

Sygn. akt:KIO 2849/20  
KIO 2850/20

**WYROK**  
z 27 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Ernest Klauziński**  
**Ewa Kisiel**  
**Anna Kuszel-Kowalczyk**

**Protokolant: Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie 24 listopada 2020 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 2 listopada 2020 r. przez wykonawcę:

A.Scorpii Capital Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (KIO 2849/20),

B.Scorpii Capital Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (KIO 2850/20)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Bank Gospodarstwa Krajowego z siedzibą w Warszawie,

przy udziale wykonawcy: Małopolska Agencja Rozwoju Regionalnego S.A. z siedzibą w Krakowie, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1.Oddala oba odwołania o sygn. akt KIO 2849/20 i KIO 2850/20.

2.Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2849/20 i KIO 2850/20 obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę

30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych 00/100), uiszczoną przez odwołującego - Scorpii Capital Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od obu odwołań.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni

od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

Sygn. akt:KIO 2849/20  
KIO 2850/20

**Uzasadnienie**

Bank Gospodarstwa Krajowego z siedzibą w Warszawie (dalej: Zamawiającym), prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Pożyczka na efektywność energetyczną w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Małopolskiego 2014-2020, cz. I i II”, numer referencyjny: DZZK/108/DIF/2020, zwane dalej Postępowaniem. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 21 sierpnia 2020 r. pod numerem 2020/S 162-393789.

2 listopada 2020 r. wykonawca Scorpii Capital Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: Odwołujący) wniósł jednobrzmiące odwołania od:

1.Czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego i wyboru jako najkorzystniejszej w ramach części II Zamówienia oferty — Małopolskiej Agencji Rozwoju Regionalnego Spółka Akcyjna jako najkorzystniejszej w Postępowaniu (sygn. akt KIO 2849/20);

2.Czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego i wyboru jako najkorzystniejszej w ramach części I Zamówienia oferty — Małopolskiej Agencji Rozwoju Regionalnego Spółka Akcyjna jako najkorzystniejszej w Postępowaniu (sygn. akt KIO 2850/20).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 Pzp w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp przez jego nieprawidłowe zastosowanie i uznanie, że wystąpiły przesłanki odrzucenia oferty Odwołującego

z powodu negatywnej oceny Odwołującego w przeprowadzonej przez Zamawiającego wewnętrznej procedurze weryfikacji i identyfikacji oraz oceny ryzyka związanego z działalnością i strukturą właścicielską Odwołującego, a także brak uzasadnienia i nie wskazanie przepisów, które były podstawą tego odrzucenia;

2.art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp przez jego nieprawidłowe zastosowanie i uznanie, że wystąpiły przesłanki odrzucenia oferty Odwołującego

jako niezgodnej z opisem przedmiotu zamówienia, a także brak uzasadnienia,

w tym faktycznego i nie wskazanie postanowień SIWZ, które były podstawą tego odrzucenia;

3.art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie zapewnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości przez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie obu odwołań i nakazanie Zamawiającemu w ramach części I i II postępowania:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. Unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
3. Dokonanie ponownej czynności badania i oceny oferty Odwołującego;
4. Dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Ponadto Odwołujący wniósł o zobowiązanie Zamawiającego przez Krajową Izbę Odwoławczą do złożenia na rozprawie dowodów na potwierdzenie, że wystąpiły przesłanki do odrzucenia oferty Odwołującego, a także wykazania za ich pośrednictwem, z jakimi przepisami ustawy z 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu ((Dz.U. z 2018 r. poz. 723, dalej: Ustawa AML), oferta Odwołującego nie była zgodna.

W uzasadnieniu obu odwołań Odwołujący wskazał m.in.:

23 października 2020 r. Zamawiający opublikował informację o wyborze najkorzystniejszych ofert w Postępowaniu oraz o odrzuceniu ofert Odwołującego. Jako przyczyny odrzucenia Zamawiający wskazał, wystąpiły przesłanki odrzucenia oferty Odwołującego, o których mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 8 Pzp w związku z postanowieniem zawartym w Rozdziale II pkt 11 SIWZ. Ponadto Zamawiający wskazał, że działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, odrzucił ofertę Odwołującego w wyniku przeprowadzenia weryfikacji treści złożonej oferty pod względem jej zgodności z opisem przedmiotu zamówienia.

W ocenie Odwołującego odrzucenie jego oferty zostało uzasadnione w sposób ogólnikowy. Postawy faktyczne odrzucenia sprowadzały się do stwierdzenia, że Odwołujący został negatywnie oceniony przez Zamawiającego w ramach wewnętrznych procedur Zamawiającego - procedury weryfikacji i identyfikacji oraz oceny ryzyka związanego z działalnością i strukturą właścicielską Odwołującego. Aspekty te nie były warunkiem udziału w postępowaniu.

Zamawiający nie wywiązał się z nałożonego przez ustawodawcę obowiązku przedstawiania merytorycznych i wyczerpujących powodów odrzucenia. W efekcie Odwołującemu uniemożliwiono poznanie podstaw decyzji Zamawiającego oraz pełnego ustosunkowania się do nich w odwołaniu. Uzasadnienie służyć ma składowi orzekającemu Krajowej Izby Odwoławczej (a następnie sądowi) jako podstawa kontroli czynności Zamawiającego.

Zamawiający wyraźnie wskazał, że powodem odrzucenia oferty Odwołującego była wyłącznie negatywna ocena Odwołującego w aspekcie przeprowadzonej przez Zamawiającego wewnętrznej procedury weryfikacji i identyfikacji oraz oceny ryzyka związanego z działalnością i strukturą właścicielską Odwołującego. Błędne było założenie, że Zamawiający jako instytucja obowiązana przestrzegać przepisów ustawy AML oraz Pzp i SIWZ, był zobligowany do przeprowadzenia identyfikacji i weryfikacji klienta, o której mowa w art. 36 oraz art. 37 ustawy AML. Zamawiający jest instytucją, która weryfikuje wszystkich swoich klientów zarówno pod kątem procedury Know Your Customer jak i procedury Anti-Money Laundering. W kontekście postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które bezpośrednio określają przepisy Pzp, taka kontrola była nieuprawniona, bowiem Odwołujący nie był ani nie zamierzał być klientem Zamawiającego, a wyłącznie partnerem biznesowym lub kontrahentem. To Zamawiający zamawiając zewnętrzne usługi stałby się klientem Odwołującego. Nadto, w odniesieniu do obowiązków banków wobec klientów przewidzianych w ustawie z 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi, w rozumieniu przepisów ustawy, klientem banku jest podmiot, na rzecz którego ma być świadczona co najmniej jedna usługa, o której mowa w art. 69 ust. 2 lub ust. 4 przywołanej ustawy. Zgodnie z przytoczoną definicją, nie sposób przyjąć, że Odwołujący mógłby być uznany za klienta Zamawiającego. W konsekwencji Zamawiający nie powinien eliminować Odwołującego przez negatywną ocenę w toku przeprowadzonej procedury wewnętrznej AML, a co najwyżej skonstruować stosowne warunki udziału w postępowaniu, jeśli chciał takiej oceny dokonywać. W przypadku wystąpienia wątpliwości, Zamawiający powinien zastosować odpowiednią procedurę wyjaśniającą i wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień, co nie nastąpiło.

Zamawiający dysponował wyłącznie informacjami i dokumentami wskazanymi w SIWZ, które zostały przekazane przez Odwołującego. Tym samym na podstawie ogólnych danych, takich jak odpis z Krajowego Rejestru Sądowego, formularza Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia czy informacji przedstawionych w Biznes Planie oraz innych załącznikach, Zamawiający ocenił Odwołującego negatywnie w niejasnym i z niczego nie wynikającym aspekcie zagrożenia i zobligowania do nienawiązywania relacji gospodarczych.

Zgodnie z art. 39 ustawy AML instytucje obowiązane są weryfikować tożsamość swoich klientów przed nawiązaniem stosunków gospodarczych, a w przypadku osoby prawnej zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 2 ustawy AML identyfikacja polega na ustaleniu wyłącznie firmy, formy organizacyjnej, adresu siedziby, nr NIP oraz danych identyfikujących osoby reprezentujące osobę prawną, natomiast weryfikacja klienta polega na potwierdzeniu ustalonych danych identyfikujących na podstawie dokumentu zawierającego aktualne dane

z wyciągu z właściwego rejestru, zatem w tym przypadku w oparciu o odpis z Krajowego Rejestru Sądowego. Odwołujący był świadomy konieczności zapoznania się Zamawiającego z charakterystyką działalności Odwołującego, ale przeprowadzana weryfikacja przez Zamawiającego, winna opierać się na podstawach i w trybie związanym z udzieleniem zamówienia, to jest w zakresie i trybie przepisów Pzp, a nie innych. Wyjątek od powyższego stanowią jedynie zamówienia sektorowe, co do których zgodnie z Dyrektywą 2014/25/UE, istnieje przyzwolenie do stworzenia dodatkowego katalogu wymogów ze strony Zamawiającego, które mogą być stosowane wobec potencjalnych wykonawców, ale nie ma to zastosowania przy zamówieniach udzielanych w trybie przepisów Pzp.

W ocenie Odwołującego jego weryfikacja w oparciu o ustawę AML nie powinna mieć w ogóle miejsca w przedmiotowym postępowaniu, a tym bardziej stanowić przesłankę odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący nie miał dostępu ani nie zostały mu udostępnione przez Zamawiającego żadne wewnętrzne procedury, w tym procedura na podstawie której Zamawiający ocenił negatywnie Odwołującego. Brak rzeczowego i merytorycznego udowodnienia powodów odrzucenia oferty Odwołującego, stanowił naruszenie zasad uczciwej konkurencji, a co więcej — swoistą manipulację rynku wykluczającą nowych wykonawców chcących na nim zaistnieć. Ponadto, Odwołującemu nie zostały przedstawione żadne dowody wskazujące, że przy ewentualnej realizacji zamówienia wystąpiłoby jakiegokolwiek zagrożenie prania pieniędzy lub finansowaniu terroryzmu. Co więcej, wobec Odwołującego żaden organ, w tym zwłaszcza Minister Finansów lub Generalny Inspektor Informacji Finansowej nie wszczął lub nie wydał prawomocnej decyzji ani wyroku w zakresie naruszenia ustawy AML.

Z uwagi na to, że nie był to pierwszy przypadek odrzucenia oferty Odwołującego przez Zamawiającego, Odwołujący

chcąc wyjaśnić dokładne powody odrzucenia, kierował pisemne prośby do Zamawiającego o wyjaśnienie powodów odrzucenia wraz z wyrażeniem pełnej gotowości do złożenia wszelkich wyjaśnień. Zamawiający 1 października 2020 r. poinformował Odwołującego, że złożona przez Odwołującego oferta nie podlegała ocenie merytorycznej z uwagi na niespełnienie kryterium oceny formalnej na podstawie odrębnych przepisów, a w związku z ustawą AML Zamawiający jest zobowiązany do weryfikacji tożsamości klientów i beneficjentów rzeczywistych, przed nawiązaniem stosunków gospodarczych lub przeprowadzeniem transakcji okazjonalnej. Informacje związane z prowadzonymi w tym zakresie analizami są objęte tajemnicą na mocy ustawy AML.

Odwołujący nie zaprzeczył, że jest podmiotem działającym na rynku stosunkowo niedużo, niemniej jednak jako nowy podmiot, buduje i wzmacnia bieżące aspekty prowadzonej działalności gospodarczej, w tym powiększa zespół kadrowy, który tworzą specjaliści z różnych dziedzin, w tym m.in.: analitycy ryzyka, finansisci, prawnicy czy handlowcy. Odwołujący rozwinął działalność pożyczkową na terenie Polski.

Z uwagi na to, że Zamawiający nie zweryfikował żadnej z procedur z zakresu kontroli, weryfikacji, windykacji, praktykowanych u Odwołującego, negatywna ocena Odwołującego bez uprzedniego zebrania całokształtu informacji i zastosowania procedury wyjaśniającej była niezasadna.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, tj. jako ofertę nieodpowiadającą treści SIWZ, przy czym w uzasadnieniu odrzucenia oferty wskazał trzy przyczyny swojej decyzji.

Pierwszym powodem było uznanie, że przedstawiona przez Odwołującego struktura organizacyjna oraz opis kompetencji wyszczególnionych działów i ich zadań w procesie nie ujmował zadań związanych z kwalifikowaniem przedsięwzięć z zakresu efektywności energetycznej. Zamawiający nie doprecyzował oraz nie wyjaśnił, w jakim konkretnie zakresie treść oferty złożonej przez Odwołującego była niezgodna z SIWZ. Obowiązkiem Zamawiającego wynikającym z art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp było poinformowanie wykonawców, których oferty zostały odrzucone o faktycznych i prawnych podstawach odrzucenia.

Art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp kształtuje po stronie wykonawcy prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn odrzucenia jego oferty. W przedmiotowej sprawie Odwołujący nie był w stanie odnieść się, a tym bardziej polemizować ze stanowiskiem Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego treść jego oferty odpowiadała przedmiotowi zamówienia. W Biznes Planie Zamawiający zamieścił informację, z której wyraźnie wynikało, że brak opisu którejkolwiek z obligatoryjnych części będzie skutkowało uznaniem, że oferta nie odpowiada SIWZ, a co z tym idzie, podlega odrzuceniu w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Odwołujący opisał jednak w Biznes Planie wszystkie części i nie dokonał żadnych niedopuszczalnych modyfikacji.

Wymóg przeprowadzania weryfikacji audytów energetycznych zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z 17 marca 2009 r. w sprawie szczegółowego zakresu form audytu energetycznego oraz części audytu remontowego, wzorów kart audytów, a także algorytmu oceny opłacalności przedsięwzięcia termomodernizacyjnego był określony w SIWZ,

a Odwołujący poprawnie go zidentyfikował. Jednocześnie, Zamawiający wskazał wymóg dysponowania odpowiednim potencjałem kadrowym w tym zakresie, co zostało przez Odwołującego spełnione. Odwołujący zapewnił, że dysponuje dwoma osobami posiadającymi doświadczenie w opracowywaniu audytów energetycznych z co najmniej dwuletnim doświadczeniem w zakresie weryfikacji audytów energetycznych. Zamawiający nie ujął w SIWZ konkretnych zadań związanych z przedsięwzięciami z zakresu efektywności energetycznej do realizacji i finansowania jak również weryfikacji szczegółowych warunków, zatem Odwołujący nie miał możliwości odniesienia się do wskazanych przez Zamawiającego uchybień. Odwołujący nie otrzymał rzeczowej informacji w jakim zakresie naruszył postanowienia SIWZ. W punkcie 1 Biznes Planu przedstawił on swoją strukturę organizacyjną, niemniej jednak to, że w schemacie organizacyjnym Odwołującego nie została wyróżniona komórka zajmująca się weryfikacją i oceną pożyczek z zakresu efektywności energetycznej, nie oznaczało, że w ramach przedstawienia konkretnych działów w strukturze Odwołującego, weryfikacja i ocena pożyczek z zakresu efektywności energetycznej nie będą wykonywane, bowiem zakres ten znajduje się w opisie zadań poszczególnych działów. Nadto, Odwołujący wyraźnie wskazał, że Dział Ryzyka i Windykacji będzie zajmował się m.in. weryfikacją audytów energetycznych. W SIWZ nie został przy tym określony wymóg wydzielenia odrębnej komórki zajmującej się wyłącznie weryfikacją audytów energetycznych. Odwołujący przedstawił aktualną strukturę organizacyjną wraz z uwzględnieniem zadań poszczególnych działów oraz wskazał, które działy będą brały udział w realizacji zamówienia.

Zamawiający zarzucił Odwołującemu w ogólny sposób, że złożona oferta miała charakter szablonowy i nie uwzględniała specyfiki przedmiotu zamówienia, ale stanowisko to nie zostało poparte żadnymi konkretnymi argumentami. Odwołujący wskazał, że niezależnie

od charakteru złożonej oferty — aby zastosować podstawę odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, koniecznością jest możliwość uchwycenia na czym dokładnie taka niezgodność polegała, czyli co i w jaki sposób w ofercie było niezgodne i nie zostało uwzględnione z konkretnymi postanowieniami SIWZ.

Kolejnym zarzutem Zamawiającego względem złożonej przez Odwołującego oferty było stwierdzenie, że oferta nie uwzględniała specyfiki przedmiotu zamówienia, tj.: przeznaczenia pożyczek na termomodernizację. Tymczasem określenie termomodernizacji nie zostało zastosowane przez Zamawiającego w kontekście przeznaczenia pożyczek. Ich celem

w rozumieniu przedmiotowego postępowania było bowiem podniesienie efektywności energetycznej wraz z wymianą źródeł ciepła. W myśl ustawy z 21 listopada 2008 r.

o wspieraniu termomodernizacji i remontów, termomodernizacja obejmuje zmiany zarówno w systemie ogrzewania i wentylacji, jak i w strukturze budynku oraz w instalacjach doprowadzających ciepłą wodę, a zakres termomodernizacji, podobnie jak jej parametry techniczne i ekonomiczne, określane są przez przeprowadzenie audytu energetycznego. Zamawiający wskazał, że wymagane będzie zmniejszanie zużycia energii elektrycznej, cieplnej, końcowej i emisji gazów dla każdej inwestycji, co potwierdzało, że przeznaczenie finansowania nie ograniczało się wyłącznie do termomodernizacji. Odwołujący w żaden sposób nie zawęził zakładanego celu udzielania pożyczek i założył dość szerokie zastosowanie udzielania finansowania w zakresie efektywności energetycznej. Przedmiot zamówienia nie obejmował udzielania pożyczek wyłącznie z zakresu termomodernizacji,

a z zakresu ogólnorozumianej efektywności energetycznej, co zostało wyraźnie wskazane w Rozdziale II pkt 1 SIWZ. Zamawiający nie uzasadnił zarzutu nieuwzględnienia specyfiki przedmiotu zamówienia, tj.: przeznaczenia pożyczek na cele termomodernizacji, bowiem nie wskazał które z postanowień SIWZ określało, że pożyczki mogą być przeznaczone wyłącznie na termomodernizację.

Zamawiający uznał, że zakładany przez Odwołującego sposób realizacji zamówienia nie doprowadzi do osiągnięcia celów zamówienia, bowiem Odwołujący nie odniósł się do specyficznego przedmiotu zamówienia oraz statusu podmiotów mogących uzyskać finansowanie. Zdaniem Odwołującego ocena Zamawiającego była subiektywna i nie została poparta żadnymi merytorycznymi argumentami i dowodami.

Zamawiający wskazał również, że w sprawozdaniu finansowym za rok 2019 znajdowała się informacja, że Odwołujący nie zatrudnia pracowników. W myśl przepisów prawa pracy, pracownikiem jest osoba zatrudniona na podstawie umowy o pracę, powołania, wyboru, mianowania lub spółdzielczej umowy o pracę, co wyraźnie określa art. 2 Kodeksu pracy. Zgodnie z SIWZ, Zamawiający nie wskazał wymogu dysponowaniem potencjałem kadrowym wyłącznie w postaci zatrudnienia osób wskazanych w załączniku nr 8 w oparciu o przepisy Kodeksu pracy. W sprawozdaniu finansowym za rok 2019 r. zawarte zostały informacje prawdziwe, bowiem Odwołujący w 2019 r. nie zatrudniał pracowników w rozumieniu Kodeksu pracy, co nie oznaczało, że nie dysponował odpowiednim potencjałem kadrowym do realizacji bieżącej działalności gospodarczej w oparciu o inne stosunki umowne. Dodatkowo, Odwołujący składał ofertę w ramach postępowania w 2020 r., a nie w okresie sprawozdawczym, co również powinno zostać wzięte pod uwagę. W porównaniu do 2019 r., Odwołujący znacznie rozwinął swoją działalność, również pod kątem wzmocnienia i powiększenia zespołu kadrowego.

Zgodnie z Rozdziałem VII pkt 7.3. ust. 1 ppkt. 1 SIWZ wykonawcy byli zobowiązani złożyć na żądanie Zamawiającego dokumenty i oświadczenia na podstawie art. 26 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 2f Pzp, w tym m.in.: bilans lub inne dokumenty wyłączone wartości kapitałów (funduszy) niezbędnych do realizacji zamówienia. Zamawiający podnosząc w oparciu o sprawozdanie finansowe za 2019 r. zarzut niezatrudniania pracowników przez Odwołującego przyznał, że dokonał oceny szerszej niż określona w SIWZ, a wręcz oceny, która nie powinna była nastąpić.

Ostatnim powodem odrzucenia oferty Odwołującego było uznanie przez Zamawiającego, że o niezgodności treści oferty z opisem przedmiotu zamówienia świadczyły opisy elementarnych procesów obsługi pożyczek. Miało z nich wynikać, że Odwołujący przewidywał np.: automatyczną wypłatę środków po zawarciu umowy, bez względu na spełnienie warunków wypłaty. Odwołujący wskazał, że Zamawiający w żaden sposób nie zweryfikował procesów obsługi pożyczek, które są praktykowane u Odwołującego. Odwołujący założył proces zgodny z wymogami SIWZ, zatem jeśli Zamawiający zarzucił mu niezgodności i naruszenia w tym zakresie, obowiązany był to wykazać i potwierdzić dowodami w wynikach postępowania z 23 października 2020 r.

Wynikowo wobec powyższych zarzutów Odwołujący wskazał, że działanie Zamawiającego oznaczało naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu. Dokonane przez Zamawiającego uzasadnienie odrzucenia oferty nie pozwoliło Odwołującemu na pełne ustosunkowanie się do zarzutów, ani do ich zweryfikowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołania z 23 listopada 2020 r. wniósł o ich oddalenie.

W ramach uzasadnienia zajętego stanowiska Zamawiający wskazał m. in.:

W zakresie zarzutu dotyczącego art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 Pzp Odwołujący zakwestionował zasady, które określono w SIWZ. Postanowienie zawarte w Rozdziale II SIWZ w sposób nie budzący wątpliwości informowało zarówno o obowiązkowej weryfikacji wykonawców przez Zamawiającego w ramach procedury wynikającej z ustawy AML jak również

o konsekwencjach tej oceny. Odwołujący składając ofertę wprost potwierdził znajomość i akceptację tych zasad. W ocenie Zamawiającego faktyczny zarzut dotyczy treści SIWZ i został sformułowany z naruszeniem terminu na jego wniesienie wynikającym z art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp.

Istota sprawy nie tkwiła w tym, czy Zamawiający był uprawniony do weryfikacji podmiotów na podstawie procedury AML (do czego był zobligowany na gruncie bezwzględnie obowiązujących przepisów), ale w tym, czy odrzucając ofertę nie dochował obowiązków wynikających z art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Zamawiający jest „instytucją obowiązaną” na podstawie art. 2 ust. 1 pkt 1 ustawy AML. Zgodnie z art. 33, art. 34 i 35 Ustawy AML Bank ma obowiązek stosować wobec swoich klientów środki bezpieczeństwa finansowego podczas nawiązywania stosunków gospodarczych, oraz podczas utrzymywania stosunków gospodarczych. Przepis art. 41 Ustawy AML jednoznacznie wskazuje, że instytucja obowiązana ma obowiązek nienawiązywania stosunków gospodarczych w przypadku niemożności zastosowania środków bezpieczeństwa finansowego.

Przedmiotem umów, których postępowanie było powierzenie przez Zamawiającego

do zarządzania puli środków finansowych pochodzących ze środków publicznych. Zawarcie umowy w postępowaniu uznać należy za nawiązanie stosunków gospodarczych

z wykonawcą. W wyniku zawarcia umowy, wykonawca będzie dystrybuował środki finansowe w imieniu Zamawiającego. Klient w rozumieniu ustawy AML to osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, której instytucja obowiązana świadczy usługi lub dla której wykonuje czynności wchodzące w zakres prowadzonej przez nią działalności zawodowej, w tym z którą instytucja obowiązana nawiązuje stosunki gospodarcze. W konsekwencji zarówno na podstawie powyższej definicji ustawowej, jak i przytoczonego wyżej postanowienia SIWZ Zamawiający miał obowiązek przeprowadzić odpowiednią procedurę weryfikacji wykonawców biorących udział w postępowaniu.

W przedmiotowej sprawie wystąpiła sytuacja szczególna, w której Zamawiający realizując obowiązki wynikające z przywołanych powyżej przepisów, jednocześnie musiał wypełnić te, wynikające z ustawy Pzp, w szczególności wynikające z art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Ustawodawca nie sprecyzował, jak szczegółowe powinno być uzasadnienie decyzji o odrzuceniu oferty. Przywołany przepis ma gwarantować dochowanie zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj.: jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji. Wynika z niego obowiązek podania wykonawcom faktycznych podstaw odrzucenia oferty jednocześnie z przekazaniem informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania wiedzy na temat przyczyn odrzucenia oferty.

Biorąc pod uwagę specyfikę działalności Zamawiającego, podstawy odrzucenia związane z procedurą AML były znane wszystkim potencjalnym wykonawcom. Czynności prowadzone przez Zamawiającego oraz sposób weryfikacji informacji odnośnie wykonawców były prowadzone w oparciu o obowiązujące przepisy, a przepisy ustawy AML nie pozwoliły na ich ujawnianie.

Zasada wynikająca z art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp także podlega ograniczeniom. Zgodnie z art. 92 ust. 3 Pzp zamawiający może nie ujawniać informacji, o których mowa w ust. 1, jeżeli ich ujawnienie byłoby sprzeczne z ważnym interesem publicznym. Tym samym zgodnie z dyspozycją art. 92 ust. 3 Pzp ostateczne brzmienie informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty i informacji o odrzuceniu oferty może zawierać wyłącznie informacje, które zamawiający mógł upublicznić.

W przedmiotowej sprawie, w ocenie Zamawiającego nie budziło wątpliwości, że ujawnienie informacji powziętych w wyniku przeprowadzenia procedury AML nie tylko naruszałoby ważny interes publiczny, ale - co szczególnie istotne - zakaz ich ujawniania wynikał z bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa. Zgodnie bowiem z art. 54 ust. 1 Ustawy AML instytucje obowiązane, ich pracownicy oraz inne osoby działające w imieniu i na rzecz instytucji obowiązanych zachowują w tajemnicy fakt przekazania Generalnemu Inspektorowi lub innym właściwym organom informacji określonych w rozdziałach 7 i 8 oraz informacji o prowadzonych analizach dotyczących prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu. Ponadto żaden przepis Ustawy AML nie wskazuje, że obowiązku zachowania tajemnic ustawowo chronionych nie stosuje się w przypadku konieczności udzielenia informacji o rozstrzygnięciu przetargu.

Ustawa AML przewiduje sankcje karne za naruszenie ww. obowiązku zachowania tajemnicy ustawowo chronionej. Odwołujący przystępując do postępowania był związany z regułami ustalonymi w SIWZ. Nie kwestionował tych postanowień, w tym także informacji o podstawach odrzucenia oferty precyzyjnie wskazanych w SIWZ. Przystępując do postępowania Odwołujący winien posiadać wiedzę wynikającą z ustawy AML, w szczególności w zakresie braku możliwości przekazywania informacji o prowadzonej procedurze weryfikacji wobec wykonawców. Skoro Odwołujący nie kwestionował postanowień SIWZ w tym zakresie, trudno było przyjąć że Zamawiający powinien ponosić tego negatywne konsekwencje w postaci konieczności zawarcia i realizacji umowy przez podmiot negatywnie zweryfikowany. Jednocześnie biorąc pod uwagę brzmienie art. 92 ust. 3 Pzp i bezpośredni związek czynności prowadzonych w ramach procedury AML z ochroną ważnego interesu publicznego, fakt przekazania informacji o powodach odrzucenia w ograniczonym zakresie nie powinien stanowić podstawy zarzutu.

Odwołujący przygotował ofertę opisując precyzyjnie i szczegółowo podział ról i zakres zadań, który zamierzał

zrealizować w ramach obsługi zamówienia, przedstawiając

ciąg następujących po sobie zdarzeń na etapie realizacji zamówienia. Jego oferta

nie odpowiadała specyfice przedmiotowego zamówienia, gdyż opisywała proces udzielania pożyczek o innym przeznaczeniu, niż przedmiot zamówienia.

Odwołujący nie wskazał w swojej ofercie właściwego modelu i podejścia do procesowania ściśle określonego przeznaczenia pożyczek. Tym samym, ewentualne wezwanie

do wyjaśnień, skierowane do Odwołującego prowadziłyby do istotnych zmian w treści złożonej przez Odwołującego oferty.

Przedmiotowe zamówienie dotyczy finansowania przedsięwzięć inwestycyjnych z zakresu efektywności energetycznej, a w szczególności termomodernizacji budynków wielorodzinnych. Dodatkowym i szczególnym elementem tego zamówienia jest to, że środki na ten cel pochodzą z budżetu Unii Europejskiej i obwarowane są szeregiem warunków i norm, które muszą być spełnione, aby móc udzielić finansowania. Odwołujący pominął te kwestie w swojej ofercie, przykładając wagę do standardowych rozwiązań

z zakresu finansowania podmiotów, np. w przypadku przeznaczenia finansowania na cel ogólnorozwojowy firmy, czy wynajem/dzierżawę środków trwałych.

Wobec powyższego Zamawiający oświadczył, że podtrzymuje w całości uzasadnienie odrzucenia ofert Odwołującego w cz. I i II postępowania, podkreślając że:

1. Termomodernizacja budynków wielorodzinnych to sezonowo realizowane przedsięwzięcia (tylko poza okresami grzewczymi), które dodatkowo muszą wynikać z rocznych planów rzeczowo-finansowych spółdzielni, wspólnot, czy gmin. Dodatkowo, pod uwagę należało wziąć dostępne na rynku inne formy preferencyjnego finansowania, które dostępne są w bankach prowadzących rachunki w/w podmiotów. Z tego względu, przystępując do przetargu, Odwołujący winien wykazać się wiedzą z zakresu specyfiki zamówienia, uwzględnić te czynniki w ramach zakładanego, opisywanego w ofercie modelu jego realizacji oraz przy dążeniu do realizacji wszystkich wskazanych w OPZ wskaźników i kamieni milowych. W tej sytuacji wezwanie Odwołującego do wyjaśnień oznaczałoby konieczność sformułowania pytania - czy realizując zamówienie według opisanego trybu, weryfikowane też będzie spełnienie warunków przyznania finansowania oraz czy osiągnięte zostaną cele oznaczone w formie wyznaczonych wskaźników i kamieni milowych.
2. Oferta Odwołującego nie była zgodna z OPZ, gdyż na żadnym z opisanych szczegółowo etapów realizacji zamówienia nie uwzględniono jego kluczowych założeń, specyfiki podmiotów, do których adresowane jest wsparcie oraz nie skoncentrowano się na celu realizacji zamówienia.
3. Oferta zawierała niespójności i nieakceptowalne przez Zamawiającego błędy systemowe w podejściu do realizacji zamówienia.

Przedmiotem finansowania mają być przedsięwzięcia z zakresu efektywności energetycznej budynków wielorodzinnych - inspekcja u klienta przed złożeniem wniosku, czy na etapie jego oceny zgodnie z ofertą Odwołującego nie miała stanowić standardowego elementu procesowania transakcji, a jedynie „jeśli wymagane”, bądź jako „możliwość prowadzenia kontroli z tytułu pożyczki lub losowo wybranych klientów”. Weryfikacja audytów energetycznych przewidziana została w Dziale Ryzyka i Windykacji, czyli dopiero na etapie oceny ryzyka kredytowego

i po zarekomendowaniu transakcji do finansowania przez Dział Sprzedaży, podczas gdy to audyt energetyczny stanowi źródło informacji, czy spełniony został najważniejszy warunek zakwalifikowania inwestycji do realizacji, tj. poziom efektywności energetycznej. Zadania przypisane do Działu Ryzyka i Windykacji realizować miałyby standardowo jeden analityk: „Analityk odpowiedzialny będzie

za analizę ryzyka kredytowego transakcji, w tym ocenę zdolności kredytowej klienta, weryfikację formalno-prawną dokumentów i zabezpieczeń oraz przygotowanie rekomendacji do decyzji”. Tym samym, audyt energetyczny podlegałby ocenie ewentualnie i wyłącznie pod względem oceny formalno-prawnej tego dokumentu, gdyby nie to, że dalej oferta odnosiła się do zakresu pracy Analityka, tj.: „Analiza dokonywana jest na podstawie dokumentów finansowych oraz informacji uzyskanych o kliencie dotyczących w szczególności: statusu prawnego, prowadzonej działalności, kluczowych osób, informacji o zabezpieczeniu, poręczycielu/przystępującym do długu i planowanej inwestycji zgodnie z funkcjonującą w Spółkę metodyką oceny ryzyka i warunkami określonymi dla

produktu w ramach Zamówienia". Po zawarciu umowy pożyczki, założono wypłatę środków i mimo, że ujęto w założeniach proceduralnych weryfikację spełnienia warunków umownych, to nie zawarto elementarnego warunku dotyczącego przygotowania inwestycji do realizacji i stanie jej realizacji, transzowaniu środków, uzależnieniu wypłaty kolejnej transzy od rozliczenia poprzedniej.

4. Zamawiający wymagał w SIWZ, aby wykonawca przedstawił listę i krótki opis podstawowych procesów związanych z realizacją umowy związanej z realizacją tego, konkretnego zamówienia. Brak w ofercie Odwołującego odniesienia się do specyficznych cech i elementów realizacji przedmiotu zamówienia, stwarzał poważne ryzyko nieosiągnięcia celów zamówienia.

Analiza oferty Odwołującego przeprowadzona została w sposób kompleksowy i dała jednoznaczny wynik, którego wyrazem było odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z SIWZ.

**Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia Stron i Przystępującego złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba ustaliła, że w przypadku obu odwołań nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 Pzp. Wobec tego Izba uznała, że żadne z tych odwołań nie podlega odrzuceniu. Izba ustaliła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołań.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołania, uznając, że zasługują one na uwzględnienie.

Zarzut nr 1

W rozdziale II SIWZ Zamawiający zawarł następującą informację dotyczącą weryfikacji wykonawców biorących udział w postępowaniu oraz jej skutków:

„Uwaga: Zamawiający informuje, że zgodnie z wymogami wynikającymi z Ustawy z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu, zobowiązany jest, w stosunku do każdego z podmiotów, z którym nawiązuje stosunki gospodarcze, do przeprowadzenia wewnętrznej procedury weryfikacji i identyfikacji oraz oceny ryzyka związanego z działalnością i strukturą właścicielską potencjalnego Wykonawcy. Powyższe działania, skutkujące negatywną oceną Wykonawcy, obligują Zamawiającego do nienawiązywania w takim przypadku relacji gospodarczych i będą stanowiły podstawę do odrzucenia oferty tego Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 ustawy Pzp”.

Informacja powyższa jednoznacznie wskazała na ustawę AML jako źródło obowiązku odpowiedniej weryfikacji wykonawców biorących udział w postępowaniu. Tym samym zarówno sama weryfikacja jak i jej potencjalny skutek (nienawiązywanie relacji gospodarczych z wykonawcą w przypadku negatywnej oceny) miały nastąpić w oparciu o przepisy tej ustawy.

23 października 2020 r. Zamawiający upublicznił informację o wyborze najkorzystniejszych ofert w ramach części I i II zamówienia oraz podał do publicznej wiadomości informację m. in. o odrzuceniu oferty Odwołującego. W zakresie objętym zarzutem przedmiotowa informacja brzmiała:

„Zamawiający informuje, iż wobec Wykonawcy SCORPII CAPITAL Sp. z o.o. ul. Adama Branickiego 17, 02-97: Warszawa - wystąpiły przesłanki odrzucenia oferty, o których mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 ustawy Pzp, w związku z Uwagą zamieszczoną w Rozdziale II pkt 11 SIWZ”.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności. Tym samym obowiązkiem zamawiającego na gruncie przytoczonego przepisu Pzp jest należyte uzasadnienie czynności odrzucenia oferty wraz z podaniem konkretnych powodów, które doprowadziły do odrzucenia oferty oraz upublicznienie tego uzasadnienia. W przedmiotowej sprawie dyspozycja art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp nie może być jednak interpretowana w oderwaniu od odpowiednich przepisów ustawy AML.

Zgodnie z art. 33, art. 34 i 35 ustawy AML, Zamawiający jako instytucja obowiązana (na podst. art. 2 ust. 1 pkt 1 ustawy AML) ma obowiązek stosować wobec swoich klientów środki bezpieczeństwa finansowego podczas nawiązywania stosunków gospodarczych oraz podczas utrzymywania stosunków gospodarczych. Wskazać przy tym należy, że jako klienta rozumie się osobę fizyczną, osobę prawną lub jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, której instytucja obowiązana świadczy usługi lub dla której wykonuje czynności wchodzące w zakres prowadzonej przez nią działalności zawodowej, w tym z którą instytucja obowiązana nawiązuje stosunki gospodarcze, lub na zlecenie której przeprowadza transakcję okazjonalną; w przypadku umowy ubezpieczenia przez klienta instytucji obowiązanej rozumie się ubezpieczającego. Art.

41 ustawy AML stanowi z kolei, iż instytucja obowiązana nie nawiązuje stosunków gospodarczych w przypadku niemożności zastosowania środków bezpieczeństwa finansowego.

Powyższe dowodzi, że Zamawiający miał obowiązek przeprowadzić odpowiednią weryfikację wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Stanowisko Odwołującego w kwestii niedopuszczalności weryfikacji na gruncie przepisów ustawy AML i Pzp należy zatem uznać za nietrafne, jak również spóźnione – argumentacja Odwołującego zmierzająca do wykazania, że Zamawiający powinien traktować wykonawców jako kontrahentów, a nie klientów była w ocenie Izby de facto próbą kwestionowania postanowień Rozdziału II SIWZ.

Zamawiający jako instytucja obowiązana nie tylko mógł, ale musiał przeprowadzić weryfikację wykonawców. Negatywny wynik weryfikacji uniemożliwił zawarcie umowy z danym wykonawcą, a zatem czynił wybór jego oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu niecelowym.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie podał – wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp - żadnego uzasadnienia faktycznego dla czynności odrzucenia oferty Odwołującego. W konsekwencji miało to uniemożliwić Odwołującemu prawidłowe skonstruowanie zarzutów odwołania oraz skuteczną obronę swojej oferty w postępowaniu.

Zgodnie z art. 54 ustawy AML instytucje obowiązane, ich pracownicy oraz inne osoby działające w imieniu i na rzecz instytucji obowiązanych zachowują w tajemnicy fakt przekazania Generalnemu Inspektorowi lub innym właściwym organom informacji określonych w rozdziałach 7 i 8 oraz informacji o prowadzonych analizach dotyczących prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu. Ujawnienie ww. informacji podlega karze administracyjnej na podstawie art. 147 pkt 11 ustawy AML.

Odwołujący nie jest jednym z podmiotów wskazanych w art. 54 ust. 2 ustawy AML nie należy zatem do kręgu podmiotów uprawnionych do dostępu do informacji, o których mowa w art. 54 ust. 1 ustawy.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że brak jest podstaw prawnych umożliwiających nakazanie Zamawiającemu w przedmiotowym postępowaniu ujawnienia faktycznych podstaw odrzucenia oferty Odwołującego na podst. art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp. Nakaz taki mógłby prowadzić do złamania tajemnicy wynikającej z art. 54 ust. 1 ustawy AML, ponadto pośrednio bądź bezpośrednio mógłby skutkować ujawnieniem stosowanej przez Zamawiającego procedury weryfikacji klientów. Oceniając wzajemną zależność art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp oraz odpowiednich przepisów ustawy AML nie można pominąć szczególnej roli ustawy AML. Celem tego aktu prawnego jest uniemożliwienie finansowania niektórych ciężkich przestępstw oraz legalizowania dochodów uzyskanych w drodze takich przestępstw.

Ujawnienie nieuprawnionym podmiotom wewnętrznych procedur oraz sposobu prowadzenia analiz przez instytucje obowiązane stałoby w sprzeczności z celem ustawy AML. Odtajnienie – nawet w niewielkim stopniu - informacji o narzędziach i procedurach stosowanych przez Zamawiającego jest zatem w ocenie Izby niedopuszczalne.

#### Zarzuty nr 2 i 3

Zgodnie z punktem 17.17 SIWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawcy biorący udział w postępowaniu wraz z ofertami złożyli wypełniony przez siebie dokument - składający się z części A i B Biznes Plan, którego wzór stanowił Załącznik nr 6 do SIWZ. Szczegółowe wymogi dotyczące sposobu sporządzenia Biznes Planu określone zostały w punkcie 17.18 SIWZ. W instrukcji sporządzenia Biznes Planu Zamawiający wskazał przy tym, że „brak opisu którejkolwiek z obligatoryjnych części lub ich modyfikacja w taki sposób, że zostaną one usunięte – będzie skutkować uznaniem przez Zamawiającego, że oferta nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a co za tym idzie, podlega odrzuceniu w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp”.

W zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego w ramach obu części postępowania, jako przyczyny uznania tej oferty za niezgodną z SIWZ i opisem przedmiotu zamówienia Zamawiający wskazał:

„W wyniku przeprowadzenia weryfikacji treści złożonej oferty pod względem zgodności z opisem przedmiotu zamówienia, Zamawiający stwierdza iż treść oferty nie odpowiada Specyfikacji pod względem przedmiotu zamówienia oraz sposobu realizacji przedmiotu zamówienia, tym samym podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp :

- 1) Przedstawiona przez Wykonawcę (w dokumencie pn. „Biznes Plan”) struktura organizacyjna oraz opis kompetencji wyszczególnionych działów i ich zadań w procesie, nie ujmują zadań związanych z kwalifikowaniem przedsięwzięć z zakresu efektywności energetycznej do realizacji i finansowania, weryfikacji szczegółowych warunków, które prowadziłyby do osiągnięcia określonych wyżej wskaźników. Oferta ma charakter szablonowy, nie uwzględnia specyfiki przedmiotu zamówienia, tj. przeznaczenia pożyczek (termomodernizacja), a wzoruje się na innych postępowaniach prowadzonych aktualnie przez Zamawiającego, mających skrajnie odmienny charakter i cel finansowania. W szczególności, w zadaniach Działu Ryzyka i Windykacji mowa jest o umorzeniach, co w ogóle nie dotyczy przedmiotowego zamówienia. Wykonawca nie identyfikuje odmienności adresatów pożyczek (spółdzielnie i wspólnoty mieszkaniowe, samorządy, TBS) od standardowo działających na rynku MŚP, nie bierze też pod uwagę inwestycyjnego (termomodernizacja) charakteru pożyczek.
- 2) Opisany przez Wykonawcę sposób realizacji zamówienia nie doprowadzi do osiągnięcia celów zamówienia. Wykonawca nie odnosi się w ogóle do specyficznego przedmiotu zamówienia oraz statusu podmiotów, str. 3 mogących uzyskać finansowanie (spółdzielnie wspólnoty, TBS, samorządy) oraz podkreśla, że Spółka SCORPII Capital wspiera podmioty, które nie znajdują na rynku rozwiązania odpowiedniego dla nich. Ponadto, Wykonawca przedstawia i opisuje strukturę organizacyjną Wykonawcy, gotową do realizacji zamówienia, podczas,

- gdy sprawozdanie finansowe za rok 2019 zawiera informację, że Wykonawca nie zatrudnia pracowników.
- 3) Niezgodność treści Oferty z Opisem przedmiotu zamówienia wynika też z opisów elementarnych procesów dotyczących obsługi pożyczek - które zakładają, że Wykonawca przewiduje np. automatyczną wypłatę środków pożyczki po zawarciu umowy, bez względu na to, czy spełnione zostały warunki tej wypłaty, biorąc pod uwagę inwestycyjny charakter finansowania. Wykonawca nie odnosi się w swojej ofercie do wskaźników, za realizację których byłby odpowiedzialny, a które określone zostały w Opisie Przedmiotu Zamówienia”.
- 4) Po przeprowadzeniu dowodu z odpowiedniej części dokumentacji postępowania Izba uznała, że Zamawiający nie dopełnił obowiązków wynikających z art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp i nie uzasadnił w sposób należyty czynności odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z SIWZ. W ocenie Izby uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego ma charakter ogólnikowy i nie wskazuje na żadne, konkretne niezgodności tej oferty z odpowiednimi wymogami określonymi w punkcie 17.18 SIWZ. Zamawiający zarzucił Odwołującemu, iż jego oferta ma szablonowy charakter i nie uwzględnia specyfiki przedmiotu zamówienia, ale zarzutów tych nie wyjaśnił i nie uzasadnił. Ogólne stwierdzenie o niezgodności oferty z SIWZ, bez wskazania konkretnych wymogów specyfikacji, którym oferta miała według Zamawiającego nie odpowiadać nie jest prawidłowym wypełnieniem dyspozycji art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp, lecz nosi znamiona działania pozornego. Celem art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp jest nie tylko poinformowanie zainteresowanego wykonawcy o przyczynach odrzucenia jego oferty, ale również realizacja zasady przejrzystości postępowania wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp. Zdaniem Izby uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego nie realizowało tego celu w sposób prawidłowy i pełny.

Dostarczenie również wymaga, że w treści pisma informującego o odrzuceniu oferty Odwołującego znalazły się również powody takie jak „ (...) Wykonawca przedstawia i opisuje strukturę organizacyjną Wykonawcy, gotową do realizacji zamówienia, podczas,

gdy sprawozdanie finansowe za rok 2019 zawiera informację, że Wykonawca nie zatrudnia pracowników”. Natomiast w toku rozprawy Zamawiający oświadczył, że ww. okoliczność nie była podstawą odrzucenia oferty wykonawcy. Powyższe dowodzi tego, że Zamawiający wadliwie sformułował treść informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, podając okoliczności, które nie stanowiły podstawy odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W konsekwencji Izba uznała, że zarzut nr 2 odwołania potwierdził się. Co za tym idzie za zasadny uznany został również zarzut nr 3 odwołania.

Art. 192 ust. 2 Pzp stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania

o udzielenie zamówienia. Biorąc pod uwagę fakt, że Izba oddaliła zarzut nr 1 odwołania, a konsekwencją tego jest potwierdzenie skuteczności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp to stwierdzić należy, że uznanie zarzutów nr 2 i 3 za potwierdzone nie zmienia wyniku postępowania. Celem odwołania było przywrócenie oferty Odwołującego do postępowania, a ze względu na oddalenie pierwszego zarzutu cel ten nie został osiągnięty. Tym samym, uznając, że nie została wypełniona przesłanka istotnego wpływu na wynik postępowania Izba pomimo, iż uwzględniła zarzuty nr 2 i 3 to odwołanie podlegało oddaleniu.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący:.....**