

WYROK

z dnia 6 marca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 marca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lutego 2020 r. przez wykonawcę Agencję Leasingu i Finansów S.A. we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Dolnośląski Fundusz Rozwoju Sp. z o.o. we Wrocławiu przy udziale wykonawcy „Sudeckie Stowarzyszenie Inicjatyw Gospodarczych” w Świdnicy przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym ponowne wezwanie wykonawcy „Sudeckie Stowarzyszenie Inicjatyw Gospodarczych” w Świdnicy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p.,
2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Dolnośląski Fundusz Rozwoju Sp. z o.o. we Wrocławiu i:
 - 3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę Agencję Leasingu i Finansów S.A. we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od zamawiającego Dolnośląskiego Funduszu Rozwoju Sp. z o.o. we Wrocławiu na rzecz wykonawcy Agencji Leasingu i Finansów S.A. we Wrocławiu kwotę 19 131,00 zł (dziewiętnaście tysięcy sto trzydzieści jeden złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w postaci wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów noclegu.

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

publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

wyroku z dnia 6 marca 2020 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 355/20

Zamawiający - Dolnośląski Fundusz Rozwoju Sp. z o.o., ul. Duńska 9, 54-427

Wrocław - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Świadczenie przez Wykonawców usługi pośrednictwa finansowego polegającej na udzielaniu i kompleksowej obsłudze pożyczek w ramach „Pakietu pożyczek 2RPH/2DRPI/2RPO” ze środków Zamawiającego”, o numerze nadanym przez zamawiającego Pakiet/1/2019, podzielone na części, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 grudnia 2019 r. pod numerem 2019/S 246-606104, zwane dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie na usługę, o wartości powyżej kwoty określonej

w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) zwanej dalej jako „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 12 lutego 2020 r. zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w części 1 postępowania, zaś w dniu 20 lutego 2020 r. wykonawca Agencja Leasingu i Finansów S.A, ul. Piłsudskiego 13, 50-048 Wrocław (dalej zwany jako „odwołujący”) wniósł środek zaskarżenia wobec czynności i zaniechań zamawiającego.

W odwołaniu postawiono zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty niezgodnej z SIWZ, w sytuacji gdy Sudeckie Stowarzyszenie Inicjatyw Gospodarczych z siedzibą w Świdnicy nie złożyło wraz z ofertą wymaganych dokumentów podwykonawców

(JEDZ),

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty niezgodnej z SIWZ, w sytuacji gdy Sudeckie Stowarzyszenie Inicjatyw Gospodarczych z siedzibą w Świdnicy nie wykazało zdolności technicznych i zawodowych koniecznych do realizacji Zamówienia,

3. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 PZP, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Sudeckiego Stowarzyszenia Inicjatyw Gospodarczych z siedzibą w Świdnicy złożonej w ramach Zamówienia w sytuacji, gdy wskazana w ofercie cena jest rażąco niska,

4. art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 90 ust. 3 PZP, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Sudeckiego Stowarzyszenia Inicjatyw Gospodarczych z siedzibą w Świdnicy złożonej w ramach Zamówienia w sytuacji, gdy jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia

czynności wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty Sudeckiego Stowarzyszenia Inicjatyw Gospodarczych w Świdnicy (dalej zwanego jako „SSIG”), powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p. oferty SSIG i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających

odrzuconiu. Ewentualnie wniesiono o nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty SSIG jako niezgodnej z SIWZ oraz zawierającej rażąco niską cenę i przeprowadzenie ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Odwołujący wniosł także o zasądzenie na jego rzecz zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa według norm przepisanych oraz o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w odwołaniu.

W uzasadnieniu wniesionego środka ochrony prawnej odwołujący podniósł co następuje. W zakresie zarzutu nr 1 i 2 zaniechania odrzucenia oferty SSIG na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. odwołujący wskazał na treść ust. 3 rozdziału XIII oraz ust. 7 i 10 rozdziału XVII SIWZ, a także lp. 8 i 3 ad 2 kwestionariusza SSIG oraz stwierdził, że oświadczenia wykonawcy pozostają w sprzeczności z oświadczeniami zawartymi w dokumencie informacje generalne do kalkulacji, złożonym w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 31.01.2020 r., w którym wykonawca SSIG wymienił co najmniej dwóch podwykonawców, z których usług zamierza korzystać, a także załączył stosowne umowy potwierdzające tę okoliczność - umowa na obsługę prawną i umowa dotycząca usług księgowych i kadrowych. Zatem w ocenie odwołującego wykonawca SSIG złożył w kwestionariuszu niezgodne z prawdą oświadczenie dotyczące prowadzenia ewidencji księgowej, który to brak jest przesłanką do odrzucenia oferty (zgodnie z ust. 10 rozdziału XVII SIWZ), albo wykonawca użytkuje system księgowy na podstawie umowy z podwykonawcą (fakt współpracy z biurem rachunkowym SSIG potwierdza w lp. 3 ad 3 kwestionariusza). Odwołujący dodał, że korzystanie z usług podwykonawców jest dopuszczone, tym niemniej w takim przypadku wykonawca był zobowiązany do wskazania podwykonawców w swoim JEDZ i złożenia wraz z ofertą dokumentów JEDZ podwykonawców, a więc wykonawca SSIG nie wykazał braku istnienia podstaw do wykluczenia.

Dalej odwołujący wskazał na treść § 6 ust. 5 umowy o obsługę księgową SSIG, który stanowi, że zleceniodawca (SSIG) nie dostarcza usług, w tym informatycznych, na rzecz zleceniobiorcy, co zdaniem odwołującego świadczy o tym, że system księgowy jest własnością i jest użytkowany wyłącznie przez biuro rachunkowe, a więc SSIG złożył oświadczenie niezgodne z prawdą. Potwierdzają to koszty obsługi księgowej, wykazane w dokumencie informacje generalne do kalkulacji, punkt IX usługi księgowe, jak również zakresy obowiązków pracowników (kwestionariusz lp. 3 ad 2), gdzie do obowiązków pracownika ds. analizy i pożyczek II należy „przekazywanie do biura rachunkowego informacji o wpłatach ostatecznych odbiorców (pożyczkobiorców), nie zaś prowadzenie księgowości zgodnej z zasadami o rachunkowości lub Międzynarodowymi Standardami Rachunkowości. Odwołujący podsumował, że zamawiający nie przeprowadził weryfikacji ww. okoliczności i nie wezwał SSIG do wyjaśnienia roli biura rachunkowego w toku realizacji zamówienia, w szczególności nie wezwano do złożenia JEDZ podwykonawcy.

Odwołujący wskazał na warunek udziału w postępowaniu dotyczący osoby odpowiedzialnej za monitoring i windykację (ust. 2c pkt 2 rozdział XI SIWZ), a także na dodatkowe wymagania zamawiającego dotyczące zespołu, wskazane w ppkt ii) pkt 2 ust. 2 rozdziału XI SIWZ, zgodnie z którymi „Wykonawca jest zobowiązany zapewnić personel posiadający odpowiednie kwalifikacje zawodowe zgodne z przepisami prawa, gwarantujący należyte wykonanie wszystkich zadań”. Dalej zwrócono uwagę na § 10 i § 17 umowy o finansowanie i podniesiono, że czynności windykacyjne wykonawcy SSIG prowadzone będą przez specjalistę ds. analizy i pożyczek II oraz nadzorowane przez prezesa zarządu (lp.3 ad 1 pkt 1 i 4 kwestionariusza). Natomiast zgodnie z JEDZ SSIG (część c, str. 14 JEDZ) żadna z wymienionych osób nie posiada wykształcenia prawniczego ani doświadczenia w prowadzeniu postępowań sądowych i egzekucyjnych. W JEDZ wskazano jedynie, że pani E.M-Ł. posiada 9-letnie doświadczenie w prowadzeniu działań windykacyjnych, bez zakresu prowadzonych działań. Przy tym umowa o obsługę prawną nie obejmuje windykacji, ani usług zastępstwa procesowego, zaś wykonawca SSIG zaprzecza jakoby zamierzał korzystać w realizacji umowy z usług podwykonawców.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem odwołującego, wykonawca SSIG nie wykazał spełnienia warunków wymaganych w SIWZ dotyczących zdolności do prowadzenia efektywnych i skutecznych działań na drodze sądowej i egzekucyjnej, co jest przesłanką do odrzucenia oferty. Odwołujący dodał, że brak należytej realizacji obowiązków związanych z windykacją należyłości (brak zapewnienia profesjonalnej obsługi prawnej i zastępstwa w postępowaniach sądowych i egzekucyjnych a także upadłościowych i restrukturyzacyjnych), może stanowić istotne zagrożenie dla realizacji umowy, szczególnie w sytuacji, kiedy SSIG na rezerwę ogólną przeznaczył 27 319,14 zł, przy wartości zamówienia 22 000 000,00 zł. Zamawiający nie przeprowadził weryfikacji ww. okoliczności i nie wezwał SSIG do wyjaśnienia roli kancelarii w toku realizacji zamówienia, w szczególności nie wezwano do złożenia JEDZ podwykonawcy. W ocenie odwołującego zamawiający nie potwierdził również wystarczających kompetencji, w tym doświadczenia, specjalisty ds. analizy i pożyczek II oraz prezesa, do występowania przed sądami w gospodarczych sprawach majątkowych o wartości do 3 000 000,00 zł na jednego pożyczkobiorcę (w tym

również przed Sądem Najwyższym, gdzie zachodzi obowiązek posiadania profesjonalnego pełnomocnika).

W przedmiocie zarzutu nr 3, zaniechania odrzucenia oferty SSIG na podstawie art.

89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., odwołujący podniósł, że zamawiającego zwrócił się do wykonawcy SSIG o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny. W opinii odwołującego wyjaśnienia potwierdzają, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w szczególności informacje generalne do kalkulacji są sporządzone w sposób niestaranny, nieczytelny i chaotyczny. Według odwołującego obliczenia opierają na zagmatwanych założeniach, dotyczących czasu pracy poszczególnych pracowników dedykowanego zespołu, niemożliwych do weryfikacji. Brak jest odniesienia do wymagań SIWZ i deklaracji wykonawcy w zakresie konieczności zapewnienia pełnej obsady punktu obsługi klienta (dalej jako „POK”). Dokumenty SSIG - umowy z biurem rachunkowym i kancelarią prawną - pozostają w sprzeczności z oświadczeniami złożonymi w kwestionariuszu.

Dalej odwołujący przywołał przedmiot zamówienia i wskazał, że zamawiający nie określił w jakim wymiarze czasu pracy powinien być dostępny każdy z pracowników, stąd należy przyjąć, że dla zapewnienia obsady POK co najmniej jeden z pracowników powinien być dostępny w POK stale. Zgodnie z deklaracją wykonawcy SSIG będzie on utrzymywał POK przez 40 godzin w tygodniu przez 24 miesiące okresu budowy portfela oraz 120 miesięcy okresu wygaszania portfela. Odwołujący dodał, że informacje generalne do kalkulacji zostały sporządzone nieczytelnie, zawierają liczne nieścisłości i niekonsekwencje, niemniej pozwalają na zapoznanie się ze składnikami i wartościami kosztów ponoszonych przez SSIG. Według odwołującego w wyjaśnieniach sposobu kalkulacji ceny wykonawcy nie uwzględniono:

a) zakładanych w punkcie 0 informacji generalnej do kalkulacji kosztów doradztwa

(114 237,84 zł) ponieważ nie zostały one opisane szczegółowo przez SSIG

1 odwołujący nie był w stanie zweryfikować ich zasadności, niemniej zgodnie z oświadczeniem SSIG wyliczenie powinno być o te kwoty powiększone;

b) kosztów wynagrodzenia pozostałych pracowników dedykowanych do realizacji zamówienia, których wynagrodzenie jest istotnie wyższe w stosunku do specjalisty ds. pożyczek II dla którego przedstawiono wyliczenie w punkcie 1 tabeli (prezes 42,60 zł/h, pozostali 25,59 zł/h). Należy mieć także na uwadze treść ppkt i) pkt 2 ust.

2 rozdziału XI SIWZ, zgodnie z którym „zamawiający dopuszcza, aby ta sama osoba, została wykazana do pełnienia maksymalnie dwóch funkcji, pod warunkiem, że spełnia niezależnie każdy z ww. warunków w zakresie doświadczenia i wykształcenia (z wyłączeniem możliwości łączenia funkcji analityka ryzyka kredytowego z doradcą ds. pożyczek), poza zarządzającym, który może pełnić tylko tę jedną funkcję.” Tym samym najniższej wynagradzany pracownik (17,80 zł/h) specjalista ds. pożyczek i analiz I (który w zakresie obowiązków ma ocenę wniosków) jest zobowiązany dzielić czas pracy w POK ze specjalistą ds. organizacji i promocji (25,59 zł/h, zajmującym się sprzedażą produktów pożyczkowych, przyjmowaniem wniosków, doradztwem na rzecz klientów). Z powodu braku możliwości oszacowania udziału czasu pracy poszczególnych pracowników do obliczeń przyjęto niższe wynagrodzenie;

c) kosztów wynagrodzeń zespołów kontrolnych, o których SSIG pisze w kwestionariuszu (lp. ad 1). Żaden z członków zespołu w zakresie obowiązków nie ma wykazanych działań kontrolnych;

d) kosztu wynagrodzenia osoby odpowiedzialnej za ochronę danych osobowych, o czym SSIG pisze w kwestionariuszu (lp. ad 3). Zgodnie z § 13 ust. 5 umowy o finansowanie „zarówno fundusz jak i pośrednik finansowy są odrębnymi administratorami wobec przetwarzanych danych pożyczkobiorców”;

e) realnych kosztów dochodzenia należności. Przy założeniu, że na drogę sądową zostaną skierowane pożyczki odpowiadające 5% wartości zamówienia ($22\ 000\ 000,00 \cdot 5\% = 1\ 100\ 000,00$ zł, co odpowiada jednej pożyczce o maksymalnej wartości), wartość wpisów sądowych w postępowaniach z weksla może wynosić 55 000,00 zł, dodatkowo konieczne będzie poniesienie opłat egzekucyjnych oraz wysokich kosztów egzekucji z nieruchomości w przypadku pożyczek hipotecznych, kiedy SSIG założył 27 300,00 zł rezerwy;

f) realnej rezerwy na ryzyko związanej z przekroczeniem limitu szkodowości lub utratą poniesionych, a nie wyegzekwowanych kosztów windykacji, szczególnie w kontekście § 10 ust. 4 umowy o finansowanie, zgodnie z którym „Pośrednik finansowy ponosi

koszty dochodzenia wierzytelności, w tym opłaty sądowe i egzekucyjne oraz koszty zastępstwa procesowego i zastępstwa w postępowaniu egzekucyjnym. W przypadku odzyskania powyższych kosztów od MŚP nie podlegają one przekazaniu na rzecz funduszu. Pośrednik finansowy może pobrać koszty i opłaty wskazane w zdaniu poprzedzającym w ostatniej kolejności tj. po pełnym zaspokojeniu wierzytelności głównej, odsetek oraz innych należności ubocznych z tytułu pożyczki.";

g) wzrostu cen wynagrodzeń oraz towarów i usług, w tym wynagrodzenia specjalisty ds. pożyczek II, którego wynagrodzenie obecnie odpowiada stawce minimalnego za pracę wynagrodzenia, a które to wynagrodzenie jest corocznie waloryzowane;

h) zysku oraz podatku dochodowego. Wykonawca posiada status stowarzyszenia i jednocześnie przedsiębiorcy. Jest wpisany do Rejestru Przedsiębiorców KRS i jako przedsiębiorca jest również podatnikiem VAT o statusie VAT - zwolniony. W ramach zamówienia SSIG może występować wyłącznie w charakterze przedsiębiorcy, ponieważ polega ono na odpłatnym świadczeniu usług. W ocenie odwołującego nie

ma znaczenia, że SSIG jest stowarzyszeniem nie działającym dla zysku, ponieważ oznaczałoby to, że działa wyłącznie w celu zapewnienia zatrudnienia swoim pracownikom, co pozostaje w oczywistej sprzeczności z celami statutowymi SSIG. Działalność gospodarcza wykonawcy SSIG, jako przedsiębiorcy, powinna więc generować zysk, który następnie powinien zostać przeznaczony na cele statutowe. Jednak działalność wykonawcy nie powinna być prowadzona poniżej kosztów, a więc generować strat, co zdaniem odwołującego zachodzi w przypadku zamówienia. Natomiast w zakresie elementów kosztów wskazanych przez wykonawcę SSIG

według odwołującego należy zauważyć, że:

a) koszty wynagrodzeń - lista płac zawiera element premia regulaminowa, kiedy SSIG nie okazał umów o pracę, ani regulaminu premiowania, a zamawiający nie wezwał do okazania tych dokumentów. Tym samym wykonawca nie wykazał od czego zależy premia przyznawana pracownikom zespołu projektowego, w szczególności, że premia nie będzie miała związku z ewentualnym podjęciem realizacji zamówienia i nie spowoduje wzrostu wynagrodzeń w stosunku do stycznia 2020 r. (lista płac);

b) koszty delegacji - SSIG oszacował koszty na 4000,00 zł w ciągu 12 lat (punkt XII inne informacje generalne do kalkulacji), kiedy na podstawie § 8 umowy „Pośrednik Finansowy w celu weryfikacji informacji zawartych w operacie szacunkowym jest zobligowany, przed zawarciem umowy 2RPH, do przeprowadzenia wizji lokalnej na nieruchomości, która ma zostać nabyta ze środków pochodzących z 2RPH oraz sporządzenia z wizji lokalnej dokumentacji, w tym dokumentacji fotograficznej. Do przeprowadzenia wizji lokalnej Pośrednik Finansowy może wyznaczyć jedną z osób z POK, w którym dana Umowa 2RPH ma zostać zawarta.” Zgodnie z szacunkami SSIG zamierza on zawrzeć 20 pożyczek hipotecznych (RPH), których dotyczy ww. zapis SSIG nie przedstawił informacji czy dysponuje własnym środkiem transportu, czy zamierza korzystać z pojazdów należących do członków zespołu. Niezależnie jednak od przyjętego rozwiązania, koszty delegacji są, zdaniem odwołującego, zaniżone. Wymieniona kwota odpowiada podróżom służbowym w wysokości 5000 kilometrów (250 km na pożyczkę dla 20 pożyczek RPH, 166 km dla 30 RPH) - jest to wyłącznie ustawowy koszt użytkowania prywatnego samochodu o pojemności powyżej 900 cm³ przez pracownika, bez diet i dodatkowych kosztów). Siedziba SSIG zlokalizowana jest w Świdnicy, co może wiązać się z koniecznością odbywania podróży służbowych powyżej 100 km w jedną stronę (np. Góra, Milicz czy Głogów). Nie uwzględniono kosztów dostarczenia dokumentów do biura rachunkowego. Umowa z kancelarią prawną zawiera zapisy dotyczące zwrotu kosztów przejazdów (§ 4). Nie uwzględniono kosztów dojazdów na rozprawy sądowe, wizyt monitoringowych i innych koniecznych dla prawidłowej realizacji umowy. Nie uwzględniono diet

pracowniczych związanych z podróżami służbowymi oraz kosztów utrzymania w trakcie podróży (odpowiednio do stosownych przepisów);

c) koszty usług pocztowych - SSIG zaniżył istotnie koszty usług pocztowych.

Z doświadczeń odwołującego wynika, że 2 listy na pożyczkę jest ilością zbyt niską, ponieważ jednak jest to kwestia szacunków, odwołujący wskazuje jedynie na brak ujęcia w kosztach przesyłek koniecznych wydatków związanych ze sprawozdawczością: 144 sprawozdań (miesięcznych i kwartalnych, dla listu poleconego z potwierdzeniem odbioru) * 8,50 zł = 1224,00 zł (lub 144*5,90=849,60 zł w przypadku listu poleconego);

d) koszty materiałów biurowych - 2500,00 zł podzielone na 144 miesiące daje 17,36 zł,

co jest kwotą wystarczającą na zakup 1 rzyzy papieru miesięcznie i nie uwzględnia innych materiałów, koniecznych dla sprawnego funkcjonowania biura, takich jak tonery, segregatory, teczki, koszulki na dokumenty, przeglądy i konserwację sprzętu biurowego. Umowa o finansowanie w § 7 określa warunki jakie musi spełniać POK „Punkt Obsługi Klienta mieści się w kondygnacji nadziemnej i jest wyposażony w: co najmniej jedno stanowisko biurowe wyposażone w komputer ze stałym dostępem do Internetu, drukarkę i skaner, dwa adresy e-mail, dwa telefony kontaktowe; system komputerowy do obsługi udzielania i rozliczania pożyczek”.

Zatem w opinii odwołującego zsumowanie kosztów wskazanych przez wykonawcę

SSIG oraz dodatkowe, wyżej wymienione argumenty dotyczące poszczególnych składników ceny, wskazują, że obliczenia wykonawcy są błędne i zaniżone, a zamawiający nie dokonał ich rzetelnej oceny, czym naruszył p.z.p. W ocenie odwołującego wykonawca SSIG nie wykazał również istotnych z punktu ustawy elementów, tj. oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy. Żaden z elementów kosztotwórczych nie odbiega charakterem od powszechnie stosowanych, za wyjątkiem posiadania przez SSIG własnej siedziby, co niweluje konieczność ponoszenia opłat z tytułu czynszu najmu - oszczędność ta nie jest jednak tak istotna, aby stanowiła uzasadnienie dla obniżenia ceny o ponad 37% w stosunku do średniej ceny pozostałych ofert i ponad 35% w stosunku do szacunków zamawiającego.

Odwołujący wskazał dalej, że realizacja umowy w zakresie windykacji bez udziału profesjonalnego pośrednika stanowi istotne zagrożenie dla jej prawidłowego wykonania i nie może być uznana za oszczędność metody. Wycena usług kancelarii prawnej (w przedmiocie usług doradczych) na 3200,00 zł w toku 12 lat (22,00 zł/miesiąc) oraz brak zapewnienia udziału profesjonalnego pełnomocnika dla egzekucyjnych spraw sądowych (ewentualnie osoby z odpowiednim doświadczeniem zawodowym) narusza § 14 pkt 1 umowy o finansowanie. Koszt usług prawnych według cen rynkowych waha się od 100,00 - 500,00 zł/h netto, zależnie od regionu. Uwzględnienie tej stawki w kosztach realizacji zamówienia znacząco wpływa na jego cenę, natomiast brak uwzględnienia tego elementu i powierzenie działań windykacyjnych pracownikowi wynagradzanemu według stawki 25,59 zł/h, bez potwierdzonego doświadczenia, znacząco wpływa na cenę oferty SSIG, co jednak stanowi istotne naruszenie zasad konkurencyjności. Przyjmując stawki godzinowe, ustalone z kancelarią z której usług SSIG korzysta obecnie, koszt realizacji zamówienia należało by powiększyć o kwotę 88 560,00 zł (500,00 zł netto * 144 miesiące + VAT).

Według odwołującego wykonawca SSIG założył udział w projekcie czterech pracowników, z których specjalista ds. analiz i pożyczek I jest zatrudniony w oparciu o najniższe wynagrodzenie ustalone stosownymi przepisami. Jednak na liście płac za styczeń 2020 r. wykazano, że każdy z pracowników otrzymał premie regulaminową. Składnik premii nie został uwzględniony w wyliczeniach kosztów wynagrodzeń, przynajmniej w przypadku specjalisty ds. analizy i pożyczek I, dla którego przyjęto stawkę minimalną przy pełnym wymiarze czasu pracy. Tym samym wyliczenia dotyczące kosztów wynagrodzeń zostały przez SSIG zaniżone w stosunku do rzeczywiście ponoszonych.

Dalej odwołujący zauważył, że wynagrodzenie wykonawcy zależy od rodzajów pożyczek i ich warunków wnioskowanych przez klientów (MŚP), najkorzystniejsze są pożyczki obrotowe (bez karencji, krótki okres spłaty), najmniej korzystne pożyczki hipoteczne (karencja w spłacie kapitału, długi okres spłaty). SSIG nie dokonał analizy wrażliwości przyjętych założeń, biorąc pod uwagę rozkład wynagrodzenia zależny od rodzaju pożyczek, tego typu analizę odwołujący prezentuje poniżej.

Wykonawca SSIG wskazał cenę ofertową w kwocie 693 000,00 zł brutto, podczas gdy usługa świadczona ma być przez 12 lat, co oznacza, że miesięczne wynagrodzenie z tytułu realizacji zamówienia wyniesie średnio 4 812,50 zł brutto, przy czym wynagrodzenie zależne jest od kwoty wypłaconych (10%*3,15%) oraz spłaconych (90%*3,15%) pożyczek w toku umowy, nie jest więc wypłacane równomiernie w całym okresie trwania realizacji umowy. W skrajnie negatywnym przypadku, przy założeniu równych miesięcznych wypłat w okresie budowy portfela i systematycznych miesięcznych spłat w okresie wygaszania portfela, w sytuacji gdyby wykonawca zawarł (odpowiednio do ograniczeń produktowych) 50% pożyczek hipotecznych (RPH - 6 miesięcy karencji w spłacie kapitału, okres spłaty 120 miesięcy) i 50% pożyczek inwestycyjnych (RPI - 6 miesięcy w spłacie kapitału, max okres spłaty 84 miesiące) - miesięczne wynagrodzenie może wynosić od około 3 000,00 zł w pierwszych sześciu miesiącach, 6 000,00 zł w następnych 7 latach realizacji umowy a następnie odpowiednio 5000,00 zł w 8 roku, 3000,00 zł w 9 i 10 roku oraz 1000,00 zł w 11 i 12 roku realizacji umowy. Pomimo, że symulacja ta jest jedynie szacunkowa, pozwala ocenić prawdopodobny rozkład wynagrodzenia w czasie, metodą najgorszych okoliczności.

Miesięczne wynagrodzenie najniżej wynagradzanego pracownika SSIG wynosi 3 132,80 zł, przyjmując powyższe symulacje za prawdopodobne należy przyjąć, że wynagrodzenie wykonawcy SSIG w pierwszych sześciu miesiącach realizacji umowy wystarczy wyłącznie na wynagrodzenie jednego pracownika bez premii regulaminowej i nie pokryje kosztów funkcjonowania POK. Kiedy pierwsze miesiące realizacji umowy wymagają największych nakładów pracy związanych z przygotowaniem wzorców dokumentów (wniosków, umów, regulaminów, aktualizacji procedur), prowadzeniem kampanii reklamowej, obsługą klientów, przyjmowaniem, analizą i oceną wniosków, zatem działania te wymagają zaangażowania całego zespołu i nie są możliwe do zrealizowania przez jednego pracownika. Wykonawca SSIG nie wykazał posiadania środków finansowych dla zapewnienia funkcjonowania w początkowym okresie realizacji zamówienia, w sytuacji gdy wynagrodzenie nie będzie wystarczające na pokrycie kosztów bieżących oraz będzie wypłacane po około czterech miesiącach od rozpoczęcia realizacji zamówienia, co wynika § 23 umowy. SSIG w kalkulacji kosztów nie wykazał również kosztu kapitału (kredytu, pożyczki), jakimi zamierza pokryć koszty realizacji zamówienia na początkowym jego etapie. W konsekwencji, według odwołującego oferty wykonawcy zawiera rażąco niską cenę i powinna zostać odrzucona przez zamawiającego.

W uzasadnieniu zarzutu nr 4 odwołujący wskazał co następuje. Powoływanie się przez SSIG na status stowarzyszenia, jako uzasadnienie szczególnej sytuacji finansowej (zwolnienie od podatku dochodowego i nie podleganie podatkowi VAT, brak działalności dla zysku, stanowiące jednocześnie uzasadnienie rażąco niskiej ceny (informacje generalne do kalkulacji - wstęp), jest czymś nieuczciwej konkurencji i podstawą do odrzucenia oferty. Zdaniem odwołującego w zamówieniu może występować wyłącznie przedsiębiorca, podlegający podatkowi dochodowemu i posiadający status podatnika VAT (wyciąg z „białej listy”).

W przypadku stowarzyszeń zastosowanie posiada art. 17 ust. 1 pkt ustawy o CIT, zgodnie z którym wolne od podatku są między innymi dochody podatników, których celem statutowym jest działalność naukowa, naukowo-techniczna, oświatowa, w tym również polegająca na kształceniu studentów, kulturalna, w zakresie kultury fizycznej i sportu, ochrony środowiska, wspierania inicjatyw społecznych na rzecz budowy dróg i sieci telekomunikacyjnej na wsi oraz zaopatrzenia wsi w wodę, dobroczynności, ochrony zdrowia i pomocy społecznej, rehabilitacji zawodowej i społecznej inwalidów oraz kultu religijnego - w części przeznaczonej na te cele. Przedmiot zamówienia nie mieści się w ww. katalogu celów, a więc dochód z jego realizacji podlegał będzie podatkowi CIT.

Odwołujący wskazał dalej, iż na podstawie ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czymś nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Czynami nieuczciwej konkurencji jest w szczególności utrudnianie dostępu do rynku. Zdaniem odwołującego zaniżanie ceny - brak wskazywania w niej wszystkich składających się na nią kosztów - przez SSIG stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, bowiem ogranicza dostęp odwołującego do rynku (zamówienia) w sposób sprzeczny z prawem i dobrymi obyczajami.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie od odwołującego kosztów postępowania odwoławczego w postaci kosztów zastępstwa prawnego według norm przepisanych.

Ponadto, Izba stwierdziła spełnienie przesłanek art. 185 ust. 2 i 3 p.z.p. i dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę „Sudeckie Stowarzyszenie Inicjatyw Gospodarczych”, ul. Armii Krajowej 29 lok. 8, 58-100 Świdnica (dalej zwanego jako „przystępujący”), zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego, co nadaje mu status uczestnika postępowania odwoławczego. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej.

Krajowa Izba Odwoławcza - po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem procesowym przystępującego, konfrontując je z zebrany materiał procesowy, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedstawioną przez zamawiającego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, złożonymi ofertami i korespondencją prowadzoną w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy - ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający ustalił, że odwołanie mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p., zostało wniesione przez podmiot uprawniony, a także dotyczy materii określonej w art. 180 ust. 1 p.z.p., zatem podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej. Izba ustaliła dalej, że odwołanie podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 187 ust. 1 p.z.p. i nie została wypełniona żadna z przesłanek o których mowa w art. 189 ust. 2 p.z.p., a których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Izba stwierdziła również, że odwołujący posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 179 ust. 1 p.z.p.

Izba wskazuje dalej, że stan faktyczny rozpoznawanej sprawy nie był pomiędzy stronami sporny, sporna była ocena prawna oferty przystępującego dokonana przez zamawiającego. Postawione przez odwołującego zarzuty wniesionego środka ochrony prawnej sprowadzały problematykę sprawy do oceny, czy zamawiający prawidłowo zbadał i ocenił złożone przez przystępującego wyjaśnienia i dowody dotyczące sposobu wyliczenia ceny, zatem czy nie zaniechano odrzucenia oferty przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p.), a także czy zamawiający nie zaniechał odrzucenia oferty przystępującego, kiedy jest ona niezgodna z treścią SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.), bądź stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p.).

Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Skład orzekający - po dokonaniu ustaleń na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, ofertę przystępującego, korespondencję prowadzoną w toku postępowania o udzielenie zamówienia pomiędzy zamawiającym a przystępującym, mając na względzie zakres sprawy określony przez okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu - stwierdził, iż sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują częściowe oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym. Natomiast twierdzenia zamawiającego, mające świadczyć o prawidłowości jego czynności w postępowaniu, Izba uznała za zmierzające wyłącznie do poprawy sytuacji procesowej strony, a przy tym potwierdzające wadliwość przeprowadzonej przez zamawiającego procedury wyjaśniającej sposób kalkulacji ceny, zatem rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części z powodu przedwczesnego wyboru oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej, co powoduje, że została wypełniona hipoteza art. 192 ust. 2 p.z.p., bowiem stwierdzone naruszenie przepisów ustawy miało istotny wpływ na wadliwy wynik przetargu.

Skład rozpoznający odwołanie zaznacza również, że Krajowa Izba Odwoławcza nie jest związana podstawą prawną wskazaną przez odwołującego przy dokonywaniu kwalifikacji naruszenia prawa przez zamawiającego. Zauważyć należy, iż Sąd Najwyższy w swoich orzeczeniach podkreśla, że sąd nie jest związany wskazaną przez powoda podstawą prawną roszczenia, przeciwnie, sąd jest obowiązany rozpatrzyć sprawę wszechstronnie i wziąć pod uwagę wszystkie przepisy prawne, które powinny być zastosowane w rozważanym przypadku (por. wyroki Sądu Najwyższego: z 13.07.2005 r. sygn. akt I CK 132/05, z 02.12.2005 r. sygn. akt II CK 277/05, z 29.10.2008 r. sygn. akt IV CSK 260/08, z 27.03.2008 r. sygn. akt II CSK 524/07, z 12.12.2008 r. sygn. akt II CSK 367/08, z 19.03.2012 r. sygn. akt II PK 175/11, z 28.03.2014 r. sygn. akt III CSK 156/13, z 30.11.2016 r. sygn. akt III CSK 351/15). Przenosząc ten pogląd na grunt postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, w myśl zasady *da mihi factum, dabo tibi ius*, Izba jest uprawniona do orzekania w sytuacji, gdy okoliczności faktyczne podniesione w zarzutach odwołania, a także opis czynności lub zaniechania zamawiającego, wskazują na faktyczne naruszenie przepisów ustawy. Zatem, w ramach dokonywanej subsumpcji, Izba jest upoważniona do oceny odwołania w aspekcie tych przepisów prawnych, które należało zastosować, a nie tylko w zakresie tych norm, na które wskazał odwołujący, bowiem Izba nie jest związana podstawą prawną wskazaną przez wnoszącego środek zaskarżenia.

Stanowisko to jednoznacznie potwierdzają sądy powszechne, gdzie trafnie wskazuje się, że zakres zarzutów wyznacza okoliczności faktyczne, w których odwołujący upatruje niezgodności z przepisami ustawy (por. wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29.06.2009 r. sygn. akt X Ga 110/09, wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z 18.04.2012 r. sygn. akt I Ca 117/12, wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 29.06.2018 r. sygn. akt XIII Ga 546/18). Argumentacja ta znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie Izby, gdzie zaznacza się, iż „za zarzuty uznaje się przedstawione przez wykonawcę okoliczności faktyczne mające świadczyć o naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Podkreślić także należy, że Izba nie jest związana wskazywaną przez wykonawcę podstawą prawną zarzutów” (vide wyrok Izby z 30.05.2017 r. sygn. akt KIO 993/17, por. też wyroki Izby z 02.08.2017 r. sygn. akt KIO 1488/17, z 10.08.2018 r. sygn. akt KIO 1370/18, z 26.06.2018 r. sygn. akt KIO 1075/18, z 17.05.2019 r. sygn. akt KIO 805/19). Skład orzekający wskazane

poglądy podziela i przyjmuje za własne.

Krajowa Izba Odwoławcza związana jest zatem zawartymi w odwołaniu zarzutami (art. 192 ust. 7 p.z.p.), ale nie jest związana przyjętą przez odwołującego kwalifikacją prawną okoliczności faktycznych wskazanych w zarzucie. Skład orzekający podkreśla, że art. 180 ust. 3 p.z.p. wymaga wskazania przez odwołującego czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, które doprowadziły do naruszania ustawy oraz zwięzłego przedstawienia zarzutów. W odwołaniu należy także określić żądanie oraz wskazać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie środka zaskarżenia. Okoliczności tych nie można jednak utożsamiać z podstawą prawną, czy kwalifikacją stanu faktycznego do przepisów prawa. Art. 192 ust. 2 p.z.p. stanowi bowiem, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia - niezależnie od tego, jak to naruszenie zostanie zakwalifikowane przez odwołującego. Innymi słowy, Izba nie jest związana podstawą prawną podaną przez odwołującego i powołana podstawa faktyczna, która może być kwalifikowana według różnych podstaw prawnych, uzasadnia rozważenie ich przez Izbę i zastosowanie jednej z nich, nawet odmiennej od tej, która została wskazana przez odwołującego.

W świetle powyższego Izba stwierdziła, że rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części, ponieważ podniesione przez odwołującego w zarzucie nr 3 z petitum odwołania okoliczności faktyczne wskazują, że zamawiający w sposób wadliwy przeprowadził postępowanie wyjaśniające sposób kalkulacji ceny przystępującego, a tym samym naruszył art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p., co spowodowało, że Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie przedwczesnego wyboru oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej, dokonanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym ponowne wezwanie przystępującego do złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny. Skład orzekający wskazuje również, iż na dzień orzekania nie ma podstaw, aby dokonać subsumpcji ustalonego w sprawie stanu faktycznego pod normę art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. lub art. 90 ust. 3 p.z.p., zatem zamawiający prawidłowo nie zastosował sankcji w postaci odrzucenia oferty przystępującego z postępowania, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Skład orzekający wskazuje dalej, że zgodnie z art. 90 ust. 3 p.z.p. „zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.” Wyjaśnienia, o których mowa we wskazanej normie, zostały przez ustawodawcę uregulowane w art. 90 ust. 1 p.z.p., gdzie wskazano na wezwanie do złożenia wyjaśnień określane przez pryzmat wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi wymaganiami, a także w art. 90 ust. 1a p.z.p., gdzie ustawodawca określił ex lege przesłankę do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Zatem wskazana w art. 90 ust. 3 p.z.p. sankcja odrzucenia oferty jest bezpośrednio związana z procedurą wezwania, uregulowaną w art. 90 ust. 1 i 1a p.z.p., a także obowiązkiem wykonawcy wynikającym z art. 90 ust. 2 p.z.p. - obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy - którego niewykonanie skutkuje odrzuceniem oferty również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., który stanowi, iż „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”, więc w wyniku negatywnej oceny przez zamawiającego wyjaśnień wykonawcy, dotyczących sposobu kalkulacji ceny oferty. Jak wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 23.05.2018 r., sygn. akt XXIII Ga 209/18 „Normy zawarte w tych przepisach dopełniają się, tzn. dopiero negatywna ocena wyjaśnień (art. 90 ust. 3 p.z.p.) skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p.”.

Następnie Izba podkreśla, że czynność odrzucenia oferty jest czynnością powodującą istotne skutki dla wykonawcy, którego czynność ta dotyczy, a także dla zamawiającego, ponieważ może przesądzić o odmiennym wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ocena wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny, zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., wymaga ustalenia - w sposób niebudzący wątpliwości - że oferta zawiera cenę rażąco niską, gdyż sankcja w postaci odrzucenia oferty może nastąpić wyłącznie w sytuacji rzeczywistego wystąpienia przesłanek określonych w tej normie. Przy tym podstawy odrzucenia należy interpretować w sposób ścisły, co wymaga jednoznacznego i klarownego ustalenia, że zaofiarowana przez wykonawcę cena oferty nie pozwala na należyłą realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego i jest nierealna, nieekwiwalentna. Powyższe powoduje, że niezwykle istotna jest sama procedura wyjaśniająca sposób kalkulacji ceny dokonywana przez zamawiającego, która - jak każda czynność zamawiającego w postępowaniu - winna być przeprowadzona w poszanowaniu zasad naczelnych zamówień publicznych, wskazanych w art. 7 ust. 1 p.z.p.

Skład orzekający zaznacza, że wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają prawo oczekiwać, że zamawiający w stosunku do wszystkich wykonawców w sposób należyty wykona ciążące na nim ustawowe obowiązki, rzetelnego zbadania złożonych ofert, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania

zamówień publicznych oraz prawidłowe wydatkowanie środków publicznych. Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców, bez ulg i przywilejów, zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami, jakie ustawodawca nakłada na zamawiającego - w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia - w tym dokonania starannego badania i oceny wszystkich złożonych ofert.

W ramach badania ofert ustawodawca nałożył na zamawiającego obowiązek przeprowadzenia procedury wyjaśniającej sposób kalkulacji ceny, uregulowanej w art. 90 ust. 1 p.z.p. i należycie działający zamawiający w wyniku postępowania wyjaśniającego cenę powinien otrzymać jednoznaczny wynik tej oceny. Wynik ten winien być wyraźny - albo cena oferty jest rzetelnie skalkulowana, zapewnia zysk i odpowiada wymogom zamawiającego zawartym w dokumentacji postępowania, albo jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, co powoduje odrzucenie oferty. Należy zauważyć, iż treść art. 90 ust. 3 p.z.p. nie pozostawia w tej sferze wątpliwości - zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, kiedy dokonana ocena wyjaśnięi wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera cenę rażąco niską. Zatem procedura prawidłowo przeprowadzonych wyjaśnień powinna zakończyć się jednym, obiektywnym i weryfikowalnym wynikiem.

Ustalając wzorzec prawidłowego postępowania, do którego Izba w toku orzekania porówna podważane czynności i zaniechania zamawiającego, celem oceny ich prawidłowości, należy włączyć we wzorzec konieczność ustalenia czy należycie działający zamawiający w danym stanie rzeczy prawidłowo i wyczerpująco przeprowadził postępowanie weryfikujące cenę, w szczególności, że art. 90 ust. 1 p.z.p. nie zawiera wskazania co do ilości czynności podejmowanych w ramach wyjaśnienia ceny ofertowej. Mając na uwadze literalne brzmienie normy, posiłkując się jej systemowym osadzeniem w systemie prawa zamówień publicznych, celem oraz funkcją, należy stwierdzić, iż racjonalny ustawodawca takiego ograniczenia nie przewidział, ponieważ w każdej indywidualnej sytuacji konieczne może okazać się wyjaśnienie innych okoliczności - w tym wyjaśnienie faktów ujawnionych w toku wyjaśnień - zwłaszcza w sytuacji, w której na podstawie ustalonego jeszcze w sposób niepełny stanu faktycznego nie sposób będzie wyciągnąć jednoznacznych wniosków, co okazało się szczególnie istotne w rozpoznawanej sprawie.

W związku z powyższym zamawiający, a na etapie postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza, oceniając czynności i zaniechania dokonane przez zamawiającego, musi przez pryzmat omawianych przepisów dokonać konkretyzacji oceny w przedmiocie tego, czy cena ofertowa została dostatecznie wyjaśniona, czy też nie. Dopiero po ustaleniu, że wyjaśnienie było pełne, można oceniać czy analizowana cena jest rażąco niska. Stwierdzić należy, iż oczywistym celem przyświecającym ustawodawcy przy formułowaniu norm w zakresie weryfikacji ceny oferty było doprowadzenie do stanu, w którym cena zostanie wyjaśniona na tyle wyczerpująco, że będzie możliwa jednoznaczna ocena czy jest ona realna i rynkowa, czy też nie. Należy zatem przyjąć słuszne zapatrywanie ustawodawcy, że nie sposób jest uznać ceny jako rynkowej, bądź jako rażąco niskiej, jeśli okoliczności jej zaoferowania nie zostały dostatecznie wyjaśnione - taki proces nie byłby bowiem procesem oceny, a wyboru, w sposób w zasadzie losowy, dowolnego wniosku spośród tych, które wydają się w jakiejś mierze prawdopodobne.

Warto również zauważyć, że z powyższej przyczyny, zmierzając do zapewnienia skuteczności omawianych przepisów, jako pozwalających na ustalenie obiektywnego, kwantyfikowalnego miernika staranności zamawiającego, orzecznictwo Izby wskazuje na kryterium rzetelności w udzielaniu wyjaśnień - jako decydujące o dopuszczalności kolejnego wezwania. Oczywiście, w sposób nierozłączny, związana jest z tym kwestia treści samego wezwania do złożenia wyjaśnień, oceniając bowiem czy konkretne wyjaśnienia są rzetelne, czy nie, nie sposób nie odnieść się do treści tegoż wezwania. Wezwanie zatem powinno determinować treść udzielonych wyjaśnień i trudno byłoby uznać za nierzetelne te wyjaśnienia, w których nie uwzględniono kwestii o jakie zamawiający nie pytał w sposób jasny i klarowny, bądź nie pytał w ogóle.

Odwołując się do wyводу w zakresie braku ograniczenia ilościowego i zakresowego w uregulowaniach dotyczących art. 90 ust. 1 p.z.p. stwierdzić należy, iż jest możliwe - a w niektórych sytuacjach wręcz konieczne - pozyskanie przez zamawiającego wiedzy, jak w danej konkretnej sytuacji wykonawca dokonuje kalkulacji, aby rozpocząć proces wyjaśniania ceny i skierować do wykonawcy następne - bardziej precyzyjne wezwanie, ze wskazaniem na konkretne elementy budzące wątpliwości - jak miało miejsce w rozpoznawanym sporze.

Podstawą do stwierdzenia przez Krajową Izbę Odwoławczą, że w ustalonym w sprawie stanie faktycznym doszło do naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p było stwierdzenie, że wyjaśnienia przystępującego odpowiadają żądaniu zamawiającego, jednakże jedynie zapoczątkowały one proces mogący w przyszłości doprowadzić do pełnego wyjaśnienia zaoferowanej przez przystępującego ceny i dokonania

jej kwalifikacji jako ceny rażąco niskiej, lub jako ceny realnej. W związku z tym nie budzi wątpliwości Izby, że w niniejszej sprawie - uwzględniając jej indywidualny stan na moment orzekania - istnieje potrzeba doprecyzowania elementów składających się na kalkulację ceny oferty przystępującego i wobec treści wyjaśnień, w ocenie składu orzekającego, zamawiający był zobowiązany do kontynuowania procesu weryfikacji sposobu obliczenia ceny. Sprecyzowanie wątpliwości i oczekiwań ze strony należycie działającego zamawiającego umożliwiłoby przystępującemu odniesienie się do nich na odpowiednim poziomie szczegółowości, a zatem dostarczenia na tyle precyzyjnego materiału dowodowego i wyjaśnień, aby uczynić proces kwalifikacji ceny jako rynkowej, bądź rażąco niskiej, procesem realnym i zgodnym z wymogami ustawy p.z.p., czego w postępowaniu rozpoznawanym sporem zaniechano.

Jak wynika z ustaleń stanu faktycznego i wskazanych podstaw prawnych, na chwilę wyrokowania, nie ma podstaw do przyjęcia, że przystępujący nie złożył wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p., ani że wyjaśnienia są na tyle lakoniczne i gołosłowne, aby przyjąć, że nie zostały złożone. Ponadto, informacje podane w wyjaśnieniach nie potwierdzają w sposób jednoznaczny, że oferta wykonawcy zawiera cenę rażąco niską. Zdaniem Izby zamawiający naruszył przepisy ustawy, bowiem jedynie zapoczątkował proces wyjaśnienia ceny zaoferowanej przez przystępującego, natomiast z niezrozumiałych przyczyn przerwał go i dokonał przedwczesnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Nieprawidłowe przeprowadzenie weryfikacji sposobu kalkulacji ceny spowodowało, że w toku postępowania odwoławczego przed Izbą doszło do quasi postępowania wyjaśniającego cenę przystępującego, kiedy rozpoznając odwołanie skład orzekający ocenia czynności jednostki zamawiającej w przetargu. Informacje zawarte w stanowisku procesowym przystępującego zostały podniesione dopiero w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą i ani zamawiający, ani przystępujący, nie podjęli nawet próby wykazania, że informacje te były podstawą do dokonywania przez zamawiającego czynności w przetargu. Kiedy to etap wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny jest właściwym czasem na dokonywanie wszelkiej weryfikacji, bowiem Izba - oceniając działanie zamawiającego - bierze pod uwagę stan rzeczy istniejący w chwili podjęcia przez zamawiającego danych czynności. Zatem bez wykazania, że okoliczności podnoszone na rozprawie były podstawą oceny sposobu kalkulacji ceny, a więc, że dokonano na ich podstawie wyboru oferty przystępującego, należy uznać twierdzenia te za spóźnione i poczynione w istocie całkowicie poza materiały sporu, którą jest ocena prawidłowości czynności zamawiającego - w stanie wiedzy jednostki zamawiającej na moment ich podejmowania.

Warto dodać, że o ile jasnym jest, iż to przystępujący jest obciążony ciężarem wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (art. 190 ust. 1a pkt 1 p.z.p.) i jako autor wyjaśnień najlepiej wie, co i gdzie zostało zawarte, to nie można tracić ze wzroku, że to zamawiający prowadzi postępowanie wyjaśniające i dokonuje oceny ofert. Trudno również uznać, aby uczestnictwo wykonawcy w postępowaniu odwoławczym całkowicie zwolniło zamawiającego z konieczności potwierdzenia, że dokonana przez niego czynność oceny wyjaśnień była czynnością prawidłową. W szczególności, iż stanowisko przystępującego znacząco wykraczało poza treść kalkulacji ceny złożonej zamawiającemu, a te nieliczne okoliczności, które pokrywały się z treścią wyjaśnień, w żaden sposób nie są w stanie wykazać, że podczas procedury weryfikującej cenę nie doszło do naruszenia prawa przez zamawiającego.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający poświęcił wiele miejsca na opis pojęcia rażąco niskiej ceny w orzecznictwie i zapewnienia, iż dokonano wnikliwej oceny kalkulacji, która rozwiewa wszelkie wątpliwości, jest kompleksowa i rzeczowa, w tym na cztery strony wyводу wskazano na dwie konkretne okoliczności wynikające z treści wyjaśnień - przyjęty 3% poziom inflacji i fakt, że stawka wynagrodzenia pracowników przystępującego jest wyższa, niż stawka minimalna i na tym poprzestano, podczas gdy odwołujący postawił wyjaśnieniom ceny konkretne zarzuty - jednoznacznie wskazano jakie wątpliwości winien powziąć zamawiający w stosunku do kalkulacji ceny. Zamawiający nie odniósł się do żadnej z nich, pozostawiając swoje zapewnienia o rzetelnej weryfikacji wyjaśnień w sferze gołosłownych deklaracji strony, niepowiązanych z merytorycznymi zarzutami.

Izba wskazuje, że zamawiający zaniechał wyjaśnienia okoliczności, iż w kryterium oceny ofert przystępujący zaoferował dostępność punktu obsługi klienta w okresie budowy i wygaszania portfela w wymiarze 40 godzin tygodniowo (5 dni w tygodniu), co nie zgadza się z przyjętą w kalkulacji ilością godzin pracy pracownika pełniącego funkcję doradcy ds. pożyczek w czasie wygaszania portfela. Przystępujący próbował wywodzić, że różnica wynika z okoliczności, iż wyjaśnieniami SIWZ z dnia 24 stycznia 2020 r. zamawiający dopuścił wykonywanie przez osoby obsługujące punkt także innych czynności, poza projektem. Skład orzekający ustalił, że ma to odzwierciedlenie w odpowiedzi na pytanie nr 2 rzeczonych wyjaśnień, tym niemniej w żaden sposób treść wyjaśnień SIWZ nie zwalnia wykonawcy od właściwego wyjaśnienia oraz wskazania podstaw, które przyjął do wycenienia

ceny za obsługę punktu, premiowaną w kryterium oceny ofert. Ponadto, aby uznać wskazane wyjaśnienia, zamawiający musiałby zbadać, czy w istocie sposób organizacji pracy przyjęty przez przystępującego jest faktycznie możliwy do realizacji - to znaczy, czy przystępujący ma możliwość „utrzymania” pracownika z innych kontraktów, zapewniając jego obecność w wymiarze 40 godzin tygodniowo, z których jedynie część jest finansowana z tego zamówienia (a w domyśle - reszta jest finansowana z innych kontraktów). Innymi słowy, nawet jeśli zamawiający zezwala personelowi wykonawcy na wykonywanie innych zadań, poza zamówieniem publicznym, to należy opisać i wyjaśnić co w tym zakresie przyjęto do kalkulacji ceny i wykazać, że punkt będzie dostępny przez liczbę godzin, za które uzyskano punkty w kryterium. W obecnym stanie rzeczy mamy sprzeczność pomiędzy oświadczeniem z formularza ofertowego, za które przystępujący dostał maksymalną ilość 20 punktów w kryterium dostępności punktu obsługi klienta - w postaci 40 godzin tygodniowo, wymaganej w kryterium dostępności punktu z doradcą ds. pożyczek, a treścią wyjaśnień ceny - gdzie wyceniono czas pracy pracownika (koszty doradztwa) w wymiarze 2 godzin miesięcznie. Ta oczywista sprzeczność, widoczna na pierwszy rzut oka, nie została wyjaśniona. Proces wyjaśnień kalkulacji ceny zakończył się na uzyskaniu kalkulacji, z której wynika wycena jedynie 2 godzin miesięcznie pracy osoby pełniącej funkcję doradcy ds. pożyczek, zatem niezrozumiałym pozostało skąd zamawiający powziął wiedzę, że pozostały czas pracy punktu zostanie zapewniony, czy jakie podstawy w tym zakresie przyjął przystępujący, i czy przedstawione przezeń wyliczenia są rzeczywiste.

Krótko odnosząc się do stanowiska odwołującego zawartego w załączniku do protokołu, że wyjaśnienie SIWZ z dnia 24 stycznia 2020 r. nie ma wiążącego charakteru, ponieważ zostało ono zamieszczone po terminie wskazanym w art. 38 ust. 1 p.z.p., Izba wskazuje, że norma ta określa terminy na udzielenie odpowiedzi przez zamawiającego, o ile wniosek o wyjaśnienie wpłynął nie później niż do końca dnia, w którym upływa połowa wyznaczonego terminu składania ofert. Natomiast, jeżeli zamawiający przejawia wolę odpowiedzi na pytania, które wpłynęły po terminie wskazanym w art. 38 ust. 1 p.z.p., to na kanwie art. 38 ust. 1a p.z.p. może to uczynić. Wszystkie wyjaśnienia, przekazane wykonawcom przed upływem terminu składania ofert są wiążące, zatem wyjaśnienia z 24 stycznia 2020 r., wobec terminu na składanie ofert upływającego 27 stycznia 2020 r. stanowią część treści dokumentacji postępowania, jak również ustawa p.z.p. nie zawiera w tym zakresie instytucji „pominięcia” wyjaśnień SIWZ.

Dalej Izba stwierdziła, że z dowodu dołączonego do kalkulacji ceny w postaci listy płac przystępującego wynika, że każdy z pracowników otrzymuje premię regulaminową, w tym jedna z osób (pozycja nr 4), dopiero po otrzymaniu premii uzyskała wynagrodzenie na minimalnym ustawowym poziomie. Z dowodów złożonych przez odwołującego wynika, że specjalista ds. analiz i pożyczek I uzyskuje najniższe ustawowe wynagrodzenie za pracę. Zamawiający nie wezwał przystępującego do wskazania czy, i ewentualnie w jaki sposób, składnik premiowy został uwzględniony w wyliczeniu kosztów wynagrodzenia, w szczególności dla osoby, która zgodnie z listą płac dopiero po uwzględnieniu premii uzyskała minimalne wynagrodzenie za pracę ustalone na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 ze zm.). Odwołujący trafnie podnosił, że brak wyjaśnienia zasad przyznawania dodatkowego składnika wynagrodzenia, którego nie wyjaśniono w kalkulacji ceny, powoduje obiektywne wątpliwości - ponieważ brak premii, czy premia na niższym poziomie, niż w styczniu 2020 r. (data listy płac przystępującego), może spowodować, że pracownik nie uzyska minimalnego wynagrodzenia za pracę. Ponadto należy dodać, iż okoliczność, że zgodnie z regulaminem premiowania rzeczona premia może być obniżona w części lub w całości, w przypadkach opisanych w tymże regulaminie, została przyznana przez przystępującego w ostatnim akapicie na str. 5 zgłoszenia przystąpienia z dnia 24 lutego 2020 r.

Z powodu braku szczegółowego wyliczenia w wyjaśnieniach, dopiero przed Izbą przystępujący próbował wykazywać realność przyjętych kosztów delegacji i kosztów materiałów biurowych, których wysokość wskazaną w kalkulacji ceny zakwestionował odwołujący. Przystępujący uszczegóławiał jakie założenia przyjęto wyliczając przedmiotowe składniki cenowe, tym niemniej okoliczności te nie wynikają z żadnych twierdzeń i dowodów przedstawionych w toku procedury wyjaśniającej cenę, nie ma ich ani w sposobie kalkulacji ceny, ani w dowodach złożonych wraz z wyjaśnieniami. Wypada dalej zauważyć, że okoliczność konieczności ponoszenia kosztów do czasu wypłaty wynagrodzenia przez zamawiającego w początkowym okresie realizacji zamówienia wynika z opisu przedmiotu zamówienia i warunków umowy. Jak podniósł odwołujący przystępujący w wyjaśnieniach nie wykazał posiadanych, zabezpieczonych na ten cel środków finansowych, zaś zamawiający o to nie zapytał, wobec czego przystępujący przed Izbą próbował wykazywać posiadane rezerwy, co poparto wydrukami z lokat. Na obecnym etapie twierdzenia te i dowody są spóźnione i nie mogły zostać uwzględnione przy ocenie prawidłowości postępowania zamawiającego, ponieważ nie były podstawą do wyboru oferty przystępującego - pozostawały one poza spektrum przedmiotu rozpoznania. Izba zatem, biorąc je pod uwagę, musiałaby zastąpić zamawiającego w merytorycznej ocenie wyżej wskazanych składników cenowych i dokonać nie oceny czynności zamawiającego, a czynności za zamawiającego,

co jest niedopuszczalne w kontrykcyjnym procesie, którego wyrażony w orzeczeniu wynik ma charakter formalny (Izba orzeka albo o prawidłowości zaskarżonej czynności - oddalając odwołanie, albo o jej nieprawidłowości - uwzględniając odwołanie w całości lub w części).

Odwołujący podnosił również, że zaniżono koszty obsługi prawnej. Skład orzekający stwierdził, że przyjęto 50,00 zł dla każdej pożyczki i o ile w ocenie Izby odwołujący nie udowodnił swojego stanowiska, że wycena w tym zakresie narusza § 14 ust. 1 wzoru umowy, to dołączona do wyjaśnień umowa nie dotyczy realizacji tego zamówienia (o czym szerzej w dalszej części uzasadnienia), zatem kwota ta nie została przez przystępującego wykazana.

Skład orzekający nie podzielił natomiast wątpliwości odwołującego w zakresie braku uwzględnienia waloryzowania wynagrodzenia za pracę przez przystępującego, w przypadku zmiany poziomu wynagrodzenia minimalnego. Zgodnie z § 29 ust. 3 wzoru umowy zamawiający przewidział z tego powodu możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, a więc trudno uznać, aby koszty te zostały zaniżone. Ponadto, przystępujący w drugim akapicie na str. 9 wyjaśnień wskazał na założoną w tym zakresie rezerwę. Nie sposób również podzielić założenia odwołującego o brak uwzględnienia przez przystępującego wzrostu wskaźnika cen towarów i usług, skoro w kalkulacji przyjęto 3% wskaźnik inflacji. Dalej Izba stwierdziła, że zamawiający nie żądał w dokumentacji postępowania takiego rodzaju czynności wykonywanych przez zespoły kontrolne, czy dotyczących ochrony danych, aby nie mogły być one zawarte w zakresach osób za to odpowiedzialnych i mieścić się w wypłacanym wynagrodzeniu, zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej. Skład orzekający wskazuje także, że zgodnie z wyjaśnieniami ceny przystępujący szczegółowo wyliczył koszty doradztwa, z rozbiciem na przyjęte przez wykonawcę istotne czynności dotyczące realizacji umowy, zaś samo stwierdzenie odwołującego, że budzą one jego wątpliwości, które to wątpliwości nie zostały nawet bliżej uszczegółowione, jest niewystarczające dla wywiedzenia w tym zakresie skutecznego zarzutu.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że limit szkodowości 10% kwoty pobranych środków (zgodnie z definicją z § 1 wzoru umowy), po pierwsze - w żaden sposób nie przekłada się na możliwą ilość spraw sądowych, tj. kwota limitu może zostać wyczerpana przez ich różną ilość, nawet jedną czy dwie, w zależności od kwoty niespłaconej pożyczki, po wtóre - treść umowy wskazuje na sposób rozliczenia wskaźnika szkodowości i nie ma podstaw do przyjęcia, że projekt będzie posiadał 10% szkodowości. Jedynie dodatkowo zostało to poparte twierdzeniem przystępującego o szkodowości wykonawcy na poziomie 0%, po dekadzie prowadzenia działalności związanej z udzielaniem pożyczek. Zatem twierdzenia odwołującego o konieczności zapewnienia kosztów dochodzenia roszczeń oraz konieczności wyceny rezerwy na ryzyko związane z przekroczeniem limitu szkodowości nie znajdują odzwierciedlenia w dokumentacji postępowania i są jedynie założeniami strony w sferze ryzyka gospodarczego, bez dających się uchwycić merytorycznych podstaw. Tym niemniej brak podzielenia przez Izbę argumentacji odwołującego w tym zakresie nie powoduje, że cena przystępującego została prawidłowo wyjaśniona. Ostatnie rzekomo zaniżone składniki cenowe wskazane w odwołaniu to zysk i podatek dochodowy, okoliczności te pokrywały się z okolicznościami wskazanymi w uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. i zostały przez Izbę omówione w dalszej części odwołania.

Skład orzekający wskazuje dalej, że w dokumentacji postępowania przekazanej Izbie przez zamawiającego nie ma protokołu postępowania (art. 96 ust. 1 p.z.p.), zamawiający dostarczył załączniki do protokołu, na które zgodnie z art. 96 ust. 2 p.z.p. składają się oferty, zawiadomienia, informacje składane przez wykonawców i zamawiającego, itd. Nie przekazano Izbie także dokumentu będącego podstawą ustalenia szacunkowej wartości zamówienia (pkt 2 ppkt 5 druku ZP-PN), co pozwoliłoby na ustalenie okoliczności jak zamawiający szacował koszty przetargu, a co jest istotne dla sprawdzenia realności cen ofertowych przez wykonawców i poszczególnych składników cenowych skalkulowanych w wyjaśnieniach ceny. Pełnomocnik zamawiającego nie dysponował oryginałami dokumentacji postępowania na rozprawie, co uniemożliwiło Izbie weryfikację przedstawionego przez niego stanowiska w zakresie prawidłowości czynności wykonanych w przetargu, których udokumentowanej formy nie przedstawiono. Okoliczność ta dodatkowo obciąża zamawiającego, który w związku z tym nie był w stanie wykazać prawidłowości dokonanej czynności, nie będąc w stanie przedstawić pierwotnych dowodów świadczących o realnej kalkulacji założeń szacowania.

Rekapitulując, w ocenie składu orzekającego wyjaśnienia przystępującego powinny być zostać przez zamawiającego krytycznie przeanalizowane co do kosztów wskazanych w uzasadnieniu, wynikających z przedmiotu zamówienia i obecnie nie można również wykluczyć potrzeby dalszego doprecyzowania wyceny innych składników ceny, w zależności od treści ponownie udzielonych wyjaśnień. Naturalną konsekwencją analizy wyjaśnień ceny

przystępującego powinno być zmierzanie do usunięcia pojawiających się w wyniku pierwszych wyjaśnień wątpliwości - nie zaś wybór oferty najkorzystniejszej. Dopiero kontynuacja postępowania wyjaśniającego elementy ceny uczyni zadość celowi regulacji wynikającej z art. 90 ust. 1 p.z.p., które powinno umożliwić wezwanemu wykonawcy wykazanie, że prawidłowo skalkulował cenę, w oparciu o indywidualne uwarunkowania, zaś zamawiającemu oraz konkurencji poznanie i zweryfikowanie sposobu kalkulacji ceny oferty, co umożliwiałaby znajdująca merytoryczne podstawy analizę w przedmiocie tego, czy w toku składania ofert nie zostały naruszone przepisy prawa. Brak wyjaśnienia wątpliwości, w sytuacji, w której takowe pojawiłyby się po stronie racjonalnie analizującego zaistniałą sytuację zamawiającego, skutkuje wyłączeniem postępowania z prawidłowych torów i operowanie w obszarze, gdzie żadna ze stron nie jest pewna, czy zostanie zapewniona prawidłowa realizacja zamówienia publicznego i zostanie spełniony jego cel. W tym miejscu podzielić należy stanowisko orzecznictwa europejskiego, iż niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie (np. wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium) i odrzucanie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu (por. orzeczenie ETS z 22.06.1989 r., C-103/88). Kiedy zarówno wyjaśnienia przystępującego, jak i złożone wraz z wyjaśnieniami dowody, nie dają na obecnym etapie podstaw do uznania, że cena oferty tego wykonawcy jest ceną niewiarygodną, nierealistyczną w odniesieniu do wartości szacunkowej, przedmiotu zamówienia, jak również cen ofert konkurencji.

W konsekwencji powyższych wywodów skład orzekający stwierdził, iż sankcja odrzucenia oferty przystępującego jest w ustalonym stanie sprawy nieadekwatna dla realizacji celu ustawy, jakim jest wybór oferty najkorzystniejszej, a taką jeszcze może okazać się oferta przystępującego, tym bardziej, że odwołujący nie wykazał, aby z treści wyjaśnień wynikało, że cena jest rażąco niska. Całość omawianych okoliczności powoduje, że zamawiający naruszył art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p., który nakłada na jednostki zamawiające obowiązek rzetelnej oceny wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego w sytuacji, gdy jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W ocenie Izby zarzut ten nie posiada uzasadnionych podstaw w zaistniałym i wykazanym na moment orzekania stanie faktycznym.

Zdaniem odwołującego powoływanie się przez przystępującego na status stowarzyszenia, jako uzasadnienie szczególnej sytuacji finansowej, jest czynem nieuczciwej konkurencji i podstawą do odrzucenia jego oferty, ponieważ w zamówieniu może występować wyłącznie przedsiębiorca podlegający podatkowi dochodowemu i posiadający status podatnika VAT. Odwołujący podnosił także, że powoduje to zaniżenie zysku i podatku dochodowego w kalkulacji ceny oferty wykonawcy.

W tym zakresie skład orzekający w całości podzielił argumentację zamawiającego i przystępującego. Ponadto, zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 poz. 1010), zwanej dalej jako „z.n.k.”, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Norma ta oddziela zachowania dozwolone w obrocie gospodarczym w ramach swobody konkurencji, od zachowań niedozwolonych z powodu ich sprzeczności z prawem lub dobrymi obyczajami, a więc wytycza granice swobody prowadzenia działalności gospodarczej i konkurencji pomiędzy przedsiębiorcami.

Odwołujący nie odniósł się do żadnej z przesłanek koniecznych do wykazania naruszenia omawianej klauzuli generalnej, poprzestał na wskazaniu na status wykonawcy, będącego stowarzyszeniem, z czego wywodził naruszenie prawa i zaniżenie ceny w zakresie zysku i brak ujęcia w kosztach wartości podatku. Trudno podzielić taką argumentację mając na względzie, że ustawodawca nie ograniczył stowarzyszeniom dostępu do rynku zamówień publicznych - vide art. 2 pkt 11 p.z.p., zgodnie z którym wykonawca to osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Zatem nie ma podstaw, aby uznać, że złożenie oferty przez przystępującego jest działaniem sprzecznym z prawem, czy z dobrymi obyczajami, a jedynie takie działanie - powodujące, że wykonawca uzyskuje nieuczciwą przewagę nad konkurentami - może być penalizowane na gruncie z.n.k.

Odwołujący upatrywał naruszenia prawa przez zamawiającego z powodu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p., zakładając, że na tym etapie podniesie, że w przyszłości dochód z realizacji przedmiotu zamówienia będzie podlegał podatkowi CIT, tym niemniej, aby uznać założenia odwołującego jako uzasadnione, niezbędnym byłoby wykazanie, że podatek ten faktycznie będzie należny, czego nie uczyniono. Odwołujący pozostawił swoje twierdzenia jako niewykazane i gołosłowne stanowisko strony, kiedy już sama treść art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 15 lutego 1992 r.

o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz. U. z 2019 r. poz. 865 ze zm.) wskazuje, że koniecznym jest znacznie większa inicjatywa strony, niż stwierdzenie, że przedmiot zamówienia nie mieści się w celu statutowym wykonawcy. W przeciwieństwie do zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny, zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 190 ust. 1 p.z.p., onus probandi spoczywa na odwołującym, zaś w tym zakresie odwołanie jest merytorycznie puste, bez jakichkolwiek stanowczych argumentów mogących świadczyć o naruszeniu prawa, co powoduje, że omawiany zarzut został przez Izbę oddalony.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że nie potwierdził się także zarzut nr 1 z petitum odwołania, naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, ponieważ nie złożył on oświadczeń JEDZ podwykonawców - zarzut ten jako nieudowodniony został przez Izbę oddalony.

Odwołujący w oparciu o umowy załączone do wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny przystępującego podnosił, że wykonawca nie wskazał w swojej ofercie podwykonawców w zakresie obsługi prawnej oraz obsługi księgowej i kadrowej, a w konsekwencji nie złożył dokumentów JEDZ tych podmiotów, zatem jego oferta, w oparciu o treść SIWZ, powinna zostać odrzucona z postępowania.

Skład orzekający ustalił, że umowa zawarta dnia 01.02.2015 r., której przedmiotem jest świadczenie obsługi prawnej oraz umowa nr 1/2010 zawarta 13.12.2010 r. na prowadzenie pełnej rachunkowości, dołączone do wyjaśnień sposobu obliczenia ceny przystępującego, dotyczą szeroko pojętej działalności wykonawcy, a nie tego konkretnego zamówienia, które jest przedmiotem postępowania. Izba zauważa również, że przystępujący do wyjaśnień dołączył także potwierdzenia posiadania innych stosunków obligacyjnych w zakresie jego działalności (polisa ubezpieczenia, umowa dostępu do internetu, umowa na świadczenie usług telekomunikacyjnych, umowa na sprzedaż energii elektrycznej, umowa na świadczenie usług hostingowych i umowa na sprząatanie).

W ocenie Izby odwołujący oparł swój zarzut na nieprawidłowej tezie, że zwykły stosunek gospodarczy, pomiędzy wykonawcą a jakimkolwiek przedsiębiorcą, dotyczący ogółu działalności wykonawcy, należy zakwalifikować jako podwykonawstwo, kiedy w ocenie składu orzekającego na podstawie art. 2 pkt 9b p.z.p. - zgodnie z którym przez umowę o podwykonawstwo należy rozumieć umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego - podwykonawca to podmiot, który realizuje część umowy zawartej pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. Istotą podwykonawstwa jest to, aby świadczenie podwykonawcy na rzecz wykonawcy zostało zawarte w zakresie danego zamówienia, bowiem istnieje znacząca grupa umów, które wykonawca zawiera z podmiotami trzecimi, które są niezbędne do realizacji zamówienia, a nie stanowią umowy o podwykonawstwo w rozumieniu omawianej normy. Zdaniem składu orzekającego nie będzie to jakakolwiek umowa, a zobowiązanie podwykonawcy do samodzielnego wykonania wyraźnie wydzielonej części z całego świadczenia dla zamawiającego, na zasadach zbliżonych do wykonawcy. Pojęcie podwykonawstwa nie obejmuje zatem wykonywania czynności akcesoryjnych, czy pomocniczych, podejmowanych pod nadzorem wykonawcy, czy świadczeń potrzebnych wykonawcom do prowadzenia działalności związanej z realizacją zamówienia, np. usługi telefoniczne, kredytowe, prawnicze, dostawy sprzętu biurowego, etc., a będą to jedynie te umowy, których rezultatem będzie stanowiął jednocześnie wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego, podlegające odbiorowi i ocenie zamawiającego w zakresie należytego wykonania zamówienia (vide uzasadnienie ustawy z 08.11.2013 r. o zmianie ustawy p.z.p. (Dz.U. z 2013 r., poz. 1473), wprowadzającej do p.z.p. definicję podwykonawstwa).

Zakwalifikowanie stosunku wykonawcy z innym podmiotem, jako wypełniającego przesłanki art. 2 pkt 9b p.z.p., wymaga wykazania, że podmiot ten bezpośrednio zrealizuje część zamówienia. Taka okoliczność nie wynika ani z umowy w zakresie świadczenia obsługi prawnej, ani z umowy w przedmiocie prowadzenia rachunkowości, zaś odwołujący nie udowodnił okoliczności przeciwnej. Wykonawca, który powierza wykonanie części przedmiotu zamówienia podwykonawcom winien wskazać rodzaj i zakres czynności, które podwykonawca będzie wykonywał, a który to zawiera się w umowie dotyczącej przedmiotu zamówienia. Przy tym działalność, która nie jest bezpośrednio nakierowana na zrealizowanie określonej części zamówienia publicznego nie stanowi podwykonawstwa, nadinterpretacją byłoby bowiem utożsamianie pojęcia podwykonawcy z podmiotami, które wykonują czynności w zakresie ogólnej obsługi przedsiębiorstwa wykonawcy. Istota umów o podwykonawstwo sprowadza się do tego, że świadczenie podwykonawcy stanowi jednocześnie część świadczenia wykonawcy, do którego jest on zobowiązany w ramach odrębnej umowy łączącej go z innym podmiotem. Występuje tu swoisty układ dwóch odrębnych stosunków zobowiązaniowych w pionie, pomiędzy którymi zachodzi związek faktyczny i prawny, zatem wykładnia rozszerzająca te stosunki na podmioty, których świadczenie wobec wykonawcy nie będzie stanowił części zamówienia nabywanego przez zamawiającego - a więc niebędące podwykonawcami - jest niedopuszczalna.

Odwołujący we wniesionym odwołaniu nie wskazał żadnych okoliczności, opartych na treści umów z rzekomymi podwykonawcami w korelacji z umową na wykonanie zamówienia, które mogłyby stanowić podstawę do oceny czy podmioty te spełniają przesłanki art. 2 pkt 9b p.z.p., zarzuty opierają się jedynie na przypuszczeniach i przeświadczeniu strony, że zamawiający winien wyjaśnić rolę biura rachunkowego i kancelarii radców prawnych, a także wezwać przystępującego do złożenia JEDZ tych podmiotów. Tak postawione zarzuty nie mogły zostać przez Izbę uwzględnione.

Ponadto, w ocenie składu orzekającego materiał procesowy w sposób jednoznaczny stanowi, że rzeczone podmioty nie będą pełnić roli podwykonawców w zamówieniu. W tym zakresie Izba w całości podzieliła trafne stanowisko zamawiającego, który zauważył, że w dokumentacji postępowania nie wymagano udziału kancelarii prawnej, ani biura rachunkowego, w realizacji umowy o udzielenie zamówienia publicznego, której przedmiotem nie są ani usługi prawne, ani usługi księgowe, zaś podmioty, które rzekomo miałyby być podwykonawcami, świadczą jedynie przystępującemu usługi pomocnicze, dodatkowe, poza zamówieniem.

Izba wskazuje dalej, że umknęło uwadze odwołującego, że odrzucenie oferty na kanwie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. dotyczy jej niezgodności z SIWZ w zakresie merytorycznym, a nie formalnym. Brak wskazania podwykonawców w ofercie - jeżeli zostałyby przez odwołującego udowodnione, a czego nie uczyniono - nie spowodowałyby jej odrzucenia na podstawie tej normy. Przepis ten dotyczy bowiem materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje zgodnie z postanowieniami dokumentacji postępowania. Jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z 13.02.2017 r., sygn. akt IX Ga 3/17 „przypadek opisany w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zachodzi wówczas, gdy pomiędzy treścią oferty i treścią SIWZ występuje istotny dysonans uzasadniający twierdzenie, że w wykonawca zaoferował świadczenie inne, niż opisane w SIWZ, co stwarza zagrożenie, że wykonawca będzie wykonywał zamówienie niezgodnie z oczekiwaniami zamawiającego.” Natomiast odwołujący oparł zarzut na mylnym utożsamieniu treści oferty (oferowany przedmiot zamówienia) z dokumentami i oświadczeniami potwierdzającymi sytuację podmiotową wykonawcy. O ile potocznie można przyjąć, że ofertą są wszystkie dokumenty i oświadczenia składane zamawiającemu, to takie pojęcie oferty nie ma odzwierciedlenia w normach p.z.p. i aktach wykonawczych do ustawy. Wobec normatywnego braku zrównania oferty z oświadczeniami i dokumentami wraz z nią składanymi, w orzecznictwie i doktrynie, ukształtowało się pojęcie oferta sensu stricto i oferta sensu largo, jednakże nie jest to podział dokonany przez ustawodawcę, a to na tym polu skład orzekający przeprowadza wywód.

Zgodnie z definicją oferty, zawartą w art. 66 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p., oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. W orzecznictwie wskazuje się, że „treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie wykonane na rzecz zamawiającego na podanych przez niego warunkach umownych, gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego zostanie przez niego zawarta. Świadczenie wykonawcy ma odpowiadać potrzebom zamawiającego; co oznacza, że sens i zakres oświadczeń składających się na treść oferty odpowiadał merytorycznym wymaganiom zamawiającego.” (por. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 10.11.2011 r., sygn. akt XIX Ga 477/11). Wobec powyższego treść oferty dotyczy przedmiotowej strony świadczenia oferowanego zamawiającemu przez wykonawcę - są to wymagania dotyczące stricte przedmiotu umowy, zakres, ilość, jakość, technologia wykonania zobowiązania i inne elementy istotne dla realizacji przedmiotu przetargu. Innymi słowy, treść oferty to treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego wykonania przedmiotu zamówienia publicznego, dotycząca świadczenia usługi pośrednictwa finansowego, a nie sytuacja podmiotowa wykonawcy. Brak wskazania planowanych firm podwykonawców nie oznacza zatem braku w zawartości merytorycznej oferty w relacji do wymogów określonych w SIWZ i w tym zakresie - jeżeli odwołujący udowodniłby, że takich podmiotów nie wskazano, a podmioty te będą realizować zamówienie - to na zamawiającym ciążyłyby ustawowe obowiązki, przede wszystkim wezwania do uzupełnienia przystępującego do złożenia oświadczeń JEDZ podwykonawców, zaś wadliwa sytuacja podmiotowa może prowadzić do wykluczenia wykonawcy z postępowania, a nie odrzucenia jego oferty.

Konkludując, w ocenie Izby odwołujący nie podważył w sposób skuteczny oświadczenia przystępującego o wykonaniu zamówienia samodzielnie, bez udziału podwykonawców, zatem zamawiający w sposób prawidłowy nie żądał przedłożenia oświadczeń JEDZ kancelarii radców prawnych i biura rachunkowego, z którymi przystępujący posiada zawarte umowy, które dołączono do wyjaśnieni sposobu kalkulacji ceny. Izba oddaliła zarzut wskazany w pkt 1 petitum odwołania jako bezpodstawny i nieudowodniony.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje dalej, że nie potwierdził się zarzut nr 2 z petitum odwołania, naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., poprzez zaniechanie

odrzućcenia oferty przystępującego, ponieważ nie wykazano zdolności technicznych i zawodowych koniecznych do realizacji zamówienia.

Skład orzekający ustalił, że zamawiający, na kanwie art. 22 ust. 1b pkt 3 p.z.p., w rozdziale XI SIWZ pn. warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia i przesłanki wykluczenia, żądał wykazania, że wykonawca skieruje do realizacji zamówienia pięć osób wskazanych w SIWZ, przy tym zamawiający nie żądał, aby wykonawcy wykazali się potencjałem w zakresie posiadania profesjonalnej obsługi prawnej. Żadna z wymaganych osób, w wymaganych kwalifikacjach, doświadczeniu i wykształceniu, nie musi mieć wykształcenia prawniczego, ani doświadczenia w prowadzeniu postępowań egzekucyjnych i sądowych, na które wskazywał odwołujący.

Odwołujący zdaje się mylić etap oceny ofert - na którym weryfikowany jest potencjał wykonawcy i którego dotyczy sprawdzenie czy wykonawca spełnia warunki udziału w przetargu (określone w rozdziale XI SIWZ) - z etapem realizacji zamówienia. Zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 1 p.z.p. zamawiający żądał od wykonawców oświadczeń i dokumentów, niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu - na podstawie § 2 ust. 4 pkt 10 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016, poz. 1126 ze zm.), żądano złożenia środka dowodowego w postaci wykazu osób, zgodnie z brzmieniem załącznika nr 5 do SIWZ.

W ocenie Izby ukształtowana przez zamawiającego treść wykazu osób, składanego na potwierdzenie posiadania wymaganej zdolności podmiotowej, bezpośrednio koreluje z postawionym warunkiem. Zamawiający nie ma zatem podstawy do żądania innych, niewskazanych w SIWZ danych, jak chciałby tego odwołujący. Fakt, że w toku wykonywania umowy potencjalnie może okazać się zasadne skorzystanie z usług profesjonalnej obsługi prawnej, nie powoduje, że wykonawca - wykazując spełnienie warunków określonych w postępowaniu - jest zobowiązany do wskazania jakiegokolwiek innego personelu, niż ten szczegółowo określony przez zamawiającego. Wymóg złożenia wykazu osób (załącznik nr 5 do SIWZ), zgodnie z lit. b ppkt 2 pkt 1 rozdziału XV SIWZ, dotyczy wyłącznie personelu enumeratywnie wskazanego w SIWZ i jeżeli odwołujący chciałby w sposób szerszy weryfikować kadry konkurencji, to zarzuty powinny zostać postawione w stosunku do treści SIWZ (która nie wymaga obowiązku wykazania się potencjałem zawodowym w zakresie profesjonalnej obsługi prawnej), na etapie przed złożeniem ofert.

Obecnie zamawiającego, wykonawców oraz Krajową Izbę Odwoławczą wiąże treść dokumentacji postępowania, zgodnie z którą wymagano osób o szczegółowo wskazanym doświadczeniu i wykształceniu, gdzie nie ma obowiązku posiadania kompetencji do występowania przed sądami gospodarczymi w sprawach majątkowych, w tym uprawnień zawodowego pełnomocnika. Zamawiający uznał, że wskazane w dokumentacji postępowania warunki, jakie ma spełniać osoba odpowiedzialna za monitoring i windykację, są wystarczające i na tym etapie te warunki należy sprawdzić, i wyłącznie za ich niespełnienie można byłoby wykonawcę wykluczyć z postępowania (po uprzednim wezwaniu, zgodnie z art. 26 ust. 3 p.z.p.), a nie za jakieś inne doświadczenie czy uprawnienia, które być może okazały się potrzebne, czy przydatne w toku realizacji zamówienia.

Warto dodać także, iż zamawiający na rozprawie wyjaśnił, że z jego doświadczenia wynika, iż zdolności podmiotowe, na które wskazywał odwołujący, nie będą niezbędne do świadczenia usługi, zatem celowo nie postawiono w SIWZ warunku dysponowania potencjałem podmiotowym w zakresie zawodowego pełnomocnika, zaś obciążony ciężarem dowodu wykonawca odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnych.

Krajowa Izba Odwoławcza częściowo uwzględniła odwołanie, bowiem wykazano, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p. Stwierdzone naruszenie przepisów ustawy miało istotny wpływ na wadliwy wynik postępowania o udzielenie zamówienia, tj. na przedwczesny wybór oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), obciążając zamawiającego, jako stronę przegrywającą, kosztami postępowania odwoławczego. Na koszty złożył się wpis (15 000,00 zł), koszt noclegu odwołującego

(faktura VAT na kwotę 531,00 zł) oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika (3 600,00 zł), zasądzone na podstawie złożonej faktury VAT, w kwocie wynikającej z § 3 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia.

Przewodniczący: