Sygn. akt: KIO 1603/19

WYROK

z dnia 30 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 sierpnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 sierpnia 2019 r. przez ICMCG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Opinki 8 (02-973 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez Polską Agencję Inwestycji i Handlu S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Kruczej 50 (00-025 Warszawa)

przy udziale wykonawców:

A. P. F. i Ł. F. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą East Analytics P. F. Ł. F. s.c. z siedzibą w Krakowie przy ul. Studenckiej 6/8 (31-116 Kraków);

B. Varsovia Capital S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Bagno 2 lok. 56 (00-112 Warszawa);

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w części dotyczącej nieprawidłowej oceny oferty wykonawcy ICMCG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz bezprawnego przyjęcia, że oferta ww. wykonawcy zawiera rażąco niską cenę co skutkowało odrzuceniem oferty tego wykonawcy w ramach części I, IV i VI zamówienia i nakazuje zamawiającemu:

1.1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dla części I, IV i VI zamówienia w tym unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy ICMCG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w ramach tych części;

1.2. powtórne badanie i ocenę ofert w postępowaniu w ramach części I, IV i VI zamówienia.

2. Oddala zarzut niedokonania wyboru oferty wykonawcy ICMCG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w częściach I, IV i VI zamówienia.

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego - Polską Agencję

Inwestycji i Handlu S.A. z siedzibą w Warszawie w części 2/3 oraz wykonawcę ICMCG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w części 1/3 i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę - ICMCG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika wykonawcy - ICMCG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;

3.2. zasądza od zamawiającego - Polskiej Agencji Inwestycji i Handlu S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy - ICMCG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę

w wysokości 12 400 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy czterysta złotych zero groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. - Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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 1603/19

Polska Agencja Inwestycji i Handlu S.A. z siedzibą w Warszawie zwana dalej: „zamawiającym", prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. - Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp" pn. Kompleksowa organizacja etapu krajowego projektu Polskie Mosty Technologiczne na 6 rynkach: Australia, Indie, Izrael, Norwegia, Rosja, Ukraina z podziałem na 6 części, (nr referencyjny: BPR.PMT.25.18/2019), zwane dalej „postępowaniem". Przedmiot zamówienia został podzielony na sześć części.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 kwietnia 2019 r., pod numerem 2019/S 077-183547.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Wykonawca ICMCG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zwany dalej: „odwołującym" w dniu 15 lipca 2019 r. wniósł odwołanie w zakresie części I, IV i VI zamówienia od:

- niezgodnego z przepisami Pzp odrzucenia oferty odwołującego w części I, IV i VI na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp;

- niezgodnej z przepisami Pzp czynności oceny i badania ofert;

- niezgodnej z przepisami Pzp czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części I i w części IV;

- niezgodnej z Pzp oceny wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp przez Odwołującego;

- zaniechania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w części VI.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 92 ust. 1 Pzp poprzez niedokonanie wyboru oferty odwołującego w częściach I, IV i VI;

2) art. 90 Pzp poprzez nieprawidłową ocenę oferty oraz wyjaśnień odwołującego w zakresie oferowanej ceny;

3) art. 89 ust 1 pkt 4 Pzp poprzez bezprawne przyjęcie, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę i odrzucenie oferty odwołującego.

W związku z postawionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

- powtórzenia czynności oceny oferty odwołującego;

- dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w części I, IV i VI.

Jeśli chodzi o interes we wniesieniu odwołania odwołujący wskazał, że jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą w częściach I, IV i VI jednak na skutek jej nieprawidłowej oceny przez zamawiającego dokonał on niezgodnego z prawem odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. W ten sposób - zdaniem odwołującego - zamawiający pozbawił go możliwości uzyskania zamówienia. Dowodzi to naruszenia interesu oraz szkody odwołującego i stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w Pzp, a w szczególności do wniesienia odwołania.

Odwołujący podzielił swoje uzasadnienie co do postawionych zarzutów właściwie na cztery części. Pierwsza część odnosiła się do tego, że „ogólnikowe wyjaśnienia" wykonawcy nie mogą być samodzielną podstawą odrzucenia jego oferty jako zawierającej rażąco niską cenę, ale powinien być stwierdzony fakt, że cena oferty jest rażąco niska.

W tej części odwołujący wskazał, że w pierwszej kolejności zauważyć należy, iż art. 90 Pzp opiera się na domniemaniu zamawiającego, że cena badanej oferty może być rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Istotna jest ocena, czy w danym postępowaniu zaoferowanie ceny odbiegającej od wartości szacunkowej zamówienia (lub średniej arytmetycznej cen złożonych ofert) ma na celu utrudnianie dostępu do rynku lub niedozwoloną eliminację z rynku innych podmiotów.

Zdaniem odwołującego w przedmiotowej sprawie uzasadnienie odrzucenia jego oferty sprowadza się do jednego zdania. Zamawiający wskazał w nim jedynie, że odwołujący „do wyjaśnień nie załączył dowodów a wyjaśnienia Wykonawcy były bardzo lakoniczne oraz ogólne". Z treści uzasadnienia odrzucenia wynika więc, że zamawiający w trakcie dokonanej oceny złożonych pominął nie tylko treść tych wyjaśnień, charakter przedmiotu zamówienia ale także okoliczności faktyczne, które są mu znane.

Odwołujący wskazał, że realizował już tego rodzaju zamówienia na rzecz zamawiającego. W postępowaniu na „Kompleksową organizacja etapu krajowego projektu Polskie Mosty Technologiczne na 2 rynki: Zjednoczone Emiraty Arabskie i Kenię z podziałem na dwoje części 2 części" oferta odwołującego została uznana za najkorzystniejszą w obu częściach w związku z czym zamawiający akceptował oferty odwołującego w wysokości Zjednoczone Emiraty Arabskie (205 164 zł brutto) i Kenia (332 100 zł brutto). Zakres postępowania był identyczny jak dla obecnego postępowania tylko dotyczył innych rynków. Obecnie część I - rynek australijski jest porównywalna cenowo do Kenii, a rynek Kenijski bardziej egzotyczny niż Australia.

Odwołujący podkreślił przy tym, iż w trakcie procedur przetargowych poprzedzających zawarcie powyższych umów podobnie jak w przedmiotowym postępowaniu wzywany był do wyjaśnienia zaoferowanej ceny w części dotyczącej rynku Zjednoczonych Emiratów Arabskich, a złożone wyjaśnienia miały niemal identyczną treść. Złożone wyjaśnienia zostały uznane za wystarczające i doszło do zawarcia umowy. Oznacza to, że zamawiający nie tylko dysponował wiedzą, ale także doświadczeniem, że zaoferowana cena nie budzi wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Fakt ten jest tym bardziej oczywisty, że w częściach II, III i V zamawiający dokonał wyboru oferty zawierającej jeszcze niższe ceny niż ta zaoferowane przez odwołującego. W związku z tym twierdzenie, że doświadczony wykonawca, który zrealizował już na rzecz zamawiającego podobne zamówienia nie jest w stanie wykonać zamówienia za podobną cenę, zaś inny wykonawca jest w stanie zrealizować to zamówienie za cenę niższą jest nie tylko nieracjonalne, ale oderwane od stanu faktycznego i posiadanej przez zamawiającego wiedzy. Co więcej taki stan faktyczny - w ocenie odwołującego - nie potwierdza tezy, że odwołujący poprzez zaoferowaną cenę próbował wyeliminować z rynku innych wykonawców. Tymczasem obie te okoliczności tj.:

- brak możliwości zrealizowania zamówienia za zaoferowaną cenę;

- próba wyeliminowania innych wykonawców z postępowania o zamówienie;

powinny być wykazane, aby mogło dojść do odrzucenia oferty na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp jako zawierającej rażąco niska cenę.

Ponadto w tej części odwołujący wskazał, że w częściach I, IV i VI w porównaniu do szacunkowej wartości zamówienia określonego przez zamawiającego dla tych części były procentowo bliższe szacunkowej wartości zamówienia dla danej części niż w przypadku wybranej przez zamawiającego oferty dla części II zamówienia, która to cena stanowiła zaledwie 47,1% szacunkowej wartości zamówienia dla tej części.

Druga część uzasadnienia obejmowała problematykę dowodu w procedurze wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. W pierwszej kolejności w tej części odwołujący wskazał, że pojęcie dowodu należy rozumieć szeroko i za dowód może być uznane także oświadczenie samego wykonawcy. O tym, czy dany dowód jest możliwy do uzyskania, decyduje charakter okoliczności powoływanych przez wykonawcę. Jeżeli są one obiektywnie możliwe do stwierdzenia w postaci zaświadczeń, informacji wytworzonych przez podmioty niezależne od wykonawcy, to wówczas taki dokument będzie miał walor dowodowy wykraczający poza samą treść wyjaśnień wykonawcy. Jeżeli natomiast okoliczności, jakie przywołuje wykonawca w wyjaśnieniach, dotyczą wyłącznie założeń przyjętych do kalkulacji ceny, wówczas trudno jest oczekiwać od wykonawcy, aby posiadał i przedłożył dowody mające inny walor niż oświadczenie własne wykonawcy. Nie ma więc kategorycznego obowiązku przedstawiania dowodów na okoliczność poprawności kalkulacji ceny przez wykonawcę. Przepis art. 90 ust. 1 Pzp mówi o tym, że zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów. Zamawiający może jednak żądać przedstawienia dowodów, jeżeli jest to uzasadnione przedmiotem zamówienia, jednak każdorazowo zakres i potrzeba udowodnienia sposobu kalkulacji ceny zależy od przedmiotu zamówienia, charakteru świadczenia czy tego, czego dotyczą wątpliwości (np. kosztów pracy, nakładów rzeczowych, materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia, kosztów ogólnego zarządu, niezbędnych do wykonania zamówienia wartości niematerialnych i prawnych).

Analizując kwestię konieczności złożenia dowodów potwierdzających poszczególne elementy ceny, należy jednak mieć na uwadze to, że dowody „zewnętrzne" mogą okazać się niezbędne tylko w przypadku niektórych zamówień. Dotyczy to zwłaszcza sytuacji, gdy zasadnicza część (zakres) przedmiotu zamówienia musi zostać zakupiona przez wykonawcę zamówienia od innych podmiotów (np. zakup określonych materiałów, produktów, urządzeń czy też wykonanie określonych usług poza strukturami danego wykonawcy). W tym wypadku wykonawca w celu wykazania, że nie dokonuje wskazanych zakupów po zaniżonych, nierynkowych cenach, powinien przedstawić zamawiającemu wraz z udzielanymi wyjaśnieniami dowody „zewnętrzne" pochodzące od podmiotów, od których dokonuje wskazanego zakupu na określonych zasadach. Z przedłożonych dokumentów powinno więc wynikać, że zakup podyktowany jest specjalnymi warunkami handlowymi, które pozyskał wykonawca (np. specjalne oferty zakupowe, upusty, rabaty itp.), a które pozwalają mu obiektywnie na obniżenie ceny. Zupełnie inaczej wygląda sytuacja gdy mamy do czynienia z zamówieniem, w którym kluczowym „kosztem" wykonawcy jest praca ludzi. Istotne jest w tym wypadku, aby wykazane koszty mieściły się w stawkach wynikających w przepisów powszechnie obowiązujących, a nawet przekraczały wartość ustawowego minimalnego wynagrodzenia za pracę. W niniejszym przypadku stawki oferowane za poszczególnych ekspertów wynoszą 110,70 zł brutto na godzinę, a więc znacznie przekraczają najniższe obowiązującego wynagrodzenie. Zamawiający posiadał wiedzę w tym zakresie na podstawie zarówno formularz ofertowego, w którym cena została szczegółowo rozpisana jak i wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust 1 Pzp. Wyjaśnienia te w szczególności przywoływały doświadczenie współpracy zamawiającego i odwołującego dla rynku Zjednoczonych Emiratów Arabskich, gdzie umowa zawarta pomiędzy zamawiającym i odwołującym zawierała stawki 110,70 zł brutto zł za godzinę wsparcia eksperckiego.

W ocenie odwołującego w niniejszym przypadku zamawiający w sposób bezproblemowy mógł stwierdzi realność przyjętych przez odwołującego założeń kosztowych na podstawie formularza ofertowego i wyjaśnień, a stawki nie powinny budzić w tym zakresie wątpliwości. Co więcej stawki za wsparcie eksperckie i uczestnictwo Grantobiorcy w warsztacie były identyczne ze stawkami zgodnie z którym odwołujący realizował już zamówienia na rzecz zamawiającego. Tym samym dowody z uwagi na charakter zamówienia i posiadane przez zamawiającego dane nie były w przedmiotowym wypadku konieczne gdyż zamawiający dysponował niezbędną wiedzą aby ocenić, że w zaproponowanych stawkach odwołujący w sposób należyty wykonał analogiczną usługę dla zamawiającego w drugim kwartale bieżącego roku.

Resumując nie istnieje jeden optymalny i właściwy kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę i sposób prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. Zależy on bowiem od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji. Nie jest zatem prawidłowe przyjęcie automatycznego działania polegającego na odrzuceniu oferty z uwagi na brak załączenia do wyjaśnień składanych w trybie art. 90 Pzp dowodów. Kluczowe jest bowiem potwierdzenie, że oferta zawiera rażąco niską cenę tylko ta bowiem okoliczność może stanowić podstawę odrzucenia. Tymczasem w niniejszym wypadku zamawiający opiera odrzucenie oferty na braku dowodów, a nie stwierdzonym fakcie rażąco niskiej ceny.

W trzeciej części uzasadnienia odwołujący odniósł się do sposobu oceny jego oferty i sporządzonych przez niego wyjaśnień. W tym aspekcie odwołujący stwierdził, iż zamawiający w trakcie oceny jego oferty pominął treść tej oferty, wyjaśnienia oraz okoliczności, które były mu doskonale znane. Zaoferowana cena powinna być każdorazowo

analizowana indywidualnie z uwzględnieniem uwarunkowań danego rynku, charakteru zamówienia, jak też indywidualnej sytuacji konkretnego wykonawcy, a także wiedzy i doświadczenia zamawiającego. Wyjaśnienia w trybie art. 90 Pzp stwarzają wykonawcy możliwość uchronienia się przed odrzuceniem oferty. Jednocześnie to na zamawiającym ciąży obowiązek dokonania odpowiednio ich wnikliwej i rzetelnej analizy. Dlatego też musi on dokonać szczegółowej i wszechstronnej analizy poczynionych przez wykonawcę założeń co do realnego kosztu czynności i kosztów niezbędnych do zrealizowania przedmiotu zamówienia, czego w niniejszym przypadku zamawiający nie uczynił. Dla potwierdzenia rażącego zaniżenia nie jest wystarczające wykazanie pewnych wątpliwości związanych z oferowaną przez wykonawcę ceną, lecz obraz sprawy musi przedstawiać się tak, że z otrzymanych wyjaśnień i dowodów można wyprowadzić wniosek w postaci rażącego zaniżenia ceny.

Dalej odwołujący wyjaśnił, że jak wielokrotnie wskazywano w orzecznictwie, procedura wyjaśniania wątpliwości związanych z kształtowaniem wynagrodzenia jest bardzo specyficznym rozwiązaniem, mającym na celu wyeliminowanie z procedury ubiegania się o zamówienie publiczne ofert zawierających cenę na rażąco niskim poziomie, a więc cenę skalkulowaną w sposób nieprawidłowy, nierealny w sposób oczywisty i nieuwzględniający wszystkich czynników cenotwórczych. Takiej eliminacji nie powinny podlegać oferty zawierające ceny niskie, jednakże możliwe do uzyskania w standardowym procesie ofertowania i gwarantujące należyte spełnienie świadczenia. Kształtowanie cen jest elementem gry rynkowej pozwalającym wykonawcom na konkurowanie w ramach procesu ubiegania się o zamówienie publiczne. Celem procedury opartej na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp jest uzyskanie potwierdzenia realności ceny, nie zaś „wciągnięcie" wykonawcy w formalną pułapkę skutkującą odrzuceniem jego oferty ze względu na wypełnienie się hipotezy normy prawnej uregulowanej w treści art. 90 ust. 3 Pzp. Odwołujący wskazał, że Izba stwierdziła, iż celem procedury opartej na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp jest uzyskanie potwierdzenia realności ceny, nie zaś „wciągnięcie” wykonawcy w formalną pułapkę skutkującą odrzuceniem jego oferty ze względu na wypełnienie się hipotezy normy prawnej uregulowanej w treści przepisu art. 90 ust. 3 Pzp. Nie sposób bowiem zgodzić się z poglądem, że odrzucenie oferty z przyczyn formalnych (tj. na skutek nierzetelnego wypełnienia obowiązku z art. 90 ust. 1-3 Pzp) powinno następować w każdym wypadku, w szczególności gdy oferta nie nosi znamion oferty z ceną rażąco niską. Takie stanowisko, przy przyjęciu i ustaleniu, że istnieje duże prawdopodobieństwo, że oferta została skalkulowana w sposób rzetelny i ekonomicznie uzasadniony, jest nie do przyjęcia. Oznaczałoby to wówczas konieczność odrzucenia oferty z uzasadnioną ekonomicznie ceną ze względu na pewne braki procedury - a więc eliminowanie z przyczyn formalnych rzetelnie skalkulowanych ofert. Zdaniem odwołującego został on w taką pułapkę wciągnięty przez zamawiającego, bowiem ten dokonując oceny oferty i wyjaśnień pominął zarówno ich treści jak i posiadaną wiedzę, a poprzestał wyłącznie na aspekcie formalnym tj. stwierdzeniu braku dowodów załączonych do wyjaśnień. Prowadzona przez zamawiającego w taki sposób procedura wyjaśnień ceny i jej oceny całkowicie niweczy sens tej procedury bowiem prowadzi wprost do odrzucania korzystanych ofert doświadczonych wykonawców poprzez odwołanie się wyłącznie do formalnych aspektów prowadzonego procesu. Bez wątpienia potwierdza to treść odrzucenia oferty odwołującego, w którym zamawiający jako postawę tego odrzucenia przywołuje brak dowodów, a nie fakt stwierdzenia rażąco niskiej ceny.

Resumując tę część odwołujący stwierdził, że ocena złożonej oferty i wyjaśnień przedłożonych w trybie art. 90 ust 1 Pzp została dokonana z naruszeniem przepisów Pzp.

W ostatniej części uzasadnienia odwołujący skupił się na argumentacji odnoszącej się do twierdzenia, że podstawą odrzucenia oferty może być wyłącznie sytuacja, w której potwierdzono, że oferta zawiera rażąco niską cenę.

W tej części odwołujący wskazał, że odnosząc powołane w odwołaniu orzecznictwo do przedmiotowej sprawy stwierdzić należy, iż w przypadku oferty odwołującego z całą pewnością nie mamy do czynienia z sytuacją, w której zaoferowana cena jest nierealistyczna, poniżej kosztów a jej celem jest wyeliminowanie innych wykonawców. W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący:

- złożył wyjaśnienia w trybie art. 90 ust 1 Pzp, z których wynika, że dostępny jest mu szereg warunków szczególnych pozwalających na złożenie konkurencyjnej ceny. Dotyczy to m.in. wspólników odwołującego, którzy posiadają stałą globalną siatkę ekspertów wypracowaną w trakcie pracy dla międzynarodowej firmy doradczej oraz operacyjnie angażują się w realizację przedmiotu zamówienia;

- posiada już doświadczenie w realizowaniu tego rodzaju zamówień na rzecz zamawiającego, co w znacznym stopniu pozwala zoptymalizować koszty tego rodzaju projektów z uwagi na praktyczną znajomość wymagań zamawiającego i wypracowane szablony oraz materiały do ponownego użycia (np. szablony prezentacji o rynkach, scenariusz i materiały do gry integracyjnej, agenda warsztatów) oraz bogatą bazę ekspertów;

- zaoferował ekspertom stawki rynkowe oraz wyjaśnił zamawiającemu na jakich stawkach współpracuje z ekspertami;

- oferta odwołującego na rynek australijski jest niższa od wybranej przez zamawiającego oferty o 16 000 zł brutto (niespełna 5% różnicy).

Oznacza to, że zamawiający posiadał komplet informacji pozwalających na stwierdzenie realności założeń kosztowych oferty odwołującego, a tym samym nie miał podstaw do

odrzucenia oferty.

Odwołujący stwierdził, że Izba wielokrotnie podkreślała (m.in. wyrok z 26 kwietnia 2019 r. o sygn. akt KIO 686/19), że dla zaistnienia możliwości zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający musi mieć pewność, że za cenę zaoferowaną przez wykonawcę danego zamówienia nie da się prawidłowo wykonać lub musi ustalić, że skalkulowany koszt nie umożliwia pokrycia wydatków związanych z wykonaniem jakiegoś elementu zamówienia w sposób prawidłowy. Nadto zamawiający nie może zastosować automatyzmu odrzucenia oferty z ceną podejrzaną o rażąco niską cenę lub koszt. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp ma charakter eliminacyjny i musi być wykładany w sposób ścisły, jak wszystkie przesłanki odrzucenia ofert, które nie mogą być wykładane sprzecznie z celem ustawy, którym jest wyłonienie konkurencyjnie wybranego wykonawcy. W niniejszym przypadku zamawiający nie miał więc podstaw do stwierdzenia, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę a swoje uzasadnienie zawarł wyłącznie na braku dowodów, które nie były konieczne dla potwierdzenia, że cena jest skalkulowana prawidłowo.

Na marginesie odwołujący wskazał, iż w sytuacji gdyby mimo złożonych wyjaśnień zamawiający nadal miał wątpliwości odnośnie zaoferowanej ceny brak jest przeszkód prawnych przed uruchomieniem dalszych wyjaśnień. W orzecznictwie wskazuje się bowiem na dopuszczalną możliwość więcej niż jednokrotnego wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny. Dotyczy to w szczególności sytuacji, gdy kolejne wyjaśnienia mają postać dalszego, doprecyzowującego ustalenia okoliczności poruszonych w wyjaśnieniach. Podkreślenia bowiem wymaga, że żaden przepis Pzp ani przepisy dyrektyw nie pozwalają na postawienie tezy, że zwrócenie się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp ma charakter wyłącznie jednorazowy. W świetle orzecznictwa „nie ma przeszkód, by zamawiający prowadził wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wieloetapowo, aż do uzyskania odpowiedzi na wszystkie pytania i wątpliwości (poza przypadkiem opisanym w art. 90 ust. 3 PZP, gdy wykonawca nie współpracuje i nie udziela wyjaśnień)". Co więcej, możliwość wielokrotnego skorzystania z trybu wyjaśnień wiąże się w tym, że zamawiający może odrzucić ofertę wykonawcy dopiero po uzyskaniu wyjaśnień i tylko wówczas, gdy dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Oznacza to że, to zamawiający powinien mieć możliwość uzyskania w ramach wyjaśnień składanych przez wykonawcę pełnej wiedzy umożliwiającej podjęcie decyzji stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili

wykonawcy - P. F. i Ł. F. prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą East Analytics P. F. Ł. F. s.c. z siedzibą w Krakowie oraz Varsovia Capital S.A. z siedzibą w Warszawie.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 29 sierpnia 2019 r., zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wskazał, że odwołujący w odpowiedzi na wezwanie z dnia 12 czerwca 2019 r. złożył wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny dla części I, IV oraz VI zamówienia. Komisja Przetargowa w przedmiotowym postępowaniu, oceniając złożone wyjaśnienia doszła w sposób zgodny, iż wyjaśnienia te są bardzo ogólne oraz brakuje w nich jakichkolwiek dowodów wskazujących, iż jest on w stanie zrealizować zgodnie z wymaganiami SIWZ przedmiotowe zamówienie dla cz. I, IV i VI zamówienia tj. dla rynku australijskiego, norweskiego oraz ukraińskiego. Dalej zamawiający wyjaśnił, że odwołujący w ww. wyjaśnieniach nie odniósł się w ogóle w sposób konkretny do cen jednostkowych ani łącznej ceny oferty wskazując jedynie ogólniki typu „z uwagi na nasze bogate dotychczasowe doświadczenie i przewagi konkurencyjne planujemy zrealizować przedmiot zamówienia z godziwą marżą na poziomie bliskim 10%, ale ze znacząco niższymi kosztami i przy wyższej jakości usług." czy też odniesienie się do ceny jednostkowej, która jest w stosunku do cen konkurencyjnych niższa ok 18 razy (w porównaniu do wykonawcy East Analytics, który został wybrany jako najkorzystniejszy) tj. ceny za obsługę jednego Grantobiorcy w kwocie 221,40 zł - odwołujący wyjaśnił:

„Przy cenie za obsługę 1 Grantobiorcy uczestniczącego w warsztacie (221,40 złotych brutto) uwzględniliśmy tylko koszt marginalny dla uczestnictwa jednego dodatkowego Grantobiorcy (zakładamy, że jest to koszt zmienny). Koszty przygotowania się eksperta do warsztatu i wsparcia Grantobiorców zawarte są w cenie za zorganizowanie warsztatu gdyż zakładamy, że dla nas będą to koszty stałe. Nasz ekspert będzie musiał się przygotować do warsztatu i będzie obecny na nim niezależnie".

Odwołujący - zdaniem zamawiającego - na przykładzie powyższego wyimka z wyjaśnień, nawet nie podjął próby wyliczenia elementów tej ceny tj. co w ramach tej kwoty przewiduje, wskazał jedynie, iż jest to koszt marginalny, zmienny itp. nie precyzując jednak co rozumie pod tymi pojęciami. Gdyby dla zamawiającego koszt ten był „marginalny" to nie umieszczałby go w formularzu ofertowym, oraz nie wskazywałby go jako jeden z elementów cenowych na podstawie których będzie rozliczał się z wybranym wykonawcą. Odwołujący we wskazanym powyżej fragmencie podniósł również, iż „koszt przygotowania eksperta do warsztatu i wsparcia Grantobiorców zawarte są w cenie za zorganizowanie warsztatu", jednak w wyjaśnieniach nie wskazał ani kosztu przygotowania eksperta do warsztatu ani kosztu wsparcia Grantobiorców ani nawet nie wskazał ceny czy też czynników cenotwórczych składających się na „cenę za zorganizowanie warsztatu". Tym samym w ocenie zamawiającego, odwołujący na podstawie złożonych wyjaśnień oraz braku złożenia jakichkolwiek dowodów na poparcie swych twierdzeń, nie wykazał, iż zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska.

Następnie zamawiający powołał się na dwa wyroki Izby tj. wyrok z 19 października 2018 r. o sygn. akt KIO 2020/18 oraz wyrok z 15 października 2018 r. o sygn. akt KIO 1972/18. W ocenie zamawiającego powyższe wyroki świetnie korespondują ze złożonymi przez odwołującego wyjaśnieniami oraz brakiem złożenia jakichkolwiek dowodów. Odwołujący złożył bardzo ogólnikowe wyjaśnienia, które zastosował do każdej z części zamówienia, nie różnicując rynków, których zamówienia te dotyczą. Odwołujący zastosował w swoich wyjaśnieniach właśnie podobną „beletrystykę" jak jest przywołana w wyroku z 15 października 2018 r. o sygn. akt KIO 1972/18, przez co pominął istotne elementy rozróżniające ww. części zamówienia, co nie jest bez znaczenia, ponieważ rynki, na które odwołujący złożył ofertę mają ze sobą rzeczywiście mało wspólnego — np. porównując do siebie rynek ukraiński do rynku australijskiego. Odwołujący, jak już wyżej zostało wskazane, nie załączył dowodów na poparcie swych ogólnikowych i lakonicznych twierdzeń.

Odwołujący w złożonym odwołaniu wskazuje również, iż zamawiający na etapie badania i oceny oferty i wyjaśnień odwołującego, powinien wziąć pod uwagę dotychczasową współpracę z odwołującym w zakresie realizacji innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wskazując, iż „zakres postępowania był identyczny jak dla obecnego postępowania tylko dotyczył innych rynków (...)". Odnosząc się do powyższej kwestii zamawiający wskazał z całą stanowczością, iż zamówienia te może i są podobne do siebie z nazwy czy też z ogólnego charakteru prowadzonego postępowania (chodzi o przeprowadzenie warsztatów), jednak co bardzo istotne, a co odwołujący zbagatelizował — każda z części zamówienia czy też porównywane przetargi różnią się rynkami na które mają zostać przeprowadzone warsztaty. Co istotne przez zorganizowanie warsztatu, zamawiający nie rozumie zapewnienia sali konferencyjnej, wyżywienia czy też noclegów — te zamówienia są realizowane na podstawie odrębnego postępowania. W ramach przeprowadzenia warsztatów, wybrany wykonawca obowiązany jest m.in. zapewnić doświadczonych ekspertów, którzy mają doradzać polskim przedsiębiorcom w zakresie ekspansji na rynek, którego dotyczy zamówienie oraz po warsztacie, eksperci mają pomóc tym przedsiębiorcom stworzyć strategię wejścia (ekspansji) na ten rynek. Rynki na których przeprowadzane są warsztaty różnią się zarówno kulturowo, jak biznesowo. Ciężko porównać ze sobą rynek ukraiński do rynku australijskiego, czy choćby te rynki do rynku Zjednoczonych Emiratów Arabskich, które są diametralnie różne i wymagają indywidualnego specjalistycznego podejścia do tematyki ekspansji zagranicznej. W każdym z tych rynków również specjalizują się odmienni eksperci, którzy mają zostać zapewnieni do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, zamawiający każdy rynek zagraniczny na który ma odbyć się warsztat, traktuje jako oddzielne zamówienia. Gdyby zamówienia te były rzeczywiście identyczne, to zamawiający przeprowadziłby jedno duże postępowanie na cały rok lub projekt, podobnie jak to zrobił z usługami logistycznymi tj. zapewnienie sal, wyżywienia czy też noclegów, które są realizowane niezależnie od rynku na który organizowany jest warsztat. Niestety z uwagi na różnice pomiędzy rynkami oraz konieczność zapewnienia różnych ekspertów, specjalizujących się w konkretnych rynkach, przeprowadzenie jednego dużego postępowania bez wskazywania części zamówienia byłoby niemożliwe lub nieracjonalne z punktu widzenia efektów, które mają zostać osiągnięte przez zamawiającego w realizowanym przez niego projekcie Polskie Mosty Technologiczne. Odwołujący bagatelizując oraz starając się zatrzeć rzeczywiste różnice pomiędzy zamówieniami, które były przez niego realizowane, a które dotyczą przedmiotowego postępowania, stara się przerzucić na zamawiającego ciężar dowodu, któremu obowiązany był sprostać na etapie

składanych wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny. Wskazać przy tym należy. iż zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Zamawiający wzywając wykonawcę do wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny oczekiwał, iż to odwołujący w sposób wyczerpujący wyjaśni i udowodni, że jest w stanie zrealizować przedmiot zamówienia po zaoferowanych w ofercie cenach. Zamawiający dał temu również wyraz na końcu pisma wzywającego odwołującego, w którym wskazał, iż oferta Wykonawcy zostanie odrzucona w przypadku braku złożenia wyjaśnień wraz z wymaganymi dowodami, jako zawierającą rażąco niską cenę. W związku ze zrealizowaniem się ww. przesłanki, zamawiający odrzucił ofertę odwołującego.

Odnosząc się do dokonanych przez odwołującego porównań postępowań wskazanych w odwołaniu oraz próbie wywodzenia tych okoliczności przed Krajową Izbą Odwoławczą, zamawiający wskazał, iż nie można porównywać zakończonego już postepowania z tym prowadzonym obecnie, ponieważ ich przedmioty zamówienia są nieporównywalne. Ponadto wskazać należy, iż przedmiotem oceny przez Krajową Izbę Odwoławczą, nie jest ocena zakończonego już postępowania przetargowego dotyczącego rynku ZEA i Kenia. Przedmiotem oceny nie powinna również być ocena złożonych w tamtym postępowaniu wyjaśnień, choć wskazać należy, iż poprzednie wezwanie zamawiającego było bardziej ogólne oraz zamawiający w nim nie wymagał wyjaśniania cen jednostkowych wskazanych w ofercie.

Przystępujący - P. F. i Ł. F. prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą East Analytics P. F. Ł. F. s.c. z siedzibą w Krakowie złożyli pismo procesowego z dnia 27 sierpnia 2019 r., w którym wnieśli o oddalenie odwołania.

Przystępujący wskazał, że pierwszej kolejności wskazać należy, iż zgodnie z treścią art. 90 ust. 3 Pzp to na odwołującym spoczywał obowiązek wykazania, iż oferta odwołującego nie zawierała rażąco niskiej ceny lub kosztu. Tymczasem odwołujący nie udźwignął ciężaru dowodu w zakresie wyjaśnienia, iż zaproponowana cena oferta nie stanowiła ceny rażąco niskiej. W wezwaniu z dnia 12 czerwca 2019 r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Zamawiający wyraźnie wskazał przy tym w treści pisma, iż „Wyjaśnienia w powyższym zakresie należy złożyć zarówno do cen jednostkowych, jak i do ceny całościowej zamówienia dla każdej z części z osobna.” Tymczasem odwołujący w żaden sposób nie zrealizował wezwania zamawiającego. Odwołujący ograniczył się bowiem wyłącznie do przedstawienia w swoich wyjaśnieniach twierdzeń o wysokim stopniu ogólności, obiektywnie nieweryfikowalnych i w swej naturze uniwersalnych. Odwołujący w szczególności nie wskazał i nie opisał podstawowych elementów cenotwórczych złożonej oferty odnoszących się do wskazanych w ofercie cen jednostkowych, a także nie przedstawił jakichkolwiek

dowodów na potwierdzenie, iż jego oferta nie zawiera ceny zaniżonej. Odwołujący ograniczył się jedynie do złożenia zapewnienia o następującej treści „Zdecydowanie dokonaliśmy wszelkich starań aby być konkurencyjnym w tym przetargu i z uwagi na nasze bogate dotychczasowe doświadczenie i przewagi konkurencyjnej planujemy zrealizować przedmiot zamówienia z godziwą marżą na poziomie bliskim 10%, ale ze znacząco niższymi kosztami i przy wyżej jakości usług C. .)”.

Powyższe twierdzenie odwołujący uzasadnił opisem obszarów swojej przewagi konkurencyjnej. Szczegółowa analiza wyjaśnień odwołującego prowadzi jednak do wniosku, iż opisanych obszarów przewagi konkurencyjnej w żadnym stopniu nie sposób uznać za wyjątkowe i nieosiągalne dla innych wykonawców działających w branży doradztwa eksportowego. Nie stanowi elementu przewagi konkurencyjnej aspekt wieloletniego doświadczenia w spółkach doradczych. Warunkiem dopuszczenia do postępowania było bowiem dysponowanie przez wykonawców odpowiednim doświadczeniem oraz osobami zdolnymi realizacji zamówienia w zakresie określonym w części VII SIWZ. Stąd też w przedmiotowym postępowaniu uczestniczyć mogli wyłącznie profesjonaliści legitymujący się odpowiednim doświadczeniem oraz potencjałem osobowym. Argument odwołującego w zakresie rzekomo niższych kosztów ogólnych względem korporacyjnych firm doradczych również w żaden sposób nie przesądza o realności zaproponowanej przez odwołującego ceny. Odwołujący wskazuje, iż u większych firm doradczych koszty zarządzenia projektem (narzutu do kosztów projektu) stanowią 20%-25% budżetu projektu, przy czym odwołujący te koszty znacząco zminimalizował. Odwołujący nie wyjaśnia jednak o jaką część owe koszty zminimalizował, co uniemożliwia jakąkolwiek racjonalną weryfikację tego rodzaju twierdzeń w kontekście wyjaśnień w sprawie ceny.

W zakresie argumentu związanego ze zmniejszeniem kosztów zarządu wskutek połączenia funkcji prezesa zarządu oraz współwłaściciela spółki — wskazać należy, iż wyjaśnienia w omawianym zakresie są wyłącznie nieweryfikowalnymi twierdzeniami. Tymczasem z treści wyjaśnień odwołującego wynika, iż spółka nie ponosi żadnych kosztów nadzoru zarządczego, co prowadzi do wniosku, iż jej zarząd nie otrzymuje jakiegokolwiek wynagrodzenia. Zakładając, iż tak rzeczywiście jest - nie sposób pominąć, iż tej okoliczności odwołujący w żaden sposób nie uprawdopodobnił, chociażby przedkładając odpowiedni fragment sprawozdania finansowego swojej spółki. Przystępujący również zauważył, iż być może z uwagi na wartość przedmiotu zamówienia, duże firmy doradcze z zagranicznym kapitałem nie uczestniczyły w przedmiotowym postępowaniu, co dodatkowo wskazuje, iż aspekt przewagi konkurencyjnej w postaci braku opłat za markę i innych kosztów związanych z przynależnością do międzynarodowych korporacji w żaden sposób nie wyróżniał odwołującego pośród innych oferentów.

Również oparcie współpracy o umowy cywilnoprawne, w szczególności w odniesieniu do tak odległego rynku jaki stanowi Australia, są w branży normą, nie zaś wyjątkiem świadczącym o przewadze konkurencyjnego odwołującego. Dalej przystępujący wyjaśnił, że żaden ze znanych mu podmiotów na rynku nie dysponuje wieloosobowym zespołem zdolnym do realizacji zamówienia w zakresie rynku australijskiego wyłącznie oparciu o umowę o pracę, w związku z czym każdy musi posiłkować się zewnętrznymi ekspertami w oparciu o umowy cywilnoprawne.

Również powoływana w wyjaśnieniach okoliczność dysponowania siecią ekspertów w żaden sposób nie uzasadnia wysokości przyjętej ceny ofertowej. Każdy z uczestników przetargu musiał zgodnie z wymaganiami SIWZ dysponować odpowiednimi osobami zdolnymi do realizacji zamówienia.

Nie ma również większego znaczenia okoliczność realizacji dla zamawiającego innych zamówień. Historyczne doświadczenia odwołującego odnosiły się do zróżnicowanych rynków, charakteryzujących się odmienną specyfiką, w tym w szczególności szerszą niż przy rynku australijskim dostępnością krajowych ekspertów. Nadto nie sposób pominąć, iż obowiązkiem odwołującego było wykazanie, iż to jego ceny ofertowe w przedmiotowym postępowanie nie zawierają ceny rażąco niskiej, nie zaś ceny przyjęte w innych postępowaniach. Z faktu wykonania w przeszłości podobnych zamówień nie sposób wywieść wniosku, iż wykonawca, który wykonał takie zamówienie zwolniony jest z obowiązku udzielenia rzetelnych i wyczerpujących wyjaśnień w zakresie ceny ofertowej. Takiego uprawnienia nie przewidują bowiem przepisy Pzp. Złożone wyjaśnienia w żaden sposób nie odnosiły się bowiem bezpośrednio do przedmiotu zamówienia oraz nie zawierały jakichkolwiek wyjaśnień odnoszących się do przyjętych cen jednostkowych, jak też ceny całościowej każdej z części zamówienia, w tym części I. Treść wyjaśnień była przy tym identyczna dla wszystkich trzech części zamówienia, tak jakby odwołujący pominął, iż złożył ofertę na trzy zróżnicowane rynki, dla których wskazał trzy istotnie różniące się jednostkowe i całkowite ceny ofertowe. Złożone przez odwołującego wyjaśnienia miały przy tym charakter nadmiernie uniwersalny. Ich treść była bowiem na tyle ogólnikowa, iż udzielone wyjaśnienia w zasadzie mogłoby zostać przez odwołującego zastosowanie w toku dowolnego postępowania o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem byłoby świadczenie usługi doradczej.

Podsumowując powyższe wywody przystępujący wskazał, iż odwołujący w żaden sposób nie wykazał, iż jego oferty nie zawierały ceny rażąco niskiej, a ograniczył się do stwierdzenia, iż jego przedsiębiorstwo mogło poczynić pewne oszczędności na kilku elementach w zakresie kosztów ogólnych składających się wyłącznie w części na cenę ofertową oraz iż w przeszłości wykonał podobne zamówienia. W takiej sytuacji słusznie zamawiający przyjął, iż złożone przez odwołującego wyjaśnienia z dnia 15 czerwca 2019 r. miały charakter bardzo lakoniczny i ogólny.

Następnie przystępujący wyjaśnił, że w treści wezwania z dnia 12 czerwca 2019 r. zamawiający wyraźnie wyartykułował żądanie przedłożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny ofertowej. Treść wezwania w tym zakresie została przez odwołującego wytłuszczona. W konsekwencji nie budziło wątpliwości, iż poza udzieleniem wyjaśnień odwołujący oczekiwał od wykonawców dostarczenia dowodów na poparcie swoich twierdzeń. W związku z powyższym przystępujący zauważył, iż chociaż brak przedstawienia samych dowodów nie stanowi samoistnej przesłanki formalnej nieuznania wyjaśnień przez zamawiającego czy też odrzucenia ofert — treść złożonych przez odwołującego wyjaśnień w powiązaniu z brakiem jakichkolwiek dowodów słusznie skutkowała negatywną oceną badanej ceny ofertowej. Odwołujący dostępnymi środkami dowodowymi, chociażby w formie własnych oświadczeń, nie wykazał lub nie uprawdopodobnił jakichkolwiek przewidywanych kosztów pracy ekspertów niezbędnych do realizacji zamówienia przy uwzględnieniu jego przewidywanej czasochłonności. Brak przedłożenia przez odwołującego jakichkolwiek dowodów w powiązaniu z ogólnikowym charakterem złożonych wyjaśnień przesądza zatem, iż odwołujący nie udźwignął ciężaru wykazania, iż jego ceny ofertowe nie były cenami rażąco

niskimi. Tymczasem to wykonawca wszelkimi niezbędnymi środkami dostępnymi w danej sprawie i uzasadnionymi w konkretnym stanie faktycznym, powinien wykazać zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, pomimo wypełnienia się określonych ustawowych przesłanek podejrzenia rażąco niskiej ceny w jego ofercie (por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 kwietnia 2019 KIO 619/19).

Odnosząc się do treści wyjaśnień złożonych przez odwołującego - zdaniem przystępującego - nie sposób pominąć charakteru wynagrodzenia przewidzianego przedmiotowym zamówieniem, a określonego Istotnymi Postanowieniami Umowy (dalej „IPU") stanowiącymi załącznik nr 10 do SIWZ. Zgodnie z treścią 9 IPU zastrzeżono wynagrodzenie o charakterze mieszanym łączącym elementy wynagrodzenia kosztorysowego i ryczałtowego. Zamawiający przewidział bowiem łączną kwotę maksymalnego wynagrodzenia (§ 9 ust. 1 IPU) i jednocześnie stawki poszczególnych komponentów zamówienia obejmujące osobne kwoty za (i) organizację warsztatu, (ii) obsługę 1 Grantobiorcy i (iii) 1 h pracy eksperta.

Zgodnie z treścią § 9 ust. 3 zamawiający zastrzegł sobie możliwość zmniejszenia wynagrodzenia maksymalnego określonego w ust. 1 w zależności od liczby Grantobiorców. Sposób zastrzeżenia wynagrodzenia umownego znalazł odzwierciedlenie w Formularzu Ofertowym stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ, w ramach którego wykonawcy zostali zobowiązani do wskazania elementów cenotwórczych poszczególnych części zamówienia.

Przypomnieć w tym miejscu należy, iż w treści wezwania zamawiający wyraźnie wskazał, iż oczekuje wyjaśnień zarówno co do cen jednostkowych, jak i co do ceny całościowej zamówienia dla każdej z części z osobna. Tymczasem w celu ustalenia, czy zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający może badać ceny jednostkowe, które mogą mieć również cechy samodzielnych cen za wykonanie poszczególnych świadczeń składających się na złożone zamówienie. W wyroku z dnia 24 sierpnia 2012 r. KIO 1734/12 Izba uznała, że ceny jednostkowe mogą mieć cechy samodzielnych cen za wykonanie poszczególnych dostaw składających się na złożone zamówienie i mogą być rozpatrywane w kategorii rażąco niskiej ceny w odniesieniu do danego elementu dostawy. W konsekwencji skoro określone elementy cenotwórcze przedmiotowego zamówienia stanowiły podstawę dla określenia ceny maksymalnej, badanie pod kątem rażąco niskiej ceny winno obejmować również poszczególne ceny jednostkowej każdej z części zamówienia, w tym części nr I dotyczącej rynku australijskiego.

Mając na uwadze powyższe przystępujący zauważył, iż analiza zestawienia ofert części I zamówienia zawartych w informacji z otwarcia ofert z dnia 27 maja 2019 r. wyraźnie wskazuje, iż cena ofertowa odwołującego w zakresie ceny brutto za I Grantobiorcę uczestniczącego w warsztacie i za 20 Grantobiorców uczestniczących w warsztacie rażąco odbiegała od ofert innych wykonawców, co ilustruje poniższa tabela.

Zestawienie ofert otwartych 27 maja 2019 r.

Część I - rynek australijski

	Abbeys EDF sp. z o.o.	GO GLOBAL GROUP M. S.,	East Analytics P. F. Ł. F. s. c.	ICMCG sp. z o.o.,
Łączna cena brutto	658 000,00	232 300,00	340 000,00	324 000,00
Cena brutto za I Grantobiorcę uczestniczącego	8 000,00	8 385,00	4 000,00	221,40
Cena brutto za 20 Grantobiorców uczestniczących w warsztacie	160 000,00	167 700,00	80 000,00	4 428,00
Cena brutto za 1 h pracy eksperta w ramach konsultacji eksperckich pozawarsztatowych	500,00	50,00	200,00	110,70
cena brutto za 40h pracy ekspertów w ramach konsultacji eksperckich powarsztatowych dla 20 Grantobiorców	400 000,00	40 000,00	160 000,00	88 560,00
Cena brutto za zorganizowanie warsztatu na warunkach określonych w SOPZ	98 000,00	24 600,00	100 000,00	231 012,00
Doświadczenie polegające na merytorycznym przygotowaniu oraz koordynacji seminariów lub warsztatów lub konferencji	32	8	11	9

Przedmiotowe pozycje są bowiem 18 razy zaniżone względem oferty Przystępujących

(4000 zł1221,40 zł).

W konsekwencji biorąc pod uwagę okoliczność, iż w przedmiotowym postępowaniu ceny jednostkowe stanowiły podstawę do obliczenia ostatecznego wynagrodzenia wykonawcy, każda z tych cen powinna była zostać obliczona w sposób realny, rynkowy (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 września 2014 r. KIO 1844/14). Odwołujący w żaden sposób nie wyjaśnił natomiast dlaczego ceny za 2 omawiane elementy składowe ceny zamówienia w tak daleko idący sposób odbiegały od innych cen ofertowych, co samoistnie przesądza, iż omawianym zakresie dwie wspomniane powyżej ceny jednostkowe miały charakter cen rażąco zaniżonych.

W kwestii zarzutu braku ponownego wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień przystępujący wskazał, iż ponowne wezwanie wykonawcy do udzielenia dodatkowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, powinno być wystosowane w sytuacji, gdy złożone przez wykonawcę wyjaśnienia i dowody na pierwsze wezwanie zamawiającego zrodziły po stronie zamawiającego dalsze wątpliwości, które wymagałyby dodatkowego wyjaśnienia czy uszczegółowienia. Kolejne wezwanie wykonawcy nie może prowadzić do bezpodstawnego stworzenia kolejnej szansy dla wykonawcy, który złożył wyjaśnienia o wysokim poziomie ogólności, nie przedstawiając przy tym żadnych dowodów potwierdzających kalkulację ceny oferty. Ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny jest możliwe w sytuacji, gdy wykonawca złożył rzetelne i wyczerpujące wyjaśnienia, odpowiadające wystosowanemu wezwaniu, a konieczne będzie wyjaśnienie kwestii, o które zamawiający nie zapytał. Celem art. 90 ust. 3 Pzp jest zmobilizowanie wykonawców do składania wyjaśnień, w tym dowodów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, poprzez nałożenie sankcji za ich nieudzielenie. Użyte w art. 90 ust. 3 Pzp sformułowanie „odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień" oznacza również sytuację, gdy wykonawca składa wyjaśnienia w sposób zdawkowy i ogólnikowy.

W przedmiotowym postępowaniu w sprawie wyjaśnienia ceny odwołujący został wyraźnie i jednoznacznie wezwany do przedłożenia wyjaśnień w zakresie ceny ofertowej również w zakresie elementów składowych ceny ofertowej. Takowe wyjaśnienia nie zostały złożone, a odpowiedź odwołującego ograniczona została do zawarcia ogólnikowych twierdzeń o możliwych oszczędnościach, które w zasadzie mogłyby zostać wykorzystane w każdym innym postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie wykonania usługi doradczej. Zamawiający wyraźnie podkreślił również w treści wezwania, iż oczekuje dowodów. Takie dowody odwołujący mógł na ówczesnym etapie postępowania przedłożyć przekazując zamawiającemu chociażby kopie umów cywilnoprawnych z ekspertami, z których dotychczas współpracował lub przynajmniej oświadczenia w zakresie stosowanych stawek wynagrodzenia ekspertów. Tymczasem odwołujący nie przedłożył jakichkolwiek dowodów. W takiej sytuacji zamawiający nie tylko nie miał obowiązku, ale też prawa, do ponownego wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień. Takie działanie mogłoby narazić zamawiającego na zarzut nierównego traktowania wykonawców. Przykładowo w wyroku z dnia 13 października 2014 r. KIO 2025/14, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że: „Zamawiający nie może wzywać jednak wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej. Powyższe prowadzi bowiem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez sugerowanie wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć."

Następnie przystępujący zauważył, że odwołujący zarzuca również, iż zamawiający nie uwzględnił, niejako z urzędu, doświadczeń odwołującego z innych zamówień publicznych zrealizowanych na rzecz zamawiającego przez odwołującego. Jest to zdaniem przystępującego zarzut błędny, bowiem w sposób nieprawidłowy przerzucający ciężar wykazania braku ceny rażąco niskiej na zamawiającego. W związku z powyższym ponownie podkreślić należy, iż w postępowaniu o wyjaśnienie ceny określonym treścią art. 90 ust. 2 Pzp ciężar dowodu, iż oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej spoczywa na wykonawcy. Zamawiający nie jest uprawniony do przeprowadzenia w tym zakresie własnego postępowania dowodowego. Wyłącznie bowiem wykonawca posiada wiedzę, co do sposobu określenia ceny ofertowej i tylko on jest podmiotem uprawnionym do złożenia w tym zakresie stosownych wyjaśnień. Nie sposób przy tym pominąć, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego niewątpliwie toczy się z udziałem profesjonalistów, a zatem wykonawcy nie mogą powoływać się na okoliczności dotyczące braku ze strony zamawiającego szczegółowego opisu (instrukcji), w jaki sposób wykonawca jest zobowiązany przedstawić wyjaśnienia dotyczące wysokości zaoferowanej ceny (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 grudnia 2013 r. KIO 2784/13).

W świetle powyższych wywodów - zdaniem przystępującego - działania zamawiającego należy uznać za usprawiedliwione, a odwołanie wniesione przez odwołującego, jako pozbawione podstaw, winno zostać w całości oddalone.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestników postępowania, ustaliła i zważyła co następuje.

Na wstępie Izba ustaliła, że odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp, Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego wykonawców: P.F. i Ł. F.

prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą East Analytics P. F. Ł. F. s.c. z siedzibą w Krakowie (zwanych dalej: „przystępującym I") oraz Varsovia Capital S.A. z siedzibą w Warszawie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z:

1) dokumentacji w postaci elektronicznej zapisanej na nośniku typu pendrive, nadesłanej do akt sprawy w dniu 26 sierpnia 2019 r. przez zamawiającego, w tym w szczególności z treści:

- SIWZ wraz z załącznikami;

- formularza ofertowego złożonego przez odwołującego;

- wezwań odwołującego oraz przystępującego I z dnia 12 czerwca 2019 r. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny;

- wyjaśnień odwołującego z dnia 14 czerwca 2019 r. w zakresie rażąco niskiej ceny;

- informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 9 sierpnia 2019 r. dla wskazanych w niej części zamówienia;

2) załączonych do odwołania:

- treści wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny złożonych przed odwołującego w postępowaniu na „Kompleksową organizacja etapu krajowego projektu Polskie Mosty Technologiczne na 2 rynki: Zjednoczone Emiraty Arabskie i Kenię z podziałem na dwoje części 2 części";

- oferty odwołującego w postępowaniu na „Kompleksową organizację etapu krajowego projektu Polskie Mosty Technologiczne na 2 rynki: Zjednoczone Emiraty Arabskie i Kenię z podziałem na dwoje części 2 części";

3) złożonego przez odwołującego na rozprawie własnego opracowania obejmującego rozbicie kosztów obejmujących realizację zamówienia w ramach części I.

Izba ustaliła co następuje.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został określony przez zamawiającego w rozdziale V pn.: Szczegółowy opis elementów zamówienia, załącznika nr 1 do SIWZ. Zgodnie z postanowieniami ww. rozdziału:

Przedmiotem niniejszego zamówienia jest:

1. merytoryczne przegotowanie, kompleksowa organizacja i obsługa jednego 3-dniowego warsztatu poświęconego wybranemu rynkowi, odpowiednio do wybranej części zamówienia, odbywającego się na terenie Warszawy lub okolic (do 50 km od centrum), podczas którego Grantobiorca otrzyma:

- wiedzę dotyczącą wybranego rynku, jego uwarunkowań i możliwości ekspansji,

- usługi doradztwa eksperckiego przy wypracowywaniu wstępnej strategii ekspansji na wybrany rynek, odpowiednio do wybranej części zamówienia.

2. Dostarczenie pakietu 40 godzin indywidualnej współpracy Grantobiorcy z wyspecjalizowanymi ekspertami celem przygotowania i napisania finalnej wersji strategii ekspansji dla każdego Grantobiorcy indywidualnie na wybrany rynek, odpowiednio do wybranej części zamówienia, do wykorzystania po warsztacie i po zakończeniu etapu krajowego.

W § 9 ust. 2 Istotnych Postanowień Umowy (IPU) dla wszystkich części zamówienia stanowiącego załącznik nr 10 do SIWZ zamawiający wskazał, że:

Za prawidłowe wykonanie Przedmiotu Umowy Zamawiający zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie za faktycznie wykonane usługi stanowiące Przedmiot Umowy, po cenach jednostkowych wskazanych w Ofercie Wykonawcy (załącznik nr 2 do Umowy) tj.

1) Za zorganizowanie warsztatu na warunkach określonych w SOPZ w wysokości

.....zł (słownie złotych:.....) brutto.

2) Za obsługę 1 Grantobiorcy w trakcie warsztatu w wysokości ..... zł

(słownie złotych:.....) brutto.

3) Za 1 h pracy eksperta w ramach 40h konsultacji eksperckich powarsztatowych w

wysokości.....zł (słownie złotych:.....) brutto.

Pismem z dnia 12 czerwca 2019 r. odwołujący na podstawie art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90ust. 1a pkt 1 Pzp został wezwany przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny odnośnie części I, IV i VI zamówienia. W piśmie tym zamawiający wezwał odwołującego do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenie dowodów (informacja o złożeniu dowodów została pogrubiona), dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu w zakresie wskazanym w przedmiotowym piśmie. Ponadto w wezwaniu została podana informacja, że wyjaśnienia należy złożyć zarówno co do cen jednostkowych jak i do ceny całościowej zamówienia dla każdej z części z osobna. W tym samym dniu także przystępujący I został wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny odnośnie wszystkich części zamówienia. W wezwaniu kierowanym do przystępującego I, zamawiający także zastrzegł złożenie dowodów (informacja ta także jak w przypadku odwołującego została pogrubiona), a wyjaśnienia miały dotyczyć cen jednostkowych jak i ceny całościowej dla każdej z części z osobna.

Pismem z dnia 14 czerwca 2019 r. odwołujący złożył wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny dla części I, IV i VI, natomiast nie wskazał, ani nie załączył dowodów do tych wyjaśnień. Przystępujący I także złożył wyjaśniania w zakresie rażąco niskiej ceny (pismo z dnia 16 czerwca 2019 r.), natomiast w zakresie wyjaśnień dotyczących części I, IV i VI zamówienia nie wskazał, ani nie złożył żadnych dowodów. Dowody złożone przez przystępujacego I dotyczyły części II, III i V zamówienia.

W informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 9 sierpnia 2019 r. oferta

odwołującego została odrzucona w zakresie części I, IV i VI na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego wskazał, że odwołujący przesłał wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, jednak nie załączył do nich dowodów, a same wyjaśnienia były bardzo lakoniczne oraz ogólne. Oferta przystępującego I nie została odrzucona w żadnej z części.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części dotyczącej nieprawidłowej oceny oferty i wyjaśnień odwołującego oraz bezprawnego przyjęcia przez zamawiającego, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę co skutkowało odrzuceniem oferty odwołującego w ramach części I, IV i VI zamówienia.

Na wstępie należy wskazać na treść pisma zamawiającego z dnia 12 czerwca 2019 r. skierowanego do odwołującego, które stanowiło wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Warto przy tym piśmie zwrócić uwagę na dwa fragmenty tj. pogrubienie informacji o złożeniu dowodów w związku z wezwaniem do wyjaśnień oraz zakresu tych wyjaśnień, które miały dotyczyć zarówno cen jednostkowych jak i ceny całościowej zamówienia. Podobne wezwanie tylko dotyczące wszystkich części zamówienia zostało skierowane do przystępujacego I. W odpowiedzi na ww. pismo odwołujący złożył wyjaśnienia oddzielnie dla każdej z części dotyczącej wezwania tj. części I, IV i VI, przy czym nie

dołączył dowodów do swoich wyjaśnień. Należy wskazać, że wyjaśnienia odwołującego dla każdej z części były podobne. Kolejną okolicznością jaką w ocenie Izby należy wziąć pod uwagę w przedmiotowej sprawie jest uzasadnienie zamawiającego dotyczące odrzucenia oferty odwołującego dla części I, IV i VI zamówienia, z którego można wywnioskować, że powodem tej czynności zamawiającego było niedołączenie przez odwołującego dowodów do wyjaśnień oraz lakoniczność oraz ogólnikowość tychże wyjaśnień.

Przechodząc do rozstrzygnięcia odwołania Izba wzięła pod uwagę czynności i stanowiska zamawiającego w przedmiotowej sprawie, które zostały opisane powyżej. W pierwszej kolejności w ocenie Izby należy zwrócić uwagę na okoliczność traktowania przez zamawiającego faktu niedołączenia dowodów do złożonych wyjaśnień, co było główną przyczyną odrzucenia oferty odwołującego. W tym aspekcie Izba uznała, że zamawiający postępował niekonsekwentnie, co było jedną z przyczyn uwzględnienia odwołania w zakresie wskazanych w sentencji wyroku. Na potwierdzenie tego ustalenia Izba wskazuje, że zamawiający odrzucił ofertę odwołującego w zakresie części I, IV i VI w związku z brakiem dołączenia dowodów do wyjaśnień, natomiast w stosunku do oferty innego wykonawcy tj.

przystępującego I zamawiający nie wyciągnął żadnych konsekwencji. Natomiast sytuacja obu tych wykonawców w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny była bardzo podobna tj. zakres wezwania był ten sam (różnił się tylko ilością części których miało ono dotyczyć - odwołujący miał je złożyć w ramach trzech powyżej wskazanych części, a przystępujący I, co do wszystkich sześciu części), w zakresie wyjaśnień dla części I, IV i VI zarówno odwołujący jak i przystępujący I nie złożyli dowodów (przystępujący I złożył dowody odnośnie części II, III i V zamówienia) oraz w ocenie Izby złożone przez obu wykonawców wyjaśnienia były na podobnym poziomie ogólności. W związku z tym Izba uznała, że postępowanie zamawiającego w zakresie oceny niezłożenia przez wykonawców w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny dowodów, nie miało charakteru kategorycznego tj. nie skutkowało wobec wszystkich wykonawców odrzuceniem ich ofert. Było wprost przeciwnie, zamawiający odmiennie potraktował wykonawców, którzy w podobny sposób odpowiadali na wezwanie, pomijając złożenie dowodów.

Odnosząc się do ogólnikowości złożonych przez odwołującego wyjaśnień należy wskazać, iż co prawda zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień zakreślił zakres złożonych wyjaśnień, niemniej w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego w żaden sposób nie wyjaśnił, która okoliczność była decydująca dla podjętej przez niego czynności. Warto wskazać, że wyjaśnienia odwołującego przekazane pismem z dnia 14 czerwca 2019 r. pozostawiały wiele do życzenia jednak odnosiły się do doświadczenia odwołującego, wskazywały na okoliczności organizacyjne i zarządcze odwołującego oraz wyraźnie wskazywały, że przy cenie za obsługę 1 Grantobiorcy uczestniczącego w warsztacie (221,40 zł brutto) odwołujący uwzględnił tylko koszt marginalny dla uczestnictwa jednego dodatkowego Grantobiorcy (przy założeniu odwołującego, że jest to koszt zmienny), natomiast koszty przygotowania eksperta do warsztatów i wsparcia Grantobiorców zostały zawarte przez odwołującego w cenie za zorganizowanie warsztatu, gdyż koszt ten został uznany przez odwołującego jako koszt stały. Warto także dodać, że zamawiający dopiero w odpowiedzi na odwołanie skonkretyzował swoje uzasadnienie dla lakoniczności wyjaśnień odwołującego wskazując właśnie na niski koszt ceny za jednego Grantobiorcę w porównaniu z innymi ofertami. Niemniej Izba na ten moment nie podzieliła tej argumentacji zamawiającego przyjmując stanowisko odwołującego wskazane powyżej. Izba uznała, że postanowienia SIWZ nie stały na przeszkodzie takiego sposobu wypełniania formularza ofertowego tj. zawierania większości kosztów w cenie za zorganizowanie warsztatu. Ponadto analizując postanowienia rozdziału V załącznika nr 1 do SIWZ można wysnuć wniosek, że warsztaty mają bardzo duże znaczenie ponieważ ww. rozdział dość szczegółowo się do nich odnosi. Podobnie § 9 ust. 2 IPU przewiduję odrębną pozycje cenową dla warsztatu co znalazło swoje odzwierciedlenie w konstrukcji formularza ofertowego. Nie sposób też pominąć w tym zakresie doświadczenia odwołującego z realizacji podobnego zamówienia, które dotyczyło rynku Zjednoczonych Emiratów Arabskich i kenijskiego. Odwołujący wyjaśnił na rozprawie, że sposób wypełnienia formularza ofertowego przez niego wynikał także z tych doświadczeń co należy uznać, za zrozumiałe.

W związku z powyższym Izba uznała czynność zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego w zakresie części I, IV i VI zamówienia za przedwczesną i uwzględniła zarzuty naruszania art. 90 Pzp poprzez nieprawidłową ocenę oferty oraz wyjaśnień odwołującego w zakresie oferowanej ceny oraz art. 89 ust 1 pkt 4 Pzp poprzez bezprawne przyjęcie, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę i odrzucenie oferty odwołującego na tej podstawie.

Jeśli chodzi o zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 Pzp poprzez niedokonanie wyboru oferty odwołującego w częściach I, IV i VI, Izba stwierdziła, że należy go oddalić. Na tym etapie postępowania w ocenie Izby nie ma podstaw do wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w ww. częściach. Warto wskazać, że uwzględnienie odwołania w zakresie wskazanym powyżej nie zamyka problemu badania rażąco niskiej ceny w ramach części

objętych odwołaniem. Zamawiający powinien przeanalizować wszystkie okoliczności przedmiotowej sprawy i na tej podstawie podjąć dalsze czynności mając na uwadze przede wszystkim zasady wynikające z art. 7 Pzp. W orzecznictwie wskazuje się na zasadność ponownego zwrócenia się o wyjaśnienia, jeżeli pierwsze wezwanie zamawiającego nie pozwalało ustalić oczekiwanego ich zakresu (zob. wyrok KIO z 24 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1602/17 i KIO 1614/17). Tym samym jeśli w ocenie zamawiającego ceny lub ich części składowe wskazane w ofertach wykonawców będą w dalszym ciągu budziły jego wątpliwości, to nic nie stoi na przeszkodzie, aby zwrócić się ponownie do wykonawców o złożenie wyjaśnień w tym zakresie, które powinny szczegółowo wskazywać elementy lub zakres, które będą ewentualnie wymagać wyjaśnienia.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 Pzp.

Wydając postanowienie w przedmiocie kosztów postępowania odwoławczego, Izba uwzględniła treść art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Zgodnie z art. 192 ust. 9 Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Zgodnie z § 5 ust. 4 ww. rozporządzenia w przypadkach nieuregulowanych w ust. 1—3 Izba orzeka o kosztach postępowania uwzględniając, że strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" (Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI).

Zatem użyty w art. 192 ust. 10 Pzp zwrot „stosownie do jego wyniku" należy rozumieć analogicznie jak w procesie cywilnym. Jak wynika z postanowienia Sądu Najwyższego z 31 stycznia 1991 r. II CZ 255/90, LEX nr 5314, stosunkowe rozdzielenie kosztów polega na rozdzieleniu kosztów między stronami stosownie do wyniku postępowania i do wysokości, w jakiej zostały poniesione. Stosunkowy podział kosztów procesu (100 k.p.c.) dotyczy ich całości, co oznacza przyjęcie za podstawę obliczeń sumy należności obu stron, ustalonej stosownie do zasad z art. 98 § 2 i 3 k.p.c. (oraz art. 99 k.p.c. w przypadkach tam wskazanych). Sumę tę dzieli się proporcjonalnie do stosunku, w jakim strony utrzymały się ze swymi roszczeniami lub obroną, otrzymując w wyniku kwoty, stanowiące ich udziały w całości kosztów. Jeżeli poniesione przez stronę koszty przewyższają obciążający ją udział, zasądzeniu na jej rzecz podlega różnica.

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 - w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona, zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16 oraz postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17. Także skarga na wyrok KIO 630/18 dotycząca podziału kosztów pomiędzy strony została oddalona postanowieniem Sądu Okręgowego w Warszawie (sygn. akt XXIII Ga 830/18).

W przedmiotowej sprawie Izba częściowo oddaliła i częściowo uwzględniła odwołanie. Biorąc pod uwagę wynik, kosztami postępowania obciążono zamawiającego w części 2/3 i odwołującego w części 1/3. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15 000,00 zł oraz koszty poniesione przez

odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w wysokości 3 600,00 zł, zatem łącznie 18 600,00 zł. Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18 600,00 tytułem wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika, tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 6.200,00 zł. Natomiast zamawiający odpowiadał za nie do wysokości 12.400,00 zł (nie składał wniosków kosztów). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 12.400,00 zł (18 600,00 - 6.200,00 = 12.400,00), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego, a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Kierując się ww. rozważaniami, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1, § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: .....