

Sygn. akt: KIO 2470/11

KIO 2480/11

WYROK

z dnia 2 grudnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 listopada 2011 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 18 listopada 2011 r. przez wykonawcę Deloitte Audyt spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie;

B. w dniu 19 listopada 2011 r. przez wykonawcę Grupa Gumułka - Audyt spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach,

w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Stołeczne Warszawa,

przy udziale:

A. wykonawcy PricewaterhouseCoopers spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie - zgłaszającego swoje przystąpienia do postępowań odwoławczych o sygn. akt KIO 2470/11 oraz KIO 2480/11 - po stronie Zamawiającego:

B. wykonawcy Grupa Gumułka - Audyt spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach - zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2470/11 - po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddała odwołanie złożone przez wykonawcę Deloitte Audyt spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz uwzględniła odwołanie Grupa Gumułka - Audyt spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach i nakazuje: odtajnienie informacji zawartych w piśmie PricewaterhouseCoopers spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie z dnia 3 listopada 2011 r. stanowiącym wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w zakresie nie stanowiącym tajemnicy przedsiębiorstwa a także unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert spośród ofert niepodlegających odrzuceniu;

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego Deloitte Audyt spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydziestu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołujących Deloitte Audyt spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Grupa Gumułka - Audyt spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach tytułem wpisów od obu odwołań, w tym po 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) od każdego z odwołań;

2.2. zasądza od Zamawiającego Miasta Stołecznego Warszawa na rzecz Odwołującego Grupa Gumułka - Audyt spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach kwotę 15.200 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy dwustu złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu oraz kosztów dojazdu strony na rozprawę.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2470/11

KIO 2480/11

U z a s a d n i e

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Przeprowadzenie badania rocznych sprawozdań finansowych m. st. Warszawy za lata 2011-2014 (2011, 2012, 2013 i 2014) oraz wyrażenie odrębnie za każdy rok pisemnej opinii wraz z raportem zgodnie z postanowieniami art. 65 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości”, z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 września 2011r., pod nr 2011/S 178-292582.

Każdy z Odwoływających w dniu 9 listopada 2011 r. otrzymał od Zamawiającego faksem informację o wyborze najkorzystniejszej oferty.

W dniu 18 listopada 2011 r. Odwołujący Deloitte Audyt spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie wniósł odwołanie wobec oceny i wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez PricewaterhouseCoopers spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie.

Odwołujący zarzucił naruszenia:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez niezachowanie obowiązku równego traktowania wykonawców i prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji;
- 2) art. 26 ust. 4 ustawy, w związku z zaniechaniem wezwania wykonawcy Grupa Gumułka - Audyt Spółka z o.o. do wyjaśnień w zakresie złożonych w ofercie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
- 3) art. 26 ust. 3 ustawy, w związku z zaniechaniem wezwania wykonawcy Grupa Gumułka - Audyt Spółka z o.o. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
- 4) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, w związku z zaniechaniem wykluczenia wykonawcy Grupa Gumułka - Audyt Spółka z o.o. z postępowania, ze względu na nie wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu;

- 5) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w nawiązaniu do art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty wykonawcy Grupa Gumułka - Audyt sp. z o.o. z postępowania ze względu na fakt podlegania wykluczeniu wykonawcy;
- 6) art. 87 ust. 1 ustawy, w związku z zaniechaniem wezwania wykonawcy Grupa Gumułka - Audyt Spółka z o.o. do wyjaśnień dotyczących treści oferty;
- 7) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy, w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty wykonawcy Grupa Gumułka - Audyt sp. z o.o. z postępowania ze względu na fakt nie odpowiadania treści oferty treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 8) art. 90 ust. 2 ustawy, polegające na zaniechaniu Zamawiającego uwzględnienia obiektywnych czynników podczas oceny złożonych wyjaśnień dotyczących ceny przez PricewaterhouseCoopers sp. z o.o.;
- 9) art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy, polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty PricewaterhouseCoopers sp. z o.o., która zawiera rażąco niską cenę;
- 10) art. 92 ustawy poprzez niezgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 11) oraz innych artykułów oraz czynności wymienionych w treści odwołania.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert;
- 2) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 3) dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący Deloitte Audyt spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie argumentuje:

w zakresie zarzutów kierowanych wobec oferty Grupa Gumułka - Audyt Spółka z o.o. w Katowicach:

- **zarzut nr 2 odwołania:** Zał. nr 5 - Wykaz osób, zawiera kolumnę „podstawa dysponowania”. Pozycje 2, 7, 9, 10 i 11 oferty wykonawcy zawierają treść: „dysponuje na podstawie umowy cywilno-prawnej”. Pozostałe pozycje zawierają treść: „dysponuje na podstawie umowy o pracę”. W razie korzystania z udostępnionych osób od innych podmiotów oraz uwzględniając punkt 5 formularza oferty o powierzeniu podwykonawcom „przeprowadzenie badania sprawozdań finansowych innych jednostek niżli Urząd m. st. Warszawy i Dzielnice”, Zamawiający powinien wezwać wykonawcę do wyjaśnień, co oznaczają użyte stwierdzenia. Zamawiający niewłaściwie dokonał lub zaniechał badania informacji wskazanych w wykazie osób, co potwierdza brak korespondencji w tym temacie.
- **zarzut nr 3 odwołania:** Zał. nr 5 - Wykaz osób, zawiera kolumnę „podstawa dysponowania”. Pozycje 2, 7, 9, 10 i II zawierają treść „dysponuje na podstawie umowy

cywilnoprawnej". W razie korzystania z udostępnionych osób od innych podmiotów oraz uwzględniając punkt 5 formularza oferty o powierzeniu podwykonawcom „przeprowadzenie badania sprawozdań finansowych innych jednostek niżli Urząd m. st. Warszawy i Dzielnice” oraz na podstawie ogólnie dostępnych informacji Zamawiający powinien wezwać Grupę Gumułka do uzupełnienia oferty o stosowne dokumenty potwierdzające dysponowanie wskazanymi osobami, czego Zamawiający zaniechał.

- **zarzut nr 4 odwołania:** Zamawiający w oparciu o wyjaśnienia bądź w razie zaniechania uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę Grupę Gumułka powinien wykluczyć wykonawcę z postępowania.

- **zarzut 5 odwołania:** Oferta wykonawcy wykluczonego z postępowania na podstawie potwierdzonych zarzutów 2 i 3 powinna zostać odrzucona.

- **zarzut 6 odwołania:** Punkt 5 formularza oferty o powierzeniu podwykonawcom „przeprowadzenia badania sprawozdań finansowych innych jednostek niżli Urząd m. st. Warszawy i Dzielnice” jest niezgodny z treścią SIWZ, załącznikiem nr 7 do SIWZ (Umowa Nr...) w odniesieniu do par. 2 pkt 1 umowy oraz odpowiedzi na pyt 7 umieszczone w Treści Zapytań Wraz Z Wyjaśnieniami z dnia 17 października 2011 r. (stanowiące integralną część SIWZ). Biorąc pod uwagę zaakceptowany wzór umowy załączony do SIWZ (punkt 4 formularza oferty) niezrozumiała jest zaistniała niezgodność w zakresie zobowiązania się Wykonawcy do przeprowadzenia badania sprawozdania finansowego i jednoczesnego wskazania, iż badanie będzie przekazane w części wykraczającej poza Urząd m. st. Warszawy i Dzielnice do realizacji przez podwykonawcę lub podwykonawców. Zamawiający nie wezwał do wyjaśnienia wskazanych rozbieżności.

- **zarzut 7 odwołania:** zważywszy na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ Zamawiający winien był odrzucić ofertę, czego zaniechał.

W zakresie zarzutów kierowanych wobec oferty PricewaterhouseCoopers sp. z o.o. w Warszawie:

- **zarzut 8 odwołania:** w dniu 28 października 2011 r. Zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz poprosił o potwierdzenie, że wskazana w formularzu cena jest ceną za wykonanie całości przedmiotu zamówienia, określonego w SIWZ. Zgodnie z protokołem postępowania, Zamawiający otrzymał w dniu 3 listopada 2011 r. od wykonawcy wyjaśnienia ceny, które zostały przyjęte i nie była przeprowadzana weryfikacja zawartych w nim treści i wyliczeń. Mając na uwadze, że: kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na wykonanie zamówienia wynosi 1.400.000,00 zł brutto, większość cen ofert (3 z 4) przekracza tę kwotę (Grupa Gumułka - 1.558.164,00 zł brutto, Deloitte - 1.560.000,00 zł brutto, Ernst & Young Audit Sp. z o.o. - 4.349.280,00 zł brutto); cena wskazana w ofercie przez PricewaterhouseCoopers sp. z o.o.

w Warszawie (422.800,00 zł brutto) jest ok 4-o krotnie mniejsza od kwoty, jaką Zamawiający zabezpieczył w oparciu o dokonane oszacowanie przed wszczęciem postępowania; cena wskazana w ofercie przez PricewaterhouseCoopers sp. z o.o. w Warszawie jest ok. 4-o krotnie mniejsza od cen, jakie zostały wskazane przez 2 z 4 ofert a ponad 10-krotnie mniejsza od ceny 1 z 4 ofert; dotychczasowy wykonawca usług badania sprawozdań finansowych Urzędu m. st. Warszawy, posiadający większą wiedzę o przebiegu realizacji przedmiotu zamówienia niż PricewaterhouseCoopers sp. z o.o.; o PricewaterhouseCoopers sp. z o.o. w Warszawie mówi się, że należy do grupy, tzw. „wielkiej czwórki” (Deloitte, E&Y, PricewaterhouseCoopers Sp. z o.o. w Warszawie, KPMG), co świadczy o doświadczeniu, standardach, jakości, rozwiązaniach i zbliżonej cenie. Niezrozumiałe jest zaniechanie ze strony Zamawiającego w zakresie przeprowadzenia dogłębnej analizy wyjaśnienia elementów ceny PricewaterhouseCoopers sp. z o.o. w Warszawie względem cen konkurencji w obecnym postępowaniu. Biorąc pod uwagę inne publicznie dostępne informacje o cenach w postępowaniach na badanie sprawozdania finansowego z wydaniem opinii oraz raportem, analiza Zamawiającego w zakresie weryfikacji pod kątem rażąco niskiej ceny nie może zostać uznana za wykonaną należyście. Niemożliwe jest wykonanie powyższej usługi za cenę wskazaną w ofercie PricewaterhouseCoopers sp. z o.o. w Warszawie, przy założeniu określonej w SIWZ pracochłonności dla przedmiotu zamówienia i w oparciu o wymagane w SIWZ standardy. Zamawiający nie może polegać tylko na informacjach przekazanych przez wykonawcę - powinien także przeprowadzić obiektywną analizę, także względem cen rynkowych oraz w oparciu o przeprowadzenie szacowania wartości zamówienia przed wszczęciem postępowania. Takie stanowisko potwierdza brzmienie art. 90 ust. 2 ustawy.

- **zarzut 9 odwołania:** konsekwencją analizy wyjaśnień PricewaterhouseCoopers sp. z o.o. w Warszawie oraz biorąc pod uwagę obiektywne czynniki może być tylko i wyłącznie uznanie ceny tego wykonawcy za rażąco niską, a w związku z tym konieczność odrzucenia oferty.

Reasumując Odwołujący podał, w zakresie pozostałych zarzutów, iż ofertami podlegającymi ocenie powinny być oferty firm: Deloitte oraz Ernst & Young Audit Sp. z o.o. Zamawiający ocenił pod względem kryteriów wszystkie oferty, przez co naruszył Rozdział IV. Ustawy. Wynikiem poprawnie przeprowadzonej procedury przetargowej może być tylko wybór oferty Deloitte - najkorzystniejszej oferty pod względem kryteriów i wybranej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu. Wskazane zaniechania i niezgodnie z ustawą dokonane czynności względem dwóch wykonawców (Grupy Gumułka oraz PricewaterhouseCoopers spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie) potwierdzają nierówne traktowanie wykonawców i naruszenie zasad uczciwej konkurencji ze szczególną szkodą dla Odwołującego.

W dniu 19 listopada 2011 r. Odwołujący Grupa Gumułka - Audyt spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach wniósł odwołanie wobec:

- 1) zaniechania przez Zamawiającego czynności polegającej na odtajnieniu części wyjaśnień złożonych przez PricewaterhouseCoopers Sp. z o.o. w Warszawie w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia treści oferty - wbrew art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy a także art. 96 ust. 3 w zw. z ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych;
- 2) zaniechania przez Zamawiającego odtajnienia części wyjaśnień złożonych przez PricewaterhouseCoopers Sp. z o.o. w Warszawie w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny - wbrew art. art. 8 ust. 1, 2 i 3 a także art. 96 ust. 3 w zw. z ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych;
- 3) czynności polegającej na nieodrzuconiu oferty PricewaterhouseCoopers Sp. z o.o. w Warszawie pomimo, iż złożona oferta zawiera rażąco niską cenę - wbrew art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych;
- 4) czynności Zamawiającego polegającej na nieodrzuconiu oferty PricewaterhouseCoopers Sp. z o.o. w Warszawie pomimo, iż złożona oferta jest sprzeczna z treścią SIWZ - wbrew art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w efekcie wadliwego zastosowania art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący Grupa Gumułka - Audyt spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) odtajnienia pisma PricewaterhouseCoopers Sp. z o.o. w Warszawie z dnia 3 listopada br. w części dotyczącej: - udzielenia wyjaśnień co do treści złożonej oferty, - sposobu kalkulacji ceny, - cen za podobne usługi z różnych miast Polski, lub też - jeśli odtajnienie części złożonych wyjaśnień nie jest technicznie możliwe - odtajnienia całości wyjaśnień;
- 2) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert spośród ofert niepodlegających odrzuceniu - przy uwzględnieniu wniosków płynących z rozstrzygnięcia odwołania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący Grupa Gumułka - Audyt spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach podał:

- Zamawiający naruszył art. 8 a także art. 96 ust. 3 w zw. z ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż ocenił jako skutecznie utajnione informacje złożone na żądanie wyjaśnienia treści złożonej oferty. W piśmie z dnia 28 października br. Zamawiający skorzystał z dwóch odrębnych trybów przewidzianych ustawą: art. 90 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (co pozostaje w zgodzie z przepisami prawa, gdyż żaden z nich nie zakazuje dokonywania przez zamawiających jednym wezwaniem czynności

umocowanych w różnych normach prawnych). Art. 90 ust. 1 służy do weryfikacji zaistnienia przesłanki określonej w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych - do sprawdzenia czy cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ustawa, stanowiąc że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie precyzuje pojęcia rażąco niskiej ceny. Definicji brak również w dyrektywach. 2004/18/WE oraz 2004/17/WE. W tej sytuacji, opierając się na wykładni językowej, należałoby przyjąć, że użyty zwrot oznacza ofertę z ceną niewiarygodnie niską, znacząco odbiegającą od cen rynkowych (por. Dzierżanowski W., komentarz LEX 2010, Komentarz do art. 89 ustawy - Prawo zamówień publicznych, teza nr 8). Przy stosowaniu dyspozycji tego przepisu zamawiający zakłada a priori, że treść oferty jest zgodna z SIWZ jednakże bada (po powzięciu wątpliwości) czy wysokość ceny nie razi. Wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 3 ustawy dotyczą elementów oferty, a zatem muszą odnosić się do tego, co wykonawca w ofercie zaoferował niezależnie od tego, czy wymagane było przedłożenie szczegółowej dokumentacji technicznej do oferty, czy też zamawiający poprzestał na oświadczeniu wykonawcy na formularzu ofertowym (por. wyrok z 1 września 2011 r. KIO 1773/11). Dyspozycja art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych służy do oceny czy treść oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co jest z kolei niezbędne do eliminacji przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jej zadaniem jest upewnienie Zamawiającego czy rzeczywiście oferta złożona przez wykonawcę zgodna jest z planowanym do udzielenia zamówieniem. Ustawodawca w przepisie art. 87 ust. 1 p.z.p. kreuje dla zamawiającego jedynie uprawnienie do żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, to jednakże za niezbędne należy uznać żądanie tychże wyjaśnień w kwestiach fundamentalnych dla oceny ofert, jeśli w tym zakresie pojawi się jakakolwiek wątpliwość (por. Wyrok z 9 sierpnia 2011 r. KIO 1612/11).

– Jeśli w niniejszym postępowaniu Zamawiający ze swego uprawnienia wezwania skorzystał, czym potwierdził swoje wątpliwości, winien zanalizować odpowiedź PricewaterhouseCoopers sp. z o.o. w Warszawie. Równoległe uprawnienie takie ma również każdy uczestnik postępowania w sprawie zamówienia publicznego, co wynika bezpośrednio z fundamentalnej zasady jawności postępowania (art. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych). Odwołujący został pozbawiony swojego prawa - Zamawiający uniemożliwił mu poznanie wyjaśnień, które PricewaterhouseCoopers sp. z o.o. w Warszawie złożyło w odpowiedzi na zapytanie co zgodności treści oferty z treścią SIWZ. Nie sposób się bowiem zgodzić, iż odpowiedź na pytanie Zamawiającego o treści „*czy zaoferowana przez Państwa cena (...) jest ceną za wykonanie całego przedmiotu zamówienia, który został określony w specyfikacji (...) oraz na warunkach określonych we wzorze umowy*” może być w jakimkolwiek stopniu informacją

poufną - żadnym stopniu nie można jej bowiem przypisać ani jednej z trzech przesłanek określonych w Wyroku SN z 3 października 2000 r. (I CKN 304/00).

- odwołujący podkreśla, iż podnoszony zarzut nie polega na nieudzieleniu przez PricewaterhouseCoopers sp. z o.o. w Warszawie odpowiedzi na złożone wezwanie do wyjaśnienia treści oferty. Odwołujący nie kwestionuje bowiem takiego faktu (a raczej: nie mając możliwości jej zakwestionowania zakłada ją a priori). Zamawiający był zobowiązany do samodzielnej oceny czy wyjaśnienia złożone przez PricewaterhouseCoopers sp. z o.o. w Warszawie mogą być chronione jako poufne - niezależnie od opinii w tym względzie prezentowanej przez PricewaterhouseCoopers sp. z o.o. w Warszawie.

- Zamawiający błędnie ocenił stan faktyczny i zaakceptował dokument bezzasadnie w całości zastrzeżony przez PricewaterhouseCoopers sp. z o.o. w Warszawie. 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, 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający naruszył art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych a także art. 96 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z ust. 2 tego artykułu gdyż ocenił jako skutecznie utajnione informacje złożone na żądanie wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wykonawca mógł skutecznie zastrzec niektóre informacje służące do uzasadnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny - dotyczy to informacji dotyczących wykorzystywanego oprogramowania (czyli informacji o charakterze technicznym) jak też informacji o trybie podejmowania decyzji i trybie ustalania cen w ofertach (czyli informacji o charakterze organizacyjnym). W wyjaśnieniach PricewaterhouseCoopers Sp. z o.o. w Warszawie (skierowanych pismem datowanym 10.11.2011 r. w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia treści dokumentu skierowane pismem Zamawiającego datowanym 07.11.2011 r.) znajdowały się również inne informacje, których zasadności zastrzeżenia poufności ten Wykonawca w żaden sposób nie uzasadnił – co wynika ze spostrzeżenia, że PricewaterhouseCoopers Sp. z o.o. w Warszawie wymieniła wskazane wyżej informacje jedynie przykładowo, o czym świadczy użycie sformułowania „np.". Skoro bowiem autor wyjaśnień powołując się na informacje o charakterze technicznym wskazuje, że są to „np. informacje dotyczące wykorzystywanego oprogramowania" to jednoznacznie dowodzi to, że znajdują się tam również inne informacje, co do których ten Wykonawca nie wyjaśnił czy przynależą one do kategorii informacji o charakterze technicznym. Analogicznie: skoro PricewaterhouseCoopers Sp. z o.o. w Warszawie wymieniając informacje o trybie podejmowania decyzji i ustalania cen w ofertach dodaje, iż jest to wyliczenie przykładowe to przyznaje również, że w wyjaśnieniach zawarł także inne informacje (nie będące

informacjami o trybie podejmowania decyzji i ustalania cen w ofertach). W konsekwencji więc istnieją w utajnionym dokumencie takie informacje, co do których PricewaterhouseCoopers sp. z o.o. w Warszawie nie wyjaśnił, dlaczego uznaje je za tajemnicę przedsiębiorstwa.

- PricewaterhouseCoopers sp. z o.o. w Warszawie zastrzegła informacje, które nie mogą korzystać z takiego przymiotu, tj. sposób kalkulacji ceny w przedmiotowej ofercie oraz ceny innych usług. Sposób kalkulacji ceny przedmiotowej oferty był istotą prośby Zamawiającego. Poszczególne stawki kosztowe zastosowane przez wykonawcę mogą podlegać utajnieniu. Nie sposób jednak zastrzec prawa kontroli dowodu, że cena ustalona w przedmiotowym postępowaniu nie jest rażąco niska. Odwołujący nie domaga się wglądu w metodologię ustalania ceny - stoi jednak na stanowisku, że efekt ostateczny, tzn. elementy oferty, które miały wpływ na wysokość ceny, musi być jawny gdyż stanowi istotę procesu badania rażąco niskiej ceny. Od każdego wykonawcy zależy w jaki sposób zaprezentuje elementy oferty, które miały wpływ na wysokość ceny. Nikt nie nakazuje wykonawcom prezentować całego procesu decyzyjnego, nie ma nawet obowiązku ujawniać informacji w sposób zgodny z procesem w jakim doszło do ustalenia ceny. Nic nie stoi na przeszkodzie aby wykonawca kalkulując cenę wg stawki godzinowej lub dniowej wykazał elementy oferty z podziałem jedynie na fragmenty przedmiotu zamówienia. Gdyby wykonawca ustalał cenę na bazie cen rynkowych, nie ma przeszkód, by tak ustaloną cenę zaprezentował w układzie roboczogodzin czy też dniówek pracy. Ustawodawca zażądał przedstawienia „*elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny*” a nie rozpisywania procesu kalkulacji ceny. Skoro PricewaterhouseCoopers sp. z o.o. miała możliwość wyboru metody prezentacji elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i wybrała metodę ujawniającą jej tajemnicę przedsiębiorstwa, to nie można tego ocenić inaczej niżli próbę wyłączenia innych wykonawców z procesu weryfikacji procederu oferowania cen rażąco niskich.

- Badanie przeprowadzone zaś przez Zamawiającego nie może być bezkrytyczne, powinno być poparte uzyskanymi od wykonawcy dowodami, iż w istocie zastrzeżenie dotyczy tajemnicy przedsiębiorstwa, a nie jest np. czynione w celu ograniczenia konkurentom wglądu do oferty i jej weryfikacji (por. Wyrok z dnia 1 lipca 2011 r. KIO 1308/11).

- PricewaterhouseCoopers sp. z o.o. w Warszawie nie mogła zastrzec informacji nt. cen za podobne usługi z różnych miast Polski. Z samej treści takiego sformułowania wynika, że Wykonawca przedstawił ceny za usługi zlecane przez inne jednostki samorządu terytorialnego, a zatem objęte jawnością właściwą rozstrzygnięciom zamówień publicznych. W takim przypadku nie są spełnione główne przesłanki możliwości skutecznego wyłączenia jawności - nie mają one charakteru technicznego, technologicznego lub organizacyjnego przedsiębiorstwa a ponadto zostały już ujawnione do wiadomości publicznej i nie podjęto w stosunku do nich niezbędnych działań w celu zachowania poufności. Jedynym rozsądnym

wytłumaczeniem dlaczego publicznie jawne ceny mogłyby być tajemnicą PricewaterhouseCoopers sp. z o.o. w Warszawie byłaby informacja, że ceny te są wykorzystywane w procesie kształtowania cen. Tylko wówczas bowiem Jej konkurenci mogliby posiadać wiedzę w jaki sposób Wykonawca dokonuje kalkulacji cen i wykorzystać tę wiedzę w innych postępowaniach (a ściślej rzecz biorąc należałoby jeszcze również poznać relację jaką wprowadza ten Wykonawca pomiędzy średnią ceną rynkową a ustalaną ceną). Jednakże informacja o tym, że średnia cena za podobne usługi z różnych miast „stanowi element metody jaką PricewaterhouseCoopers Sp. z o.o. w Warszawie kalkuluje i weryfikuje kalkulacje cen swoich usług” już została *expressis verbis* ujawniona w wyjaśnieniach tego Wykonawcy z dnia 10.11 br. (na str. 3) i nie została zastrzeżona jako poufna. Tym bardziej zatem, skoro sam PricewaterhouseCoopers sp. z o.o. w Warszawie rozgłasza, że używa średnich cen do kalkulowania ceny konkretnej oferty, stanowi to jednoznaczny argument za jej ujawnieniem, czego jednak nie spostrzegł Zamawiający.

- oferta PricewaterhouseCoopers sp. z o.o. w Warszawie zawiera rażąco niską cenę lub jest sprzeczna z treścią SIWZ (a zarzut podniesiony alternatywnie z racji zawinonego przez Zamawiającego uniemożliwienia na tym etapie szczegółowego zapoznania się zarówno z wyjaśnieniami co do treści oferty jak i z przedstawionymi przez tego Wykonawcę elementami oferty mającymi wpływ na cenę). Przemawia za tym kumulatywne spełnienie następujących przesłanek (cena oferty PricewaterhouseCoopers Sp. z o.o. w Warszawie 422.800 zł): a) rażąca różnica pomiędzy wartością zamówienia (ustaloną poprawnie jako 1.400.000 zł), b) rażąca różnica pomiędzy cenami dwóch kolejnych ofert (zaproponowanymi jako 1.558.164 zł oraz 1.560.000 zł), c) rażąca różnica pomiędzy średnią arytmetyczną wszystkich złożonych ofert (1.977.561 zł). d) z ostrożności procesowej - brak przedstawienia elementów oferty mających wpływ na cenę lub przedstawienie ich w sposób potwierdzający, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, e) rażąca różnica pomiędzy średnimi cenami z innych miast a ceną PricewaterhouseCoopers sp. z o.o. w Warszawie f) stawka godzinowa powodująca ustalenie płacy poniżej płacy minimalnej.

- Jak przyznał sam Wykonawca w wyjaśnieniach, średnia cena za podobne usługi z różnych miast „*stanowi element metody jaką PricewaterhouseCoopers Sp. z o.o. w Warszawie kalkuluje i weryfikuje kalkulacje cen swoich usług*”. Stosowne obliczenia i przykłady przedstawił też w tym zakresie w swoich wyjaśnieniach z 10 listopada 2011 r. Tymczasem uszło uwadze PricewaterhouseCoopers Sp. z o.o. w Warszawie, że we wszystkich podanych „przykładach” przedmiot zamówienia nie tylko nie był tożsamy z przedmiotem niniejszego postępowania ale wręcz się od niego diametralnie różnił. Począwszy bowiem od 2010 r. w żadnym bowiem z miast w Polsce nie zostało rozstrzygnięte zamówienie publiczne, w którym zamawiający narzuciłby liczbę jednostek podlegających badaniu oraz obowiązek

wydawania odrębnych opinii i raportów w zakresie poszczególnych jednostek, których sprawozdania finansowe składają się na poddawane badaniu łączne sprawozdanie finansowe. Tymczasem w niniejszym postępowaniu Miasto st. Warszawa nałożyło na wykonawców obowiązek zbadania w każdym z lat przeciętnie 39 jednostek, jak też obowiązek wydania odrębnych opinii wraz z raportami. Jak wynika bowiem z punktu II.6.2.9 SIWZ „badanie sprawozdań finansowych (...) powinno być tak zorganizowane, aby co najmniej jeden raz w okresie trwania umowy każda jednostka uwzględniona w Załączniku nr 2 została poddana badaniu” (przy uwzględnieniu, że szkoły i placówki oświatowe obsługiwane przez dane biuro finansów oświaty należy traktować jako jedną jednostkę a także z zachowaniem warunku, iż urząd miasta ma być badany corocznie). Z kolei w Załączniku nr 2 jednostek podlegających badaniu (z pominięciem szkół i placówek oświatowych) wymieniono 150 (w tym 1 urząd miasta). Oznacza to, że corocznie obowiązkiem wykonawcy będzie przeprowadzenie przeciętnie 39 badań jednostek (wg wyliczenia: $(150 - 1) / 4 + 1$). Co więcej - badanie w każdej jednostce powinno zakończyć się wydaniem odrębnej opinii wraz z raportem. Przedmiotem zamówienia jest przeprowadzenie corocznie ok. 39 badań sprawozdań finansowych a nie - jednego badania sprawozdania. Tymczasem udzielając wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny PricewaterhouseCoopers sp. z o.o. w Warszawie przedstawiło wyliczenia dotyczące średnich cen za podobne usługi w innych miastach Polski. Kalkulacja taka ewidentnie obnaża przyjęcie rażąco niskiej ceny, gdyż w żadnym z tych miast nie postawiono wymogu badania określonej liczby jednostek. W konsekwencji więc każde z tych badań jest badaniem pojedynczym podczas gdy zamówienie ogłoszone przez Miasto st. Warszawa jest zamówieniem 39 badań sprawozdań finansowych. Skoro zatem PricewaterhouseCoopers sp. z o.o. w Warszawie oparł się na wyliczeniach dotyczących zakresu zamówienia wielokrotnie mniejszego, to nie może dziwić, iż cenę którą oszacował ten Wykonawca jest też rażąco niska. Mając na tym etapie postępowania ograniczoną możliwość zapoznania się z wyliczeniami przedstawionymi przez PricewaterhouseCoopers sp. z o.o. w Warszawie (ze względu na wadliwe nieodtajnienie przez Zamawiającego) przedstawiono wyliczenie średniej ceny za usługi badań sprawozdań finansowych jednostek samorządu terytorialnego w latach 2010-2011. Z wyliczeń tych wynika, że średnia cena za przeprowadzenie badania rocznego sprawozdania finansowego jednostki samorządu terytorialnego jest istotnie wyższa: od 9.760 zł (dla Miasta st. Warszawy) do 122.000 zł (dla Katowic). Tymczasem wykonawca zaproponował cenę 422.800 zł, co daje rocznie kwotę 105.700 zł a przy uwzględnieniu 39 jednostek cenę jednostkową 2.710 zł. Przy interpretacji tej wielkości należy mieć na uwadze różnicę w zakresie przedmiotu zamówienia - w żadnym z postępowań, których ceny zostały przedstawione zamawiający nie narzucił obowiązku badania poszczególnych jednostek

i wydawania z takich badań odrębnych opinii wraz z raportem. Tym samym, odniesienie tych cen do ceny godziwej w niniejszym postępowaniu winno polegać na ich zwielokrotnieniu. Zastosowanie mnożnika 39 byłoby nieodpowiednie, choćby ze względu na ekonomię skali - jak wykazały zarówno oszacowana przez Zamawiającego wartość zamówienia jak i ceny innych oferentów w tym postępowaniu, mnożnik rzędu kilku - lub kilkunastokrotności okazał się mnożnikiem rynkowym. Parametrem kształtującym pracochłonność badania sprawozdania finansowego jest przede wszystkim wysokość sumy bilansowej badanej jednostki oraz wysokość jej przychodów. Oczywistym jest przy tym, że Warszawa jest największym polskim miastem i posiada również największe wartości tych parametrów. Ceny za badanie innych miast w Polsce muszą być kalkulowane na poziomie niższym, co winno prowadzić Zamawiającego do wniosku, iż PricewaterhouseCoopers sp. z o.o. w Warszawie zastosowała cenę rażąco niską. Wynika to również z obowiązujących standardów zawodowych. Podmioty uprawnione do badań sprawozdań finansowych obowiązane są bowiem do przestrzegania Kodeksu Etyki Zawodowej (art. 49 ust. 2 *ustawy z dnia 7 maja 2009 r. o biegłych rewidentach i ich samorządzie, podmiotach uprawnionych do badania sprawozdań finansowych oraz o nadzorze publicznym*). W realizacji tych postanowień (na mocy uchwały nr 1 Krajowego Zjazdu Biegłych Rewidentów) Krajowa Rada Biegłych Rewidentów wydała uchwałę z dnia 8 lutego 2005 r. w sprawie określenia normatywnej pracochłonności minimalnej prac związanych z badaniem sprawozdań finansowych. Zgodnie z nią, podmioty audytorskie obowiązane są do poświęcenia minimalnej ilości godzin pracy w celu przeprowadzenia każdego badania sprawozdania finansowego oraz wydanie opinii i raportu. Minimalna pracochłonność została uzależniona od podstawowych parametrów ekonomicznych: sumy bilansowej i przychodów badanego podmiotu. Mając na uwadze, że łączny bilans M. st. Warszawy za rok 2010 zamknął się sumą bilansową w wysokości 75.938.950.313,19 zł (co zostało ujawnione w punkcie II.6.3.b SIWZ) oraz uwzględniając, iż w Mieście istnieje 150 jednostek podlegających badaniu, można ustalić, że średnia suma bilansowa sytuuje każdą ze 150 jednostek w ostatniej kategorii tabeli zamieszczonej w uchwale („powyżej 240.000”), nawet bez powiększenia o stosowne przychody. Tym samym, minimalna pracochłonność dla badania każdej z 39 jednostek wynosi co najmniej 530 godzin. Łączny zatem czas pracy na wykonanie wszystkich 39 audytów w roku budżetowym wynosi 20.679 godzin (tj. $530 \cdot 39$) a w całym okresie objętym zamówieniem 82.680 godzin. Uwzględniając teraz, że PricewaterhouseCoopers Sp. z o.o. w Warszawie zaproponowało cenę (bez uwzględnienia podatku od towarów i usług) w wysokości 360.000 zł można wyliczyć cenę roboczogodziny pracy jako 4,35 zł. Tak ustalona cena jednostkowa godziny pracy jest niższa od płacy minimalnej ($4,35 \text{ zł} \cdot 8 \text{ godz.} \cdot 21 \text{ dni roboczych} = 730,80 \text{ zł}$) i jako taka jednoznacznie wskazuje na rażąco niską cenę. Gdyby uwzględnić w

obliczeniach jeszcze inne koszty, które niewątpliwie musiał oszacować wykonawca (np. dojazdy, materiały biurowe), ewidentnie otrzyma się zamówienie realizowane ze stratą. Zamawiający winien ocenić, iż dokonane wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych) i na tej podstawie, jak też w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, dokonać odrzucenia tej oferty.

- zasadny jest wniosek, iż PricewaterhouseCoopers sp. z o.o. w Warszawie nie złożyła oferty zgodnej z SIWZ, tzn. przewidującej przeprowadzenie w każdym z 4 lat trwania zamówienia około 39 badań sprawozdań finansowych (łącznie co najmniej 153 badania). Zamawiający wprowadził wszczął procedurę zwrócenia się do tego Wykonawcy o udzielenie wyjaśnienia treści złożonej oferty ale nie była ona przeprowadzona w sposób prawidłowy. Zamawiający zadał prośbę o potwierdzenie, że zaoferowana cena jest ceną za wykonanie całego przedmiotu zamówienia. Ponieważ ocena dokonana przez Zamawiającego nie umożliwia jednoznacznie rozstrzygnięcia czy treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ stanowi to istotę zarzutu dot. art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Uchylenie rozstrzygnięcia w przedmiocie wyboru oferty niewątpliwie umożliwi prawidłowe przeprowadzenie procedury zwracania się o wyjaśnienia treści złożonych ofert (abstrahując od podniesionego wcześniej zarzutu bezzasadnego ich nieujawnienia). Brzmienie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie zasadza się na niezgodności treści lub formy formularza ofertowego. Na potwierdzenie stanowiska Odwołujący załączył: wyliczenie średniej ceny za usługi badań sprawozdań finansowych jednostek samorządu terytorialnego w latach 2010-2011 oraz Uchwałę nr 259/20/2005 Krajowej Rady Biegłych Rewidentów z 8 lutego 2005 r.

Po stronie Zamawiającego do obu postępowań odwoławczych przystąpili wykonawcy PricewaterhouseCoopers spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie – po stronie Zamawiającego (w sprawie o sygn. akt KIO 2470/11 oraz KIO 2480/11) oraz Grupa Gumułka - Audyt spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach (w sprawie o sygn. KIO 2470/11), wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięć na korzyść Zamawiającego.

W przystąpieniu PricewaterhouseCoopers spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie podjęta została polemika z argumentacją zawartą w obu każdym odwołań:

co do odwołania Deloitte Audyt sp. z o.o.:

- Zamawiający oceniając kalkulację ceny zaoferowanej przez Przystępującego wziął pod uwagę obiektywne czynniki mające wpływ na wysokość ceny. Wykonawca w wyjaśnieniach zawartych w piśmie z dnia 3 listopada 2011 r. szczegółowo przedstawił zarówno kalkulację ceny oferty jak i wyszczególnił, jakie obiektywne czynniki i w jaki sposób wpłynęły na

wysokość przedmiotowej ceny. Nie można twierdzić, iż oceniając wyjaśnienia, Zamawiający naruszył art. 90 ust. 2 ustawy Pzp nie biorąc pod uwagę okoliczności w nim wymienionych;

- Nieuzasadnione jest twierdzenie, iż Zamawiający zaniechał dogłębnej analizy wyjaśnienia elementów ceny względem cen konkurencji. Uzyskanie i zaakceptowanie przez Zamawiającego wyjaśnień Przystępującego czyni zadość obowiązkowi wyjaśnienia ceny oferty w przypadku, gdy istnieje podejrzenie, iż cena ta jest rażąco niska. Poziom cen konkurencji w przedmiotowym postępowaniu stanowił wyraźną przesłankę do powzięcia wątpliwości, czy cena zaoferowana przez wykonawcę nie jest rażąco niska, a wystąpienie takich wątpliwości obligowało Zamawiającego do przeprowadzenia procedury określonej w art. 90 ustawy Pzp, która została przeprowadzona. Sama różnica w poziomie cen nie jest wystarczającym dowodem na stwierdzenie, iż cena jest rażąco niska. W tym przypadku złożone wyjaśnienia wykluczyły taką możliwość.

- stwierdzenie, iż niemożliwe jest wykonanie usługi za zaoferowaną cenę jest nieudowodnione. Istnieją obiektywne okoliczności realizacji zamówienia przez podmiot oferujący daną cenę, które zostały przedstawione Zamawiającemu, a które uzasadniają wysokość zaoferowanej ceny. Wnioskowanie o rażąco niskiej cenie na podstawie cen rynkowych oraz o przeprowadzone szacowania Zamawiającego mogą dowodzić jedynie konieczności uzyskania wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, nie zaś dowodzić rażąco niskiej ceny.

- nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego także art. 84 ust. 1 pkt 4 oraz art. 92 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający uzyskał wszelkie informacje pozwalające mu ocenić, czy cena nie jest rażąco niska. Analiza tych wyjaśnień doprowadziła go do słusznego wniosku, iż Przystępujący miał podstawy, aby zaoferować tak konkurencyjną cenę. Zamawiający nie miał podstaw, aby odrzucić ofertę Przystępującego jako zawierającą rażąco niską cenę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, a także poprawnie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, nie naruszając art. 92 ust. 2 ustawy Pzp.

co do odwołania Grupa Gumułka Audyt sp. z o.o.:

- Wyjaśnienia dotyczące treści złożonej oferty i jej zgodności z treścią SIWZ zostały w taki sposób użyte w przesłanych wyjaśnieniach, iż nie jest możliwe odtajnienie tych informacji. Stanowią one element kompleksowych wyjaśnień dotyczących bardzo wrażliwych danych dla Przystępującego i ich odtajnienie mogłoby prowadzić do odtajnienia innych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Zasada jawności jest podstawową zasadą prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Wyjątkiem od tej zasady jest jednak możliwość utajnienia przez firmy tajemnicy przedsiębiorstwa zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W przypadku zasadnego utajnienia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, informacje te podlegają ochronie bez względu na interes konkurentów w

postępowaniu do ich ujawnienia. W piśmie z dnia 10 listopada 2011 r. Odwołujący udowodnił, że zastrzeżone informacje spełniają wszystkie trzy przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, dlatego zgodnie z ustawą Pzp, mimo ogólnej zasady jawności nie mogą zostać udostępnione (art. 8 ust. 3 ustawy Pzp). Chęć kontroli działań innych wykonawców w postępowaniu oraz zamawiającego nie może stanowić argumentu na odtajnienie informacji będących tajemnicą przedsiębiorstwa.

- Nie stanowi żadnego argumentu domysł, iż w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny poza przykładowymi informacjami „znajdowały się także inne informacje, których zasadności zastrzeżenia poufności ten Wykonawca w żaden sposób nie uzasadnił”.

- Wyjaśnienia zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa właściwie uzasadniały stanowisko Przystępującego, co potwierdza działanie Zamawiającego, który poznawszy informacje utajnione jak i uzasadnienie ich utajnienia nie podjął decyzji o odtajnieniu informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, choć mógł tak postąpić. Wszystkie informacje zawarte w piśmie z dnia 3 listopada 2011 r., stanowiące kompatybilną całość, mają dla niego istotną wartość gospodarczą, nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej i Przystępujący podjął kroki co do zachowania ich poufności.

- Ogólne dowodzenie, iż przedstawiając sposób kalkulacji ceny można oprzeć się wyłącznie na informacjach jawnych, czyli nie stanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa nie ma znaczenia w przedmiotowym stanie faktycznym. Przystępujący przedstawił informacje w taki sposób, aby udowodnić Zamawiającemu, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Przygotowane pod takim kątem wyjaśnienia spełniają jednak wszystkie przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, tak więc mają prawo korzystać z ochrony przysługującej tajemnicy przedsiębiorstwa.

- Nie można zgodzić się, iż podanie informacji, że w wyjaśnieniach udzielonych na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wskazywano na średnice ceny z różnych miast do kalkulacji ceny oferty, nie niweczy poufności tych informacji. Nie zostało bowiem ujawnione w jaki sposób te informacje są wykorzystywane, ceny z jakich miast zostały wykorzystane do kalkulacji ceny oferty i w jaki sposób ich przywołanie potwierdza, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

- całość informacji zawartych w piśmie z dnia 3 listopada stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, nie ma więc informacji, które należałoby odtajnić, bez względu na techniczną trudność przeprowadzenia takiego działania.

- jako przesłanki do stwierdzenia, że cena jest rażąco niska, Odwołujący przyjął m.in. wartość zamówienia, co do której arbitralnie stwierdził, iż jest ona "ustalona poprawnie" a także średnią arytmetyczną cen złożonych w przedmiotowym postępowaniu ofert. Próbką ta jest jednak za mała i w związku z tym takie wyliczenie niewiele dowodzi. Audytorów spełniających wymagania Zamawiającego w Polsce jest o wiele więcej, zatem wnioskowanie, iż wyliczona z 4 zaledwie cen średnia jest poprawna, jest błędne.

- Zakres zamówienia obejmuje przeprowadzenie badania oraz wydanie opinii i raportów z badania. Ich treść będzie uwzględniała wszystkie wymogi sprawozdawcze jednostek samorządu terytorialnego oraz specyfikę jednostek organizacyjnych Zamawiającego objętych łącznym sprawozdaniem finansowym. Specyfika ta powoduje, iż czas poświęcony na badanie (wraz ze sporządzeniem opinii i raportów z badania) jednostek organizacyjnych wchodzących w skład m. st. Warszawy nie można traktować tak samo jak czas poświęcony na badanie (wraz ze sporządzeniem opinii i raportu z badania) łącznych sprawozdań finansowych m.st. Warszawy. Nie jest właściwe i poprawne podzielenie ceny podanej w ofercie na ilość opinii i raportów do wydania. Nie mamy bowiem do czynienia z wieloma indywidualnymi i niezależnymi badaniami a integralnie jednym zleceniem, w ramach którego zostaną wydane właściwe opinie i raporty. Stosowanie podejścia „mnożnika” wynikającego z liczby jednostek nie jest więc uzasadnione.

- jednostki organizacyjne miasta wymienione w SIWZ, bez względu na wymóg wydania oddzielnych opinii i raportów, muszą - w zakresie określonym przez Zasady wykonywania zawodu biegłego rewidenta - podlegać badaniu w ramach badania łącznego sprawozdania finansowego m. st. Warszawy. Aspekt ten uwzględniono przy potwierdzeniu zakresu badania i zaproponowanej ceny. Nie można zgodzić się, iż skoro w badaniach w innych miastach Polski nie postawiono wymogu badania określonej liczby jednostek, to badania w jednostkach nie powinny zostać przeprowadzone. Sformułowanie takiego wymogu w SIWZ nie jest konieczne dla przyjęcia właściwej metodologii i zakresu badania łącznego sprawozdania finansowego.

- nie sposób zgodzić się z wnioskiem: *„W konsekwencji więc przedmiotem zamówienia jest przeprowadzenie coroczne ok. 39 badań sprawozdań finansowych a nie - jednego badania sprawozdania.”* Przeczy to sformułowaniu przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego *Przeprowadzenie badania rocznych sprawozdań finansowych m.st. Warszawy za lata 2011-2014 (2011, 2012, 2013, 2014) oraz wyrażenie odrębnie za każdy rok pisemnej opinii wraz z raportem zgodnie z postanowieniami art. 65 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości.*

- Przystępujący nie zgadza się z przedstawionym przez Odwołującego rozumieniem „pracochłonności”. Pracochłonność w podejściu Przystępującego, zgodnie z Międzynarodowymi Standardami Rewizji Finansowej kształtowana jest przez: ryzyka zniekształcenia sprawozdania finansowego, charakter wykonywanych prac rewizyjnych oraz stopień ich skomplikowania. Wysokość sumy bilansowej i przychód są całkowicie drugorzędne i nie powinny być rozpatrywane jako jedyne uwarunkowanie kształtujące wynagrodzenie biegłego rewidenta. Same wielkości kwot zawarte w sprawozdaniu finansowym nie mogą w żaden sposób prowadzić bezpośrednio do konkluzji na temat pracochłonności. Tzw. poziom istotności badania powoduje, iż niekoniecznie np. pięciokrotnie wyższa suma bilansowa jednostki A od jednostki B prowadzi do pięciokrotnie większej pracochłonności badania jednostki A. Równie możliwe jest, iż faktyczna pracochłonność badania jednostki B będzie większa niż jednostki A.

- argumenty wysunięte na poparcie tezy, iż cena jest rażąco niska wynikają jedynie z subiektywnych założeń oraz arbitralnie przyjętych i mechanicznie stosowanych wskaźników, w całkowitym oderwaniu od istoty badań sprawozdań finansowych w tym również sprawozdania zamawiającego oraz przewidywanej pracochłonności badania konkretnego sprawozdania.
- co do argumentu Odwołującego, dotyczącego rzekomej niezgodności z uchwałą Krajowej Rady Biegłych Rewidentów z dnia 8 lutego 2005 r. w sprawie normatywnej pracochłonności minimalnej prac związanych z badaniem sprawozdań finansowych, można stwierdzić, iż z powodu niezgodności z porządkiem prawnym Rzeczypospolitej, ww. uchwała nie mogła i nie była stosowana w praktyce - wedle posiadanych informacji będzie uchylona.
- Podniesiony z ostrożności zarzut, iż oferta Przystępującego powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodna z treścią SIWZ także jest bezpodstawny. Oferta (w tym także zaoferowana cena) obejmuje cały zakres przedmiotu zamówienia określonego przez Zamawiającego w SIWZ.

Zamawiający na rozprawie wnosił o oddalenie każdego z odwołań.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, oferty wykonawców PricewaterhouseCoopers spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Grupa Gumułka - Audyt spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach wraz z wyjaśnieniami PricewaterhouseCoopers spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie dotyczącymi elementów kalkulacyjnych oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz zasadności utajnienia informacji, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestników, ustalono i zważono, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ustalono dalej, że każdy z wykonawców wnoszących odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, gdyż uwzględnienie odwołania w sposób postulowany przez właściwych Odwołujących, zgodnie z odpowiednimi żądaniami podniesionymi w odwołaniach skutkować może uzyskaniem przez Odwołujących możliwości uzyskania przedmiotowych zamówień.

Nie uwzględniono wniosku Zamawiającego o odrzucenie każdego z odwołań, jako wniesionych po upływie dziesięciodniowego terminu, uzasadnionego tym, iż każde z odwołań należało złożyć – w myśl art. 182 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w terminie 10 dni liczonych od dnia otwarcia ofert, bowiem z tym dniem wykonawcy powzięli wiadomość o podstawie do wniesienia środka ochrony prawnej. Skoro z treści wniesionych odwołań wyraźnie wynika zakres każdego z nich, w tym przede wszystkim zakwestionowane czynności, to nie sposób przyjmować, wbrew wyraźnym intencjom Odwołujących, że odwołania skierowane są wobec innych, aniżeli wyraźnie w nim wskazane czynności. Inną sprawą jest bowiem kwestia ewentualnej zasadności bądź nietrafności podniesionego w odwołaniu zarzutu, inną zaś zakres wniesionego środka ochrony prawnej. Ewentualnej nietrafności argumentacji nie można bowiem z góry przesądzać, odrzucając wniesiony środek ochrony prawnej, jakim jest odwołanie z przyczyn formalnych. Z tego względu nie dopatrzoneo się podstaw do odrzucenia odwołań, opisanych w art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy, biorąc pod uwagę, że:

- w odwołaniu Deloitte Audyt sp. z o.o. wyraźnie w uzasadnieniu zarzutu nr 8 nawiązano do wezwania przez Zamawiającego wykonawcy PricewaterhouseCoopers spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie do wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz wskazano: *„Wyjaśnienia PricewaterhouseCoopers spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie zostały przyjęte i nie była przeprowadzana weryfikacja zawartych w nim treści i wyliczeń.”*; *„Takie stanowisko potwierdza brzmienie art. 90 ust. 2 ustawy, „konsekwencją dokonania analizy wyjaśnień PricewaterhouseCoopers spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz biorąc pod uwagę obiektywne czynniki może być tylko i wyłącznie uznanie ceny PricewaterhouseCoopers spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie za rażąco niską a w związku z tym konieczność odrzucenia oferty.”*, nadto oparcie odwołania na brzmieniu art. 90 ust. 2 ustawy, a także art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy, przy jednoczesnym wyraźnym wyartykułowaniu w uzasadnieniu, iż dotyczy ono oceny wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny nie pozwala uznać, by dotyczyło ono wcześniejszych, aniżeli ocena wyjaśnień PricewaterhouseCoopers spółki z o.o. w Warszawie, czynności Zamawiającego;

- podobnie odwołanie Grupa Gumułka - Audyt spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach: wskazuje ono jako zakwestionowane czynności zaniechanie przez Zamawiającego odtajnienia części wyjaśnień PricewaterhouseCoopers sp. z o.o. w Warszawie oraz zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy pomimo, iż złożona oferta zawiera rażąco niską cenę - wbrew art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych

oraz wbrew art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Również uzasadnienie odwołania wyraźnie nawiązuje do niewłaściwej oceny wyjaśnień tego wykonawcy.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że – w myśl art. 181 ustawy, z ograniczeniami dla postępowań o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy odwołanie przysługuje od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. W okolicznościach, gdy przedmiotem odwołania jest zaniechanie przez Zamawiającego określonych czynności, dla których ustawa nie zakreśla terminów na ich dokonanie, nie sposób przyjmować, że odwołanie należy złożyć w wymaganym (tutaj: dziesięciodniowym) terminie, liczonym od dnia otwarcia ofert. Kiedy zamawiający jest w trakcie badania ofert, ich analizy i w żaden sposób nie uzewnętrznia, by już dokonał jakichkolwiek czynności z tym związanych, choćby incydentalnych, nie może to zamykać uczestnikom postępowania drogi do wnoszenia środków ochrony prawnej. Prowadziłoby to bowiem do paradoksalnej sytuacji, że odwołanie wniesione w ciągu dziesięciu dni od otwarcia ofert, gdy zamawiający jeszcze bada oferty i wynik tego badania jest nieprzesądzony należałoby uznać za przedwcześnie, zaś po tym terminie – za spóźnione wobec upływu ustawowego terminu. Otwierałoby to także możliwości nadużywania uprawnienia nieograniczonego w czasie badania ofert, skutkującego w konsekwencji pozbawieniem realizacji prawa do zakwestionowania działań i zaniechań zamawiającego w trybie środków ochrony prawnej. W sytuacji zaś, gdy zamawiający dokonuje oceny ofert, daje wyraz tej oceny – wzywając wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, czy wyjaśnień w zakresie zasadności utajnienia dokumentów złożonych w postępowaniu, termin na wniesienie odwołania należy liczyć od uzewnętrznionej oceny przez zamawiającego tych dokumentów.

Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku z 20 czerwca 2011 r. w spr. KIO 1172/11 – w odniesieniu do terminu na wniesienie odwołania od bezzasadnego nieodtajnienia dokumentów składanych w postępowaniu – należy zauważyć, na co zwraca także uwagę orzecznictwo, iż w odniesieniu do tzw. odtajnienia oferty, której elementy zastrzeżono jako tajemnicę przedsiębiorstwa, przy obliczaniu terminu na wniesienie odwołania związanego z zaniechaniem takiej czynności, zasadniczą trudnością jest określenie daty, kiedy rozpoczyna on bieg. Powyższe związane jest z brakiem w ustawie ustawy Prawo zamówień publicznych dookreślenia czy wskazania tego typu czynności, ich formy czy stosownego momentu ich dokonania oraz poinformowania o powyższym wykonawców. Równocześnie, w świetle orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt III CZP 74/05 na zamawiającym ciąży obowiązek przeprowadzenia weryfikacji skuteczności

zastrzeżenia. Jednak ani Sąd Najwyższy w powyższym orzeczeniu ani ustawa ustawy Prawo zamówień publicznych nie wskazuje na procedurę dokonania takiej weryfikacji, w tym w jakim czasie i w jaki sposób skuteczność owego zastrzeżenia zamawiający ma badać i jak powinien informować wykonawców o wynikach takiego badania. Zamawiający nie jest więc zobowiązany do dokonywania jakichkolwiek formalnych czynności w tym zakresie, poza udostępnieniem informacji, które tajemnicy przedsiębiorstwa nie stanowią niezależnie od tego, czy zostały zastrzeżone przez wykonawcę. Tym samym, zdaniem części orzecznictwa, należałoby przyjąć najwcześniejszy możliwy termin, w jakim zamawiający zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofertach mógł zweryfikować, a wykonawcy mogli się o jego ustalenia w tym przedmiocie oraz woli dalszego postępowania z ofertą w tym zakresie dowiedzieć. Takim terminem jest moment otwarcia ofert. Art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, iż wobec czynności innych niż wymienione w ust. 1 i 2 tegoż przepisu (a więc np. zaniechania udostępnienia informacji, która nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa i jako taka winna w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego być jawna), odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Równocześnie art. 180 ust. 1 ustawy Pzp przewiduje, iż odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Przesłanką do wniesienia odwołania jest zatem określona czynność lub zaniechanie zamawiającego, a nie innego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym fakt, iż dany wykonawca dokonał bezzasadnego, zdaniem innego wykonawcy i potencjalnego odwołującego, zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie jest wystarczające dla stwierdzenia, iż zaistniała podstawa do wniesienia odwołania. Podstawę taką, w ocenie Izby stanowić będzie odmowa udostępnienia pełnej treści oferty lub innego dokumentu w tym w zakresie objętym tajemnicą przedsiębiorstwa (udostępnienie oferty z pominięciem elementów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa lub też przyjęcie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i uznanie ich za prawidłowo utajnione). Dopiero wówczas można uznać, iż „*powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia*”, tj. o odmowie udostępnienia dokumentu w zakresie, co do którego wykonawca uznaje, iż brak jest możliwości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Trudno zgodzić się przy tym, by termin na wniesienie odwołania należało liczyć od dnia otwarcia ofert albo złożenia przez wykonawców wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. W takim wypadku bowiem ocena przez Zamawiającego wyjaśnień, o której mowa w art. 90 ust. 1 i 2 ustawy nie miałaby znaczenia, skoro nie mogłoby być objęte kontrolą

wykonawców dokonywana w trybie środków ochrony prawnej. O rażąco niskiej cenie możemy zaś mówić, gdy Zamawiający dokonał oceny złożonych wyjaśnień i ocena ta potwierdziła rażąco niską cenę lub wyjaśnień nie złożono.

Powyższe można także odnieść do wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W analizowanej sprawie, ocena wyjaśnień wykonawcy PricewaterhouseCoopers sp. z o.o. w Warszawie w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny znalazła wyraz w wyborze oferty tego wykonawcy (o czym wykonawcy zostali poinformowani w dniu 9 listopada 2011 r.). Czynność pozytywnej oceny zasadności utajnienia informacji w wyjaśnieniach PricewaterhouseCoopers Sp. z o.o. w Warszawie także należy wiązać z tą datą, skoro przyjęte przez Zamawiającego wyjaśnienie zastrzeżenia informacji nosi datę już po wyborze najkorzystniejszej oferty (10 listopada 2011 r.), co by wskazywało, że Zamawiający pozytywnie ocenił zasadność zastrzeżenia informacji przez tego wykonawcę jeszcze przed otrzymaniem Jego wyjaśnień w tym zakresie. Zgodnie natomiast z treścią art. 96 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający sporządza pisemny protokół postępowania o udzielenie zamówienia, przy czym oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacja z zebrania, o którym mowa w art. 38 ust. 3 ustawy, zawiadomienia, wnioski, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załączniki do protokołu. W myśl art. 96 ust. 3 ustawy, protokół wraz z załącznikami jest jawny, przy czym załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Stąd należało uznać, że Zamawiający, decydując o wyborze najkorzystniejszej oferty (a ten moment jest zarazem chwilą, w której aktualizuje się obowiązek ujawnienia załączników, w tym ewentualnych wyjaśnień wykonawców) z tą chwilą przesądził o zasadności zastrzeżenia całości złożonych przez PricewaterhouseCoopers Sp. z o.o. w Warszawie wyjaśnień.

Tym samym należało uznać odwołania Deloitte Audyt sp. z o.o. w Warszawie (wniesione 18 listopada 2011 r.) oraz Grupa Gumułka - Audyt Sp. z o.o. w Katowicach (wniesione 19 listopada 2011 r.) za złożone w ustawowym, dziesięciodniowym terminie, liczonym od dnia wyboru najkorzystniejszej oferty – co do oceny wyjaśnień PricewaterhouseCoopers sp. z o.o. w Warszawie oraz zaniechania odrzucenia oferty Grupa Gumułka - Audyt spółka z o.o. w Katowicach (odwołanie Deloitte Audyt) oraz w odniesieniu

do uznania za zasadne zastrzeżenia wyjaśnień z dnia 3 listopada 2011 r. przez PricewaterhouseCoopers Sp. z o.o. w Warszawie.

Przepis art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że uwzględnienie odwołania może mieć miejsce tylko wtedy, gdy zostanie stwierdzone takie naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Na gruncie analizowanej sprawy, w zakresie wyznaczonym treścią postawionych w odwołaniu Grupa Gumułka Audyt sp. z o.o. w Katowicach zarzutów, dopatrzone się takich naruszeń.

I tak, uzasadniając dokonane rozstrzygnięcie, w zakresie podniesionych w każdym z odwołań zarzutów uwzględniono okoliczności:

W sprawie KIO 2470/11 (odwołanie Deloitte Audyt spółka z o.o. w Warszawie):

Nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy, w związku z zaniechaniem wezwania wykonawcy Grupa Gumułka - Audyt Spółka z o.o. w Katowicach do wyjaśnień oraz uzupełnienia w zakresie złożonych w ofercie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący – bezpodstawnie - upatruje niespełnienia warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę Grupa Gumułka - Audyt Spółka z o.o. w Katowicach jak również niezgodności oferty tego wykonawcy we wskazaniu w *Wykazie osób* pięciu osób, co do których, jako podstawę dysponowania podano: „*dysponuje na podstawie umowy cywilnoprawnej*”. Okoliczność, że jednocześnie ten wykonawca w formularzu oferty podał, iż będzie korzystał z podwykonawców, składając oświadczenie o treści: „*Oświadczamy, że wykonanie następujących części zamówienia powierzymy podwykonawcom*” *przeprowadzenie badania rocznych sprawozdań finansowych innych jednostek niżli Urząd m. st. Warszawy i Dzielnice*” nie oznacza, że wskazane w *Wykazie osób* pięć osób będzie podwykonawcami Grupa Gumułka - Audyt Spółka z o.o. w Katowicach oraz, że zachodzi potrzeba wyjaśnienia tak określonej podstawy dysponowania oraz uzupełnienia dokumentów potwierdzających dysponowaniem wymienionymi w *Wykazie* osobami. Po pierwsze – brak jest podstaw do wnioskowania, wbrew treści oświadczenia w *Wykazie osób*, że wykonawca nie dysponuje wymienionymi osobami. Wskazanie jako tytułu tego dysponowania umów cywilnoprawnych z osobami nie czyni niedopuszczalnym posłużenia się w postępowaniu takimi osobami. Nie oznacza to jednak obowiązku szczególnego udokumentowania dysponowania osobami, skoro takiego udokumentowania – w inny sposób, aniżeli oświadczenie własne wykonawcy zawarte w postaci *Wykazu osób* – nie wymagał Zamawiający. Postępowanie o zamówienie jest postępowaniem sformalizowanym, którego reguły opisane zostały w specyfikacji istotnych warunków zamówienia opracowanej w tym

celu przez Zamawiającego. W postępowaniu wymagane są informacje o podstawie dysponowania osobami, nie zaś dokumenty określające więź wykonawcy z daną osobą. Po drugie, umowa cywilnoprawna jest pełnowartościowym sposobem nawiązania relacji z osobami, na podstawie której wykonawca będzie nimi dysponował. Wnioskowanie, że skoro w odniesieniu do trzech spośród wykazanych osób (trzech doradców podatkowych) na stronie internetowej Krajowej Izby Doradców Podatkowych wskazano jako miejsce prowadzenia doradztwa podatkowego adres spółki innej, niż Grupa Gumułka - Audyt Spółka z o.o. w Katowicach, oznacza to że wykonawca nie dysponuje tymi osobami, jest nieuprawnione. Nie ma bowiem przeszkód zarówno formalnych jak i faktycznych, by osoba zawarła umowę cywilnoprawną z więcej niż jednym podmiotem, bądź będąc pracownikiem innego podmiotu. Niedopuszczalność takiego ukształtowania relacji nie wynika z przepisów Prawa zamówień publicznych ani prawa pracy lub innych. Nie stawia takich ograniczeń także ustawa o doradztwie podatkowym, wymieniając jedynie czynności, których doradca podatkowy nie może wykonywać. Nie można bowiem – wbrew wyraźnemu oświadczeniu wykonawcy zawartemu w *Wykazie osób* – domniemywać lub zgadywać, że być może osoby te mają być podwykonawcami, lub nastąpiło ich udostępnienie przez podmiot trzeci z zastosowaniem regulacji art. 26 ust. 2 b ustawy. W okolicznościach brak jest podstaw do takiego wnioskowania, skoro z żadnego ze złożonych przez Gumułka - Audyt Spółka z o.o. w Katowicach dokumentu nic takiego, choćby pośrednio nie wynika. Stąd wniosek Odwołującego Deloitte, iż Zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy Grupa Gumułka - Audyt Spółka z o.o. w Katowicach do wyjaśnień oraz uzupełnienia w zakresie złożonych w ofercie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie zasługuje na uwzględnienie. W konsekwencji nie potwierdził się także – pochodny zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, w związku z zaniechaniem wykluczenia wykonawcy Grupa Gumułka - Audyt Spółka z o.o. z postępowania - ze względu na nie wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, jak również art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy - w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty wykonawcy Grupa Gumułka - Audyt Spółka z o.o. z postępowania ze względu na fakt podlegania wykluczeniu wykonawcy.

Nie potwierdziły się również zarzuty naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy, w związku z zaniechaniem wezwania wykonawcy Grupa Gumułka - Audyt Spółka z o.o. do wyjaśnień dotyczących treści oferty oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy w nawiązaniu do art. 82 ust. 3 ustawy, w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty wykonawcy Grupa Gumułka - Audyt Spółka z o.o. z postępowania, ze względu na fakt nie odpowiadania treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący niezgodności oferty wykonawcy Grupa Gumułka - Audyt spółka z o.o. w Katowicach ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia zdaje się upatrywać w złożeniu przez tego wykonawcę w pkt 5 formularza oferty oświadczenia o powierzeniu podwykonawcom „*przeprowadzenia badania sprawozdań finansowych innych jednostek niżli Urząd m. st. Warszawy i Dzielnice*” oraz brzmieniu załącznika nr 7 do SIWZ (Umowa Nr...) w odniesieniu do par. 2 pkt 1 umowy i odpowiedzi na pytanie 7 umieszczone w Treści Zapytań Wraz Z Wyjaśnieniami z dnia 17 października 2011 r. (stanowi integralną część SIWZ). Odwołujący niewłaściwie zakłada, że skoro w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawarto wymagania, by to „Wykonawca” przeprowadził badanie sprawozdania finansowego, co podkreślono też w odpowiedzi na pytanie 7 umieszczone w Treści Zapytań Wraz Z Wyjaśnieniami z dnia 17 października 2011 r., to wyłącza to możliwość korzystania z podwykonawstwa.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że możliwość skorzystania przy realizacji zamówienia z podwykonawców jest uprawnieniem wynikającym z ustawy. Ustawodawca przewidział bowiem w art. 36 ust. 4 i 5 ustawy, iż zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom, przy czym wykonawca może powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcom, z wyjątkiem przypadku gdy ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia zamawiający zastrzeże w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że część lub całość zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom.

Także w tym postępowaniu podwykonawstwo jest dopuszczalne – Zamawiający nie ograniczył go bowiem w jakimkolwiek zakresie a przeciwnie – możliwość takiego właśnie zaoferowania wykonania zamówienia została założona już w kształcie formularza ofertowego, którego wzór opracował Zamawiający. Dopuszczalności skorzystania z podwykonawcy nie uchybia fakt, że Grupa Gumułka - Audyt spółka z o.o. w Katowicach wskazała podwykonawcę do przeprowadzenia kompletnego badania sprawozdań finansowych innych jednostek niż Urząd m. st. Warszawy i Dzielnice – Zamawiający nie wyłączył tego rodzaju działań, zaś pewność, że badanie będzie przeprowadzone poprawnie gwarantuje z jednej strony ustawa o rachunkowości i zawarte w niej wymaganie, że badanie sprawozdania finansowego przeprowadza biegły rewident, z drugiej zaś – postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z którymi badanie sprawozdań finansowych ma być sporządzone zgodnie z tą ustawą.

Stąd uznano za niepotwierdzone zarzuty naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy, w związku z zaniechaniem wezwania wykonawcy Grupa Gumułka - Audyt Spółka z o.o. do wyjaśnień dotyczących treści oferty oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy w nawiązaniu do art. 82 ust. 3 ustawy, w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty wykonawcy Grupa Gumułka -

Audyt spółka z o.o. z postępowania ze względu na fakt nie odpowiadania treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Uznano za potwierdzone zarzuty naruszenia art. 90 ust. 2 ustawy, polegające na zaniechaniu Zamawiającego uwzględnienia obiektywnych czynników podczas oceny złożonych wyjaśnień dotyczących ceny przez firmę PricewaterhouseCoopers sp. z o.o. w Warszawie oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy, polegające na zaniechaniu Zamawiającego odrzucenia oferty PricewaterhouseCoopers Sp. z o.o., która zawiera rażąco niską cenę i art. 92 ustawy poprzez niezgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty.

Analiza treści wyjaśnień dotyczących elementów kalkulacyjnych mających wpływ na wysokość ceny wskazuje, że zarzuty podniesione w odwołaniu Deloitte Audyt sp. z o.o. w Warszawie znajdują uzasadnienie, z przyczyn opisanych szczegółowo w zakresie uzasadnienia uwzględnienia odwołania Grupa Gumułka Audyt sp. z o.o. w Katowicach. Biorąc jednak pod uwagę, że dla uwzględnienia odwołania – w myśl art. 192 ust. 2 ustawy - konieczne jest, by stwierdzone naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, co wymagało potwierdzenia zarzutów stawianych zarówno wobec Grupa Gumułka - Audyt spółka z o.o. w Katowicach jak i PricewaterhouseCoopers sp. z o.o. w Warszawie, bowiem tylko wtedy odwołanie miałoby wpływ na sytuację Odwołującego. Odwołanie stanowi środek ochrony prawnej, zmierzający nie do uzyskania stanu ogólnej zgodności z prawem działań zamawiającego, ale kierowany na zmianę sytuacji wykonawcy, który z tego środka korzysta. Zatem w przypadku Odwołującego, uwzględnienie odwołania wymagałoby potwierdzenia zarzutów nie tylko wobec PricewaterhouseCoopers Sp. z o.o. w Warszawie ale także wobec Grupa Gumułka - Audyt spółka z o.o. w Katowicach, skoro obaj wykonawcy wyprzedzają Odwołującego według dokonanej oceny ofert. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 8 listopada 2011 r. w spr. KIO 2287/11 i 2339/11, *„poprzez wynik postępowania, w kontekście art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, należy rozumieć możliwość uznania danej oferty za najkorzystniejszą. Wszakże celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie umowy, którego bezpośrednim następstwem jest wybór oferty najkorzystniejszej, stanowiącym jednocześnie wynik tego postępowania.”* Stąd odwołanie Deloitte Audyt sp. z o.o. w Warszawie, mimo potwierdzenia zarzutu kierowanego wobec oferty złożonej przez PricewaterhouseCoopers Sp. z o.o. w Warszawie, podlegało oddaleniu.

W sprawie KIO 2480/11 (odwołanie Grupa Gumułka - Audyt Spółka z o.o. w Katowicach):

W odniesieniu do zarzutu bezpodstawnego zaniechania odtajnienia zastrzeżonej przez PricewaterhouseCoopers Sp. z o.o. w Warszawie części wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny

Podkreślenia wymaga, że zasada jawności postępowania o zamówienie publiczne jest jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, określoną wprost w art. 8 ust. 1 ustawy – *Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne*. Przejawia się ona w szeregu czynności podejmowanych przez zamawiającego i uczestników postępowania, począwszy od publicznego, jawnego ogłoszenia o zamówieniu, przez jawne otwarcie ofert i udostępnienie protokołu, ofert, oświadczeń składanych w toku postępowania aż po jawność umowy w sprawie zamówienia publicznego. Art. 8 ust. 1 ustawy nadał jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rangę zasady o doniosłym znaczeniu. Jak wskazuje się w doktrynie, jawność postępowania o zamówienie publiczne „z jednej strony jest prawem każdego oferenta gwarantującym dostęp do informacji o toczącym się postępowaniu. Z drugiej strony jest nakazem skierowanym do zamawiających, prowadzących postępowanie, aby na każdym jego etapie zagwarantowali oferentom dostęp do informacji na temat zamówienia publicznego”; a także „Realizacja zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest ustawowym priorytetem. Orzecznictwo jednoznacznie wskazuje na konieczność wyjątkowego ograniczenia tej zasady ze względu na wszelkiego rodzaju „tajemnice”. Wyłączenie jawności postępowania możliwe jest tylko przy wykazaniu potrzeby ochrony określonych ustawą wartości. Z tego powodu zamawiający jest zobowiązany prowadzić postępowanie wyjaśniające w celu weryfikacji zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, oferenci zaś powinni wykazać, że zastrzeżli poufność danych w sposób uprawniony. Zawsze zastrzeżenie ma charakter wyjątkowy wobec jawności postępowania (zob. wyrok KIO UZP z 19 lipca 2010 r., KIO/UZP 1400/10, *LexPolonica nr 2369090*)” (tak: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, S. Babiarsz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, wyd. 2, LexisNexis Polska, Warszawa 2010, s. 114-115). Wyjątek od zasady jawności postępowania wyraża przepis art. 8 ust. 3 ustawy, zgodnie z którym *nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy*. Art. 86 ust. 4 ustawy wymienia enumeratywnie elementy jakie w złożonej ofercie nie mogą zostać zastrzeżone, należą do nich nazwa (firma), adres wykonawcy a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania

zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach. Ustawodawca tym samym, *a contrario* dopuścił możliwość objęcia pozostałych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą. W zakresie informacji, które nie podlegają udostępnieniu ustawa odsyła do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa ujętej w Ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 roku (Dz. U. z 2003 roku, Nr 153 poz. 1503 ze zm.). Zgodnie z treścią art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się *nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności*. Przyjmuje się w oparciu o ugruntowane orzecznictwo (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., sygn. akt I CKN 304/00), że aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie następujące warunki:

1. informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
2. informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
3. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Informacja ma charakter technologiczny, techniczny jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem.

Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle. Wskazać w tym miejscu należy, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczający w reżim oparty na zasadzie jawności, powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których

wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Godna uwagi w tym miejscu jest teza wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 września 2001 r. (sygn. akt I CKN 1159/2000), gdzie wskazano, że: „zakresem tajemnicy przedsiębiorstwa nie mogą być objęte informacje powszechnie znane lub takie, o których treści każdy zainteresowany może się legalnie dowiedzieć”.

Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00). Powszechnie przyjmuje się - zdaniem Sądu Najwyższego, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja (wiadomość) „nie ujawniona do wiadomości publicznej” to informacja nieznaną ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Taka informacja staje się „tajemnicą przedsiębiorstwa”, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, informacja może być nieznaną, ale nie będzie tajemnicą.

Wobec powyższego stwierdzić należy, iż przedsiębiorca ma obowiązek podjęcia działań, które zgodnie z wiedzą i doświadczeniem zapewnią ochronę informacji przed upowszechnieniem, czy - ściślej mówiąc - ujawnieniem. Wskazuje to na obiektywną ocenę użytego w przepisie 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zwrotu „niezbędność”. Ocena ma być dokonana *ex ante*, a nie *ex post*. Działanie przedsiębiorcy musi doprowadzić do powstania warunków stwarzających duże prawdopodobieństwo, że informacja pozostanie nieujawniona. Tak więc, dopóki sam przedsiębiorca, nie podejmie działań bezpośrednio zmierzających do zachowania danych informacji w poufności, nie można mówić o tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Obowiązkiem Zamawiającego jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania, w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Na obowiązek badania przez Zamawiającego poczynionego przez wykonawców zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 roku, III CZP 74/05 cyt. „w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta - na podstawie art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.

U. Nr 19, poz. 177, ze zm.) - zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji". Wyrażony przez Sąd Najwyższy pogląd zachowuje, w ocenie Izby, pełną aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów prawa. Tak więc Zamawiający przede wszystkim powinien dokonać oceny, jaki charakter ma zastrzeżona informacja. Następnie powinien mieć pewność, że informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa są takimi informacjami, które są nieznanne ogółowi osób, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem, jak również, czy przedsiębiorca – dysponent informacji wyraża wolę, by dana informacja pozostała tajemnicą dla pewnego kręgu odbiorców i jakie niezbędne czynności podjął w celu zachowania poufności informacji. Tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania musi być interpretowana w bardzo ścisły i ostrożny sposób, a powyższe mieści się w charakterze obowiązków, a nie uprawnień Zamawiającego. Jeżeli, w ocenie zamawiającego, zastrzeżone przez wykonawcę informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa lub mają charakter jawnych, wówczas zobowiązany jest on do ich ujawnienia w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Nie można przyjąć, by ciężar ten spoczywał na wykonawcy, który zarzut nieskutecznego zastrzeżenia podnosi w odwołaniu. Skoro wykonawca dokonuje zastrzeżenia i czynność ta musi zostać oceniona przez zamawiającego pod względem jej skuteczności, oczywistym jest, że wykonawca jest obowiązany wykazać, iż podjął przewidziane ustawą działania zmierzające do zachowania poufności zastrzeżonych informacji.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu – w celu wyjaśnienia, czy zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – zwrócił się do PricewaterhouseCoopers Sp. z o.o. w Warszawie pismem z dnia 7 listopada 2011 r. do złożenia wyjaśnień dotyczących zasadności zastrzeżenia, wyznaczając zarazem termin na złożenia takich wyjaśnień do 10 listopada 2011 r., do godz. 13.

Wykonawca PricewaterhouseCoopers Sp. z o.o. w Warszawie w odpowiedzi, pismem z dnia 10 października 2011 r. przytoczył art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz tezę z wyroku Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. w spr I CKN 304/00, a także podał, iż:

- w piśmie z 3 listopada 2011 r. przedstawiono kalkulację ceny ofertowej oraz przedstawiono obiektywne czynniki wpływające na wysokość ceny. *Wśród przedstawionych informacji*

znajdują się zarówno informacje o charakterze technicznym (np. informacje dotyczące wykorzystywanego przez PwC oprogramowania) jak i informacje o charakterze organizacyjnym (np. informacje o trybie podejmowania decyzji i ustalania cen w ofertach) oraz inne informacje posiadające wartość gospodarczą (np. sposób kalkulacji ceny oferty złożonej przez PwC). Wszystkie zawarte w wyjaśnieniach PwC informacje składają się na jedną spójną całość mającą bezsprzecznie wartość gospodarczą. Dotyczą bowiem mechanizmów wypracowanych w wieloletniej praktyce firmy, służących funkcjonowaniu na rynku konkurencyjnym, zdobywaniu zamówień, wycenianiu usług. Każda z firm funkcjonujących na rynku stosuje swoje procedury w tym zakresie, skuteczność których weryfikuje rynek. Procedury wskazane w wyjaśnieniach są wynikiem wieloletnich doświadczeń, zostały zoptymalizowane, aby z jednej strony należycie zabezpieczać interes PricewaterhouseCoopers Sp. z o.o. w Warszawie i oferować najlepszy produkt kontrahentom, z drugiej strony, aby nie paraliżować firmy nadmiernym formalizmem. Jest to więc know-how firmy, które przyczynia się do jej sukcesów i skuteczności zabiegania o nowe zamówienia oraz konkurowania z innymi podmiotami działającymi na rynku;

- spełniona została także druga przesłanka pozwalająca na utajnienie przedmiotowych informacji - zarówno ogólne procedury wskazane w omawianych wyjaśnieniach jak i informacje dotyczące konkretnie kalkulacji zaoferowanej ceny nie zostały ujawnione, tzn. w żaden sposób nie podano ich do publicznej wiadomości. Są to informacje jako całość nieznanе ogółowi, w szczególności osobom, które ze względu na swoją działalność zawodową byłyby zainteresowane jej posiadaniem. PwC nie ujawniła ich, ani przez zamieszczenie na stronie internetowej, ani w ofertach przesyłanych klientom. Ogólne informacje zawarte w przedmiotowym piśmie są znane jedynie pracownikom i współpracownikom naszej firmy, natomiast szczegółowe informacje związane z kalkulacją ceny oferty z dnia 27 października 2011 r. są znane jedynie wąskiemu gronu osób spośród pracowników PwC, którzy przygotowywali ofertę i mają brać udział w realizacji przedmiotowego zamówienia. Osoby te jednak zostały zobowiązane do zachowania dyskrecji w tej sprawie. PricewaterhouseCoopers Sp. z o.o. w Warszawie podejmuje także inne liczne działania, które mają na celu zachowanie poufności jej działań, w tym także tych opisanych w piśmie z dnia 3.11.2011 r., co potwierdza ostatnią z trzech przesłanek niezbędnych do wykazania, aby uznać informacje za tajemnicę przedsiębiorstwa. Do takich należą m.in.: kontrola dostępu do siedziby firmy (wejście do firmy za pomocą czytnika, możliwość odczytania historii czytnika); system monitoringu; całodobowa ochrona fizyczna; zabezpieczenia sieci; ograniczenia dostępu do sieci pracowników; szyfrowanie poczty elektronicznej; zabezpieczenia sprzętu komputerowego; zobowiązanie pracowników w umowach o pracę do zachowania poufności w sprawach związanych z funkcjonowaniem firmy.

- żaden przedsiębiorca (konkurent) nie może dowiedzieć się o treści pisma z dnia 3.11.2011 r. zwykłą drogą, w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z jego strony;

- informacje, które mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa mają indywidualny charakter. To przedsiębiorca - w tym przypadku PricewaterhouseCoopers Sp. z o.o. w Warszawie - decyduje, iż dana informacja staje się tajemnicą jego przedsiębiorstwa, kiedy przejawia wolę zachowania jej jako niepoznawalnej dla osób trzecich. Zastrzeżone zostały zarówno informacje ogólne jak i bardziej szczegółowe. Niemniej jednak wszystkie te informacje składają się na jedną, kompleksową całość mającą wartość gospodarczą wykonawcy, nieujawnioną przez niego a także zabezpieczoną przed jej upublicznieniem (m.in. przez zastrzeżenie ich tajności). Nawet fakt, że w wyjaśnieniach znajduje się wyliczenie średniej ceny za podobne usługi z różnych miast Polski nie podważa zasadności utajnienia całości informacji zawartych w piśmie PricewaterhouseCoopers Sp. z o.o. w Warszawie. Mimo, iż informacja ta dotyczy danych możliwych do uzyskania, jednak użyta w tym kontekście stanowi element metody jaką wykonawca kalkuluje i weryfikuje kalkulację cen swoich usług, co sprawia, iż jest to informacja, która może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa

W ocenie Izby, złożone wyjaśnienia nie są wystarczające dla uznania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie przedstawił dowodów na potwierdzenie swoich wyjaśnień. Należy z całą mocą podkreślić, że to jawność postępowania jest zasadą, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie ogólnych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia. Przyjęcie odmiennej argumentacji pozwoliłoby wykonawcom biorącym udział w przyszłych postępowaniach dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji zawartych w ofertach w każdym przypadku, w którym takie zastrzeżenie uznałoby za korzystne dla siebie, bez konieczności poczynienia jakichkolwiek wcześniejszych starań pozwalających na zachowanie poufności tychże informacji. Takie działanie prowadziłoby do nagminnego naruszania zasady jawności postępowania i jako takie – byłoby zjawiskiem niekorzystnym i niebezpiecznym z punktu widzenia również takich zasad postępowania, jak zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W konsekwencji ograniczałoby możliwość kontroli działań i zaniechań zamawiającego, w trybie środków ochrony prawnej, skoro wykonawcy uczestniczący w postępowaniu, wobec nieuprawnionego zastrzegania informacji w istocie zostaliby pozbawieni możliwości kwestionowania nieznanymi im informacji.

Podkreślenia przy tym wymaga, że ciężar udowodnienia skuteczności poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywa na podmiocie, który z tego działania

wyciąga korzystne dla siebie skutki prawne - w tym przypadku spoczywa on na przystępującym PricewaterhouseCoopers sp. z o.o. w Warszawie. Nie można przyjąć, by to na Odwołującym, który nie ma możliwości zapoznania się z treścią zastrzeżonych przez wykonawców dokumentów, winien przedstawić dowody na bezskuteczność zastrzeżeń ujętych we wnioskach o dopuszczenie do udziału. Złożone przez wykonawcę, w wyniku wezwania zamawiającego, wyjaśnienia, nie potwierdzają, w ocenie Izby, konieczności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa zastrzeżeń poczynionych w wyjaśnieniach dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, wyjąwszy tę część wyjaśnień, które specyfikują wykorzystywane przez PricewaterhouseCoopers Sp. z o.o. w Warszawie oprogramowanie (pkt ad b - strona trzecia wyjaśnień z dnia 3 listopada 2011 r.). Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05), zamawiający winien zbadać *„skuteczność dokonanego przez oferenta (...) zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji.”* Zatem obowiązkiem zamawiającego jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania, w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający obowiązkowi temu nie uczynił zadość: na moment wyboru najkorzystniejszej oferty będący zarazem dniem powiadomienia za pomocą faksu o tej czynności wykonawców uczestniczących w postępowaniu (dzień 9 listopada 2011r. – vide: informacje o wyborze najkorzystniejszej oferty kierowane do wykonawców z dnia 9 listopada 2011 r. ZP/JK/271/III-177/11, wraz z raportami z transmisji faksów z tej samej daty) Zamawiający nie dysponował jeszcze odpowiedzią wykonawcy PricewaterhouseCoopers Sp. z o.o. w Warszawie co do zasadności zastrzeżenia informacji – tę bowiem otrzymał w dniu 10 listopada 2011 r. Termin wyznaczony przez Zamawiającego na wyjaśnienie zasadności zastrzeżenia (pismo Zamawiającego z 7 listopada 2011 r. nr ZP/JKL/271/III-177/11) także na moment wyboru najkorzystniejszej oferty nie upłynął, skoro, jak wynika z końcowej części tego pisma, wyjaśnienia należało złożyć: *„do Biura Zamówień Publicznych przy ul. Senatorskiej 36, IV piętro, pok. Nr 13, w Warszawie do dnia 10 listopada 2011 r. do godz. 13:00”*. Powyższe prowadzi do konkluzji, iż dokonana przez Zamawiającego ocena zasadności zastrzeżenia przez PricewaterhouseCoopers sp. z o.o. w Warszawie informacji dokonana została przed zapoznaniem się z wyjaśnieniami wykonawcy dotyczącymi tego zastrzeżenia. Należy w tym miejscu przypomnieć, iż zgodnie z brzmieniem art. 96 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia

zamawiający sporządza pisemny protokół postępowania o udzielenie zamówienia, przy czym oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacja z zebrania, o którym mowa w art. 38 ust. 3 ustawy, zawiadomienia, wnioski, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załączniki do protokołu. W myśl art. 96 ust. 3 ustawy, protokół wraz z załącznikami jest jawny, przy czym załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Powyższe oznacza, że Zamawiający musi uczynić złożone pisma załącznikami do protokołu, zaś z momentem wyboru najkorzystniejszej oferty – być gotowym do ich udostępnienia zainteresowanym. W konsekwencji, w momencie wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający musiał mieć wyrobione stanowisko co do zasadności zastrzeżenia informacji, choć nie otrzymał jeszcze wyjaśnień wykonawcy – dysponenta tych informacji co do zasadności zastrzeżenia. Powyższe pozwala wnioskować, iż pozytywna ocena dokonanej przez PricewaterhouseCoopers sp. z o.o. w Warszawie zastrzeżenia informacji nie została poddana odpowiedniej refleksji. Nadto, Zamawiający poprzestał na przyjęciu oświadczenia wykonawcy o podtrzymaniu woli zastrzeżenia informacji, podczas gdy ich treść jedynie w niewielkim stopniu pozwala przyznać informacjom przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa. W niniejszym postępowaniu Zamawiający - za Przystępującym - przyjął, iż informacje, składające się na treść wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Stanowisko powyższe, w ocenie Izby, nie jest jednak prawidłowe. Nasilający się trend w toku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, którego skutkiem są działania wykonawców zmierzające do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa jak największej grupy dokumentów powinien, nie tylko ze względu na istniejące przepisy prawa, ale również z powodu, chęci wyłączenia przez wykonawców oceny ofert spod kontroli innych wykonawców, skłonić zamawiających do wnikliwej analizy podstaw ograniczenia dostępu do informacji z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zwrócić też należy uwagę, iż różny jest rodzaj chronionych przez art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wiadomości, jedne mają charakter techniczny, inne technologiczny, ale są i takie, które obejmują pewne informacje istotne z punktu widzenia organizacji przedsiębiorstwa jako takiego (jego struktury, przepływu dokumentów, zabezpieczenia danych itp.). Zaliczenie przedmiotowych wyjaśnień do kategorii informacji, o których mowa w art. 11 ust. 4 powołanej ustawy powoduje, iż dla ustalenia, czy stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa konieczne jest stwierdzenie, że nie zostały ujawnione do

wiadomości publicznej a wykonawca podjął niezbędne działania do zachowania ich w poufności (tak też: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 sierpnia 2011 r. w spr. KIO 1612/11).

Mimo że nie można, co do zasady, wykluczyć możliwości zastrzeżenia danych częściowych składających się na cenę oferty podawanych w ramach wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, to badanie skuteczności ich zastrzeżenia winno być dokonywane szczególnie wnikliwie. Również ewentualne dane o kontraktach z dostawcami, podwykonawcami, ich warunkach, stosowanych warunkach transakcji mogłyby być uznane za posiadające wartość gospodarczą dla wykonawcy.

Wyniki postępowania przed Izbą oraz akta sprawy nie pozwalają na ustalenie, że całość informacji zastrzeżonych przez PricewaterhouseCoopers Sp. z o.o. w Warszawie, stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Analiza treści złożonych przez Przystępującego informacji w przedmiocie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny skłania do konkluzji, iż zasadnicza większość zawartych tam wiadomości, dotyczących organizacji przedsiębiorstwa, wyjąwszy te dotyczące stosowanych narzędzi informatycznych nie ma charakteru poufnego. Znakomita większość informacji zawartych w piśmie z dnia 3 listopada 2011 r. zamieszczona jest przy tym na stronach internetowych Przystępującego, niejednokrotnie z większą szczegółowością. Wskazane przez wykonawcę starania mające, jego zdaniem, na celu nieujawnienie informacji do wiadomości innych podmiotów, takie jak kontrola dostępu do siedziby firmy; system monitoringu; całodobowa ochrona fizyczna; zabezpieczenia sieci; ograniczenia dostępu do sieci pracowników; szyfrowanie poczty elektronicznej; zabezpieczenia sprzętu komputerowego; zobowiązanie pracowników w umowach o pracę do zachowania poufności w sprawach związanych z funkcjonowaniem firmy stanowią raczej powszechnie stosowane działania zmierzające do ochrony mienia podmiotu. Przedmiot działalności wykonawcy, w tym świadczenie usług z zakresu badania sprawozdań finansowych, doradztwa podatkowego z założenia wiąże się przy tym z dostępem do wrażliwych informacji klientów, zaś zarówno biegły rewident jak i doradca podatkowy są z mocy odpowiednich ustaw zobowiązani do nieograniczonego w czasie zachowania w tajemnicy wszystkiego, czego dowiedzieli się w związku z wykonywaniem czynności zawodowych (tajemnica zawodowa). Zatem sygnalizowane zabezpieczenia sieci; ograniczenia dostępu do sieci pracowników, szyfrowanie poczty elektronicznej, zabezpieczenia sprzętu komputerowego czy zobowiązania pracowników w umowach o pracę do zachowania poufności mogą raczej wynikać z charakteru wykonywanych czynności, aniżeli z zamiaru zachowania w poufności informacji, o których mowa w piśmie z 3 listopada 2011 r. Przystępujący nie wykazał zaś, by te działania nakierowane były na ochronę tych informacji,

które zastrzegł lub informacji o wadze i szczegółowości jak te, które zawarł w piśmie z 3 listopada 2011 r.

Ogólność danych i uniwersalny charakter informacji wynikających z wyjaśnień oraz sposób ich prezentacji nie wskazują na zawarcie w nich indywidualizującego wykonawcę, charakterystycznego dla niego oraz godnego ochrony know-how. Waler taki miałyby informacje mające znaczenie z uwagi na mechanizmy konkurencji – tzn. ich uzyskanie przez innych wykonawców narażałoby interesy Przystępującego na szkodę. Rezultaty postępowania przed Izbą nie prowadzą jednak do takich wniosków. Brak jest zatem podstaw do uznania, że zastrzeżone dane mają wartość gospodarczą na tyle istotną, że zasadne jest wyłączenie ich kontroli przez konkurujących wykonawców. PricewaterhouseCoopers sp. z o.o. w Warszawie nie wskazał w tej mierze na swoje indywidualne rozwiązania organizacyjne godne ochrony. Głoszone na rozprawie oraz w wyjaśnieniu powodów zastrzeżenia informacji poglądy noszą cechy twierdzeń ogólnych i uniwersalnych dla większości przedsiębiorców. Twierdzenie o wartości gospodarczej informacji zastrzeganych stanowi jedynie subiektywne oświadczenie wykonawcy pozbawione obiektywnej argumentacji.

Jeśli chodzi zaś o podane przez Przystępującego informacje, związane z doświadczeniem wykonawcy, zakresem zainteresowania wykonawcy, koncentracją jego działań w danej sferze, posiadaniem odpowiednich specjalistów czy znajomością zagadnień objętych zamówieniem mogłyby, co do zasady, być zaliczone do kategorii innych informacji posiadających wartość gospodarczą, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jednakże poziom ich ogólności nie podaje podstaw do uznania, iż jakkolwiek wartość gospodarczą należy im przypisać. Podane przez Przystępującego należy czynniki należy zaliczyć do uniwersalnych determinantów ceny, wspólnych wszystkim wykonawcom.

Jakkolwiek, na możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa całości informacji, pomimo ujęcia w nich pewnych ujawnionych danych wskazał również w jednym z orzeczeń Sąd Najwyższy w wyroku dnia 28 lutego 2007 roku, Sygn. akt V CSK 444/06 (opubl. Orzecznictwo w Sprawach Gospodarczych rok 2007, Nr 12, poz. 124, str. 33, źródło Legalis), stwierdzając m.in., że „*fakt, że informacje dotyczące poszczególnych elementów urządzenia są jawne nie decyduje o odebraniu zespołowi wiadomości o produkcie przymiotu poufności*”, to jednak dotyczy to sytuacji, gdy informacje są na tyle ze sobą powiązane, że stanowią pewien agregat wiedzy o pewnym przedmiocie (w samym orzeczeniu SN mowa też o urządzeniu). O ile mogłoby w konkretnej sytuacji zdarzyć się, że nie będzie możliwe zaprezentowanie informacji jawnych zawartych w dokumencie w taki sposób, aby jednocześnie nie naruszyć informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, to jednak w analizowanej

sprawie taka sytuacja nie występuje. Pismo z 3 listopada 2011 r. zawiera różnego rodzaju informacje, dotyczące różnych, samodzielnych kwestii, które nawet razem traktowane nie dają takiego obrazu Przystępującego, który pozwalałby na uznanie całokształtu informacji za wyrażający wartość gospodarczą z uwagi na zawarte w nim ewentualne rozwiązania organizacyjne. Ogólność informacji nie pozwala na taki wniosek.

Wykonawca PricewaterhouseCoopers spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie w piśmie z dnia 3 listopada 2011 r. zawarł informacje, których w znaczącej mierze nie sposób traktować jako mieszczących się w pojęciu tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu wyżej wskazanym. Części tych informacji nie sposób przypisać tego przymiotu z uwagi na ich ogólny charakter, uniwersalność, fakt, że zawierają one twierdzenia z założenia wspólne podmiotom działającym komercyjnie. Część zawartych w tym piśmie informacji odnosi się do elementów tego postępowania, sięgając do obowiązków nałożonych na wykonawców treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, część nawiązuje do regulacji, z których wynika to postępowanie. I tak, treść czterech pierwszych akapitów pisma z 3 listopada 2011 r. nie może być uznana za zawierającą informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Zawartość tej części pisma referuje do historii Przystępującego, ogólnych też dotyczących działania na rynku, uwzględnienia w tej działalności uwarunkowań tego konkretnego postępowania o zamówienie. Nie sposób się tu dopatrzeć informacji na tyle charakterystycznych dla konkretnego podmiotu, by można było przypisać im jakąkolwiek wartość gospodarczą. Podobnie kolejny akapit pisma, zawarty już na jego drugiej stronie – zarys podejmowania procesu decyzyjnego, wzmiankowany w tej części nie niesie informacji, które nie miałyby charakteru uniwersalnego albo charakteryzującego wykonawcę w sposób pozwalający poznać tajniki istotnych procesów w ramach jego organizacji.

Tak też należy potraktować następny, najdłuższy akapit na stronie drugiej: nie prezentuje on informacji nie dostępnych publicznie – bezsprzecznie jest taką nawiązanie do wskazanej tam ustawy, jak również do dokumentów opracowanych przez Zamawiającego na użytek przedmiotowego postępowania, prowadzonego przecież w trybie publicznego przetargu. Zawarta w tej części wyjaśnień deklaracja wykonawcy zawiera się w zawartym w pkt 4 formularza ofertowego oświadczeniu, zgodnie z którym: *„Oświadczamy, że zapoznaliśmy się z postanowieniami wzoru Umowy, które są integralną częścią SIWZ i zobowiązujemy się w przypadku wyboru naszej oferty do zawarcia umowy na określonych w niej przez Zamawiającego warunkach, w miejscu i terminie przez niego wyznaczonym”* nie niesie zatem treści o charakterze tajemnicy przedsiębiorstwa.

Także wyspecyfikowane w końcowej części wyjaśnień na stronie drugiej punkty stanowią tezy ogólne, uniwersalne, których nie sposób traktować jako know – how

wykonawcy: pierwszy oraz czwarty nawiązują do *Przedmiotu Zamówienia i Projektu Umowy* określonych przez Zamawiającego i nie wykracza ani nie rozwija w żaden sposób tego, co w tych dokumentach zawarto, drugi obligatoryjnie znalazł już wyraz w treści składanego w postępowaniu załącznika do oferty stanowiącego *Wykaz usług na potwierdzenie spełnienia warunku określonego w pkt 12.1 pkt 2 SIWZ* (zał. nr 3 do specyfikacji), zaś elementy opisane w pkt trzecim, czwartym i szóstym, z uwagi na ich ogólność nie stanowią wartości charakterystycznych dla wykonawcy.

Podkreślana w dalszej części pisma okoliczność stosowania procedur nie identyfikuje tych procedur, nie zdradza ich mechanizmów – fakt stosowania procedur został nadto zakomunikowany w jawnym piśmie wykonawcy z dnia 10 listopada 2011 r., gdzie podano między innymi, że wyjaśnienia zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa zawierają *informacje o trybie podejmowania decyzji i ustalania cen w ofertach; dotyczą mechanizmów wypracowanych w wieloletniej praktyce firmy, służących funkcjonowaniu na rynku konkurencyjnym, zdobywaniu zamówień, wycenianiu usług*. Wreszcie, fakt posiadania takich procedur nie został poddany działaniom mającym na celu zachowanie ich poufności – w piśmie wyjaśniającym zasadność zastrzeżenia wyjaśnień dotyczących elementów kalkulacyjnych ceny wykonawca PricewaterhouseCoopers spółka z o.o. w Warszawie oświadczył, że informacje, jakie zawarto w piśmie z 3 listopada 2011 r. jako całość nie zostały ujawnione do publicznej wiadomości (str. 2, akapit 2 pisma z 10 listopada 2011 r.): *„PricewaterhouseCoopers Sp. z o.o. w Warszawie nie ujawniła ich, ani przez zamieszczenie na stronie internetowej, ani w ofertach przesyłanych klientom”*. Sięgnięcie zaś do informacji zawartych na stronie internetowej Przystępującego, do której nastąpiło tutaj odesłanie (adres został podany w „stopce” każdego z pism tego wykonawcy) pozwala zapoznać się z dokumentem *„PricewaterhouseCoopers spółka z o.o. Sprawozdanie zapewniające przejrzystość za rok obrotowy zakończony 30 czerwca 2011 r.”*, gdzie prezentowane są – nie w ujęciu historycznym, ale w czasie rzeczywistym – informacje z większą szczegółowością, aniżeli wynikająca z pisma z 3 listopada 2011 r., prezentujące przykładowo: standardy kontroli jakości; mechanizmy podejmowania decyzji; uwzględniania ryzyka; mechanizmów kontroli jakości konkretnego zlecenia, gdzie zresztą szczególną uwagę przywiązano klientom „publicznym”; istnienie grup dedykowanych do odpowiednich zadań i zakresów; monitorowanie jakości a także opis zasad wynagradzania z wyraźnym nawiązaniem do istnienia stosunku pracy lub braku takiej relacji.

Podobnie należy ocenić zawartość zasadniczego akapitu zawartego na str. 3 pisma – referuje on do pewnego stanu mającego charakter ogólny, wynikającego z przytoczonych tam regulacji prawnych i sytuacji mającej miejsce w związku z tymi regulacjami. Odwołanie się do wyliczenia średniej ceny z różnych miast Polski zamieszczone w tym akapicie, po

pierwsze – sięga do informacji publicznie dostępnych, po drugie zaś - nie odnosi się do ceny wykonawcy: w treści pisma z 3 listopada 2011 r. zawarto jedynie stwierdzenie pewnego faktu nie odnoszonego zupełnie, nawet pośrednio do kalkulacji ceny PricewaterhouseCoopers spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz stwierdzenie o relacji ceny tego wykonawcy do wzmiankowanych tam okoliczności. Ta relacja nie nawiązuje jednak do kalkulacji ceny. Podkreślenia wymaga, że w tym zakresie o mechanizmie nawiązującym (a i to nawiązanie ma bardzo ogólny i niekonkretny charakter) do mechanizmu kalkulacji ceny więcej informacji niesie pismo wyjaśniające wykonawcy z dnia 10 listopada 2011 r., aniżeli pismo zastrzeżone jako zawierające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Zatem i w tej mierze nie sposób dopatrzeć się informacji o cechach tajemnicy przedsiębiorstwa.

Kolejny akapit („ad 2”) stanowi przytoczenie części art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W zakresie wyspecyfikowanych na str. 3 i 4 czynników mających wpływ na oszczędność metody wykonania wskazano ogólne stwierdzenia, które nie identyfikują ani nie kwantyfikują podanych tam zasobów, są na tyle ogólne, że trudno je traktować jako posiadające wartość gospodarczą. Zawarte na str. 4 i 5 („pkt c”) wyszczególnienie wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia także ma charakter ogólnego, sięga do ogólnych twierdzeń dotyczących wykonawcy, ukształtowania postępowania przez Zamawiającego (termin wykonywania czynności został narzucony w specyfikacji) oraz ogólnych informacji dotyczących podmiotów publicznych a zatem informacji publicznie dostępnych. Podobnie należy ocenić ogólne twierdzenia zawarte na str. 5 w części końcowej oraz str. 6 wyjaśnień.

Zwrócić warto także uwagę, iż wykazując spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania niezbędnymi osobami, wykonawca PricewaterhouseCoopers spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie w wykazie osób podał bardziej szczegółowe dane, wymieniając osiem osób, podając ich dane personalne, posiadane uprawnienia i wskazując, jako podstawę dysponowania: „*zasób własny wykonawcy*”.

Reasumując, jedynie zawarte na str. 4 pkt „ad b” informacje mogą być rozważane w kategorii informacji na tyle konkretnych i mogących mieć wartość gospodarczą, że można im przypisać znaczenie tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu wskazanych wyżej przepisów.

Nie sposób także podzielić, podkreślanej przez PricewaterhouseCoopers spółka z o.o. na rozprawie a także w piśmie z dnia 10 listopada 2011 r. zawierającym uzasadnienie

zastrzeżenia tezy, że wszystkie zawarte w tym piśmie informacje – cała jego treść, jako stanowiąca całość – nie mogą zostać ujawnione. O ile pismo rzeczywiście stanowi w znaczeniu technicznym jedną całość (jeden dokument), to nie jest tak, że nie jest możliwym odseparowanie z jego treści uwag ogólnych, informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa oraz tych, które za takie mogą być uznane. Przystępujący oraz Zamawiający zdaje się nie dostrzegać, że pismo to zawiera ujęte w pewną systematykę różne, oddzielone od siebie myśli, poruszające różne zagadnienia. Nie wszystkim z nich można przyznać charakter tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie jest też tak – jak zdaje się uważać Przystępujący – że skoro w dokumencie zawarto choć część informacji mogących być postrzeganyymi jako tajemnica przedsiębiorstwa, to całe pismo jest objęte taką tajemnicą. Tajemnica odnosi się bowiem do konkretnych informacji posiadających odpowiednie cechy, nie zaś do dokumentu, w którym je zawarto. Względy techniczne związane z ujawnieniem informacji nie stanowiących takiej tajemnicy zawartych w dokumencie, który jednocześnie je zawiera, nie stanowią przeszkody dla ujawnienia jedynie części dokumentu, który jest wolny od takich informacji. Praktyka tego rodzaju nie jest rzadkością w postępowaniu o zamówienie publiczne. Jeśli zaś w konkretnych okolicznościach zamawiający uzna, iż wśród wielu informacji, pewna ich część nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa, przy czym nie jest w stanie samodzielnie odseparować ich z szerszego tekstu, nic nie stoi na przeszkodzie, by zwrócił się do wykonawcy, wskazując jakie informacje w ocenie Zamawiającego nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, z jednoczesnym zobowiązaniem tego wykonawcy jako dysponenta informacji do takiego sformułowania pozostałych informacji, które będą podlegały ujawnieniu. Podkreślany w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. w spr. III CZP 74/05 obowiązek badania przez Zamawiającego skuteczności zastrzeżenia informacji przemawia za uznaniem możliwości przeniesienia na wykonawcę, ewidentnie odpowiedzialnego za bezpodstawne zastrzeżenie, trudu związanego z przygotowaniem dokumentu czyniącego zadość fundamentalnej zasadzie jawności.

Wobec powyższego, mając na względzie podstawową zasadę jawności postępowania o zamówienie publiczne, nakazano Zamawiającemu odtajnienie zastrzeżonych informacji, z wyłączeniem tych zawartych na str. 3 pkt „Ad b” pisma z 3 listopada 2011 r.

Uznano za potwierdzone zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz 90 ust. 3 ustawy, polegające na zaniechaniu przez Zamawiającego odrzucenia oferty PricewaterhouseCoopers sp. z o.o. w Warszawie.

Na gruncie analizowanej sprawy, bezspornym jest, że w ramach ofert złożonych w postępowaniu zachodzi znacząca rozpiętość zaoferowanych cen, która wymagała

zastosowania przewidzianej w ustawie Prawo zamówień publicznych procedury wyjaśnienia ceny PricewaterhouseCoopers spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie. W postępowaniu złożono cztery oferty z cenami:

1. PricewaterhouseCoopers spółka z o.o. w Warszawie – 422.800,00 zł;
2. Grupa Gumułka - Audyt spółka z o.o. w Katowicach – 1.558.000,00 zł;
3. Deloitte Audyt spółka z o.o. w Warszawie – 1.560.000,00 zł;
4. Ernst & Young Audit sp. z o. o. w Warszawie – 4.349.280,00 zł.

Zamawiający oszacował wartość zamówienia na podstawie badania rynku na kwotę 1.400.000,00 zł, przy czym jest to także kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, którą podano po otwarciu ofert (vide: protokół Zamawiającego z dnia 27 października 2011 r., ZP/JK/271/III-177/11; zawiadomienie o zamiarze udzielenia zamówienia publicznego z 30 września 2011 r.; wniosek o wstępną kontrasygnatę Skarbnika w st. Warszawy).

Nie ulega zatem wątpliwości, że przedstawiona rozbieżność w zakresie cen za wykonanie tego samego przedsięwzięcia jest znacząca w takim stopniu, że uzasadniała wystąpienie o wyjaśnienie elementów oferty przez Zamawiającego do wykonawcy, który zaoferował istotnie odbiegającą cenę od wskazanej w ofertach pozostałych wykonawców jak i kwoty oszacowanej przez Zamawiającego jako wartość zamówienia. Zamawiający w pkt 22 *Sposób obliczenia ceny*, ppkt 3 podał przy tym: *„Oferowana cena winna obejmować wszystkie koszty i składniki wraz z narzutami, niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie objętym Specyfikacją i wzorem umowy. Zamawiający nie zapewnia zwolnienia Wykonawcy z żadnych podatków, opłat, ceł, cen materiałów, transportu itp., których nie przewidziano w SIWZ, ani nie będzie zwracał żadnych kar należnych z jakiegokolwiek tytułu, nie będzie też ponosił kosztów wynikających z cen materiałów, transportu, czynności, usług, świadczeń, ubezpieczeń itp., których nie przewidziano w dokumentacji przetargowej”*.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że pojęcie rażąco niskiej ceny jest subiektywne, zaś ustawa Prawo zamówień publicznych nie posiada ustawowo określonego procentowego poziomu, na podstawie którego można uznać automatycznie, kiedy mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Każdy przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji oraz wartość zamówienia należy rozpatrywać indywidualnie (tak też: postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 17.01.2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05). Nie można także - przeczyłoby to bowiem zasadzie wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych - przyjmować automatycznie, wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, iż rażąco niska cena występuje powyżej pewnego poziomu (tak też: orzeczenie ETS z dnia 22 czerwca 1989r., w sprawie C-103/88 - „Fratelli Constanzo”, wyrok

ETS z dnia 18 czerwca 1991r. w sprawie C - 295/890). Tym samym, Zamawiający nie jest w świetle ustawy Prawo zamówień publicznych zobowiązany do automatycznego przystępowania do badania rażąco niskiej ceny w przypadku przekroczenia określonego progu w stosunku do wartości zamówienia. Wielokrotnie orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądownie wskazywało, że: „ustawa „prawo zamówień publicznych” nie definiuje pojęcia „rażąco niska cena” ani nie wskazuje, jakie kryteria należy brać pod uwagę, dokonując kwalifikacji pod to pojęcie”. (Wyrok Sądu Okręgowy w Poznaniu z dnia 12.06.2008r., sygn. akt: X Ga 140/08). Jak zaś skonstatował Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07, „o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę.”. Sam fakt, że cena oferty jest niższa od cen innych ofert złożonych w postępowaniu nie jest jeszcze wystarczający dla uznania danej ceny za rażąco niską.

Podzielono w pełni wyrażone wyżej stanowiska, dostrzegając zarazem konieczność indywidualnego podejścia do każdej sprawy związanej z zarzutem ceny rażąco niskiej. Nie wolno bowiem zapominać, że: „zamawiający dysponuje szerokim zakresem uznania i każdy przypadek, w którym występuje podejrzenie zaniżenia ceny, należy traktować indywidualnie” (wyrok KIO z dnia 13 marca 2008r. sygn. akt: KIO/UZP 179/08).

Przenosząc powyższe rozważania natury ogólnej na grunt analizowanej sprawy, stwierdzić należy, że znacząca różnica w cenie oferty PricewaterhouseCoopers sp. z o.o. w Warszawie wobec cen zaoferowanych przez czterech wykonawców za wykonanie tego samego zadania, jednoznacznie i w jednakowym zakresie zakomunikowanego wszystkim zainteresowanym przez Zamawiającego a także wobec wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego na podstawie - jak podano we wniosku o wstępną kontrasygnatę Skarbnika w st. Warszawy - badania rynku uzasadniało zastosowanie regulacji przewidzianej w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający zasadnie powziął wątpliwości co do poprawności kalkulacji ceny w ofercie Odwołującego i zasadnie wyraził je wzywając do wyjaśnienia na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W odniesieniu do oferty Przystępującego, rozpiętość cen w złożonych w postępowaniu ofertach oraz okoliczność, że cena tego wykonawcy istotnie odbiega od średniej cen zaoferowanych w postępowaniu oraz wartości oszacowanej przez Zamawiającego nakazywała zastosowanie regulacji zawartej w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że z momentem wezwania na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, na wezwanym wykonawcy spoczywa ciężar

wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie ma charakteru rażąco niskiej. Skutkiem powyższego jest wniosek, że inicjatywa dowodowa, zakres informacji, jakie zostaną złożone w odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie należą do wezwanego wykonawcy, bowiem to jego zadaniem jest wykazanie że cena nie jest rażąco niska. Jak wskazano bowiem w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Częstochowie z 12 sierpnia 2005 r., w spr. VI Ca 464/05: „SO nie podziela poglądu wyrażonego przez zamawiającego w skardze, że to na zamawiającym spoczywa bezwzględnie ciężar wykazania, iż oferta zawiera rażąco niską cenę. Otóż w przypadku wszczęcia procedury ustalania, czy oferta zawiera niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, to na wykonawcy spoczywa obowiązek złożenia wyczerpujących wyjaśnień, które pozwoliłyby zamawiającemu na ocenę, czy przedmiotowa cena nie jest rażąco niska. W przypadku gdy wyjaśnienia są niedostateczne, zachodzą podstawy do odrzucenia oferty.” (tak też: wyrok SO w Warszawie z 5 stycznia 2007 r., V Ca 2214/06).

Zauważyć w tym miejscu należy, że co do zasady istnieje domniemanie poprawności kalkulacji ceny zawartej w złożonej ofercie jak i domniemanie co do tego, że nie ma ona charakteru rażąco niskiej. To domniemanie zakłada, że oferty wskazują ceny za wykonanie zamówienia skalkulowane w sposób rynkowy, obejmujące wszystkie koszty wykonania zamówienia ponoszone przez wykonawcę a także pewien zysk. Jednakże, z momentem powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do tego, czy w konkretnej sytuacji cena nie ma charakteru rażąco niskiej, i wyrażenia tej wątpliwości w formie wezwania na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, powyższe domniemanie zostaje obalone i to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że cenę skalkulowano w sposób rynkowy.

W postępowaniu o zamówienie publiczne, ustawodawca przewidział możliwość składania środków ochrony prawnej od czynności zamawiającego – w przedmiotowej sprawie wykonawca PricewaterhouseCoopers spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie nie odwołał się od wezwania Zamawiającego wystosowanego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy.

Wezwanie Zamawiającego z dnia 27 października 2011 r. jednoznacznie nawiązuje do regulacji art. 90 ust. 1 ustawy (wskazuje ten przepis jako podstawę), zawiera także wyraźne wskazanie, co należy w odpowiedzi zaprezentować: „W wyjaśnieniach należy przedstawić kalkulację na podstawie, której określili Państwo cenę oferty, podać obiektywne czynniki mające wpływ na wysokość ceny, w szczególności takie, jak np.: oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływu pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.” Jednocześnie Zamawiający postawił przed wykonawcą konieczność ustosunkowania się, czy

cena obejmuje cały przedmiot zamówienia – zwrócił się bowiem o: „*potwierdzenie, że zaoferowana przez Państwa cena **422 800,00 zł brutto** jest ceną za wykonanie całości przedmiotu zamówienia, który został określony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz na warunkach określonych we wzorze umowy tj. przeprowadzenie badania rocznych sprawozdań finansowych Miasta Stołecznego Warszawy (badaniem mają być objęte sprawozdania finansowe Urzędu m.st. Warszawy, Urzędów Dzielnic m.st. Warszawy, samorządowych jednostek budżetowych m.st. Warszawy oraz samorządowych zakładów budżetowych m.st. Warszawy, których wykaz stanowił Załącznik nr 2 do Wzoru Umowy)*”

Biorąc pod uwagę powyższe, nie ma wątpliwości, że Zamawiający w tym zakresie wymagał podania kalkulacji, na podstawie której wykonawca PricewaterhouseCoopers spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie określił cenę oferty, podania obiektywnych czynników mających wpływ na wysokość ceny. Powyższe nawiązuje do brzmienia art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, iż zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Pojęcie „*elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny*”, o których mowa w przepisie (i konsekwentnie – za treścią tego przepisu – w wezwaniu Zamawiającego) to kategoria nawiązująca do ceny – do jej elementów kalkulacyjnych, które spowodowały, że cena ma taką właśnie (na gruncie omawianej regulacji: szczególnie niską) wartość. Elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny w rozumieniu tego przepisu, to zatem takie czynniki, które decydują o jej zaoferowanej wysokości, które tłumaczą jej wartość, pozwalają w niezbędnym zakresie prześledzić jej składowe (przepis wszak mówi o „*elementach oferty*”) oraz wpływ wartości elementów składowych - istotnych w danej sytuacji czynników cenotwórczych na cenę jako całość. W różnych sytuacjach, zależnie od przedmiotu zamówienia, czasu jego trwania, konieczne jest zaangażowanie różnych środków produkcji, a tym samym w konkretnej sytuacji różne koszty i nakłady (elementy cenotwórcze) będą uwzględniane w kalkulacji ceny za wykonanie zamówienia, niemniej jednak zawsze cena jest pochodną przynajmniej kilku składników, które się na nią składają. Stąd wyjaśnienia dotyczące elementów oferty, które miały wpływ na kalkulację ceny winny wskazywać i omawiać przynajmniej podstawowe elementy cenotwórcze, składające się na koszt wykonania zadania, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania odpowiedniego sprzętu, wartości niematerialnych i prawnych, czy wreszcie zysk wykonawcy. W przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały charakter jedynie iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość cen.

Rzeczą wykonawcy jest – w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych –

udzielenie wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny, a brak tych wyjaśnień czy też złożenie wyjaśnień nieprzekonujących, że cena w danej sytuacji nie ma charakteru rażąco niskiej, skutkować winny odrzuceniem oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przedstawione przez wezwanego wykonawcę wyjaśnienia podlegają – w myśl art. 90 ust.2 ustawy Prawo zamówień publicznych - ocenie zamawiającego i jako takie winny być poddane analizie zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej. Istotne wytyczne w tym zakresie zawiera wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2007r., sygn. akt V Ca 2214/06: „Z tego względu dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień, które będą odpowiednio umotywowane, przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej”.

Ustawodawca w art. 90 ust.2 ustawy, przykładowo wymienił kryteria, przez pryzmat których zamawiający winien oceniać złożone przez wykonawcę wyjaśnienia dotyczące elementów kalkulacyjnych oferty mających wpływ na wysokość ceny. Ustawodawca w pierwszym rzędzie zaakcentował w tym przepisie obowiązek uwzględnienia przez zamawiającego obiektywnych czynników, a następnie przykładowo wskazał, że takimi czynnikami mogą być: oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Również te kryteria referują do elementów kalkulacyjnych oferty, mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Powyższe determinuje zatem wymóg, aby owe wyjaśnienia, o których mowa w art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych były wyczerpujące, miały charakter skonkretyzowanych do sytuacji wykonawcy, odnosiły się do tych elementów kalkulacyjnych, które miały wpływ na wielkość zawartej w ofercie ceny. Wyjaśnienia te bowiem mają dawać realną, opartą na obiektywnej ocenie możliwość przesądzenia, czy cena jest rażąco niską, czy za tę wysokość możliwe jest wykonanie zamówienia bez zagrożenia dla prawidłowej realizacji zadania czy ponoszenia straty (ustawa Prawo zamówień publicznych nakazuje odrzucenie oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, za taki zaś może być potraktowane oferowanie przedmiotu poniżej kosztów).

Ustawodawca wyraźnie takie znaczenie przypisuje wyjaśnieniom składanym przez wykonawcę na podstawie art. 90 ustawy. Zadaniem tych wyjaśnień nie jest bowiem jedynie potwierdzenie, że wykonawca zrealizuje zamówienie za wskazaną przez siebie cenę, skoro przepis wymaga nie oświadczenia potwierdzającego tę okoliczność, a zaprezentowania (czy też szerzej: wyjaśnienia) elementów oferty, mających wpływ na wysokość zaoferowanej

ceny, czym sięga do elementów struktury tej ceny, jej ekonomicznego aspektu. Te wyjaśnienia podlegają wreszcie ocenie zamawiającego według obiektywnych kryteriów, w celu przesądzenia czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (art. 90 ust. 3 ustawy).

Dopiero rzetelna analiza wyjaśnień pozwala na ocenę, czy mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Stwierdzenie rażąco niskiej ceny jest możliwe po ustaleniu, że na jej kształt nie miały wpływu obiektywne czynniki (zarówno co do rodzaju, jak i poziomu kosztu). Okoliczności te dają zatem podstawy do wyciągnięcia wniosku, czy cena oferty jest ceną realną, za którą jest możliwe zrealizowanie zamówienia, czy też taką ceną nie jest.

Bezspornym jest, iż głównym czynnikiem cenotwórczym w niniejszym postępowaniu są koszty osobowe. Te koszty osobowe, to koszty pracy biegłego rewidenta. Zamawiający opisując kształt postępowania, stawiając konkretne wymagania wobec wykonawców, ich doświadczenia, niezbędnego do realizacji zamówienia potencjału (osób, mających wykonywać zamówienie) dał wyraz niezbędnym czynnikom, jakie muszą być zaangażowane do realizacji zamówienia. Sposób i zakres wykonania przedsięwzięcia, stanowiącego przedmiot analizowanego zamówienia publicznego (badanie rocznych sprawozdań finansowych oraz wyrażenie opinii wraz z raportem), a także osoby uprawnione do wykonania czynności składających się na to badanie regulują przepisy – ustawa o Rachunkowości. Ustawodawca w tej ustawie wyznaczył poniekąd zakres zaangażowania czynników składających się na badanie sprawozdania finansowego i wydanie opinii biegłego rewidenta. Zgodnie z art. 65 ust. 1 tej ustawy, celem badania sprawozdania finansowego jest wyrażenie przez biegłego rewidenta pisemnej opinii wraz z raportem o tym, czy sprawozdanie finansowe jest zgodne z zastosowanymi zasadami (polityką) rachunkowości oraz czy rzetelnie i jasno przedstawia sytuację majątkową i finansową, jak też wynik finansowy badanej jednostki. Również Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określił zaangażowanie czynnika ludzkiego przy realizacji zamówienia jako zasadniczo determinującego wykonanie zamówienia: znalazło to wyraz zarówno w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, gdzie wyszczególniono obowiązki wykonawcy jako działania osoby posiadającej uprawnienia biegłego rewidenta (kluczowy biegły rewident) oraz innych osób, w niewielkim stopniu pozwalające na zastosowanie substytucyjnych form osobiście wykonywanych czynności przez biegłego rewidenta. Mowa tu o szczegółowo opisanym w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt 6 Części II *Przedmiot zamówienia i termin jego realizacji* zakresie prac, które mogą być wykonane wyłącznie przez człowieka. Zgodnie z pkt 6. 2 tego załącznika, zakres prac do wykonania obejmuje:

- badanie bilansu z wykonania budżetu m. st. Warszawy sporządzonego na dzień 31 grudnia każdego roku budżetowego,

- badanie łącznego bilansu obejmującego dane wynikające z bilansów samorządowych jednostek budżetowych i samorządowych zakładów budżetowych m. st. Warszawy sporządzonego na dzień 31 grudnia roku budżetowego,
- badanie łącznego rachunku zysków i strat obejmującego dane wynikające z rachunków zysków i strat samorządowych jednostek budżetowych i samorządowych zakładów budżetowych m. st. Warszawy sporządzonego na dzień 31 grudnia roku budżetowego,
- badanie łącznego zestawienia zmian w funduszu obejmującego dane wynikające z zestawień zmian w funduszu samorządowych jednostek budżetowych i samorządowych zakładów budżetowych m.st. Warszawy sporządzonego na dzień 31 grudnia roku budżetowego,
- udzielanie pisemnych porad i konsultacji w zakresie zagadnień związanych z działalnością m.st. Warszawy oraz związanych z wdrożeniem zmian w organizacji rachunkowości, wynikających z badania sprawozdania finansowego,
- uczestnictwo kluczowego biegłego rewidenta w spotkaniach z głównymi księgowymi Urzędów Dzielnic m. st. Warszawy, głównymi księgowymi samorządowych jednostek budżetowych i samorządowych zakładów budżetowych m. st. Warszawy objętych badaniem sprawozdania finansowego, co najmniej dwa razy w każdym roku tj.: na rozpoczęcie i na zakończenie badania sprawozdania finansowego. W przypadku konieczności, kluczowy biegły rewident weźmie udział w spotkaniach dodatkowych, których w każdym roku nie będzie więcej niż trzy.
- uczestnictwo kluczowego biegłego rewidenta w posiedzeniach Komisji Rewizyjnej Rady m. st. Warszawy i sesji Rady m.st. Warszawy w trakcie, których będzie rozpatrywane sprawozdanie finansowe Miasta Stołecznego Warszawy za dany rok budżetowy oraz opinia biegłego rewidenta z tego badania,
- badanie sprawozdań finansowych zostanie przeprowadzone w siedzibie Zamawiającego oraz w siedzibach Urzędów Dzielnic m.st. Warszawy, samorządowych jednostek budżetowych i samorządowych zakładów budżetowych m.st. Warszawy, których jednostkowe sprawozdania finansowe objęte są łącznym sprawozdaniem finansowym m.st. Warszawy. Wykaz Urzędów Dzielnic m.st. Warszawy, samorządowych jednostek budżetowych i samorządowych zakładów budżetowych m.st. Warszawy wg stanu na 30 czerwca 2011r. stanowi Załącznik nr 2 do umowy.
- badanie sprawozdań finansowych Urzędu m.st. Warszawy, Urzędów Dzielnice m.st. Warszawy, samorządowych jednostek budżetowych i samorządowych zakładów budżetowych m.st. Warszawy powinno być tak zorganizowaną, aby co najmniej jeden raz w okresie trwania umowy każda jednostka uwzględniona w Załączniku nr 2 została poddana badaniu z tym, że sprawozdanie finansowe Urzędu m.st. Warszawy podlega badaniu za

każdy rok budżetowy. Jednocześnie ustala się, że samorządowe jednostki budżetowe: Miejskie Biuro Finansów Oświaty m.st. Warszawy i obsługiwane przez nie w zakresie finansowo księgowym szkoły i placówki oświatowe należy traktować jako jedną jednostkę oraz Dzielnicowe Biuro Finansów Oświaty m.st. Warszawy i obsługiwane przez nie w zakresie finansowo-księgowym szkoły i placówki oświatowe w każdej dzielnicy również jako jedną jednostkę.

Zgodnie zaś z projektem umowy (§ 2 projektu umowy) zobowiązania wykonawcy obejmują:

- przeprowadzenie badania sprawozdania finansowego z uwzględnieniem w szczególności: przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 roku o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157 poz. 1240 z późn. zm.) oraz wydanych na jej podstawie przepisów wykonawczych, przepisów ustawy z dnia 29 września 1994 roku o rachunkowości (Dz. U. z 2009 roku Nr 152 poz. 1223 z późn. zm.), przepisów 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. Nr 77 poz. 649 z późn. zm.), krajowych standardów rewizji finansowej, przyjętych uchwałą Nr 1608/38/2010 Krajowej Rady Biegłych Rewidentów z dnia 16 lutego 2010 roku, zatwierdzonych przez Komisję Nadzoru Audytowego;
- w terminie dwóch tygodni przed rozpoczęciem badania sprawozdania finansowego Miasta Stołecznego Warszawy w danym roku lecz nie później niż w terminie do dnia 15 listopada w roku, za który będzie przeprowadzone badanie, przekazanie Zamawiającemu harmonogramu badania rocznego sprawozdania finansowego Miasta Stołecznego Warszawy, zawierającego wykaz jednostek badanych, zakres prac objętych badaniem oraz terminy ich wykonania;
- wykonanie rocznego badania sprawozdania finansowego na tak dobranych próbach ksiąg rachunkowych i dowodów księgowych, aby dokumentacja z badania stanowiła wystarczającą podstawę do sformułowania opinii o badanych sprawozdaniach finansowych;
- poprzedzenie doboru ksiąg rachunkowych i dowodów księgowych do badania przeglądem, analizą i oceną funkcjonowania u Zamawiającego systemu rachunkowości i kontroli wewnętrznej;
- udzielanie pisemnych porad i konsultacji w zakresie zagadnień związanych z działalnością m.st. Warszawy oraz związanych z wdrożeniem zmian w organizacji rachunkowości, wynikających z badania sprawozdania finansowego w trakcie trwania umowy;
- przeprowadzenie weryfikacji systemu finansowo-księgowego SAP w zakresie zgodności z wymogami ustawy o rachunkowości;
- uczestnictwo kluczowego biegłego rewidenta w posiedzeniach Komisji Rewizyjnej Rady m.st. Warszawy i sesji Rady m.st. Warszawy w trakcie, których będzie rozpatrywane

sprawozdanie finansowe Miasta Stołecznego Warszawy za dany rok budżetowy oraz opinia biegłego rewidenta z tego badania.

- uczestnictwo kluczowego biegłego rewidenta w spotkaniach z głównymi księgowymi Urzędów Dzielnic m.st. Warszawy, głównymi księgowymi samorządowych jednostek budżetowych i samorządowych zakładów budżetowych m.st. Warszawy objętych badaniem sprawozdania finansowego, co najmniej dwa razy w każdym roku tj.: na rozpoczęcie i na zakończenie badania sprawozdania finansowego. W przypadku konieczności, kluczowy biegły rewident weźmie udział w spotkaniach dodatkowych, których w każdym roku nie będzie więcej niż trzy.

- w przypadku wydania opinii zawierającej zastrzeżenia co do prawidłowości lub rzetelności sprawozdania finansowego, wydanie o nim opinii negatywnej lub odmowy wydania opinii, Wykonawca przedstawi Zamawiającemu stosowne pisemne uzasadnienie ich przyczyn. W przypadku zrzeczenia się wyrażenia opinii o sprawozdaniu finansowym na skutek ograniczenia zakresu lub metody badań z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, Wykonawca przedstawi na piśmie wyczerpujące tego powody.

Dodatkowo, Zamawiający w pkt 12.2.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia postawił wymaganie dysponowania „w pełni dyspozycyjnymi dla Zamawiającego” osobami: minimum pięcioma biegłymi rewidentami, ze wskazaniem Kluczowego biegłego rewidenta oraz minimum jedną osobą posiadającą uprawnienia do wykonywania zawodu Doradcy Podatkowego. Konsekwentnie – w formularzu *Wykaz osób* Odwołujący wskazując osoby o wymaganych przez Zamawiającego kwalifikacjach podał, że te osoby będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia.

Przytoczony wyżej, za specyfikacją istotnych warunków zamówienia zakres prac, a także wymóg dysponowania osobami wyraźnie wskazuje, że zasadniczym czynnikiem niezbędnym do realizacji zamówienia są osoby o odpowiednich kwalifikacjach i doświadczeniu. Zatem ten czynnik powinien być w pierwszym rzędzie uwzględniony w wycenie kosztów wykonania zamówienia i – konsekwentnie – omówiony w ramach wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Dostrzeżenia wymaga, że zasadnicza część czynności wykonywanych przez człowieka w ramach tego zamówienia (udział w posiedzeniach komisji rewizyjnej i Rady, konsultacje i opinie) nie może być zastąpiona poprzez zastosowanie techniki, wyjąwszy niektóre czynności poprzedzające opinię sporządzenie opinii biegłego rewidenta jak dobór próby, próbkowanie rewizyjne, czy wspomaganie analizy ryzyka, dokumentowanie wyników prac. Zastosowanie ewentualnych technicznych substytutów czynności i prac biegłego rewidenta powinno zostać zaprezentowane w złożonych wyjaśnieniach ze wskazaniem, jak wpływają one na obniżenie kosztów wobec „tradycyjnego” wykonania zamówienia. Dostrzec przy tym trzeba, że

zastosowanie nowoczesnych metod badania sprawozdania, z zastosowaniem wyspecjalizowanych narzędzi analitycznych jest standardem powszechnym, stosowanym także przez innych wykonawców, zatem tym bardziej wymagałoby wyjaśnienia przełożenia zastosowanych ewentualnie rozwiązań na obniżenie kosztów wykonania zamówienia, które w analizowanej sprawie, w porównaniu do ofert innych wykonawców jest tak znaczące.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt analizowanego stanu faktycznego, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że opisanych wyżej warunków nie spełniają wyjaśnienia, które złożone zostały przez PricewaterhouseCoopers spółkę z o.o. w Warszawie w niniejszym postępowaniu.

Wyjaśnienia złożone przez Odwołującego należało uznać za nazbyt ogólne i nie pozwalające na przesądzenie, czy cenę skalkulowano w sposób rynkowy i zgodny z zasadami uczciwej konkurencji. Podzielono w tym zakresie wyrażone przez obu Odwołujących zarzuty. Uwzględniono przy tym okoliczność, że te zarzuty mogły zawierać jedynie kierunkową argumentację wobec wyjaśnień złożonych przez PricewaterhouseCoopers spółka z o.o. w Warszawie, skoro zostały one w całości zastrzeżone przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa, co znacząco ograniczało możliwość podjęcia rzeczowej polemiki z zawartością merytoryczną tych wyjaśnień, sprowadzając ją do tych elementów wyjaśnień do których wykonawca sam nawiązał w piśmie tłumaczącym zasadność zastrzeżenia informacji. Odwołujący nie mając dostępu do wyjaśnień złożonych przez Przystępującego mieli utrudnione zadanie, ale przedstawili w odwołaniach hipotetyczne rozważania oraz ewentualne koszty, jakie się wiążą z wykonywaniem przedmiotowego zamówienia, z których także wynika, że zasadniczym kosztem, jaki powinien być uwzględniany jest koszt pracy biegłego rewidenta (dokładniej: co najmniej pięciu takich rewidentów oraz doradcy podatkowego). Taki też wniosek płynie z analizy szczegółowych obowiązków wykonawcy opisanych w ramach przedmiotu zamówienia oraz projekcie umowy. Nadto, wobec złożenia przez PricewaterhouseCoopers spółka z o.o. w Warszawie wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy, który to przepis nakłada na wykonawcę obowiązek wykazania kalkulacji ceny a następnie wobec wynikającego z ust. 2 i 3 tego przepisu obowiązku zamawiającego oceny tych wyjaśnień, ciężar dowodu Odwołujących sprowadza się już nie do wykazania, że cena oferty PricewaterhouseCoopers spółka z o.o. w Warszawie jest rażąco niska, a do wykazania jedynie nieprawidłowej oceny przez Zamawiającego złożonych wyjaśnień.

Za wnioskiem, iż wyjaśnienia PricewaterhouseCoopers spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie nie wyjaśniają ceny i nie pozwalają na przekonanie, iż nie ma ona charakteru rażąco niskiej przemawiają ogólne formuły powyższego wyjaśnienia, nawiązujące do nieskonkretyzowanych okoliczności a także fakt, że nie sposób na podstawie

tak dokonanych wyjaśnień wywieść, jakie w istocie elementy cenotwórcze uwzględniono w cenie a także, w jaki sposób zasygnalizowane przez wykonawcę w wyjaśnieniach okoliczności przekładają się na cenę zaoferowaną w postępowaniu. Zwrócić trzeba uwagę, że każdy z wykonawców ubiegających się o zamówienie posiada stopień zorganizowania, dysponuje narzędziami informatycznymi oraz zasobami, które również znajdowały odzwierciedlenie w cenach zaoferowanych w postępowaniu. Każdy z wykonawców musiałby wykonać taki sam zakres zamówienia, w tym samym okresie. Wyjaśnienia PricewaterhouseCoopers spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, z uwagi na ich ogólny charakter, nie pozwalają zatem stwierdzić szczególnych powodów, dla których cena Jego oferty tak dalece odbiega od ofert innych wykonawców (przy ogólnej, znacznej rozpiętości ceny tego wykonawcy z cenami pozostałych oferentów oraz wartością oszacowaną przez Zamawiającego) jak również, jak tę cenę skalkulowano. Część tych wyjaśnień w ogóle nie tłumaczy kwestii ustalenia ceny, a zawiera wskazanie ogólnych informacji o wykonawcy, wskazuje na ogólne doświadczenie firmy i dobrą znajomość zagadnienia objętego postępowaniem, która to znajomość wynika jednak z zapoznania się dokumentami postępowania i uwzględniania wynikających z nich obowiązków. Te okoliczności jednak (analiza przedmiotu zamówienia oraz obowiązków jakie się wiążą z jego wykonaniem) znalazła wyraz w złożonym przez każdego z wykonawców oświadczeniu zawartym w formularzu ofertowym (pkt 4 formularza ofertowego): *„Oświadczamy, że zapoznaliśmy się z postanowieniami wzoru Umowy, które są integralną częścią SIWZ i zobowiązujemy się w przypadku wyboru naszej oferty do zawarcia umowy na określonych w niej przez Zamawiającego warunkach, w miejscu i terminie przez niego wyznaczonym”*.

Na podstawie wyjaśnień PricewaterhouseCoopers sp. z o.o. w Warszawie złożonych na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie sposób ustalić, jakiego rodzaju koszty i nakłady skalkulowano w cenie – a w konsekwencji – czy cena ma charakter rynkowy. Wykonawca składając tak ogólne wyjaśnienia nie dał Zamawiającemu szansy na ustalenie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i na realną ocenę wyjaśnień pod kątem obiektywnych czynników wymienionych w art. 90 ust. 2 ustawy.

Bez znaczenia okazała się argumentacja Odwołującego Grupa Gumułka Audyt wskazująca na niewłaściwe oszacowanie nakładu w postaci pracy biegłych rewidentów nawiązujące do standardów zawodowych oraz treści uchwały z dnia 8 lutego 2005 r. Krajowej Rady Biegłych Rewidentów w sprawie *określenia normatywnej pracochłonności minimalnej prac związanych z badaniem sprawozdań finansowych*. Przystępujący PricewaterhouseCoopers sp. z o.o. w Warszawie w tym odniesieniu argumentował, iż z powodu niezgodności z porządkiem prawnym Rzeczypospolitej, ww. uchwała nie mogła i nie była stosowana w praktyce i będzie uchylona. Istotne jest jednak, że rozważanie niezbędnej

pracochłonności związanej z wykonaniem zamówienia, poświęcenia odpowiedniej ilości czasu przez biegłego rewidenta może mieć wymiar jedynie hipotetyczny, jeśli w treści złożonych przez PricewaterhouseCoopers sp. z o.o. w Warszawie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny kwestia ta nie znalazła odzwierciedlenia. Poruszone kwestie niezbędnej pracochłonności, poświęcenia minimalnej ilości czasu na wykonanie zamówienia a następnie jego wyceny, mogą ewentualnie wyrażać postulat, że zagadnienie założonej ilości godzin pracy biegłego rewidenta (tym samym – koszty tego, zasadniczego przecież, czynnika związanego z wykonaniem zamówienia), w kontekście przyjętej metodyki badania sprawozdań powinno być objęte wyjaśnieniami wykonawcy w kontekście zaoferowanej ceny. To jednak, wobec treści i kształtu wyjaśnień, wykracza poza ich zawartość merytoryczną.

Finalnie uznano, że złożone przez Przystępującego wyjaśnienia nie pozwalają na uznanie, że wykonawca ten – zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych - wymienił elementy kalkulacyjne ceny i wykazał, że nie ma ona charakteru rażąco niskiej. Bez znaczenia pozostawała tutaj argumentacja a także podjęta inicjatywa dowodowa obu Odwołujących zmierzająca do wykazania, że cena zaoferowana przez PricewaterhouseCoopers sp. z o.o. w Warszawie odbiega od podobnych, porównywalnych przedsięwzięć realizowanych na rynku. Powyższe zostało już bowiem przesądzone na etapie wezwania przez Zamawiającego wykonawcy PricewaterhouseCoopers spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny, zaś na obecnym etapie przedmiotem zainteresowania może być jedynie ocena przez Zamawiającego złożonych wyjaśnień dotyczących ceny – czy te wyjaśnienia rozwiewają wątpliwości w odniesieniu do ceny, czy ich treść pozwala na kategoryczne stwierdzenie, że cena została skalkulowana poprawnie, uwzględnia wszystkie koszty wykonania zamówienia. Powyższe zdecydowało o uwzględnieniu podniesionego w tej mierze zarzutu.

Nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w efekcie wadliwego zastosowania art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do oferty PricewaterhouseCoopers spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie.

Wbrew stanowisku Odwołującego Grupa Gumułka Audyt sp. z o.o., wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny nie zawierało elementów wezwania do wyjaśnienia oferty – zarówno jego treść jak i zastosowana przez Zamawiającego podstawa prawna nie nawiązuje do instytucji przewidzianej w art. 87 ust. 1 ustawy. Zawarcie w piśmie Zamawiającego wniosku o potwierdzenie, że cena obejmuje cały przedmiot zamówienia nie nadaje mu charakteru wezwania do wyjaśnienia treści oferty, a raczej wyraża hipotezę, że być może cena oferty jest tak niska, wobec nieuwzględnienia

całego przedmiotu zamówienia (wszystkich jednostek, dla których należy zbadać sprawozdanie). Także treść wyjaśnienia PricewaterhouseCoopers spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie nie pozwala uznać, by oferta była niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Stąd brak jest podstaw do dopatrywania się – wobec złożonych przez PricewaterhouseCoopers spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie wyjaśnień, niezgodności oferty tego wykonawcy ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe – uwzględniono odwołanie Grupa Gumułka Audyt sp. z o.o. w Katowicach. Stwierdzone naruszenia w zakresie oceny wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny PricewaterhouseCoopers spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie mają wpływ na wynik postępowania, o którym mowa w art. 192 ust.2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Orzeczono w związku z tym, stosownie do postawionego przez Odwołującego Grupa Gumułka Audyt sp. z o.o. w Katowicach żądania o nakazanie: odtajnienia informacji zawartych w piśmie PricewaterhouseCoopers spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie z dnia 3 listopada 2011 r. stanowiącym wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w zakresie nie stanowiącym tajemnicy przedsiębiorstwa a także unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) *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). Przyznając Odwołującemu Grupa Gumułka Audyt sp. z o.o. w Katowicach, jako stronie wygrywającej postępowanie koszty tego postępowania uwzględniono wpis oraz koszty dojazdu na posiedzenie i rozprawę. Nie uwzględniono wynagrodzenia pełnomocnika – zgodnie bowiem z treścią § 3 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania*, do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się: wpis, oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b lub § 5 ust. 3 pkt 2, koszty uczestnika postępowania

odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego oraz wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, obejmujące w szczególności:

- a) koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy (posiedzenie lub posiedzenia) Izby,
- b) wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3 600 zł.

Z powyższego wynika, że koszty zastępstwa strony mogą być uwzględnione, jeśli stanowią wynagrodzenie pełnomocnika reprezentującego tę stronę. Odwołujący był natomiast reprezentowany przez Prezesa swego Zarządu, co wynika z treści złożonego pełnomocnictwa. W tym też charakterze reprezentant Odwołującego występował, nie zaś jako „zewnątrzny” pełnomocnik, którego łączy odrębna relacja w zakresie reprezentacji na posiedzeniu i rozprawie. Nie sposób przy tym, za takie wynagrodzenie pełnomocnika potraktować zawartego w złożonym rachunku wniosku o zasądzenie kwoty 3.600 zł z tytułu „przygotowania projektu odwołania” – również w tym zakresie Odwołujący nie wykazał relacji wystawcy rachunku a zarazem wpisanego do KRS reprezentanta Odwołującego pozwalającej uznać, iż w tym wypadku mamy do czynienia z reprezentowaniem Odwołującego przez pełnomocnika a nie z własną działalnością Odwołującego przez statutowe organy. Uwzględniono koszty dojazdu strony na posiedzenie i rozprawę w wysokości 200 zł, bowiem na tę wysokość opiewa złożony w zbiorczym rachunku wniosek dotyczący kosztów dojazdu. Odwołujący złożył także, jako dokumentujące poniesiony wydatek kopie biletów: abonamentowego na 7 przejazdów za kwotę 535,00 zł, z czego uwzględniono 2/5 wartości biletu (łącznie 152,86 zł za przejazd w dwie strony), a także tzw. miejscówki w dwie strony, za kwoty 79,00 zł oraz 12,50 zł.

Przewodniczący: