozostawione zostały dyskrejonalnemu uznaniu firm audytorskich, gdyż okazały się one niemożliwe do sformalizowania przez ustawodawcę. Również samorząd zawodowy biegłych rewidentów pod rządami aktualnie obowiązującej Ustawy nie podjął prac zmierzających do wypracowania norm pracochłonności. Tym bardziej takiej arbitralnej oceny nie może dokonywać Zamawiający. Nawet jednak, gdyby hipotetycznie przyjąć, że Zamawiającemu udało się samodzielnie wypracować zobiektywizowaną ocenę pracochłonności, to i tak nie podzielił się z Odwołującym wnioskami, pozbawiając go możliwości jakiegokolwiek polemiki. Hipoteza ta jest zatem irrelevantna w przedmiotowej sprawie.

W szczególności Odwołujący zwracają uwagę, że przekonanie Zamawiającego co do wymaganej pracochłonności w wymiarze 1000 godz. (1200 godz. w pierwszym roku) jest niepoparte żadną argumentacją faktyczną ani prawną. Zamawiający nie określił bowiem, dlaczego uważa, że nakład pracy 1000 godz. jest adekwatny, ani nie wskazał, które elementy umowy nie zostały przez Odwołujących skalkulowane. Uzasadnienie podane przez Zamawiającego sprowadza się do jednozdaniowego stwierdzenia, że była to „szacowana przez Zamawiającego roczna łączna pracochłonność badań”. Stwarza również sytuację, w której Zamawiający próbuje sam zastąpić firmę audytorską i przesądzić o niezbędnej pracochłonności. Tymczasem jest to nieprawda - Zamawiający nie jest firmą audytorską i nie może na swoich szacunkach opierać oceny wymaganej pracochłonności.

Zamawiający mógłby wprowadzić sposób wykonywania zamówienia (np. przez zastrzeżenie, że zamówienie może być realizowane tylko w siedzibie Zamawiającego i określenie czasu poświęconego na przebywanie w tej siedzibie), ale byłoby to dopuszczalne tylko wówczas, gdyby dokonał tego na etapie formułowania SIWZ. Tymczasem w SIWZ Zamawiający nie odniósł się w żaden sposób do wymaganych nakładów czasowych - ustanowił jedynie terminy zakończenia prac oraz zaproponował w § 3 ust. 2 wzoru umowy („WU”), że „strony odnośnie każdego z badań Sprawozdań Finansowych oraz Skonsolidowanych Sprawozdań Finansowych za poszczególne lata wskazane w § 1 ust. 2

ustalą szczegółowy harmonogram przeprowadzenia badania w terminie do dnia 15 października danego roku, którego sprawozdanie dotyczy". Oznacza to, że kwestia rozpoczęcia prac audytorskich, a także okresów i długości ich przeprowadzania, została pozostawiona konsensualnym ustaleniom w przyszłości.

Ponadto Zamawiający zakwestionował, że złożone wyjaśnienia Odwołujących „nie odnoszą się do kwestii szacowania pracochłonności”. W ten lakoniczny sposób Zamawiający uzasadnił odrzucenie oferty z powodu rzekomo rażąco niskiej ceny. Uszło jednak uwadze Zamawiającego, że w sformułowanym wezwaniu w żaden sposób nie wskazał, że oczekuje przedstawienia szacowania pracochłonności.

Odnosząc się do uzasadnienia Zamawiającego w pierwszym rzędzie należy odwołać się do treści wezwania. W sformułowanym wezwaniu Zamawiający podał, że ma wątpliwości „czy zaoferowane wynagrodzenie odzwierciedla pracochłonność”. W żaden jednak sposób z tak sformułowanych wątpliwości nie można wysnuć wniosku, że podanie przez Odwołującego stosowanych przez niego pracochłonności zostanie uznane za niewystarczające. Zamawiający nie żądał bowiem szczegółowego uzasadnienia przyjętej pracochłonności - wymagał jedynie potwierdzenia, że została wzięta pod uwagę. Odwołujący takie potwierdzenie złożył określając przyjętą pracochłonność. Co więcej, Odwołujący poinformował Zamawiającego, że „pracochłonność uzależniona jest od wielu czynników, m.in. znajomości specyfiki działalności Klienta, znajomości branży przez kluczowego biegłego rewidenta, rodzaju majątku, jego wartości i udziału w strukturze aktywów”, a także że cena została wyprowadzona „zgodnie z obowiązującym (...) MSKJ 1 oraz zasadami ustalania cen”.

Jak widać, odpowiedź Odwołującego w pełni koresponduje z zasygnalizowanymi wątpliwościami Zamawiającego. Jeśli nawet udzielona odpowiedź nie zaspokaja wszystkich potrzeb informacyjnych Zamawiającego to nie wynika to z niestaranności Odwołującego, lecz z lakoniczności pytania Odwołującego. Zamawiający powinien zidentyfikować swój błąd (polegający na sformułowaniu wezwania do wyjaśnień w sposób niedający wskazówek co do faktycznych oczekiwań informacyjnych) i wówczas zwrócić się do Odwołujących z żądaniem dodatkowych wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp lub przez sformułowanie ponownego wezwania.

Odwołujący stwierdził, że wspomniana możliwość zaistniała, bowiem:

1. wezwanie było wyłącznie „odzwierciedleniem przepisu ustawy” (w tym przypadku - odzwierciedleniem artykułu 80 ust. 2 Ustawy);
2. z uzasadnienia decyzji o odrzuceniu można wywnioskować, że „niektóre elementy wyjaśnień co do (...) założeń kalkulacyjnych nie zostały w dostateczny sposób wyjaśnione przez wykonawcę i budzą wątpliwości Zamawiającego”.

Dawało to więc możliwość zwrócenia się do Odwołującego o dalsze wyjaśnienia założeń przyjętych do kalkulacji pracochłonności, czego Zamawiający bezpodstawnie nie uczynił.

Prawdą jest, że w myśl art. 90 ust. 2 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Jednak w przekazanym wykonawcy wezwaniu zamawiający powinien w sposób możliwie precyzyjny określić żądany zakres wyjaśnień czy też określić konkretne wątpliwości odnoszące się do podejrzenia rażąco niskiej ceny. Ponieważ tego Zamawiający nie uczynił (tj. w żaden sposób nie skonkretyzował, na czym te wątpliwości polegają), jego rozstrzygnięcie co do odrzucenia oferty Odwołującego jest co najmniej przedwczesne.

Co więcej, umowa o badanie sprawozdania finansowego jest umową rezultatu. Nie jest istotne więc staranie się o osiągnięcie efektu, lecz sam finalny efekt. Powoduje to zarówno brak legitymacji Odwołującego do zasłaniania się starannym działaniem, jak też - co istotne w tej sprawie - brak legitymacji Zamawiającego do nakładania sztywnych wymogów co do ilości czasu poświęconego na wykonanie dzieła.

W myśl przepisu art. 1 Ustawy określa ona m.in. zasady działalności firm audytorskich, w tym ich organizacji, oraz odpowiedzialności za naruszenie przepisów prawa oraz wykonywania czynności rewizji finansowej, w tym w jednostkach zainteresowania publicznego. Zasady te określone zostały kompletnie, co oznacza, że brak jest podstaw prawnych do uzurpowania sobie prawa przez jednostki badane do wpływania na rozstrzygnięcia firm audytorskich. To Krajowa Komisja Nadzoru (art. 36 Ustawy) jest właściwym organem,

który mógłby poddać ocenie ewentualne „splycenia” badania, co w przedmiotowej sprawie nie miało miejsca.

Dodatkowo Odwołujący zwrócił również uwagę, że badanie sprawozdań finansowych Zamawiającego (zarówno jednostkowego, jak i skonsolidowanego) zostało przeprowadzone za cenę 75.000 zł netto w odniesieniu do roku 2017 oraz za cenę 50.000 zł netto w odniesieniu do roku 2016 i 2015 (o czym Zamawiający poinformował w dniu 17 sierpnia br. w odpowiedzi na pytania do SIWZ). Tymczasem bieżąca cena zaoferowana przez Odwołującego wyniosła 72.000 zł, czyli praktycznie nie uległa zmianie, a wręcz jest wyższa od średniej cen z dwóch ostatnich lat obrotowych. Przeczy to również zdroworozsądkowemu podejściu do rozumienia rażąco niskiej ceny.

W podsumowaniu Odwołujący zaprzeczył jakoby wymagana pracochłonność realizacji zamówienia miała wynieść 1000/1200 godzin. Zamawiający w żaden sposób nie udowodnił, ani nawet nie uprawdopodobnił tego. Odwołujący należy do czołówki polskich firm audytorskich, nie wniesiono do jego działalności żadnych uwag dyscyplinarnych, i nie można w sposób racjonalny zakwestionować przyjętej przez niego metodyki prac audytorskich. A przynajmniej nie nastąpiło to w Postępowaniu i brak jest jakichkolwiek podstaw, aby takie prawo przypisać Zamawiającemu. W ocenie Odwołującego pracochłonność w wymiarze 531 godz. jest wystarczająca, a nawet optymalna (uwzględniając potrzebę minimalizacji obciążeń dla Zamawiającego), a cena zaproponowana przez Odwołujących - realna.

II. W zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp

Zamawiający uznał również, że oferta Odwołującego wymaga odrzucenia z powodu niewskazania wynagrodzenia za przeniesienie praw autorskich w ramach wynagrodzenia oraz za udzielenie wyłącznego zezwolenia za wykonywanie autorskich praw zależnych.

Odwołujący rzeczywiście nie wskazał wprost wynagrodzenia z ww. tytułów. Nie oznacza to jednak, że nie wskazał go w ogóle, ani że z tego powodu ich oferta musi być uznana za niezgodną z treścią SIWZ.

Przede wszystkim należy spostrzec, że formularz ofertowy został skonstruowany w ten sposób, że wartość wynagrodzenia za przeniesienie ewentualnych praw lub za udzielenie wyłącznego zezwolenia nie zwiększa ceny, lecz stanowi wyłącznie element informacyjny. Jakakolwiek kwota podana przez oferentów za przeniesienie praw oraz za udzielenie wyłącznego zezwolenia za wykonywanie autorskich praw zależnych nie miałaby żadnego wpływu na cenę oferty.

Ponadto warto zauważyć, że Odwołujący oświadczył w ofercie, że „Cena zawiera wynagrodzenie za przeniesienie na Zamawiającego majątkowych praw autorskich oraz za udzielenie wyłącznego zezwolenia na wykonywanie autorskich praw zależnych”. Oznacza to, że Odwołujący w pełni zaakceptował treść SIWZ.

Z powyższych okoliczności nie można więc wyprowadzić wniosku, że oferta jest sprzeczna z SIWZ. SIWZ nie zawierała bowiem unormowania, że obowiązkiem wykonawców jest podanie cen jednostkowych za przeniesienie praw autorskich oraz za udzielenie wyłącznego zezwolenia za wykonywanie autorskich praw zależnych; w szczególności wymogów takich nie statuuje rozdział XIV SIWZ pn. „Opis sposobu obliczania ceny”. Jedynym ograniczeniem określonym w SIWZ w zakresie ceny było sformułowanie w pkt XIV.6 o treści „Zamawiający wymaga, aby cena ryczałtowa została podana zgodnie z wymaganiami określonymi w Formularzu oferty”. Tymczasem w Formularzu oferty wymagania, do których ten punkt mógłby się odnosić znajdujemy (poza wspomnianym już wcześniej oświadczeniem o zawarciu w cenie wynagrodzenia za przeniesienie praw i udzielenie wyłącznego zezwolenia) jedynie w przypisach o treści „cenę należy podać z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku wg następujących zasad: końcówki poniżej 0,5 grosza pomija się, a końcówki 0,5 grosza i wyższe zaokrągla się do 1 grosza” oraz „cena brutto obejmuje wszelkie elementy cenotwórcze, w tym w szczególności: zysk Wykonawcy, podatki, koszty wynagrodzeń itp.”. Wymagania te Odwołujący spełnił.

Nie sposób bowiem uznać za „wymagania”, o których mowa w pkt XIV SIWZ, umieszczenia w formularzu ofertowym rubryk przewidzianych na podanie ceny jednostkowej poprzedzonych dopiskiem „w tym za przeniesienie praw autorskich”. Zamawiający nie byłby do takiego żądania uprawniony, gdyż ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych dopuszcza nieodpłatne przeniesienie praw autorskich (por. np. art. 44 ust. 1). W konsekwencji twórca ma możliwość zaproponowania uregulowania kwestii przeniesienia praw zarówno odpłatnie, jak i nieodpłatnie. Dlatego umożliwienie podania ceny

jednostkowej za przeniesienie praw autorskich nie może zostać uznane za postawienie takiego wymogu - jest to wyłącznie możliwość.

Co więcej, brak podania cen jednostkowych za przeniesienie praw autorskich wynika również z niestaranności Zamawiającego w sformułowaniu formularza ofertowego. Warto bowiem zwrócić uwagę, że Zamawiający zawarł w tym formularzu sformułowanie, że „cena zawiera wynagrodzenie za przeniesienie na Zamawiającego majątkowych praw autorskich oraz za udzielenie wyłącznego zezwolenia na wykonywanie autorskich praw zależnych”, podczas gdy przewidział rubrykę jedynie na podanie wynagrodzenia „za przeniesienie majątkowych praw autorskich”. Oznacza to, że w formularzu ofertowym nie zostały przewidziane rubryki na podanie cen jednostkowych za „udzielenie wyłącznego zezwolenia na wykonywanie autorskich praw zależnych”. W konsekwencji formularz ofertowy jest więc - z jednej strony - wewnętrźnie sprzeczny, ale tym samym potwierdza dopuszczalność nieodpłatności (skoro jest nieodpłatność „za udzielenie wyłącznego zezwolenia na wykonywanie autorskich praw zależnych”, to nic nie stoi na przeszkodzie nieodpłatności „za przeniesienie majątkowych praw autorskich”).

Koncepcji nieodpłatności nie przeczy również załączony do SIWZ WU. W zawartych tam postanowieniach przewidziano wprawdzie wykreślane miejsca na podanie cen „za przeniesienie praw autorskich”, ale nic nie stoi na przeszkodzie, aby w tych miejscach zaznaczyć nieodpłatność tego składnika (np. przez wykreślenie). Tak czy inaczej objęcie zaproponowaną ceną przeniesienia majątkowych praw autorskich uregulowane zostało w § 7 ust. 2 o treści „Zleceniobiorca przenosi, w ramach wynagrodzenia wypłacanego zgodnie z zasadami wskazanymi w § 6 umowy, na Zleceniobiorcę autorskie prawa majątkowe do Utworów stanowiących utwory w rozumieniu ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych powstałych w wyniku wykonania umowy na warunkach określonych poniżej”.

Z daleko idącej ostrożności Odwołujący zwrócił ponadto uwagę, że nawet jeśliby uznać, że w rubrykach przewidzianych w formularzu ofertowym na podanie cen „za przeniesienie majątkowych praw autorskich” należało wpisać słownie „nieodpłatnie” albo cyframi „0,00 zł”, to i tak Zamawiający mógł wystąpić o odpowiednie wyjaśnienie treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Po otrzymaniu wyjaśnień Odwołującego Zamawiający mógłby co najwyżej - gdyby wciąż podtrzymywał bezzasadnie niezgodność oferty z treścią SIWZ - dokonać poprawy innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp) lub też dokonać poprawy omyłki pisarskiej - gdyby uznał, że Odwołujący omyłkowo pozostawił rubrykę niewypełnioną zamiast wpisania tam sformułowania „nieodpłatnie” lub „0,00 zł” (art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp).

W nieskorzystaniu przez Zamawiającego z uprawnienia określonego w art. 87 ust. 1 Pzp Odwołujący dopatruje się naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Należy zwrócić bowiem uwagę, że w stosunku do innego wykonawcy, który w formularzu ofertowym nie tyle nie wypełnił pewnych rubryk, ale wręcz dopisał dodatkowe zastrzeżenia, Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie treści oferty. A zatem w sytuacji ewidentnej sprzeczności z treścią SIWZ Zamawiający korzysta z możliwości przewidzianej art. 87 ust. 1 Pzp, podczas gdy w przypadku Odwołującego, kiedy nie ma sprzeczności, a co najwyżej jest niejasność, Zamawiający nie zwraca się o wyjaśnienia. Takie działanie świadczy o naruszeniu art. 7 ust. 1 Pzp, co Odwołujący zarzucają Zamawiającemu.

III. W zakresie naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp

Skutkiem popełnienia przez Zamawiającego naruszeń omówionych powyżej było doprowadzenie do sytuacji, w której cena jedynej nieodrzuconej oferty przewyższyła kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, i której nie mógł zwiększyć do ceny najkorzystniejszej oferty. W efekcie Zamawiający unieważnił Postępowanie.

Wprawdzie unieważnienie Postępowania nie zostało wprost wymienione w art. 180 ust. 2 Pzp, jednakże mając na względzie fakt, że unieważnienie jest bezpośrednim skutkiem odrzucenia oferty Odwołującego i w konsekwencji ma istotny wpływ na prawidłowość wyboru najkorzystniejszej oferty (a raczej - brak takiego wyboru), należy uznać za zasadne rozpatrzenie tego zarzutu. Niewątpliwym jest, że unieważnienie czynności unieważnienia Postępowania jest jedną z możliwości zrealizowania prawa Odwołujących do skutecznego wyeliminowania z obrotu prawnego czynności odrzucenia ich oferty, a ponadto może przyczynić się do prawidłowego wyboru oferty, która w sposób obiektywny jest najkorzystniejsza. W tej sytuacji Odwołujący stoi na stanowisku, że rozpatrzenie zarzutu w zakresie unieważnienia Postępowania jest elementem wyboru ofert i może być przedmiotem odwołania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 179 ust. 1 w zw. z art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp i art. 66 § 1 i 2 ustawy z 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2018 r., poz. 1025 j.t. ze zm.), zwanej dalej „K.c.”, wskazując, że Odwołujący nie posiada interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, ponieważ nawet w przypadku uznania odwołania za zasadne, Odwołujący nie ma możliwości wykazania nawet potencjalnej szkody w przypadku ewentualnego uznania odwołania za uzasadnione merytorycznie.

Zamawiający podał, że termin otwarcia ofert wyznaczony został na dzień 20 sierpnia 2018 r. Bieg terminu związania ofertą określony został na 30 dni i upływał w dniu 18 września 2018 r. Zamawiający w Postępowaniu nie skorzystał z instytucji wezwania do przedłużenia terminu związania ofertą na podstawie art. 85 ust. 2 Pzp. Także Odwołujący w terminie związania ofertą, tj. do dnia 18 września 2018 r. nie dokonał samodzielnego przedłużenia tego terminu. Do dnia przygotowania odpowiedzi na odwołanie Odwołujący nie przekazał oświadczenia woli w tym zakresie.

Informacja o odrzuceniu oferty Odwołującego i unieważnieniu Postępowania przekazana została wykonawcom w dniu 20 września 2018 r. Odwołanie zostało wniesione w dniu 25 września 2018 r.

Z powyższego wynika zatem, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu związania ofertą, a termin ten przed jego upływem nie został przez Odwołującego przedłużony.

Zamawiający przywołał stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych, doktryny i wyrok KIO podkreślające wagę terminu związania ofertą dla jej bytu oraz dla możliwości wykazania spełniania przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp przez wykonawcę wnoszącego odwołanie.

Na wypadek nieuwzględnienia powyższego wniosku Zamawiający przedstawił argumentację mającą świadczyć o bezzasadności zarzutów odwołania.

Na wstępie podał, że oszacował wartość zamówienia na kwotę 400.000 zł (netto) - 492.000 zł (brutto). Jako podstawę szacowania wartości przyjęto świadczenie usługi badania sprawozdania finansowego Zamawiającego oraz skonsolidowanego badania Grupy Kapitałowej Agencji Rozwoju Przemysłu (dalej „GK”) za 2017 rok. Podmiotem świadczącym usługę w tym okresie była firma KPMG sp. z o.o. sp.k. (dalej: „KPMG”), zatem uzyskane wartości należy uznać za miarodajne.

W ramach wykonywania usługi w siedzibie Zamawiającego przebywały średnio 4 osoby. Osoby te na różnych etapach prowadzenia badania przychodziły łącznie przez okres 5 tygodni (zgodnie z przyjętym przez obie strony harmonogramem), co daje to liczbę 800 godzin świadczenia usługi. Wartość usługi za rok 2017 wynosiła 75.000 zł netto. W oparciu o powyższe Zamawiający wyliczył średnią stawkę godzinową na poziomie 93,75 zł.

W celu wyliczenia przewidywanego wynagrodzenia wykonawcy za badanie sprawozdań w latach 2018-2021 przyjęto założenie, że zwiększona będzie czasochłonność badania w poszczególnych latach ze względu na już zaistniały, jak i prognozowany wzrost liczby spółek w GK. W wyniku powyższego, w ocenie Zamawiającego, minimalna liczba godzin niezbędnych do zapewnienia należytego wykonania umowy wynosi 1000, z zastrzeżeniem, że jeżeli usługodawcą będzie podmiot rozpoczynający na nowo świadczenie usługi, to w pierwszym roku badania liczbę tę należy zwiększyć do minimum 1200 godzin ze względu na konieczność zbadania bilansu otwarcia. Zamawiający dodał, że przyjął także zwiększenie stawki godzinowej do kwoty 95 zł. Całościowe wynagrodzenie wykonawcy wyliczone przez Zamawiającego, powiększone o VAT, wyniosło zatem 492.000 zł. Jest to jednocześnie kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, z zastrzeżeniem postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wzoru umowy w zakresie zmian umowy związanych z ewentualnymi zmianami liczby spółek wchodzących w skład GK i objętych badaniem skonsolidowanym. Wyliczenia (w oparciu o rok 2017) przedstawia poniższa tabela.

BADANIE 2017		BADANIE 2018	
Wartość badania	75 000	L. osób	5
L. osób	4	L. tygodni	6
L. tygodni	5	Stawka godzinowa	95
L. roboczegodzin	800	L. roboczegodzin	1200
Stawka godzinowa	93,75	Wartość badania	114 000

BADANIA 2019-2021	
L. lat	3
L. osób	5
L. tygodni	5
Stawka godzinowa	95
L. roboczogodzin	3000
Wartość badań	285 000
Razem 2018-2021	399 000

Odwołujący zaoferował za wykonanie przedmiotu zamówienia łączną kwotę ryczałtową 354.240 zł (brutto), wobec czego różnica pomiędzy wartością zamówienia wyliczoną przez Zamawiającego powiększoną o VAT (492.000 zł) a ceną oferty (354.240 zł) wynosi 137.760 zł w okresie 4 lat (rocznie: 34.440 zł). Oznacza to, że cena oferty jest o 28% niższa od wartości zamówienia wyliczonego przez Zamawiającego.

Zamawiający przytoczył następnie art. 90 ust. 1 Pzp i stwierdził, że w omawianym przypadku zaoferowana cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z postawionymi przez niego wymaganiami. Zamawiający dokonując tej oceny wziął pod uwagę złożoność struktury organizacyjnej, wielkość sum bilansowych spółki oraz szeroki przedmiot jej działalności. W ramach prowadzonej działalności Zamawiający zarządza także wieloma różnego rodzaju spółkami działając również w interesie Skarbu Państwa oraz innymi spółkami, w których Skarb Państwa posiada udziały i akcje. W ramach tego działania wykonywane są złożone operacje nabywania, zbywania i zamiany aktywów, niejednokrotnie o bardzo wysokich wartościach. Wymaga to stosowania wielu złożonych operacji finansowych z wykorzystaniem różnego rodzaju instrumentów finansowych i prawnych. Ponadto zamawiający w ramach swojej działalności świadczy usługi finansowe w zakresie:

1. pożyczek kierowanych do dużych przedsiębiorstw celem wsparcia ich rozwoju przez:

- a) finansowanie dłużne wzrostu średnich i dużych przedsiębiorstw;
- b) finansowanie przedsiębiorstw w procesie restrukturyzacji;
- c) pożyczki dla innowacyjnych firm;
- d) finansowanie dłużne branż strategicznych obciążonych wysokim ryzykiem,

ARP S.A. finansuje przedsiębiorstwa z różnorodnych branż, przy czym specjalizuje się w finansowaniu przedsiębiorstw przemysłowych, a także świadczących usługi dla przemysłu.

2. poręczeń przeznaczonych na wsparcie rozwoju dużych i średnich przedsiębiorstw przez udzielanie poręczeń kredytów przeznaczonych na działalność inwestycyjną, jak i kredytów obrotowych;

3. pomocy publicznej obejmującej finansowanie udzielane na warunkach preferencyjnych w ramach pomocy na ratowanie i restrukturyzację dla dużych przedsiębiorstw. Pomoc publiczna skierowana jest do dużych przedsiębiorstw prywatnych, samorządowych i państwowych znajdujących się w trudnej sytuacji. Celem finansowania jest przywrócenie przedsiębiorcy długookresowej rentowności, zdolności do samodzielnego funkcjonowania i konkurencyjności na rynku.

Zamawiający podsumował, że jego działalność statutowa wykracza poza standardową działalność spółek. Niestandardowy i szeroki wachlarz działalności Zamawiającego przekłada się na złożoność oraz skomplikowanie operacji księgowych, które podlegają badaniu przez niezależnego biegłego rewidenta. Okoliczności te przekładają się bezpośrednio na większą niż w przypadku standardowego podmiotu pracochłonność badania sprawozdań finansowych. Potwierdzeniem tego są doświadczenia własne Zamawiającego a w zakresie badań finansowych spółki i sprawozdań skonsolidowanych - wyliczenia pracochłonności na podstawie czasu pracy spędzonego w siedzibie Zamawiającego przez pracowników firmy audytorskiej badającej sprawozdania finansowe Spółki za 2017 r. Za ostatni okres, tj. za lata 2014-2017, usługi badania sprawozdań świadczyła firma KPMG, posiadająca bogate międzynarodowe i wszechstronne doświadczenie w badaniu dużych podmiotów o złożonej strukturze organizacyjnej i kapitałowej, świadczących usługi o szerokim spektrum. Podmiot o tak dużej praktyce potrzebował w latach poprzednich ok. 800 godzin (ujmując jedynie czas

pracy pracowników usługobiorcy w siedzibie ARP S.A.) na realizację zamówienia w zakresie badania sprawozdań finansowych, przy czym w okresie świadczenia tych usług nie były objęte sprawozdaniem skonsolidowanym GK duże podmioty z sektora stocznioowego przejęte w 2018 r. oraz spółki przejęte od Skarbu Państwa w ramach wymiany aktywów pomiędzy Skarbem Państwa a Zamawiającym w związku z konsolidacją sektora lotniczego. Wszystko to przekłada się bezpośrednio na istotnie większą w stosunku do lat poprzednich liczbę i skomplikowanie operacji podlegających ujęciu i wykazaniu w sprawozdaniu finansowym, a tym samym podlegających badaniu przez niezależnego biegłego rewidenta. Wskazać także należy, że w skład GK Zamawiającego, oprócz spółek ze wskazanych powyżej obszarów, wchodzi również duże spółki z sektora kolejowego, górniczego i usług finansowych. Zgodnie z szacunkami Zamawiającego roczna łączna pracochłonność badania sprawozdań finansowych (spółki i skonsolidowanego GK) powinna wynosić minimum 1.000 godzin. Ponadto badanie sprawozdania finansowego po raz pierwszy wymaga przeprowadzenia dodatkowych czynności, w tym sprawdzenia bilansu otwarcia przez nowy podmiot. Dlatego też w pierwszym roku świadczenia usługi pracochłonność powinna uwzględniać dodatkowy czas pracy (wg szacunków zamawiającego ok. 200 godzin). Zatem w pierwszym roku Zamawiający oszacował pracochłonność na 1.200 godzin.

W związku z powyższym, w ocenie Zamawiającego, wskazana przez wykonawcę pracochłonność na poziomie 531 godzin jest niewystarczająca do należytego wykonania usługi.

Następnie Zamawiający omówił przeprowadzoną z Odwołującym procedurę wyjaśnienia ceny jego oferty i stwierdził, że przyjął on do kalkulacji kosztów stawki godzinowe zbliżone, a nawet wyższe od szacowanych przez Zamawiającego. Jednak w zakresie szacowanej czasochłonności prowadzenia badania sprawozdań zaistniała bardzo duża rozbieżność pomiędzy szacunkami Zamawiającego a Odwołującego. Zamawiający, jak wskazano wcześniej, szacował czasochłonność na poziomie 1.000 godzin za przeprowadzenie badań w skali roku, w tym w pierwszym roku na poziomie 1.200 godzin, podczas gdy Odwołujący oszacował czasochłonność badań na poziomie 531 godzin rocznie, również w pierwszym roku świadczenia usługi, która będzie wymagała wykonania dodatkowych czynności związanych z badaniem bilansu otwarcia.

W ocenie Zamawiającego wyjaśnienia Odwołującego nie mogą zostać uznane za potwierdzające prawidłowe wyliczenie ceny ofert adekwatnej do przedmiotu zamówienia. Zamawiający podał, że zgodnie z art. 80 ust. 2 Ustawy wynagrodzenie za przeprowadzenie badania odzwierciedla pracochłonność oraz stopień złożoności prac i wymagane kwalifikacje.

Wezwanie skierowane do Odwołującego jednoznacznie wskazywało na konieczność wyjaśnienia przez niego sposobu określenia wskazanych w wezwaniu elementów kosztotwórczych. Zamawiający wyraźnie wskazał w piśmie obszary budzące wątpliwości w zakresie obliczenia ceny oferty, w tym w szczególności czy zaoferowane wynagrodzenie odzwierciedla pracochłonność, stopień złożoności prac.

Zgodnie ze stanowiskiem orzecznictwa i doktryny, to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że przedstawiona cena oferty nie jest ceną rażąco niską, a zamawiający ma obowiązek dokonania analizy w celu realnej oceny, że wyjaśnienia potwierdzają możliwość należytego wykonania przedmiotu zamówienia za oferowaną cenę. W przedmiotowej sprawie udzielenie odpowiedzi na poziomie wskazania stawek poszczególnych elementów mających wpływ na wysokość ceny oraz ogólnych sformułowań, że kalkulacja ceny jest przygotowana prawidłowo należy uznać za niewystarczające. Odwołujący nie wykazał bowiem, że istnieje możliwość prawidłowej realizacji zamówienia w założonym przez niego czasie 531 godzin rocznie. W ocenie Zamawiającego pracochłonność na tym poziomie jest niewystarczająca do należytego wykonania zamówienia. Potwierdzają to wyliczenia w oparciu o świadczenie usługi przez KPMG, jak również opisana wcześniej złożoność struktury Zamawiającego i szeroki zakres jego działania. Tym samym, w ocenie Zamawiającego, wykonawca nienależycie skalkulował jeden z kluczowych elementów mających wpływ na wysokość swojego wynagrodzenia. W zakresie wyjaśnienia prawidłowej kalkulacji tego elementu Odwołujący wskazał jedynie, że stawka za godzinę oraz pracochłonność uzależniona jest od wielu czynników, m.in. od znajomości specyfiki działalności klienta, znajomości branży przez kluczowego biegłego rewidenta, rodzaju majątku, jego wartości i udziału w strukturze aktywów, co wpływa na sprawność wykonywanych usług. Wykonawca nie przedstawił jednak przekonujących wyjaśnień, że posiada znajomość wskazanych powyżej aspektów działalności Zamawiającego.

Nie kwestionując zatem poprawności samych wyliczeń matematycznych oraz przyjętych stawek za poszczególne rodzaje usług za niedoszacowaną należy uznać czasochłonność usług. Aspekt ten jest kluczowy dla oceny zdolności wykonania przedmiotu

zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego za zaoferowaną przez wykonawcę cenę. Zdaniem Zamawiającego przeznaczona przez Odwołującego liczba 531 godzin jest niewystraszająca, aby dokładnie zweryfikować sprawozdania finansowe spółki o takim przekroju działalności oraz sprawozdania skonsolidowanego o takim przekroju i specyfice spółek wchodzących w skład GK (w tym m.in. spółek z sektora górniczego, stoczniowego, kolejowego i usług finansowych). Czasochłonność jest także kluczowym elementem obliczenia realnego wynagrodzenia Wykonawcy za tego typu usługę, w tym przypadku nawet istotniejszym od wysokości stawek jednostkowych.

Odnosząc się do treści zarzutu Odwołującego o gołosłowność twierdzenia Zamawiającego o niemożności wykonania przedmiotowego zamówienia w ramach wskazanej przez Odwołującego czasochłonności, w świetle jego wyjaśnień tym bardziej należy uznać za gołosłowne.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że Zamawiający wyjaśnił w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty w jaki sposób szacował wartość zamówienia, w tym w zakresie przewidywanej czasochłonności usługi. Fakt, że Zamawiający nie jest podmiotem świadczącym profesjonalne usługi w zakresie rewizji finansowej nie pozbawia go jednak umiejętności prawidłowej i racjonalnej oceny składników warunkujących należyte wykonanie zamówienia. Sposób oceny tych składników został oparty o praktyczne doświadczenie we współpracy z podmiotem posiadającym bogate doświadczenie w badaniu finansowym podmiotów o dużym spektrum działania i złożoności organizacyjnej. Wskazać należy, że w notowaniach prezentowanych w pismach branżowych firma KPMG jest zdecydowanie wyżej pozycjonowana niż którykolwiek z podmiotów w ramach Konsorcjum składającego ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Wieloletnia obserwacja prac tej firmy przy wykonaniu badań sprawozdań finansowych Zamawiającego i badań skonsolidowanych GK jest wiarygodnym i miarodajnym źródłem wiedzy o nakładach, również czasowych, koniecznych do rzetelnego wykonania takich prac. Faktem jest, że Zamawiający nie precyzował na etapie ogłoszenia o zamówieniu wymagań co do czasochłonności prowadzenia badania sprawozdań. Niemniej jednak twierdzenie Odwołującego, że wyliczenia Zamawiającego nie jest poparte argumentacją faktyczną i prawną mija się z prawdą. Argumentacja taka została przedstawiona w informacji o unieważnieniu postępowania z dnia 20 września 2018 r. Argumenty przywoływane w niniejszej odpowiedzi na odwołanie stanowią tylko i wyłącznie poszerzenie argumentacji przedstawianej w tamtym piśmie.

Jako nieuprawnione należy uznać także zastrzeżenie przez Odwołującego, że Zamawiający „zbyt skąpo” sformułował wezwanie do złożenia wyjaśnień w rybie art. 90 ust. 1 Pzp. Treść wezwania została dostosowana do elementów określonych art. 80 ust. 2 Ustawy. Zgodnie z tym przepisem wynagrodzenie za przeprowadzenie badania odzwierciedla pracochłonność oraz stopień złożoności prac i wymagane kwalifikacje. Zarzut formułowany przez Odwołującego, że Zamawiający nie wskazał, że oczekuje przedstawienia szacowania pracochłonności oraz wymagał jedynie potwierdzenia, że została wzięta pod uwagę, w ocenie Zamawiającego próbą zniwelowania zbyt lekkiego podejścia do złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Wskazanie przez Zamawiającego w wezwaniu do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, że elementy te budzą jego wątpliwości jednoznacznie wskazuje, że jest on świadom, że Odwołujący przygotowując ofertę brał pod uwagę element pracochłonności. Zatem pytanie o to, czy Odwołujący jest świadomy istnienia tego elementu nie miałoby najmniejszego sensu, tym bardziej że Zamawiający pozostaje w przekonaniu, że Odwołujący jest profesjonalnym podmiotem działającym w obszarze rewizji finansowej. Dokonując analizy wezwania Zamawiającego na niwie semantyki wskazać należy, że treść wezwania wskazywała na obszary w szczególności budzące jego wątpliwości, w jakim kontekście należy te wątpliwości rozpatrywać (możliwość wykonania tak złożonego przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego), oraz formułowała oczekiwanie złożenia wyjaśnień wątpliwości w co najmniej wskazanych obszarach. Obszar rewizji finansowej jest obszarem usług „miękkich” i nie ma możliwości sformułowania żądania wyjaśnień np. przez wskazanie pozycji kosztorysowych, które mogły być uznane za wycenione zbyt nisko. Zamawiający dysponuje bowiem informacją o koszcie całościowym wykonania usługi, tak więc jego wątpliwości siłą rzeczy mogą być formułowane na pewnym poziomie ogólności. Nie pozbawia to jednak takiego pytania waloru legalności.

Odwołujący w zakresie wyjaśnienia przewidywanej czasochłonności wskazał jedynie, że „Stawka za godzinę oraz pracochłonność uzależniona jest od wielu czynników, m.in. znajomości specyfiki działalności Klienta, znajomości branży przez kluczowego biegłego rewidenta, rodzaju majątku, jego wartości i udziału w strukturze aktywów, co wpływa na sprawność wykonywanych usług. W związku z powyższym cena za badanie sprawozdań finansowych Agencji została opracowana skrupulatnie, zgodnie z naszymi wewnętrznymi procedurami, które ustalone są zgodnie z obowiązującymi nas przepisami jak również zgodnie z Umową Konsorcjum”. Z tak udzielonych wyjaśnień nie wynika, że Odwołujący udzielił odpowiedzi w poszczególnych kwestiach wskazanych w piśmie wzywającym do wyjaśnienia

rażąco niskiej ceny. Wskazując na szacowanie pracochłonności Odwołujący wskazał jedynie, że jest ona uzależniona od wielu czynników, m.in. znajomości specyfiki działalności Klienta, znajomości branży przez kluczowego biegłego rewidenta, rodzaju majątku, jego wartości i udziału w strukturze aktywów. Trudno zgodzić się z twierdzeniem, że zdanie to wyjaśnia poprawność przyjęcia pracochłonności realizacji zamówienia. Po pierwsze odnosi się do czysto teoretycznej sytuacji co brane jest po uwagę przy szacowaniu czasu niezbędnego na wykonanie zlecenia. Odwołujący w żadnej mierze nie odniósł tego do zakresu zadań przewidywanego do realizacji w ramach ewentualnej umowy z Zamawiającym. Po drugie trudno uznać, że Odwołujący zna specyfikę działalności Zamawiającego oraz wartość i udział w strukturze aktywów jego majątku. Podmioty wchodzące w skład odwołującego się konsorcjum nie wykonywały usług rewizji finansowej dla Zamawiającego. Jak już opisano wcześniej Zamawiający sam w sobie jest podmiotem o złożonej strukturze organizacyjnej oraz szerokim spektrum działalności, wykraczającym poza standardowe działania innych spółek. Okoliczności te powinny raczej wpływać na przyjęcie ostrożnościowych wyliczeń w zakresie pracochłonności uwzględniającej specyfikę klienta i stopień złożoności prac.

Zamawiający stwierdził, że dokonując oceny wyjaśnień nie może przyjąć ich bezkrytycznie. Musi wyjaśnienia te odnieść do posiadanej przez siebie wiedzy o przedmiocie zamówienia oraz innych elementów wpływających na możliwość uzyskania usługi z gwarancją jej należytego wykonania. Rzetelna i obiektywna ocena tych wyjaśnień pozostaje nie tylko prawem, ale wręcz obowiązkiem Zamawiającego, który nie może zostać wyłączony także w przypadku oceny „usług miękkich” tak jak usługi rewizji finansowej W omawianym przypadku źródłem wiedzy o przewidywanej pracochłonności są doświadczenia z lat poprzednich w zakresie badania sprawozdań finansowych zarówno samego Zamawiającego, jak i GK. Porównanie tej wiedzy z wyliczeniami Odwołującego zawartymi w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wraz z uwzględnieniem braku jakiegokolwiek odniesienia tych wyliczeń do konkretnej usługi dla Zamawiającego, jednoznacznie wskazuje, że wyjaśnienia te były niewystarczające.

Odnosząc się do zarzutu odrzucenia oferty Odwołującego z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Zamawiający wskazał, że istotne jest dla niego wydzielienie z wynagrodzenia wskazywanego w ofercie kwoty jaka przypada na wartości niematerialne i prawne przekazane w ramach zawieranego kontraktu. Wynika to z konieczności prawidłowej amortyzacji wydatków.

Jednocześnie nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że nie jest istotne, analizując treść WU, określenie w ofercie kwoty wynagrodzenia za przeniesienie autorskich praw majątkowych. Zgodnie bowiem z art. 43 ust. 1 ustawy z 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U z 2018 r., poz. 1191 j.t. ze zm.), zwanej dalej „PrAutU”, „Jeżeli z umowy nie wynika, że przeniesienie autorskich praw majątkowych lub udzielenie licencji nastąpiło nieodpłatnie, twórcy przysługuje prawo do wynagrodzenia”. WU nie zawiera postanowień, które mogłyby sugerować na nieodpłatną możliwość przeniesienia autorskich praw majątkowych. Brak wskazania wynagrodzenia przez Wykonawcę skutkowałby zaistnieniem jego uprawnienia wskazanego w ust. 2 art. 43 PrAutU, zgodnie z którym „Jeżeli w umowie nie określono wysokości wynagrodzenia autorskiego, wysokość wynagrodzenia określa się z uwzględnieniem zakresu udzielonego prawa oraz korzyści wynikających z korzystania z utworu”.

Z interpretacji ww. przepisów wynika, że kwota wskazana w ofercie Odwołującego, w której nie zostały wskazane kwoty za przeniesienie autorskich praw majątkowych, nie byłaby kwotą całkowitą za zrealizowanie przedmiotu zamówienia, ponieważ wykonawca poza kwotą wskazaną w ofercie uprawniony byłby do żądania kwoty w niej nie wskazanej, co w ocenie zamawiającego wynika wprost z brzmienia przywoływanego powyżej art. 43 ust. 2 PrAutU. Przepis ten stosuje się bowiem w przypadku, gdy, po pierwsze strony przemilczały w umowie kwestię wynagrodzenia, zaś zgodnie z art. 43 ust. 1 tej ustawy jest ono należne twórcy, a po drugie - gdy strony ustaliły, że twórcy należy się wynagrodzenie, lecz w umowie brakuje postanowień określających jego wysokość. Powyższe, dodatkowe wynagrodzenie, w ocenie Zamawiającego, z uwagi na zakres przeniesienia autorskich praw majątkowych wskazanych w § 6 WU mogłoby być znaczne.

Na rozprawie strony podtrzymały przedstawione powyżej stanowiska.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści oświadczenia z 12 października 2018 r. o przedłużeniu terminu związania ofertą.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron postępowania odwoławczego zawarte

w przytoczonych powyżej pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania. Tym samym Izba nie uwzględniła przeciwniej argumentacji Zamawiającego, który wywodził nie spełnianie przez Odwołującego wynikających z przywołanego przepisu przesłanek materialnoprawnych z faktu braku związania ofertą w dacie wniesienia odwołania. De lege lata żaden przepis Pzp nie wiąże uprawnienia do skorzystania ze środka ochrony prawnej z koniecznością pozostawania przez wykonawcę wnoszącego odwołanie w stanie związania ofertą, podobnie jak nie uniemożliwia zamawiającemu wyboru oferty wykonawcy, w przypadku której stan ów ustał, z zastrzeżeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7a Pzp, który nie znajduje zastosowania w przedmiotowej sprawie, jako że nie stanowił podstawy odrzucenia oferty Odwołującego. Co więcej, przywołany przepis odnosi się do sytuacji, w której wykonawca nie wyraża, na wniosek zamawiającego, zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, czym daje wyraz braku zainteresowania ubieganiem się o uzyskanie zamówienia publicznego. W pozostałych przypadkach upływ terminu związania ofertą wywołuje jedynie ten skutek, że wykonawca nie ma obowiązku zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, co jednak nie jest równoznaczne z rezygnacją z ubiegania się o udzielenie zamówienia. W okolicznościach rozpoznawanej sprawy sytuacja taka nie zachodzi, o czym świadczy zarówno wszczęcie przez Odwołującego postępowania odwoławczego, jak i złożone na posiedzeniu oświadczenie.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ, oferty Odwołującego, wezwania Odwołującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny (pismo z 30 sierpnia br.), wyjaśnień Odwołującego z 31 sierpnia 2018 r. oraz z zawiadomienia o wyniku Postępowania - pisma z 20 września 2018 r. Na podstawie przywołanych dokumentów skład orzekający stwierdził, że Strony nie pozostają w sporze co do okoliczności stanu faktycznego wynikającego z przytoczonych powyżej pisemnych stanowisk (odwołania i odpowiedzi na odwołanie).

W ocenie składu orzekającego w zaistniałym stanie faktycznym Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na rażąco niską cenę, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 Pzp.

Istotą problemu nie było odmienne rozumienie pojęcia rażąco niskiej ceny, czy uprawnienie Zamawiającego do wystąpienia do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień w tej kwestii, a zakres wezwania i związany z nim poziom szczegółowości składanych wyjaśnień.

Izba wskazuje, że obowiązkiem zamawiającego, korzystającego z procedury przewidzianej w art. 90 Pzp, jest precyzyjne wskazanie okoliczności, które mają zostać przez wykonawcę wyjaśnione. To z treści wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wykonawca czerpać ma bowiem wiedzę o aspektach zaoferowanej przez niego ceny za realizację przedmiotu zamówienia, które wzbudziły wątpliwości zamawiającego. Nie sposób obciążać wykonawcy obowiązkiem antycypowania zakresu wezwania, co prowadzi do wniosku, że w sytuacji, gdy wezwanie jest lakoniczne, nieprecyzyjne, bądź ogólnikowe, zamawiający musi liczyć się z możliwością otrzymania wyjaśnień charakteryzujących się wymienionymi wcześniej cechami.

Ad casum Zamawiający, w trzecim akapicie wystosowanego do Odwołującego wezwania, wyraził wątpliwość, czy cena jego oferty odzwierciedla m.in. pracochłonność związaną z wykonaniem zamówienia. W odpowiedzi Odwołujący złożył wyjaśnienia odnoszące się do tej kwestii, a nadto przedstawił wyliczenia (arkusze kalkulacyjne) ze wskazaniem na oszacowany przez niego wskaźnik pracochłonności. Oceniając treść odpowiedzi Odwołującego w kontekście treści wezwania, skład orzekający doszedł do przekonania, że Zamawiający nie był uprawniony do wysnucia wniosku o rażąco niskiej cenie oferty Odwołującego z uwagi na niedoszacowanie tego elementu kalkulacji zaoferowanej ceny. Zdaniem Izby okoliczność stanowiąca podstawę odrzucenia oferty Odwołującego została w istocie jedynie zasygnalizowana (wspomniana) w treści wezwania, natomiast treść decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego i odpowiedzi na odwołanie, zawierających wyliczenia pracochłonności związanej z realizacją przedmiotu zamówienia oraz podstawy do jej ustalenia, odbiega poziomem szczegółowości od treści wystosowanego do Odwołującego wezwania. Analizując treść wezwania Odwołujący nie mógł mieć wiedzy o okolicznościach wskazanych chociażby w treści uzasadnienia decyzji o odrzuceniu jego oferty, w której Zamawiający wskazał na oszacowany przez siebie, nieznanym wcześniej Odwołującemu, poziom pracochłonności. W konsekwencji Zamawiający co najmniej przedwcześnie odrzucił ofertę Odwołującego, bezzasadnie pozbawiając go możliwości złożenia szczegółowych, odnoszących się do konkretnych wątpliwości Zamawiającego,

wyjaśnień. Podkreślenia wymaga, że wypracowana w orzecznictwie Izby zasada jednokrotności wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie ma bezwzględnego charakteru i nie znajduje zastosowania w sytuacjach, w których, jak w rozpoznawanej sprawie, pierwsze wezwanie do złożenia wyjaśnień było ogólne i nie obejmowało kwestii poruszonych następnie w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty.

Biorąc powyższe pod uwagę, a także zważywszy na fakt, że pracochłonność wykonania zamówienia skład orzekający uznaje za istotny element kalkulacyjny ceny oferty, Izba nakazała Zamawiającemu kontynuowanie procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty Odwołującego, zgodnie z zakresem wynikającym z pkt 1.3 sentencji orzeczenia.

Skład orzekający uznał, że Zamawiający dopuścił się również naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na brak podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność jej treści z treścią SIWZ.

Przed wszystkim stwierdzić należy, że możliwość skorzystania z przywołanego przepisu Pzp zachodzi w warunkach wskazania przez zamawiającego postanowienia SIWZ, z którym oceniana przez niego oferta jest niezgodna. W przedmiotowej sprawie Zamawiający takiego wskazania nie dokonał ani w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, ani nawet na rozprawie.

Co więcej, lektura postanowień SIWZ nie pozwala na wniosek o istnieniu zarzucanej ofercie Odwołującego niezgodności. Konstrukcja formularza oferty, stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ, potwierdza bowiem tezę Odwołującego o informacyjnym charakterze cen za przeniesienie praw autorskich, ponieważ mieszczą się one w cenach za samo wykonanie badań, ergo nie powiększają - wbrew zapatrywaniom Zamawiającego - ceny oferty, nie stanowiąc dodatkowego wynagrodzenia osiąganego przez wykonawcę z tego tytułu (zob. tabelę z pkt 2 wzoru formularza oferty). Argumentację tę wspiera treść pkt 3 wzoru formularza oferty, w którym wykonawca oświadcza, że zaoferowana cena zawiera m.in. wynagrodzenie z tego tytułu.

W konsekwencji skład orzekający stwierdził, że Odwołujący był uprawniony do zaoferowania nieodpłatnego przeniesienia praw autorskich, bowiem nieodpłatne zaoferowanie elementu świadczenia nie przeczy odpłatnemu charakterowi umowy w sprawie zamówienia publicznego. Co zaś dotyczy argumentacji Zamawiającego opartej na przepisie art. 43 ust. 1 PrAutU należy zauważyć, że zawarta z Odwołującym umowa w sprawie zamówienia publicznego będzie przewidywać nieodpłatne przeniesienie praw autorskich, jako że § 6 WU zostanie uzupełniony o wynagrodzenie wynikające z treści oferty Odwołującego, w której ten element - jak wspomniano - został zaoferowany nieodpłatnie.

W konsekwencji Izba uznała, że Zamawiający unieważnił Postępowanie z naruszeniem przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania (pkt 2 sentencji wyroku) rozstrzygnięto stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018 r., poz. 972 j.t.).

Przewodniczący: