

**WYROK**  
z dnia 3 marca 2016 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Emil Kawa**

**Protokolant:** **Paweł Puchalski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 marca 2016 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lutego 2016 r. przez wykonawcę **PKF Consult sp. z o.o. sp. k., ul. Orzycka 6/1b, 02-695 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. (PGNiG S.A.), ul. Marcina Kasprzaka 25, 01-224 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Deloitte Polska sp. z o.o. sp.k., al. Jana Pawła II 19, 00-854 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie**

**2. kosztami postępowania obciąża PKF Consult sp. z o.o. sp. k., ul. Orzycka 6/1b, 02-695 Warszawa i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **PKF Consult sp. z o.o. sp. k., ul. Orzycka 6/1b, 02-695 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **PKF Consult sp. z o.o. sp. k., ul. Orzycka 6/1b, 02-695 Warszawa** na rzecz **Polskiego Górnictwa Naftowego i Gazownictwa S.A. (PGNiG S.A.), ul. Marcina Kasprzaka 25, 01-224 Warszawa** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. (PGNiG S.A.), ul. Marcina Kasprzaka 25, 01-224 Warszawa, dalej zwane także „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „*wybór audytora do przeprowadzenia badania sprawozdań finansowych PGNiG S.A., skonsolidowanych sprawozdań finansowych Grupy Kapitałowej PGNiG oraz sprawozdań finansowych i skonsolidowanych sprawozdań finansowych spółek Grupy Kapitałowej PGNiG za lata 2016-2018*” znak ZP/GK/15/0382/CS/SB. Ogłoszenie o zamówieniu zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2015/S 202-367635.

W dniu 10 lutego 2016 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty za którą została uznana oferta wykonawcy Deloitte Polska sp. z o.o. sp.k., al. Jana Pawła II 19, 00-854 Warszawa, który to wykonawca skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Ponadto Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty wykonawcy KPMG Audyt sp. z o.o. sp. k.

Na drugim miejsce w rankingu ofert została sklasyfikowana oferta wykonawcy PKF Consult sp. z o.o. sp. k., ul. Orzycka 6/1b, 02-695 Warszawa, który to wykonawca w dniu 9 lutego 2016 roku wniósł odwołanie od tej czynności Zamawiającego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu:

- 1- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp w zw. z art. 90 ust. 3 pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Deloitte pomimo tego, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.
- 2- naruszenie art. 91 ust. 1 pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Deloitte jako najkorzystniejszej, podczas, gdy oferta ta - jako podlegająca odrzuceniu - nie jest ofertą najkorzystniejszą.
- 3- naruszenie art. 8 ust. 1, 2 i 3 pzp oraz art. 96 ust. 2 i 3 pzp poprzez zaniechanie odtajnienia pisma Deloitte z dnia 23 grudnia 2015 roku, stanowiącego odpowiedź na wezwanie dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, skierowane na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 pzp.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, o której poinformowano w dniu 10 lutego 2016 roku;
- dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert;
- odtajnienie pisma Deloitte z dnia 23 grudnia 2015 roku, stanowiącego odpowiedź na

wezwanie dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny

- odrzucenia oferty Deloitte, jako zawierającej cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp dotyczący zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Deloitte pomimo tego, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę, podał, że oferta Deloitte zawiera cenę rażąco niską w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia. Zestawienie zaproponowanej przez Deloitte ceny z zakresem przedmiotu zamówienia musi prowadzić do wniosku, że cena ta ma charakter ceny rażąco niskiej. Wskazał, że Odwołujący był wykonawcą poprzedniego zamówienia dla Zamawiającego dotyczącego badania sprawozdań finansowych za lata 2013-2015 i tym samym posiada bardziej aktualną wiedzę o spółkach podlegających badaniu od Deloitte, który podobne usługi na rzecz Zamawiającego świadczył ostatnio przed kilku laty. Z tego też względu Deloitte w procesie realizacji usług objętych postępowaniem winno poświęcić dalece więcej czasu na pozyskanie oraz analizę szeregu informacji i danych o wszystkich spółkach objętych przedmiotem zamówienia, które Odwołujący, będący następcą prawnym jednego z wykonawców skutecznie ubiegających się wspólnie o udzielenie tamtego zamówienia, będzie musiał jedynie zaktualizować. Powyższe według Odwołującego w znaczący sposób wpływa na spadek jego pracochłonności w realizacji zamówienia, a mimo to cena Deloitte jest niższa od ceny Odwołującego i odbiega o więcej niż 30% zakładanego przez Zamawiającego budżetu zamówienia.

Podał, że w jego ocenie bardzo trudne, o ile nie niemożliwe jest wykonanie przedmiotowego zamówienia za cenę wskazaną w ofercie Deloitte. Wskazał, że skonstruowana cena ma być zgodna z przepisem art. 60 ust. 2 ustawy z dnia 7 maja 2009 roku o biegłych rewidentach i ich samorządzie, podmiotach uprawnionych do badania sprawozdań finansowych oraz o nadzorze publicznym (Dz.U. z 2015 roku, poz. 1011 z późn. zm.) Zgodnie z przywołanym przepisem: *„wynagrodzenie za świadczone czynności rewizji finansowej powinno odzwierciedlać realną pracochłonność oraz stopień złożoności prac i wymaganych kwalifikacji.”* Podniósł, że Zamawiający przy ocenie realności zaoferowanej ceny nie może polegać tylko na informacjach przekazanych przez Deloitte - powinien również przeprowadzić obiektywną analizę, także względem cen rynkowych oferowanych za usługi o podobnym przedmiocie i zakresie (w szczególności w odniesieniu do podmiotów o podobnej wielkości i obrotach) oraz w oparciu o przeprowadzenie szacowania wartości zamówienia przed wszczęciem postępowania. Dodał że Deloitte nie wskazał - i w ocenie Odwołującego nie mógł wskazać - jakichkolwiek okoliczności wskazanych w treści art. 90 ust. 2 Pzp, 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

niska. W konsekwencji, w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 90 ust. 3 Pzp., oferta Deloitte powinna podlegać odrzuceniu.

W zakresie kolejnego zarzutu zarzucił Zamawiającemu iż ten zaniechał odtajnienia pisma Deloitte z dnia 23 grudnia 2015 roku, stanowiącego odpowiedź na wezwanie dotyczącego elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, skierowane na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 Pzp.

Odwołujący nie kwestionuje bynajmniej faktu, że w treści wyjaśnień znajdują się elementy, które zasługują na ochronę na podstawie przepisów o tajemnicy przedsiębiorstwa, z całą pewnością jednak nie można przejść do porządku dziennego nad zastrzeżeniem całości wyjaśnień i przyznaniu im charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący wskazał, że centralna rola opisanej w treści art. 8 ust. 1 pzp zasady wymaga, aby czynione od niej odstępstwa następowały na podstawie wyraźnych przepisów prawnych, interpretowanych w możliwie jak najbardziej ścisły sposób. Od Zamawiających wymaga się, aby dokonywali oceny wystąpienia przesłanek do przełamania zasady jawności ze szczególną starannością, uwagą i skrupulatnością, a nie poprzestając na bezrefleksyjnym przyjęciu prawidłowości i prawdziwości twierdzeń zastrzegającego wykonawcy. W innym przypadku bowiem bardzo łatwo o naruszenie praw pozostałych wykonawców oraz o istotne utrudnienie ich prawa do skorzystania ze środków ochrony prawnej celem zainicjowania obiektywnej weryfikacji zachowania i działań zamawiającego.

Zamawiający błędnie ocenił stan faktyczny i zaakceptował dokument Deloitte z dnia 23 grudnia 2015 r., zawierający wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny, bezzasadnie w całości zastrzeżony przez Deloitte. Mając na uwadze, że wszelkie dokumenty i informacje składane przez wykonawców stanowią załączniki do protokołu, który wraz z załącznikami jest jawny, Zamawiający wadliwie odmawiając ujawnienia bezzasadnie w całości zastrzeżonego dokumentu naruszył zasadę określoną w art. 8 ust. 1 pzp.

Zamawiający, jego zdaniem naruszył zatem przepisy art. 8 ust. 1 i 2 pzp, a także art. 96 ust. 3 pzp w zw. z ust. 2 tego artykułu, gdyż ocenił jako skutecznie utajnione informacje złożone na żądanie wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Deloitte mógł skutecznie zastrzec tylko niektóre informacje służące do uzasadnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W konsekwencji więc istnieją - z całą pewnością - w utajnionym dokumencie takie informacje i treści, w stosunku do których Deloitte nie wykazał, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa.

**Zamawiający** w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o pominięcie w rozpatrzeniu zarzutów, zarzutu dotyczącego naruszenia art. 8 ust 1-3 oraz art. 96 ust. 2 i 3 Pzp tj. zaniechanie ujawnienia informacji zastrzeżonych przez Deloitte Polska sp. z o.o. sp. k., jako spóźnionych i zgłoszonych z naruszeniem art. 182 ust. 3 Pzp, a w zakresie pozostałych zarzutów wniósł o ich oddalenie.

Odnosząc się do kwestii podniesienia zarzutu naruszenia art. 8 ust 1-3 podał, że jak wynika z dokumentacji postępowania, Odwołujący w dniu 8 stycznia 2016 r. zapoznał się z protokołem postępowania o udzielenie zamówienia potwierdzając to w notatce z tej czynności podpisanej przez osobę dokonującą w imieniu odwołującego wglądu do protokołu. W tym dniu Odwołującemu nie została ujawniona informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa Deloitte Polska sp. z o.o. sp. k zawarta w wyjaśnieniach ceny rażąco niskiej złożonej przez tego wykonawcę. Z treści podpisanej notatki w sposób jednoznaczny wynika, że wyjaśnienia ceny tajemnicę przedsiębiorstwa zawierają i nie zostanie ona udostępniona wykonawcom. Wobec tej czynności zamawiającego odwołanie można było wnieść do dnia 18 stycznia 2016 r., a obecnie złożone odwołanie w zakresie tego zarzutu jest spóźnione. Ponadto zastrzeżenie tej informacji było zasadne. Natomiast Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów wskazujących na niezasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w złożonych wyjaśnieniach. W odwołaniu przedstawiono jedynie teoretyczne rozważania o istocie tajemnicy przedsiębiorstwa i hipotezy co do danych, które powinny być jawne. Ponadto Zamawiający stwierdził, że w wyjaśnieniach Przystępującego przedstawiano takie dane, które uniemożliwiały częściową ich prezentację. Stąd zastrzeżenia w całości nie mogły być ujawnione i nie zostały ujawnione.

Zamawiający odnosząc się do zarzutu jakoby cena zaoferowana przez Deloitte Polska sp. z o.o. sp. k była rażąco niska podał, że w postępowaniu zostały złożone 3 oferty. Oferta najtańsza - KPMG Audyt Sp. z o.o. sp. k. za kwotę netto **3 390 000** zł, oferta Przystępującego Deloitte Polska za kwotę netto **3 591 000** zł oraz oferta Odwołującego za kwotę netto **3 828 450** zł. Nie wymaga wg. Zamawiającego szczególnej analizy powyższe zestawienie by uznać, że są to ceny na zbliżonym poziomie i żadna z nich nie odbiega w istotny sposób od pozostałych. Oferta Przystępującego Deloitte Polska jest przy tym ofertą ze średnią ceną spośród wszystkich a więc najtrafniej odzwierciedla stan rynku, którego próbą są złożone oferty. Wobec tej oferty nie sposób więc postawić zarzutu ceny rażąco niskiej. W stosunku do rynku. Odrębną kwestią jest różnica pomiędzy ceną oferty Deloitte Polska, ale także wszystkich pozostałych ofert a wartością zamówienia. Wynika ona (co wskazuje się w protokole postępowania) z okoliczności które miały miejsce przy ustalaniu wartości zamówienia. Zamawiający na podstawie cen uzyskiwanych w ofertach w latach poprzednich, dysponował wiedzą o niezmiernie zróżnicowanych cenach usług audytu. Większość z nich (po uwzględnieniu różnic skali zamówienia) była na poziomie zgodnym z uzyskanymi w obecnym postępowaniu ofertami. Jednakże część propozycji cenowych znacząco odbiegała w górę od tych wartości. Aby uniknąć zarzutu zaniżania wartości zamówienia tj. naruszenia art. 32 ust. 2 ustawy Zamawiający przyjął te nierealistycznie wysokie wyceny do ustalenia wartości zamówienia. Nie oznacza to jednak, że pozostałe ceny są cenami zaniżonymi. Przeciwnie. To zawyżenie cen przez niektórych wykonawców

spowodowało nieuzasadnione przeciętną rynkową zwiększenie wartości zamówienia. Warto nadmienienia jest także, że Zamawiający wskutek procedur wewnętrznych nie mógł w inny sposób ustalić wartości bez niemożliwego do zaakceptowania ryzyka. U Zamawiającego obowiązuje bowiem zasada, że wartość zamówienia jest podstawą zapewniania w budżecie projektowanym na kolejne lata kwoty na dany wydatek. Przyjęcie wartości wyższej uwzględniającej najmniej korzystne, nie zaś typowe, przeciętne okoliczności rynkowe zabezpiecza Zamawiającego przed koniecznością unieważnienia postępowania, gdyby zostały złożone wyłącznie najdroższe sygnalizowane w toku badania rynku oferty.

Zamawiający nie może sobie pozwolić na taką sytuację by z braku zabezpieczonych w budżecie środków musiał unieważnić postępowanie na badanie sprawozdań finansowych, które musi być opublikowane w terminie, który dla spółek notowanych na giełdzie wynika z rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 19 lutego 2009 r (Dz. U. nr 33 poz. 259 ze zm.).

Tym samym przyjęta wartość zamówienia 5 355 000 zł nie jest więc adekwatnym punktem odniesienia do ustalenia czy faktycznie cena oferty Deloitte Polska nie stanowi ceny rażąco niskiej. Zamawiający respektując przepisy ustawy Pzp, zwrócił się do wykonawcy Deloitte Polska o wyjaśnienie przyczyn ustalenia ceny na podanym w ofercie poziomie. W ocenie Zamawiającego wezwanie to nie było więc konieczne i dokonane było jedynie z ostrożności i w celu uniknięcia zarzutu pominięcia przepisu, gdyby przyjęć językową wykładnię obowiązku wezwania do wyjaśnienia ceny.

W odpowiedzi na wezwanie wykonawca Deloitte Polska przedstawił wyjaśnienia które odpowiadają wiedzy zamawiającego co do rynkowych cen za świadczenia tego typu. Odpowiadają też składanym w tym postępowaniu informacjom drugiego z wykonawców (KPMG). Powyższe świadczy o tym, że zaproponowana cena jest zgodna z przeciętnymi właściwymi dla rynku. Nie wymaga też wystąpienia jakichkolwiek szczególnie korzystnych okoliczności u danego wykonawcy, gdyż okoliczności o charakterze powszechnych pozwalają taką cenę uzyskać. Podana przez Deloitte Polska pracochłonność i godzinowe stawki wynagrodzenia odpowiadają wartościom znanym przez zamawiającego. Nie zachodziła więc przesłanka odrzucenia oferty. Cena została ustalona z uwzględnieniem rynkowych realiów i nie nosi znamion ceny rażąco niskiej.

Przystępujący do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego wykonawca Deloitte Polska wniósł o oddalenie odwołania i poparł stanowisko prezentowane przez Zamawiającego.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania, zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła co następuje.**

**Odwołanie jest niezasadne i podlega oddaleniu.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w razie uwzględnienia odwołania to jego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w tym postępowaniu.

Również wykonawca Deloitte Polska sp. z o.o. sp.k., al. Jana Pawła II 19, 00-854 Warszawa, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wykazał interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego, gdyż jego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą w postępowaniu.

Izba odnosząc się do stanowiska Zamawiającego, że podniesiony w odwołaniu zarzut dotyczący uznania za zasadne objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień Przystępującego co do przesłanek kalkulacji ceny ofertowej, został podniesiony po terminie na jego wniesienie, uznała stanowisko Zamawiającego w tym zakresie za zasadne. Ponadto niewątpliwym w sprawie jest fakt, że Deloitte już w złożonej ofercie objął tajemnicą przedsiębiorstwa pewną część dokumentów dotyczących kosztów wykonania zamówienia. Objęcie tych danych tajemnicą przedsiębiorstwa nie było kwestionowane przez Odwołującego. Złożone w dniu 23 grudnia 2015 r. wyjaśnienia Przystępującego w zakresie zaoferowanej ceny należy traktować, jako kontynuację i rozwinięcie zawartych danych zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, a złożonych wraz z ofertą. Dlatego też, gdyby nawet oceniać zasadność tego zarzutu to stwierdzić należy, że wykonawca nie może domagać się odtajnienia danych, związanych z informacją objętą już skutecznie tajemnicą przedsiębiorstwa, a nie zakwestionowanych na pewnym etapie postępowania. Takie postępowanie prowadziłoby do obejścia przepisów prawa, gdyż wykonawca składając wniosek o zdjęcie tajemnicy przedsiębiorstwa z dokumentów złożonych później, pozyskałby także dostęp do dokumentów, których utajnienia na wcześniejszym etapie nie kwestionował. Oczywiście kwestię tą należy oceniać wg. stanu faktycznego danej sprawy.

Poza sporem między stronami był fakt, że w dniu 8 stycznia 2016 roku – co wynika ze złożonej do akt postępowania notatki Zamawiający udostępnił Odwołującemu oferty wykonawców w tym i Deloitte „z wyłączeniem tajemnicy przedsiębiorstwa Deloitte Polska”. Niespornym była także kwestia iż Przystępujący nie złożył do terminu wyboru najkorzystniejszej oferty tj. 10 lutego 2016 roku wniosku o udostępnienie mu części oferty Deloitte zastrzeżonej jako tajemnicę przedsiębiorstwa, w tym także i treści wyjaśnień z dnia 23 grudnia 2015 roku. Przenosząc powyższe na ocenę zasadności stanowiska Zamawiającego Izba stwierdza, że zgodnie z przepisem art. 182 ust. 3 ustawy Pzp wykonawca w sytuacji, gdy wartość zamówienia przekracza progi unijne, może złożyć



odwołanie od czynności Zamawiającego w terminie 10 dni od dnia powzięcia lub przy zachowaniu należytej staranności możliwości powzięcia wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania. Odnosząc się do stanowiska Odwołującego iż z protokołu nr 4 sporządzonego przez komisję przetargową wynikało, że w dniach od 22 grudnia 2015 r. do 15 stycznia 2016 r. komisja przetargowa dokonywała oceny ofert i w dniu 8 stycznia 2016 r. nie było wiadomym, kiedy badanie zostanie zakończone i z jakim skutkiem, to Izba stwierdza, że Odwołujący nie ma racji powołując się na powyższy protokół, gdyż podpisując notatkę z dnia 8 stycznia 2016 roku w sposób jednoznaczny przyjął do wiadomości iż część oferty – w tym wyjaśnienia co do rażąco niskiej ceny, nie zostaną mu udostępnione.

Podkreślić należy iż wykonawca winien wykazywać szczególną troskę o swoje interesy na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia, a nie dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty. Od czynności Zamawiającego podjętych wobec wykonawcy mogą być wnoszone środki odwoławcze, ale tylko w ściśle określonych w art. 182 ust. 1 -3 Pzp terminach. Na powyższe zwrócił także uwagę Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 28 maja 2015 r., sygn. akt XXIII Ga 542/15; oraz Sąd Okręgowy w Przemyślu w wyroku z dnia 11 maja 2015 r., sygn. akt I Ca 131/15, gdzie w uzasadnieniu stwierdzono, że *w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego biorą udział profesjonalni uczestnicy obrotu gospodarczego, którzy powinni przykładać szczególną uwagę do dbałości o własne interesy. Przepisy ustawy o zamówieniach publicznych wprost wskazują, że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia.... Skoro Odwołujący powziął informację o naruszeniu przez zamawiającego przepisu art. 8 ust. 3 Pzp (...) a więc od tego dnia – zgodnie z regulacją z art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp – zaczął biec 10-dniowy termin do wniesienia odwołania od tej czynności. Zarzut ten – jako spóźniony nie powinien być przez Izbę uwzględniony, gdyż wobec upływu terminu zawitego do jego wniesienia uprawnienie w tym względzie wygasło. Ponadto SO w Przemyślu w ww. wyroku stwierdził także, iż gdyby zarzut ten stanowił samodzielną podstawę odwołania wówczas, stosownie do regulacji art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, odwołanie podlegałoby odrzuceniu. Jednakże wobec tego, iż ten spóźniony zarzut, stanowiący podstawę odwołania został zgłoszony obok innych zarzutów, wniesionych w ustawowym terminie, winien być na podstawie odpowiedniego stosowania przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, pozostawiony bez rozpoznania*". Tak też Izba postanowiła uznając iż przedmiotowy zarzut został podniesiony z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie.

W zakresie kolejnego zarzutu dotyczącego nieodrzczenia oferty Przystępującego Deloitte z tego powodu iż została złożona oferta z rażąco niską ceną, Izba na wstępie zauważa iż niewątpliwie Odwołujący miał utrudnione zadanie na wykazanie zasadności dokonanej przez Przystępującego kalkulacji ceny oferty, jak i oceny prawidłowości złożonych

wyjaśnień w tym zakresie. Dlatego też Izba na przed prezentacją stanowisk przez strony i uczestnika postępowania, dokonała z wyłączeniem jawności (bez udziału Odwołującego), oceny wyjaśnień złożonych przez Przystępującego, pismem z dnia 23 grudnia 2015 roku. Wysłuchano wyjaśnień Zamawiającego i Przystępującego, czy zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską, jak również dokonano oceny czy złożone ww. wyjaśnienia spełniają wymagania ustawowe oraz czy spełnione zostały przesłanki określone w art. 11 ust. 4 u.z.n.k..

Niewątpliwym jest, że Odwołujący upatrywał rażąco niskiej ceny w ofercie Odwołującego, opierając się na dysproporcji pomiędzy wartością oszacowania przedmiotu zamówienia dokonaną przez Zamawiającego, a ceną ofertową wykonawcy Deloitte. Różnica ta była znacząca i przekraczała 30%. Izba zauważyła, że nawet znaczna różnica pomiędzy wartością oszacowania przedmiotu zamówienia, a ceną zawartą w ofercie nie może być w prosty sposób przekładana na możliwość wywodzenia rażąco niskiej ceny takiej oferty. Dla uznania, że cena jest rażąco niska, nie jest wystarczające matematyczne określenie różnicy pomiędzy ceną oszacowania i ceną ofertową, a także pomiędzy cenami innych ofert składanych w postępowaniu. Dla uznania, że zaoferowana cena, jest rażąco niską, konieczne jest wykazanie, że przy tym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę, co z kolei może spowodować niewykonanie zamówienia.

Izba ponadto stwierdza, że w pełni akceptuje dokonane przez Zamawiającego porównania cen ofert z tego postępowania oraz wywiedzione w tym zakresie wnioski, przyjmując je za własne. Wskazać ponadto należy iż biorąc pod uwagę fakt, że Przystępujący przez 11 lat wykonywał czynności badania sprawozdań finansowych trudno przyjąć za racjonalne twierdzenia Odwołującego iż jego oferta nie została właściwie oszacowana. Wynika to przede wszystkim z faktu iż średnia arytmetyczna ze złożonych cen ofertowych, wynosi (netto) 3 603 150,00 zł,- przy cenie Przystępującego 3 591 000,00 zł., co daje różnicę w wysokości 12 150,00 złotych. Ponadto oferta Deloitte na przestrzeni trzech lat jest tańsza od oferty Odwołującego o 237 450,00 zł., co odpowiada na jedną badaną spółkę wchodzącą w skład grupy PGNiG różnicę w wysokości 5 500,00 złotych rocznie. Ponadto cena oferty Przystępującego jest wyższa o 201 00,00 złotych od ceny najtańszej oferty złożonej w tym postępowaniu. Ponadto podkreślenia zdaniem Izby wymaga fakt, że na koszty wykonania tego zamówienia składają się przede wszystkim koszty wynagrodzenia osób badających sprawozdania finansowe, które to są wypadkową podaży i zapotrzebowania, na pracowników o określonych kwalifikacjach. Tym samym nie można wykluczyć sytuacji, że wykonania tego samego zadania, u różnych wykonawców, będzie możliwe za inne stawki płacone audytorom

Tak więc biorąc pod uwagę różnice w cenach ofertowych zawartych w złożonych ofertach, Izba uznała, że cena ofertowa Przystępującego jest zarówno ceną rynkową, jak i cena za którą możliwe jest wykonanie tego zamówienia.

Izba, jak wyżej wskazano dokonała także oceny poprawności złożonych przez Przystępującego wyjaśnień, czy wskazana cena ofertowa nie jest ceną rażąco niską. Ocenie poddano w szczególności okoliczność, czy Przystępujący wypełnił ustawowe przesłanki z art. 90 ust.1 Pzp. Oceniając, Izba miała na względzie, że nie są wystarczające jakiegokolwiek wyjaśnienia poczynione przez wykonawcę zmierzające do uznania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz niezbędne są takie, którymi wykonawca wykazuje wypełnienie przesłanek, które warunkują skuteczność takiego zastrzeżenia. Przystępujący w sposób ogólny opisał działania, jakie podejmowane są w jego firmie, aby uzyskać przewagę konkurencyjną nad innymi wykonawcami. Jednakże oceniając powyższe wyjaśnienia w sensie ich odniesienia do wykazania realności zaoferowanej ceny, to Izba ocenia je pozytywnie, ponieważ wskazano ilość godzin, które Przystępujący zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia oraz oferowaną stawkę godzinową dla audytora. Porównując powyższe dane z danymi z oferty drugiego wykonawcy KPMG, oraz porównując kwotowo z danymi z oferty Odwołującego Izba wywiodła, iż różnice w ilości godzin z ofert wykonawców są nieznaczne i zamykają się w granicach +/- 7%. Tak więc można wywieść wniosek, że wszyscy wykonawcy, dla ustalenia ceny ofertowej w sposób podobny kalkulowali ilość godzin oraz stawkę wynagrodzenia dla audytorów. Zaoferowane w tym postępowaniu ceny ofertowe są na zbliżonym poziomie i żadna z nich nie odbiega w istotny sposób od pozostałych, co wskazuje, że oferta Przystępującego zawiera cenę rynkową, a nie rażąco niską.

Ewentualne ułatwienia dla Odwołującego wynikające z posiadanej przez niego wiedzy pozyskanej z wykonywanych ostatnio dla zamawiającego tożsamyh usług, są w przełożeniu na wielkości kwotowe wartością marginalną, a ponadto nie mogły być elementem kalkulacji ceny ofertowej.

Wobec powyższego przedmiotowy zarzut nie znalazł potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – nie miało miejsca w zakresie przepisów podniesionych w odwołaniu

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

**Przewodniczący** .....