

Sygn. akt: KIO 1452/22

WYROK

z dnia 24 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 czerwca 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 maja 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: Instytut ADN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, ADN Centrum Konferencyjne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą lidera w Warszawie, ul. Grzybowska 56, 00-844 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości, ul. Pańska 81/83, 00-834 Warszawa

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: Instytut ADN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, ADN Centrum Konferencyjne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą lidera w Warszawie, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo

zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok

- w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1452/22

Uzasadnienie

Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm. - dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Świadczenie kompleksowych usług

szkoleniowych na rzecz Uczestników biorących udział w IV, V oraz VI edycji programu Akademii Menadżera Innowacji (AMI)", numer referencyjny: p/13/DRK/2022. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 2 lutego 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2022/S 023-058829. W tym samym dniu została udostępniona przez Zamawiającego Specyfikacja Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”).

20 maja 2022 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyniku postępowania oraz odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: Instytut ADN Spółka z o. o. Spółka komandytowa ADN Centrum Konferencyjne Spółka z o. o. Sp.k. (dalej łącznie: „Odwołujący”), którzy wnieśli odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp przez wybór oferty najkorzystniejszej z naruszeniem zasad równego traktowania wykonawców, tj. oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Instytut Kreowania Przedsiębiorczości Sp. z o.o. oraz Dream World K. W. (dalej: „Konsorcjum IKP”) pomimo, iż nie była to oferta najkorzystniejsza;

2) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp przez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę pomimo tego, iż Odwołujący złożył rzetelne wyjaśnienia poparte stosownymi dowodami, zaś Zamawiający nie uwzględnił okoliczności, iż zamówienie obejmuje tzw. „usługi miękkie” oraz zupełnie pominął szereg okoliczności pozwalających na zaoferowanie szczególnie korzystnej ceny, właściwych wykonawcy.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonania ponownej oceny i badania ofert, w tym uchylenie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i sporządzenie rankingu ofert z uwzględnieniem jego oferty.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał m.in., że przedmiotem zamówienia jest pozyskiwanie i zakontraktowanie kadry merytorycznej na potrzeby świadczenia kompleksowych usług szkoleniowych na rzecz Uczestników biorących udział w IV edycji

programu Akademia Menadżera Innowacji (AMI) - jako zamówienie podstawowe oraz V i VI edycji AMI - jako zamówienie w ramach prawa opcji oraz wsparcie rekrutacji przedsiębiorstw w tych edycjach, w ramach realizacji programu Akademii Menadżera Innowacji (AMI). Zgodnie z załącznikiem nr 1 do SWZ zawierającym opis przedmiotu zamówienia (OPZ), zamówienie ma być wykonane w podziale na określone zadania - etapy: Zadanie nr 1: Zapewnienie kadry merytorycznej AMI; Zadanie nr 2: WARIANT A: Zapewnienie kompleksowej technicznej organizacji IV, V oraz VI edycji programu AMI; Zadanie nr 2: WARIANT B: Zapewnienie kompleksowej technicznej organizacji IV, V oraz VI edycji programu AMI; Zadanie nr 3: Wsparcie rekrutacji przedsiębiorców oraz zapewnienie kompleksowej obsługi administracyjnej przedsiębiorstw oraz Uczestników biorących udział w IV, V oraz VI edycji programu AMI; Zadanie nr 4: Prowadzenie sprawozdawczości na rzecz Zamawiającego. Zadanie związane z pozyskaniem przedsiębiorstw do udziału w projekcie Zamawiający definiuje jako: „Wsparcie rekrutacji przedsiębiorców oraz zapewnienie kompleksowej obsługi administracyjnej przedsiębiorstw oraz Uczestników biorących udział w IV, V oraz VI edycji programu AMI”, ponieważ rekrutacja należy do jednego z zadań Zamawiającego, a nie wykonawcy. Potwierdza to również treść pkt 1 rozdziału VI OPZ pt. „Ogólne zasady dotyczące schematu realizacji części szkoleniowej IV, V oraz VI edycji programu Akademii Menadżera Innowacji (AMI) oraz realizacji zamówienia”, gdzie Zamawiający wskazuje: „1. Wykonawca wspiera Zamawiającego w realizacji procesu rekrutacji przedsiębiorstw i Uczestników programu AMI oraz w celu realizacji głównego celu zamówienia, tj. świadczenia na ich rzecz przez Wykonawcę usług szkoleniowych.” Zamawiający opisał zadania rekrutacji przedsiębiorstw bardzo lakonicznie w pkt VIII.4.15. - III.4.17. OPZ” w trzech pkt 4.15-4.17 (tylko 124 wyrazy), zaś zadania główne tj. świadczenia przez Wykonawcę usług szkoleniowych opisał w OPZ na stronach od 10 do 36 (11439 wyrazów), podając nie tylko szczegółowy opis warunków realizacji usług szkoleniowych, ale również wartość wynagrodzenia dla prelegentów/prowadzących działania szkoleniowe, czego nie uczynił wobec działań rekrutacyjnych. Wynika to z opisu tego zadania polegającego jedynie na wsparciu rekrutacji przy użyciu własnych środków i zasobów. Odwołujący zaznaczył, że nie jest jego intencją kwestionowanie wagi i istoty rekrutacji przedsiębiorstw do udziału w projekcie. Ma bowiem pełną świadomość, że bez przedsiębiorstw nie może mieć miejsca realizacja projektu, jednak z OPZ wynika, że rola tych działań jest subsydiarna w stosunku do roli Zamawiającego, jak również zakres ten stanowi niewielki ułamek ceny całkowitej.

Następnie Odwołujący podał, że złożył w postępowaniu ofertę, w której wycenił

zadania nr 3 i 4 - cena P1-P18 w kwocie stałej - 300 zł obejmującą zakres wynikający z Rozdz. VIII pkt 4.1-4.14 i pkt 5. Cena dotyczyła obsługi jednego przedsiębiorcy, przy czym maksymalna ilość przedsiębiorców wynosiła 40. Zaoferował również taką samą cenę dla pozycji S1-18 za zrekrutowanie 1 przedsiębiorstwa - 50 zł obejmującą zakres wynikający z Rozdz. VIII pkt 4.15-4.17 OPZ. Cena również dotyczyła 1 przedsiębiorcy, przy czym maksymalna ilość przedsiębiorców wynosiła 15. Zamawiający pismem z 23 lutego 2022 r. wezwał go do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny P i S dla zadań 3 i 4. Wykonawca złożył w tym zakresie wyjaśnienia pismem z dnia 28 lutego 2022 r. (pierwsze wyjaśnienia). Następnie pismem z 9 marca 2022 r. Zamawiający wystosował wezwanie o doprecyzowanie zakresu związanego z rekrutacją przedsiębiorców (cena S) wskazując, że analizując załączoną „Koncepcję realizacji zadania dotyczącego rekrutacji przedsiębiorców do programu AMI zauważył, że Wykonawca zawarł w złożonej wraz z ofertą koncepcji szereg elementów, według Zamawiającego generujących koszty w ramach zadania dotyczącego rekrutacji przedsiębiorstw do poszczególnych edycji projektu AMI, a w wyjaśnieniach nie odniósł się do tych elementów. Zamawiający wezwał tym razem do wyjaśnienia konkretnych elementów procesu rekrutacji: koszty osobowe (np. telemarketerzy, rekruterzy); koszty dojazdów do potencjalnych uczestników projektu, w przypadku spotkań osobistych; koszty prowadzenia infolinii dotyczącej projektu AMI - dedykowany numer telefonu; koszty kampanii informacyjno - rekrutacyjnej; plakaty informacyjne; broszury; ulotki; wizytówki; koszty uruchomienia i prowadzenia strony internetowej; płatne kampanie reklamowe Google - PPC; artykuły sponsorowane (przy braku zainteresowania ze strony mediów na publikację nieodpłatną); artykuły w social mediach - kanał na platformie youtube; reklamy na portalu facebook. Ponadto Zamawiający wezwał do wyjaśnienia na jakich zasadach podmioty, których oświadczenia wykonawca załączył do pierwszych wyjaśnień będą brały udział w realizacji zamówienia. Na powyższe wezwanie Odwołujący odpowiedział pismem z 14 marca 2022 r. (drugie wyjaśnienia). Zamawiający pismem z dnia 26.05.2022 r. dokonał odrzucenia oferty Odwołującego wychodząc z założenia, że cena oferty Odwołującego jest rażąco niska, co w ocenie Odwołującego jest niezasadne.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający sformułował w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia jego oferty szereg zarzutów pod adresem wyjaśnień Odwołującego, jednak wszystkie one mają charakter bardzo ogólny i pozostają niejako obok zasadniczych twierdzeń zawartych w wyjaśnieniach. Zamawiający w ogóle nie wziął pod uwagę specyfiki tego typu usług i szczególnie korzystnych okoliczności jak metodologia pracy Odwołującego oraz nie wskazał konkretnie, jakiego rodzaju koszty, jego zdaniem, zostały pominięte. Uzasadnienie odrzucenia nie daje odpowiedzi na pytanie, gdzie tkwi wadliwość zaoferowanej ceny. Dywagacje Zamawiającego są bardzo abstrakcyjne i oderwane od treści wyjaśnień. Na s. 14 uzasadnienia Zamawiający wskazał, że obowiązkiem Wykonawcy było przedstawienie Zamawiającemu składników istotnych dla prawidłowej realizacji zamówienia oraz wykazanie indywidualnych czynników wpływających na to, że mógł zaoferować tak niską cenę. Zamawiający twierdził, że powinien mieć wykazane przez Wykonawcę, jakiej wysokości są koszty, których rodzaje wlicza, co dane kategorie kosztów zawierają, dlaczego są one tak niskie, jakie konkretnie zasady sprzyjające i dostępne warunki cenotwórcze i o jaką kwotę pozwoliły Wykonawcy obniżyć cenę oferty.

Zdaniem Odwołującego, skoro wykonanie zadania nr 3 i 4 polega na wsparciu rekrutacji przedsiębiorców oraz zapewnieniu kompleksowej obsługi administracyjnej przedsiębiorstw oraz Uczestników biorących udział w IV, V oraz VI edycji programu AMI a finalnie podpisaniu z przedsiębiorcami umów na usługi szkoleniowe, zaś cena w formularzu ofertowym była zaprezentowana jako cena za 1 przedsiębiorcę pomimo, że wszystkie czynności podejmowane w celu zawarcia tej umowy będą podejmowane jako jeden proces, to oczekiwanie od wykonawcy, aby z kwoty 300 i 50 zł (cena P i S) sporządził szczegółowy kosztorys jest pozbawione sensu. Wykonawca bowiem wyceniając cały proces, przy zastosowaniu swojej metodologii pracy mógł jedynie oszacować skalę kosztów niezbędnych do osiągnięcia efektu. Powyższe jest oczywistą konsekwencją faktu, że w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z usługą miękką. Usługi te w dużej mierze są wypadkową określonej organizacji i metodologii pracy danego podmiotu. W przeciwieństwie do dostaw czy robót budowlanych, gdzie można wskazać na konkretne koszty związane z realizacją określonego zamierzenia w usługach tego typu takiego kosztorysu nie można sporządzić poprzez określenie poszczególnych podpozycji. Znaczące jest ponadto, że formularz oferty opracowany przez Zamawiającego, przystosowany do rozliczenia kosztorysowego sam w sobie wymuszał rozbicie ceny na podstawowe elementy jednostkowe i stanowił de facto tego typu szczegółową kalkulację ceny oferty. Cena P i S z tego kosztorysu stanowi jedynie małą część całej usługi wykonywanej dla Zamawiającego. W ocenie Odwołującego oczekiwanie Zamawiającego złożenia dodatkowych kalkulacji (s. 14 uzasadnienia) dla jednej czy dwóch pozycji cen jednostkowych zawierających kategorię kosztów było w tej sytuacji niecelowe i nie dawałoby Zamawiającemu żadnych dodatkowych informacji.

W dalszej kolejności Odwołujący wskazał, że Zamawiający zarzuca, że nie podał konkretnej kwoty kosztów prowadzonych działań rekrutacyjnych, nie podał kosztów

wykonania materiałów rekrutacyjnych, czy zaangażowania pracowników w te usługi. W tym kontekście Zamawiający podważa twierdzenie Odwołującego, iż koszty te nie są możliwe do określenia na poziomie poszczególnych czynności. Zamawiający dostrzega niezrozumiałą dla Odwołującego sprzeczność tego twierdzenia Odwołującego z oświadczeniami ogólnymi, że zaoferowana cena obejmuje wszelkie niezbędne koszty. Zdaniem Odwołującego, oczywiście jest, że cena oferty w zakresie rekrutacji 1 przedsiębiorstwa to 50 zł i obejmuje ona wszelkie czynności, które okażą się niezbędne w toku realizacji zamówienia, aby osiągnąć cel, tj. pozyskać przedsiębiorców, z którymi następnie wykonawca zawrze umowy szkoleniowe. Brak możliwości szczegółowego rozbicia ceny P i S wynika z faktu, iż wycena w tym zakresie była oparta na zasadzie szacunkowych kosztów a nie konkretnych narzutów czy materiałów. Zamawiający nie dostrzega, iż zadaniem wykonawcy zgodnie z Rozdz. VIII pkt 4-15-4.17 OPZ jest jedynie wsparcie Zamawiającego w rekrutacji. Zasadniczym zaś zadaniem wykonawcy jest podpisanie i obsługa umów z przedsiębiorcami. Wobec tego w złożonej wraz z ofertą koncepcji realizacji zadania Odwołujący wskazał szereg narzędzi mających na celu zapewnienie wymaganej w OPZ ilości przedsiębiorców tj. 15.

Zamawiający, jak się wydaje, wywiódł z lektury koncepcji, iż wykonawca będzie zmuszony dla każdego przedsiębiorcy podjąć wszystkie czynności, a co za tym idzie, że powinien być dla każdej z nich przedstawić koszty. Założenie to jest chybione. Wykonawca bowiem, korzystając z dostępnych mu zasobów przewiduje rekrutację przedsiębiorców w ramach procesów rekrutacyjnych w toku, które prowadzi na potrzeby różnych kontraktów i różnych klientów. Jak wskazywał Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach, cenę za proces rekrutacji należało więc przyjąć, nie na zasadzie kalkulacji konkretnych składowych, ale na zasadzie szacunku. Na moment składania oferty wykonawca przy takiej konwencji zamówienia mógł jedynie dokonać estymacji tego jaki sposób rekrutacji zastosuje i jakie koszty w związku z tym poniesie. Posiadane przez Odwołującego bazy danych i dostęp do wielu przedsiębiorców za pomocą własnych kanałów skłaniają do przypuszczenia, że rekrutacja odbędzie się niejako „od ręki” poprzez użycie podstawowych metod jak np. konsultacje telefoniczne czy wiadomości bezpośrednie. Gdyby jednak okazało się, że metody te nie przyniosłyby zadowalających efektów wówczas wykonawca przewidział w koncepcji wiele innych narzędzi jak np. płatne kampanie reklamowe Google - PPC, artykuły sponsorowane (przy braku zainteresowania ze strony mediów na publikację nieodpłatną), artykuły w social mediach. Na etapie składania ofert można było jedynie bazując na wcześniejszych doświadczeniach szacować, na którym z tych poziomów uda się zrekrutować wymaganą ilość przedsiębiorców. Wobec tego, że Odwołujący posiada wypracowaną metodologię oraz profesjonalne, stałe zaplecze kadrowo-marketingowe zaoferował cenę, która pozwala na osiągnięcie tego celu w sposób szybki i niedrogi. Nie jest uprawniona teza Zamawiającego, że wykonawca na potrzeby Zamówienia będzie musiał wykonać wszystkie określone w koncepcji czynności rekrutacyjne. Wycena w tym zakresie została dokonana na zasadzie ryzyka, gdyż Zamawiający w SWZ nie określał konkretnych metod rekrutacji i pozostawił w tej sferze swobodę wykonawcy. Udziałem w programie AMI mogą być zainteresowani przedsiębiorcy z różnych grup - mikro, małych, średnich i dużych przedsiębiorstw, prowadzących bądź zainteresowanych działalnością innowacyjną, z różnych sektorów - handlu, usług, robót budowlanych i wielu innych. Oznacza to, że grupa docelowa to bardzo szeroki krąg podmiotów, a co za tym idzie można zastosować elastycznie różne metody. Z tego powodu nie było możliwe na etapie ofertowania określenie precyzyjnie jakie konkretnie czynności będzie należało podjąć. Na s. 93 złożonej wraz z ofertą koncepcji Odwołujący wskazał, że w procesie korzystania ze źródeł w kontekście planowania rekrutacji konieczne jest przyjęcie określonego podejścia poprzez kolejne poziomy, tj.: przechodzenie od analizy źródeł o ogólnym, teoretycznym charakterze do bardziej szczegółowych danych branżowych, tematycznych i jednostkowych, przyjęcie planu systematycznej analizy danych według wybranego kryterium, kolejności i zakresu poszukiwań danych, dokonanie redukcji i selekcji zgromadzonych danych, przechodząc do procesu ich oceny i agregacji. Nadto wskazał, że istotną zaletą wykorzystania w pierwszej kolejności źródeł wtórnych jest znaczna oszczędność czasu i niski koszt ich pozyskania co nie wyklucza zastosowania źródeł pierwotnych. Podał z jakich baz danych będzie korzystał i uzasadnił, że te dostępne nieodpłatnie oraz bazy przedsiębiorców z poprzednich edycji AMI są najbardziej efektywne. Na s. 94 koncepcji wskazywał, że jego rola w rekrutacji ma charakter wspomagający do zasadniczych działań Zamawiającego, gdyż taka była koncepcja wyrażona w OPZ.

Wykonawca podkreślił jednocześnie, że spodziewa się zrekrutowania przedsiębiorców w sposób szybki i bezproblemowy, jak też na inne sposoby realizacji zadania, jak spotkania rekrutacyjne, strona internetowa, lokalne media, serwisy branżowe czy artykuły sponsorowane, przy czym narzędzia te, jak wynika z koncepcji, będą uruchamiane o ile zaistnieje taka potrzeba. Można to odczytać ze złożonego przez Odwołującego dokumentu, w szczególności na stronie 134 koncepcji wskazano: Będziemy dostarczać również content dotyczący usługi dla lokalnych mediów oraz dla serwisów branżowych, czy kanałów tematycznych. W takich przypadkach nie będziemy płacić za publikację (ani żądać wynagrodzenia za dostarczone artykuły). Jeśli to okaże się niewystarczające zainwestujemy w artykuły sponsorowane w portalach (lokalnych i branżowych) (...) Będziemy uruchamiać tę część metody, w sytuacji zagrożenia osiągnięcia założonej liczby przedsiębiorstw. Wykonawca wielokrotnie w koncepcji podkreślał, iż istotne jest również dla niego istnienie mechanizmów pozwalających na kontrolę wydatków w stosunku do ich użyteczności, dlatego

zdecydował się na skorzystanie z kanałów nieodpłatnych. Zamawiający po lekturze koncepcji powinien mieć wiedzę co do tego, że nie każdy z wymienionych kanałów będzie bezwzględnie użyty oraz że w większości są to sposoby nieodpłatne. W tym kontekście samo ponowne wezwanie do wyjaśnień tych pozycji wydaje się Odwołującemu zbędne i niezasadne, gdyż opierało się ono na błędnej tezie.

Odwołujący, odnosząc się do zarzutu Zamawiającego, że nie złożył wraz z wyjaśnieniami stosownych dowodów, zwrócił uwagę, że spotkał się z zarzutem nierynkowości ceny, a co za tym idzie przedłożył wraz z pierwszymi wyjaśnieniami szereg ofert od innych podmiotów, które potwierdzały, że wskazany zakres jest możliwy do wykonania w cenie odpowiednio do 300 i do 50 zł. Dowody te miały na celu wykazanie, że nie może być mowy o nierynkowości ceny oferty. Wykonawca pierwotnie nie załączył innych dowodów, co wynika z tego, że szczególnie korzystną dla niego okolicznością jest metodologia jego pracy, której nie sposób wykazać jakimkolwiek dowodem, a to na tym właśnie aspekcie skupił swoje rozważania w pierwszych wyjaśnieniach. Na kolejne wezwanie, dotyczące wyłącznie ceny S (rekrutacja) wykonawca dołączył oświadczenie Dyrektora ds. Sprzedaży i Marketingu, który dokonał podsumowania kosztów rekrutacji i wskazał, że wynoszą one ok 30-40 zł biorąc pod uwagę odpłatne kanały. Skoro cena oferty wynosiła 50 zł za przedsiębiorstwo, to Zamawiający na tej podstawie powinien był ustalić, że zysk wyniesie co najmniej 10 zł za 1 przedsiębiorcę. Nie jest więc prawdziwe twierdzenie Zamawiającego wyrażone w uzasadnieniu odrzucenia, jakoby wykonawca nie podał zysku. Ponadto, wykonawca załączył oświadczenie partnera TaxFin.pl na potwierdzenie, że Odwołujący na zasadzie barteru może korzystać z powierzchni reklamowej na portalu. Stanowi to szczególnie korzystną okoliczność dostępną tylko wykonawcy, pozwalającą obniżyć koszty. Z kolei, jeśli idzie o kalkulację kosztów, o której Zamawiający wspomina w uzasadnieniu kilka razy, brak jej załączenia wynika z faktu, iż wezwanie dotyczyło konkretnych cen jednostkowych, jako małego elementu całej ceny. Dodatkowo, skoro usługi te były szacowane na bazie ogólnych wymogów OPZ na zasadzie estymacji kosztów nie sposób było sporządzić rzetelnej kalkulacji, gdyż zawsze byłaby ona obciążona wieloma niewiadomymi. Szczegółowa kalkulacja ceny oferty była natomiast załączona jako formularz ofertowy. Nie jest więc prawdziwe oświadczenie Zamawiającego, że wykonawca nie złożył stosownych dowodów na poparcie swoich tez. Każdy wykonawca składając wyjaśnienia tego typu może samodzielnie decydować o tym, w jaki sposób wykazuje kwestie wyceny. Sposób wyjaśnień i katalog składanych dowodów są w dużej mierze zależne od tego, jakie szczególnie korzystne okoliczności są dostępne wykonawcy, jak również są zależne od tego, jaką formułę przyjął Zamawiający w zakresie prezentacji ceny oferty. Zamawiający, co sam przyznał w uzasadnieniu odrzucenia, zobligował wykonawców do złożenia bardzo skomplikowanego formularza ofertowego zawierającego bardzo szczegółowe dane, w tym poszczególne ceny jednostkowe w podziale na poszczególne usługi. Taka konwencja spowodowała, że już w treści oferty Zamawiający posiadał „materiał bazowy” do oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny. Prezentacja ceny w takim szczegółowym zakresie oznaczała, że na wezwanie do wyjaśnień ceny trudno było uczynić tę wycenę jeszcze bardziej precyzyjną. Nadto Zamawiający dokonał nieco sztucznego rozdzielenia ceny oferty rozliczając wykonawcę per przedsiębiorca. W jednej edycji wykonawca ma rekrutować 15 przedsiębiorców, a więc oczywistym jest, że otwiera dla nich wszystkich (i dla pozostałych

edycji również) jeden projekt wspólny - nie rekrutuje każdego przedsiębiorcy z osobna. Nie było więc możliwe, co sygnalizowano w złożonych wyjaśnieniach, określenie poszczególnych składowych ceny jednostkowej, gdyż byłoby to wyliczenie bardzo ogłędne, raczej na zasadzie proporcji, aniżeli faktycznych danych.

Odwołujący zauważył, że Zamawiający jednocześnie w uzasadnieniu odrzucenia wskazał, że złożone przez Odwołującego oferty rynkowe wykonania podobnych usług dla tego zamówienia świadczą o tym, że można było cenę wyliczyć, czego Odwołujący nie uczynił. Zamawiający nie zwrócił jednak uwagi, iż wszystkie podmioty wskazują, na pewien maksymalny poziom wyceny, a nie oferują konkretnych wartości z rozbiem na poszczególne usługi szczegółowe. Podmioty te wyceniły więc, tak jak Odwołujący, wskazany zakres na zasadzie estymacji, co było jedyną możliwą i realną opcją. Wszelkie wyliczenia szczegółowe byłyby bowiem „wysane z palca” i nie stanowiłyby źródła wiedzy, co do faktycznych kosztów. Zasadniczym elementem, który wpływa na cenę jest, jak wynikało z wyjaśnień Odwołującego, kwestia przyjętej metodologii pracy i efektu skali występującego u niego. Na aspekt ten zwracał uwagę Odwołujący już w pierwszych wyjaśnieniach, czego jednak nie przyjął Zamawiający, a wręcz niezasadnie ustalili, że istnieją wątpliwości, co do efektywności prowadzonych w ten sposób działań, gdyż nie uwzględniają one specyficznego charakteru projektu i jego grupy docelowej (s. 17 uzasadnienia zastrzeżenia). Zamawiający upraszczając stwierdzenia wykonawcy wywiódł z wyjaśnień w sposób nieuprawniony jakoby rekrutacja opisana na kilkudziesięciu stronach koncepcji załączonej do oferty polegała na kilku wiadomościach e-mail i połączeniach telefonicznych. Powyższe stwierdzenia Zamawiającego wskazują, iż nie skupił się on na analizie tak koncepcji, jak i wyjaśnień złożonych dwukrotnie, z których jednoznacznie wynikało, w jaki konkretnie sposób wykonawca chce wykonać zamówienie i dlaczego w tak sprzyjającej cenie, a szczególnie

korzystne okoliczności wynikające z ww. dokumentów, które umożliwiają zaoferowanie niskiej ceny to: istniejąca struktura regionalna spółki powodująca, że nie ma konieczności budowania sieci biur i punktów rekrutacyjnych (s. 5 i 9 pierwszych wyjaśnień);

wypracowane kanały informacyjne i komunikacyjne, których wykorzystanie znacząco wpływa na niższe koszty dotarcia do beneficjentów ostatecznych, ponieważ nie ma konieczności ponoszenia wydatków na tworzenie tych kanałów, w tym stałe i wypracowane kontakty z przedsiębiorcami i Izbami Regionalnymi KIG (s. 6 pierwszych wyjaśnień); efekt skali: wykonawca wykonuje określone usługi samodzielnie, na bazie własnego personelu i zaplecza. Rekrutacja 15 podmiotów przewidziana w niniejszym postępowaniu jest jedynie znikomym zakresem spośród wszystkich rekrutacji o podobnym profilu, które obecnie są prowadzone (s. 9 pierwszych wyjaśnień i s. 2 drugich wyjaśnień); nisko kosztowa metodyka rekrutacji opierająca się o wykorzystaniu niemal bezkosztowego, wysokowydajnego rozwiązania przesiewowego, nisko kosztowych kanałów dystrybucji informacji i wykorzystania wydajnych, ale nisko kosztowych lub wręcz bez kosztowych sposobów dotarcia do przedsiębiorstw np. za pośrednictwem instytucji zrzeszających krajowe przedsiębiorstwa czy instytucji rozwoju przedsiębiorczości (s. 8 pierwszych wyjaśnień); usługi są realizowane przez wyodrębniony w strukturze Zespół, który zajmuje się zadaniami z zakresu rekrutacji i marketingu. Zespół składa się m.in. z rekruterów/telemarketerów z kilkunastoletnim doświadczeniem, których zadaniem jest rekrutacja uczestników do projektów i zadania te są prowadzone horyzontalnie, niemniej uwzględniające uwarunkowania konkretnego projektu (s. 3 drugie wyjaśnienia); przewidziane w ofercie spotkania rekrutacyjne z potencjalnymi uczestnikami, nawet jeśli będą konieczne, to mogą też być realizowane w formie on-line (s. 3 drugich wyjaśnień); prowadzenie infolinii nie stanowi dodatkowego kosztu - w ramach prowadzonych projektów Wykonawca posiada stałe umowy i dedykowanie numeru do danego projektu nie generuje odrębnych kosztów. Wykonawca zaoferował w koncepcji możliwość uruchomienia kanału na platformie youtube czy artykułów w social mediach. (s. 4 drugich wyjaśnień); barter z Taxfin.pl (s. 4 drugich wyjaśnień); własna baza danych przedsiębiorców i inne nieodpłatne bazy opisane w koncepcji (s. 4 drugich wyjaśnień).

W ocenie Odwołującego, Zamawiający oczekiwał złożenia wyjaśnień według bliżej nie sprecyzowanych, subiektywnych kryteriów, zaś nie wziął pod uwagę określonej koncepcji wykonawcy, jego specyfiki pracy i czynników, które wpływają na wycenę przez wykonawcę, co skłoniło go do odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający powinien mieć przede wszystkim na uwadze, że przedmiotem zamówienia są usługi miękkie, dla których trudno jest przyjąć miarodajne wskaźniki cenotwórcze czy też ustalić dla nich miarodajne wzorce w zakresie ich czasochłonności. W orzecznictwie dostrzega się szczególnie charakter wyceny dla tego typu usług, który odbiega od standardowego procesu wyceny opartego o kosztorys.

Powołując się na przywołane orzecznictwo Odwołujący stwierdził, że za chybioną należy uznać teżę Zamawiającego, jakoby należało odrzucić ofertę z powodu rażąco niskiej ceny z tego powodu, iż nie da się zweryfikować założeń przyjętych do wyceny. Krajowa Izba Odwoławcza dopuszcza w pewnym zakresie ogólnych koncepcji, iż może dojść do sytuacji, w której nie sposób dokonać według przyjętego z góry obiektywnie wzoru weryfikacji założeń przyjętych do wyceny. Izba wielokrotnie wskazywała, że tego rodzaju usługi wymykają się standaryzacji przy wycenie, zachodzą w stosunku do nich trudności w oszacowaniu ich wartości, a zatem brak jest wzorców umożliwiających weryfikację ich poprawności. To subiektywne podejście do ich wyceny jest spowodowane faktem, iż w skład ich wartości nie wchodzi żadne stałe elementy o wyznaczonej wartości. Oczekiwanie Zamawiającego co do wyspecyfikowania bliżej nie określonych w wezwaniu składowych ceny jednostkowej jest nadmierne, a odrzucenie oferty z powodu uznania, iż wykonawca nie złożył dowodów na potwierdzenie poziomu wyceny ułamkowej części zamówienia stanowi istotne nadużycie oraz godzi w zasadę efektywności i celowości wydatkowania środków publicznych. Zamawiający odrzucił w ten sposób jeszcze oferty trzech wykonawców.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m.in., że zarzuty Odwołującego wynikają z wybiórczego i powierzchownego traktowania postanowień SWZ oraz treści uzasadnienia odrzucenia oferty. Złożone odwołanie zawiera twierdzenia, które stoją w sprzeczności zarówno z postanowieniami SWZ, jak również z treścią poszczególnych części samego odwołania oraz wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w ramach przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego. W odwołaniu dochodzi wielokrotnie do zaburzenia ciągu przyczynowo - skutkowego, który pozwałaby na wyciąganie wniosków prezentowanych przez Odwołującego. Odwołanie stanowi powielenie argumentów zawartych w wyjaśnieniach przekazanych przez Odwołującego Zamawiającemu na etapie badania rażąco niskiej ceny, które to wyjaśnienia Zamawiający rzetelnie ocenił i do których odniósł

się szczegółowo w uzasadnieniu odrzucenia oferty. Ponadto odwołanie zawiera szereg twierdzeń samego Odwołującego, które dodatkowo jednoznacznie potwierdzają prawidłowość oceny dokonanej przez Zamawiającego.

Odwołujący dokonuje w odwołaniu subiektywnej interpretacji zakresu zadania nr 3 przedmiotowego zamówienia w oparciu o analizę sformułowania „wsparcie rekrutacji”, które zostało użyte w jego nazwie. Odwołujący w tym kontekście nie dostrzega związku z faktem, że w ramach kryterium nr 8 oceny ofert Wykonawca składa „Koncepcję realizacji zadania dotyczącego rekrutacji przedsiębiorców do programu AMI”, która w razie wyboru danego Wykonawcy stanowi podstawę realizacji zadania rekrutacji. Zgodnie z postanowieniami OPZ, który stanowi Załącznik nr 1 do SWZ, to Wykonawca prowadzi aktywne działania rekrutacyjne: pkt VIII.4.16 OPZ „Wykonawca aktywnie prowadzi działania rekrutacyjne, z wykorzystaniem własnych środków i zasobów, mających na celu złożenie przez przedsiębiorstwa wniosków rekrutacyjnych w systemie udostępnionym przez Zamawiającego” oraz pkt VIII.4.17 OPZ „Za aktywną rekrutację, skutkującą zawarciem umowy o dofinansowanie z przedsiębiorstwem, uznaje się gdy przedsiębiorstwo to na etapie składania Wniosku rekrutacyjnego przedsiębiorców oraz uczestników AMI zaznaczy Wykonawcę jako firmę uczestniczącą w tej rekrutacji. Za to działanie Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie z zastrzeżeniem, że zakwalifikowany przedsiębiorca nie zrezygnuje przed zawarciem umowy, jednocześnie za nieosiągnięcie przez Wykonawcę celu określonego w pkt. III. 5 złożonej Oferty, tj. zrekrutowanie liczby zadeklarowanych przedsiębiorców, naliczona będzie kara zgodnie z § 15 ust. 1 pkt. 10) umowy”. Z

przytoczonych zapisów wyraźnie wynika, że to Wykonawca, a nie Zamawiający prowadzi rekrutację zadeklarowanej przez siebie w formularzu ofertowym liczby przedsiębiorców. Z postanowień tych wynika również, że w przypadku braku spełnienia przedmiotowej deklaracji, Wykonawcy zostanie naliczona kara umowna. W żadnym miejscu dokumentacji przetargowej nie pojawia się informacja, że prowadzenie aktywnej rekrutacji leży po stronie Zamawiającego. Tymczasem Wykonawca wyciąga irracjonalny wniosek z przytoczonych zapisów OPZ, że „Zamawiający nie dostrzega, iż zadaniem wykonawcy zgodnie z Rozdz. VIII pkt 4-15-4.17 OPZ jest jedynie wsparcie Zamawiającego w rekrutacji. Zasadniczym zaś zadaniem wykonawcy jest podpisanie i obsługa umów z przedsiębiorcami”. Wniosek taki jest również całkowicie bezzasadny w kontekście występowania w SWZ kryterium oceny ofert nr 9: Liczba zadeklarowanych przedsiębiorców zrekrutowanych. Zgodnie z brzmieniem tego kryterium za samą tylko deklarację rekrutacji wskazanej przez potencjalnego Wykonawcę liczby przedsiębiorstw, przyznawane są mu punkty w ramach oceny ofert. Ponadto kolejne punkty przyznawane są za złożoną w ramach oferty „Koncepcję realizacji zadania dotyczącego rekrutacji przedsiębiorców do programu AMI” (kryterium nr 8). Wynika z tego, że potencjalny Wykonawca może otrzymać w ramach wskazanych dwóch kryteriów maksymalnie 30 punktów, a więc niemalże 1/3 wszystkich możliwych do zdobycia punktów w ramach całego zamówienia, za realizację zadania rekrutacji, które zdaniem Odwołującego nie należy do zadań Wykonawcy. Niezasadność interpretacji brzmienia OPZ przez Odwołującego jest w tym kontekście oczywista. Zadanie nr 3 zawiera w swej nazwie sformułowanie „wsparcie rekrutacji” w związku z faktem, że Zamawiający, będąc beneficjentem projektu Akademia Menadżera Innowacji realizuje istotną część zadania rekrutacji jako całości procesu do realizacji, jednak nie skupia swoich działań na prowadzeniu aktywnej rekrutacji, którą powierza Wykonawcom i to Wykonawca jest odpowiedzialny za skuteczne przeprowadzenie działań aktywnej rekrutacji. Zamawiający w ramach zadania rekrutacji zapewnia natomiast formalne podstawy realizacji tego zadania, takie jak zapewnienie systemu informatycznego, za pomocą którego składane są wnioski rekrutacyjne, opracowanie całej dokumentacji rekrutacyjnej, a więc regulaminu rekrutacji wraz z załącznikami, w tym wzorami niezbędnych do zawarcia umów, opracowanie wzoru samego wniosku rekrutacyjnego, opracowanie regulaminu pracy komisji oceniającej wnioski rekrutacyjne, powołanie komisji oceniającej, przeprowadzenie oceny wniosków oraz ogłoszenie wyników tej oceny, weryfikacja poszczególnych podmiotów pod kątem możliwości otrzymania wsparcia, aż do przekazania Wykonawcy danych podmiotów, które przeszły pozytywnie cały proces oceny i weryfikacji, podpisały umowę o udzielenie wsparcia z

Zamawiającym oraz z którymi Wykonawca może podpisać umowę na świadczenie usług szkoleniowych. Część z wymienionych działań zostało wskazane wprost w OPZ, jak np.: informacja, że Zamawiający udostępni system do składania wniosków rekrutacyjnych, czy że przekaze Wykonawcy minimalny zakres umowy szkoleniowej oraz dane zweryfikowanych przedsiębiorstw, z którymi Wykonawca może podpisać umowę szkoleniową. Jednak część z zadań wykonywanych przez Zamawiającego nie jest ujęta w OPZ, ponieważ działania te nie stanowią przedmiotu zamówienia, a prowadzone w ramach nich procesy nie dotyczą Wykonawcy usługi szkoleniowej. Z powyższego jednoznacznie wynika, że aktywna rekrutacja, której efektywność mierzona jest liczbą przedsiębiorstw, które zawarły umowy i przystąpiły do projektu leży po stronie Wykonawcy.

Następnie Zamawiający podniósł, że Odwołujący podważa w swoim odwołaniu

również fakt, iż treści, w tym narzędzia zawarte w „Koncepcji realizacji zadania dotyczącego rekrutacji przedsiębiorców do programu AMI” są dla niego wiążące w pełnym zakresie tej koncepcji. Odwołujący stwierdza m.in.: „Nie jest uprawniona teza Zamawiającego, że wykonawca na potrzeby Zamówienia będzie musiał wykonać wszystkie określone w koncepcji czynności rekrutacyjne. Wycena w tym zakresie została dokonana na zasadzie ryzyka, gdyż Zamawiający w SWZ nie określał konkretnych metod rekrutacji i pozostawił w tej sferze swobodę wykonawcy” (strona 7 odwołania) oraz „...w złożonej wraz z ofertą koncepcji realizacji zadania Odwołujący wskazał szereg narzędzi mających na celu zapewnienie wymaganej w OPZ ilości przedsiębiorców tj. 15. Zamawiający jak się wydaje wywiódł z lektury koncepcji, iż wykonawca będzie zmuszony dla każdego przedsiębiorcy podjąć wszystkie czynności, a co za tym idzie, że powinien być dla każdej z nich przedstawić koszty. Założenie to jest chybione” (strona 7 odwołania). Ponadto Odwołujący formułuje przypuszczenie, że „rekrutacja odbędzie się niejako „od ręki” poprzez użycie podstawowych metod jak np. konsultacje telefoniczne czy wiadomości bezpośrednie” (strona 7 odwołania), a także wprost wskazuje, że „zaoferował cenę, która pozwala na osiągnięcie tego celu w sposób szybki i niedrogi” (strona 7 odwołania). Zgodnie z postanowieniami SWZ pkt XIV Kryteria oceny ofert pp. 9. Kryterium 8 „Koncepcja realizacji zadania dotyczącego rekrutacji przedsiębiorców do programu AMI”, przedstawienie w ofercie koncepcji rekrutacji przedsiębiorców jest równoznaczne z deklaracją Wykonawcy, że jest on w stanie zrealizować zaproponowany sposób rekrutacji. Z przytoczonych powyżej fragmentów treści odwołania jednoznacznie wynika, że Odwołujący nie respektuje zapisów SWZ we wskazanym zakresie. Odwołujący wprost wskazuje, że cena zaproponowana w ofercie odnosi się do podstawowych narzędzi rekrutacji oraz że została skalkulowana na zasadzie ryzyka i pozwala na jej realizację w sytuacji, gdy przebiegnie ona szybko, a więc jak można wnioskować, bez konieczności ponoszenia kosztów związanych z wykorzystaniem bardziej kosztochłonnych narzędzi rekrutacyjnych. Nie wiadomo więc, jakie działania ma zamiar podjąć Wykonawca w sytuacji, w której realizacja zadania rekrutacji nie będzie przebiegała „od ręki”, tj. w sposób założony w ofercie cenowej Wykonawcy za zadanie rekrutacji, tj. w kwocie 50 zł za 1 zrekrutowane przedsiębiorstwo. Nie jest wiadomym Zamawiającemu czy w takiej sytuacji Odwołujący odmówi wykonywania pozostałych, wskazanych w koncepcji działań, których nie ujął w zaproponowanej cenie i nie zrealizuje zadania rekrutacji, czy może zażąda od Zamawiającego dodatkowej zapłaty. Niezależnie od tego, należy stwierdzić, że przytoczone fragmenty odwołania w sposób jednoznaczny potwierdzają, że cena zaproponowana przez Odwołującego w kwocie 50 zł za rekrutację 1 przedsiębiorstwa jest ceną rażąco niską, która nie zapewni należytego zrealizowania zadania rekrutacji. Zamawiający podkreśla, że zaproponowana przez Odwołującego cena za zadanie rekrutacji powinna zapewnić możliwość realizacji tego zadania także w sytuacji przedłużającej się rekrutacji, wynikającej np. z ograniczonego zainteresowania udziałem w projekcie potencjalnych uczestników, co jak wynika z doświadczenia Zamawiającego nie jest rzadkim zjawiskiem. Ponadto, zdaniem Zamawiającego, jest niezaprzeczalne w świetle treści Odwołania, że zaproponowana cena 50 zł za rekrutację 1 przedsiębiorstwa nie potwierdza prawdziwości deklaracji złożonej przez Odwołującego w pkt XIV. pp. 9 SWZ, że jest on w stanie zrealizować w ramach niniejszego zamówienia zaproponowany sposób rekrutacji.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący odniósł się także w sposób błędny do zakresu zadań 3 i 4 przedmiotowego zamówienia. Zdaniem Odwołującego wykonanie zadania nr 3 i 4 polega na wsparciu rekrutacji przedsiębiorców oraz zapewnieniu kompleksowej obsługi administracyjnej przedsiębiorstw oraz Uczestników biorących udział w IV, V oraz VI edycji programu AMI a finalnie podpisaniu z przedsiębiorcami umów na usługi szkoleniowe”. Twierdzenia są sprzeczne z postanowieniami OPZ. Odwołujący dokonuje błędnego założenia, że realizacja zadań 3 i 4 kończy się w momencie podpisania przez przedsiębiorstwo umowy szkoleniowej. Zgodnie z zapisami OPZ zadanie 3 dotyczy „Wsparcia rekrutacji przedsiębiorstw oraz zapewnienia kompleksowej obsługi administracyjnej przedsiębiorstw oraz Uczestników biorących udział w IV, V oraz VI edycji programu AMI”. W zakres zadania 3 wchodzi działania z obszaru prowadzenia przez Wykonawcę aktywnej rekrutacji (pkt. VIII.4.15 - 4.17), który to zakres ujęty jest w ofercie w cenie jednostkowej S. Natomiast reszta postanowień tego zadania odnosi się do zakresu zapewnienia kompleksowej obsługi administracyjnej przedsiębiorstw i zgłoszonych do udziału w projekcie ich pracowników (uczestników). Już na przykładzie zadania 3 widać, że założenie Odwołującego, że jego rola kończy się wraz z podpisaniem przez przedsiębiorstwo umowy szkoleniowej są błędne. Świadczą o tym zapisy pkt. VIII.4.7 - 4.14 OPZ, które dotyczą konieczności wystawienia przez Wykonawcę na rzecz przedsiębiorstw faktur VAT, obowiązku weryfikacji (w trybie ciągłym - tj. po każdym zjeździe), czy przedsiębiorstwo spełnia warunki udzielenia mu wsparcia oraz przekazywania informacji w tym zakresie Zamawiającemu. Wszystkie wymienione działania są wykonywane po podpisaniu umowy szkoleniowej, w trakcie trwania części merytorycznej edycji, tj. zjazdów. Natomiast zadanie 4 dotyczy „Prowadzenia sprawozdawczości na rzecz Zamawiającego dla IV, V oraz VI edycji programu AMI”, które to zadanie zgodnie z zapisami pkt. VIII.5.1 - 5.13 jest realizowane w trakcie całego okresu trwania danej edycji, a także po jej zakończeniu, w związku z koniecznością prowadzenia i zakończenia prac związanych z rozliczeniem każdej edycji

projektu, który jest współfinansowany ze środków publicznych. Na podstawie przytoczonych fragmentów odwołania należy uznać, że Odwołujący określając cenę S - 50 zł za rekrutację 1 przedsiębiorstwa, która odnosi się do zadań aktywnej rekrutacji oraz cenę P - 300 zł za 1 przedsiębiorstwo, która odnosi się do zadań obsługi administracyjnej i sprawozdawczości na rzecz Zamawiającego, nie ujął w nich całego szeregu zadań przewidzianych zapisami OPZ. Analizując wyjaśnienia Odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny Zamawiający powziął wątpliwości czy w cenie P nie zostały ujęte koszty obsługi administracyjnej przedsiębiorstw od momentu podpisania umowy szkoleniowej, zadania związane ze sprawozdawczością na rzecz Zamawiającego, które to zadanie trwa od momentu rozpoczęcia edycji aż do kilku miesięcy po jej zakończeniu, do momentu ostatecznego rozliczenia edycji. Natomiast w cenie S Odwołujący nie uwzględnił szeregu działań, jakie powinien podjąć w momencie ograniczonego zainteresowania rekrutacją przez potencjalnych uczestników projektu AML. Odwołujący pominął w zaproponowanej cenie P całe zadanie 4 oraz część zadania 3, które dotyczą obsługi administracyjnej i sprawozdawczości po zakończeniu rekrutacji, nie dostrzega on bowiem zasadności rozbicia cen P i S na osobne pozycje, zakładając błędnie, że obie ceny dotyczą tego samego procesu, którego celem jest zawarcie umowy szkoleniowej z przedsiębiorstwami. Podpisanie umowy szkoleniowej kończy de facto okres działań rekrutacyjnych i umożliwia przedsiębiorstwu przejście do części merytorycznej edycji, tj. organizacji zjazdów. Odwołujący nie dostrzega, że jego obowiązki wynikające z zadań 3 i 4, tj. czynności o charakterze administracyjnym i sprawozdawczym nie kończą się wraz z rozpoczęciem części merytorycznej edycji, a nawet nie kończą się wraz z jej zakończeniem, ponieważ rozliczenie edycji, a więc zadania sprawozdawcze kończą się kilka miesięcy po zakończeniu zjazdów merytorycznych. Potwierdza to, że zaoferowane przez Zamawiającego ceny P i S są cenami rażąco niskimi, które nie odpowiadają swym zakresem wymogom wynikającym z postanowień OPZ i nie wskazują, że Odwołujący jest w stanie wykonać przedmiotowe zadania w sposób należyty.

W ocenie Zamawiającego formularz ofertowy nie stanowi szczegółowej kalkulacji ceny oferty, lecz zawiera globalne ceny brutto za podstawowe składowe zamówienia, do których w kalkulowane zostają koszty za bardziej szczegółowe, skonkretyzowane elementy, niezbędne do realizacji poszczególnych składowych, które to elementy nie są wskazane wprost w formularzu ofertowym. Ceny te obok kosztów, zawierają również zakładany zysk i wartość niezbędnych podatków. Cena za całe zamówienie jest obliczana w odniesieniu do cen za realizację czterech podstawowych zadań opisanych szczegółowo w OPZ. Zadania 3 i 4, które były przedmiotem badania rażąco niskiej ceny bazują na globalnych cenach jednostkowych, tj. na cenie P i cenie S, co do których nie ma żadnych dokładniejszych danych w formularzu ofertowym. Jedynie zadanie 2 Zapewnienie kompleksowej technicznej organizacji IV, V oraz VI edycji programu AML, które nie było przedmiotem badania przez Zamawiającego rażąco niskiej ceny, jest rozbite na mniejsze części, ze względu na bardzo szeroki zakres zadania 2 oraz zróżnicowany charakter poszczególnych typów zjazdów, organizowanych w ramach każdej z edycji (zjazd otwierający, zamykający, zjazdy tematyczne i zjazd podsumowujący). Niemniej nawet w zadaniu 2 ceny jednostkowe w odniesieniu do danego typu zjazdu są cenami globalnymi, odnoszącymi się do wszystkich niezbędnych do jego realizacji elementów. Natomiast bardziej szczegółowe ceny jednostkowe wskazywane w ofercie wyłącznie w ramach zadania 2 dotyczą zakresu usług, które Zamawiający może zamówić fakultatywnie, w razie wystąpienia takiej potrzeby. Dane te są więc niezbędne do właściwego rozliczenia usług fakultatywnych, w przypadku ich zamówienia. W tym kontekście irracjonalne jest twierdzenie Odwołującego, który był zobligowany do złożenia wyjaśnień i dowodów w zakresie ceny P i ceny S, że formularz ofertowy zawiera szczegółową kalkulację przedmiotowych cen. Nieprawdziwe jest twierdzenie Odwołującego jakoby Zamawiający stwierdził w uzasadnieniu odrzucenia oferty, iż formularz ofertowy zawiera bardzo szczegółowe dane. Zamawiający w uzasadnieniu stwierdził jedynie, że Odwołujący pominął poziom złożoności zamówienia, którego potwierdzeniem jest chociażby poziom złożoności wzoru samej oferty.

Następnie Zamawiający stwierdził, że Odwołujący w uzasadnieniu braku złożenia kalkulacji w zakresie ceny P i ceny S, błędnie wskazuje, że zakres ten jest mało istotny, a oczekiwanie Zamawiającego złożenia dodatkowych kalkulacji dla jednej czy dwóch pozycji cen jednostkowych zawierających kategorię kosztów było w tej sytuacji niecelowe i nie dawałoby Zamawiającemu żadnych dodatkowych informacji. O istotności cen P i S nie decyduje bowiem ich udział w cenie całego zamówienia, ale fakt, że ceny te odnoszą się aż do 2 z 4 wyodrębnionych w ramach zamówienia zadań, których prawidłowa realizacja jest niezbędna dla realizacji całego zamówienia, w tym jego rozliczenia, co jest tym bardziej istotne, że zamówienie realizowane jest w dyscyplinie finansów publicznych. Bez należytej realizacji zadań 3 i 4 nie jest możliwa należyta realizacja całego zamówienia. Dodatkowo, cena P i cena S stanowią bazę przyznawanej punktacji w ramach kryterium oceny ofert odpowiednio nr 5 i nr 6. Zastosowanie przez Odwołującego rażąco niskiej ceny w zakresie cen P i S skutkuje w ramach postępowania pozyskaniem przez Odwołującego nienależnego, zawyżonego poziomu punktów i może doprowadzić do eliminacji innych Wykonawców biorących udział w postępowaniu, co przy spełnieniu określonych przesłanek

stanowić może zakazany prawem czyn nieuczciwej konkurencji. W związku z powyższym próba relatywizowania przez Odwołującego znaczenia dla całej oferty zawartych w niej cen jednostkowych P i S jest nieuzasadniona.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego dotyczącej „usług miękkich”, Zamawiający zauważył, że zgodnie z przyjętym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej (np. sygn. akt KIO 1643/20) „usługi miękkie” charakteryzują się tym, iż ich „zasadniczą pozycję kosztową stanowi praca osób realizujących takie usługi uwzględniająca ich kwalifikacje, wykształcenie oraz pozycję na rynku. Powyższe oznacza, że wykonawca kalkulując cenę za tego typu usługi bierze pod uwagę po pierwsze koszty pracy osób je realizujących. Tego typu kosztów nie da się w sposób jednoznaczny „zweryfikować” - poza kosztami minimalnego wynagrodzenia za pracę. Założenie takie jest bowiem wynikiem faktu, iż przy kosztach osobowych praca lub usługa jest warta tyle, na ile wycenia ją osoba ją świadcząca. To bowiem ona wie najlepiej, ile jest warta praca którą ma świadczyć.”. Jednakże z orzecznictwa KIO nie można wysnuć wniosku prezentowanego przez Odwołującego, że dla tego rodzaju usług nie można sporządzić kosztorysu „poprzez określenie poszczególnych podpozycji”. W odniesieniu do przedmiotowego zamówienia, charakter zadań 3 i 4, które były przedmiotem badania rażąco niskiej ceny, warunkuje istotny udział kosztów osobowych w cenie jednostkowej P i S. Zakres zadań obliuguje także Wykonawcę do zapewnienia zasobów również o innym charakterze niż osobowe, co zostało między innymi wykazane w koncepcji rekrutacji, którą złożył Odwołujący w oparciu o zapisy kryterium oceny ofert nr 8. Złożenie koncepcji było równoznaczne z deklaracją Odwołującego, że jest on w stanie zrealizować zaproponowany sposób rekrutacji. Fakt, iż dana usługa, jest „usługą miękką” nie zwalnia Wykonawcy z określenia ceny za jej wykonanie w sposób rzetelny i racjonalny oraz zapewniający należyte wykonanie zamówienia. Wykonawca w oparciu o swoją wiedzę i doświadczenie powinien dokonać racjonalnych założeń, co do zasobów oraz ich poziomu, niezbędnych do należytej realizacji zamówienia oraz na ich podstawie dokonać kalkulacji przewidywanych kosztów i zysku. Nie jest ustalanie za Odwołującego jego zysku, co Odwołujący sugeruje w odwołaniu, ale ocena przedłożonych przez Odwołującego dowodów i wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Tymczasem Odwołujący nie wskazał w dwukrotnie składanych wyjaśnieniach żadnych racjonalnych założeń, które miałyby potwierdzić zasadność zaproponowanych cen za realizację zadań 3 i 4. Odwołujący wszystkie wyjaśnienia opiera na ogólnych twierdzeniach typu, że zaproponowana cena zawiera wszystkie niezbędne elementy, czy że została oszacowana, ale nie podaje żadnych przesłanek, pozwalających na uznanie przytaczanych przez siebie też za prawdziwe. Odwołujący nie wskazuje żadnych założeń, które mogłyby dawać obraz przeprowadzonego procesu określenia poziomu zaoferowanej ceny. Nie wskazuje żadnych założeń, co do przewidywanej liczby roboczogodzin personelu zaangażowanego w realizację zadań, nie wskazuje żadnej średniej stawki wynagrodzenia, obowiązującej w jego podmiocie, nie wskazuje również żadnego innego przybliżonego kosztu związanego z pozostałymi elementami niezbędnymi do należytej realizacji zamówienia (np. przybliżony koszt przypisanego na wyłączność do projektu numeru telefonu, przybliżony koszt druku ulotek, przybliżony koszt związany z podróżami służbowymi itd.). Nie odnosi się również w żaden sposób do kosztów, które wynikają z zawartych, jak twierdzi, korzystnych umów, pozwalających na obniżenie oferowanej ceny. Ponadto za absurdalne należy uznać twierdzenie Odwołującego, że został wezwany przez Zamawiającego do „wyspecyfikowania bliżej nie określonych w wezwaniu składowych ceny jednostkowej”. Odwołujący sam wskazał na stronie 5 odwołania elementy, które zostały zawarte przez Zamawiającego w wezwaniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Nie jest jasne zdaniem Zamawiającego, jakie czynności ma na myśli Odwołujący, które wykonał, bądź powinien wykonać, gdy pisze w wielu fragmentach swojego odwołania, że wskazana w ofercie cena jest ceną określoną na zasadzie estymacji, czy też, że jest ceną szacowaną. Odwołujący wskazuje, że cenę „należało przyjąć, nie na zasadzie kalkulacji konkretnych składowych ale na zasadzie szacunku”. Odwołujący sam podważa jakąkolwiek wartość przedłożonych przez siebie oświadczeń podmiotów trzecich, które to oświadczenia miały zdaniem Odwołującego potwierdzić rynkowość ceny S i ceny P. Odwołujący stwierdza bowiem, że „Podmioty te wyceniły więc tak jak Odwołujący wskazany zakres na zasadzie estymacji, co było jedyną możliwą i realną opcją. Wszelkie wyliczenia szczegółowe byłyby bowiem „wyspane z palca” i nie stanowiłyby źródła wiedzy co do faktycznych kosztów”, dodając równocześnie, że założenie Zamawiającego, że dane w przedmiotowych oświadczeniach zostały wyliczone jest błędne. W świetle przytoczonych faktów, nie jest wiadome, na jakich podstawach powinna zasadzać się według Odwołującego oszacowana cena, aby dawać choćby jakiegokolwiek podstawy do uznania, że jest to cena racjonalna i uprawdopodobniająca, że zamówienie zostanie wykonane należycie, jeśli nie na kalkulacjach opartych na racjonalnych założeniach, co do przewidywanych, niezbędnych składowych i ich wielkości. Nie wiadomo więc na jakich realnych przesłankach zostały określone zarówno ceny samego Odwołującego, jak i ceny wskazane w oświadczeniach innych podmiotów. Nie jest również jasne z jakiego powodu Odwołujący, choć wielokrotnie podkreśla, że zaproponowana cena S i cena P zostały określone na podstawie estymacji, czy też

oszacowania, nie zdecydował się jednak na przedłożenie Zamawiającemu dokonanych przez siebie szacunków, które mogłyby uprawdopodobnić badane pod kątem rażąco niskiej ceny pozycje ofertowe S i P.

W dalsze kolejności Zamawiający stwierdził, że wyjaśnienia Odwołującego bazują na ogólnych twierdzeniach typu „... zaoferowana cena jednostkowa obejmuje wszystkie koszty i składniki cenotwórcze związane z realizacją zadań w zakresie: Zadania 3 i 4..” (strona 4 wyjaśnień z dnia 28.02.2022), czy „Wykonawca posiada korzystne umowy.” (strona 4 z dnia 14.03.2022) bez wyjaśnienia znaczenia tego faktu dla zaoferowanej ceny, czy przedłożenia danej umowy dla potwierdzenia swoich twierdzeń. Ponadto Odwołujący wielokrotnie w składanych przez siebie wyjaśnieniach podaje jako argument wyjaśniający korzystną sytuację Odwołującego, że dany element nie powoduje dodatkowego kosztu, czy też nie jest realizowany przez podmioty zewnętrzne. Na podstawie analizy wyjaśnień Odwołującego można wnioskować, że jego zdaniem, fakt, że dany element nie generuje dodatkowego kosztu jest równoznaczne z tym, że nie ma konieczności ujmowania go w cenie ofertowej, tak jakby koszt zasobów wykorzystanych na realizację przedmiotowego zamówienia nie stanowił kosztu tego zamówienia, w związku z tym, że zasób ten był już wcześniej w posiadaniu Odwołującego. Dobitym tego przykładem są wyjaśnienia dotyczące kosztów osobowych (rekruterów/telemarketerów) oraz podawanego w tym kontekście argumentu, że rekrutacja będzie odbywać się „w ramach realizacji większych kampanii rekrutacyjnych”. Odwołujący zakłada, iż część kosztów realizacji zadań przedmiotowego zamówienia będzie pokrywana z innych, tj. pozaumownych źródeł finansowania, w ramach posiadanych już zasobów i działań prowadzonych na rzecz innych klientów. Zdaniem Odwołującego są to szczególnie sprzyjające okoliczności, pozwalające na wyjaśnienie zaproponowania w ofercie tak niskich cen. Zgodnie natomiast z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej działania takie należy uznać za praktyki niedozwolone, stanowiące jednoznaczny dowód na to, iż zaproponowana w ofercie cena jest ceną rażąco niską.

W ocenie Zamawiającego mogły zaistnieć przesłanki potwierdzające, że Odwołujący dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233): Art. 15 ust. 1 pkt 1 te same ustawy stanowi, że: czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej można uznać, iż nastąpił czyn nieuczciwej konkurencji na podstawie art. 15 ust. 1 pkt 1 w sytuacji, w której: wycena usługi nie pokrywa kosztów jej wykonania; działaniu wykonawcy można przypisać winę umyślną; w wyniku działania wykonawcy nastąpiło utrudnienie dostępu do rynku innemu przedsiębiorcy. W odniesieniu do istotnych składowych oferty złożonej przez Odwołującego, tj. ceny jednostkowej P: 300 zł oraz ceny jednostkowej S: 50 zł, które były przedmiotem badania rażąco niskiej ceny, uwzględniając także treść odwołania mogły zostać spełnione wszystkie powyższe przesłanki wyspecyfikowane art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W ramach przedmiotowej oferty doszło do nieuprawnionego zaniżenia kosztów realizacji zamówienia poprzez:

- 1) nieujęcie w cenie jednostkowej P istotnego zakresu usługi, wynikającego z postanowień OPZ, tj. całego zadania 4, dotyczącego sprawozdawczości na rzecz Zamawiającego oraz istotnej części zadania 3 dotyczącego obsługi administracyjnej przedsiębiorstw i uczestników w okresie po zakończeniu rekrutacji i podpisaniu umowy szkoleniowej, a więc w okresie merytorycznej realizacji edycji (zjazdów) oraz po jej zakończeniu, w celu zapewnienia prawidłowego rozliczenia całej usługi szkoleniowej,
- 2) nieujęcie w cenie jednostkowej S istotnego zakresu usługi, tj. nieujęcie w przedmiotowej cenie środków i zasobów niezbędnych, gdy rekrutacja nie będzie przebiegać w sposób „szybki i niedrogi”, jak założył w swojej wycenie Odwołujący,
- 3) nieujęcie w cenie jednostkowej S istotnego zakresu usługi, tj. kosztów osobowych, które zamierza pokryć z innych, tj. pozaumownych źródeł finansowania,
- 4) założenie nierynkowego zysku w zakresie ceny jednostkowej S na poziomie 10 zł brutto za 1 zrekrutowane przedsiębiorstwo, który to zysk Odwołujący określa dopiero w treści odwołania.

Ponadto na bazie założonych cen jednostkowych P i S można określić, że przewidziana maksymalna kwota za obsługę administracyjną przedsiębiorstw i uczestników oraz zapewnienie sprawozdawczości dla jednej edycji (zadanie 3 i 4 z wyłączeniem pkt.

VIII.4.15. - VIII.4.17. OPZ) wynosi 12 000 zł (300 zł x 40 przedsiębiorstw), natomiast maksymalna kwota za rekrutację do jednej edycji (zadanie 3 zgodnie z opisem w pkt. VIII.4.15. - VIII.4.17. OPZ) wynosi 750 zł (50 zł x 15 przedsiębiorstw). W 2022 roku minimalne wynagrodzenie za pracę wynosi 3626,46 zł brutto (tj. z uwzględnieniem kosztów pracodawcy). Wynika z tego, że przy założeniu choćby tylko minimalnego wynagrodzenia za pracę, wynikającego z obowiązujących przepisów prawa, Odwołujący przewidział środki na zaledwie 3,3 miesiąca pracy w skali 1 edycji przy założeniu zaangażowania w wymiarze 1 etatu (12 000 zł / 3626,46 zł = 3,3 mies.) dla zadań dotyczących obsługi administracyjnej przedsiębiorstw i uczestników oraz zapewnienia sprawozdawczości. Natomiast dla zadania dotyczącego rekrutacji, przy analogicznych założeniach minimalnego wynagrodzenia i zaangażowania w wymiarze 1 etatu, można stwierdzić, że Odwołujący przewidział środki na zaledwie 0,2 miesiąca pracy w skali 1 edycji, (750 zł / 3626,46 zł = 0,2 mies.), tj. 4,2 dni pracy przy założeniu 21 dni roboczych w miesiącu (21 dni / 0,2 = 4,2 dni). Zamawiający zauważył, że powyższe założenia są założeniami minimalnymi, w związku z tym, że Odwołujący nie wskazał w swoich wyjaśnieniach żadnego średniego poziomu wynagrodzeń obowiązującego w jego podmiocie. Jednak Zamawiający ma podstawy sądzić, że powyższe szacunki co do poziomu możliwego zaangażowania zasobów osobowych są szacunkami zawyżonymi w związku z oświadczeniem Odwołującego: „Przy obliczaniu ceny oferty uwzględniono zapisy art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu i w każdym przypadku przewyższa minimalne wynagrodzenie dla personelu projektu” (strona 9 wyjaśnień z dnia 28.02.2022). Odwołujący podkreśla też wielokrotnie

wysokie, specjalistyczne kompetencje zatrudnianego personelu, co dodatkowo potwierdza, że personel projektu będzie posiadał wyższy poziom wynagrodzenia, niż założony w niniejszym piśmie. Zamawiający podkreślił również, że zgodnie z zapisami OPZ pkt VIII.6.2 Wykonawca zobowiązuje się do zapewnienia na wyłączność do realizacji umowy Koordynatora (odpowiedzialnego ze realizacją umowy, jej rozliczanie i sprawozdawczość). Przy czym 1 edycja wraz z jej rozliczeniem może trwać ok. 10 - 11 miesięcy (ok. 7 - 8 miesięcy część merytoryczna (zjazdy) oraz ok. 3 - 4 miesiące ostateczne rozliczenie edycji po jej zakończeniu). Z powyższego wynika, że Odwołujący nie zapewnił nawet minimalnych środków w ramach zadań 3 i 4 na pokrycie kosztów wynagrodzeń osobowych zgodnie z postanowieniami OPZ na okres realizacji poszczególnych edycji projektu AMI w celu zapewnienia należytego wykonania zamówienia. Ponadto z poziomu przewidzianych w ofercie kwot 12 000 zł i 750 zł wynika, że Odwołujący nie zapewnił środków na wynagrodzenia innych członków personelu, o których pisze w złożonych wyjaśnieniach, np. rekruterów, specjalistów ds. marketingu, grafika. Odwołujący nie zapewnił również środków na szereg działań wynikających ze złożonej „Koncepcji rekrutacji”, co sam potwierdził pisząc w odwołaniu, że wycena została określona na zasadzie ryzyka. Zamawiający zauważył, że za błędne należy uznać stwierdzenie Odwołującego, że: „Zamawiający upraszczając stwierdzenia wykonawcy wywiódł z wyjaśnień w sposób nieuprawniony jakoby rekrutacja opisana na kilkudziesięciu stronach koncepcji załączonej do oferty polegała na kilku wiadomościach e-mail i połączeniach telefonicznych”, bowiem to sam Odwołujący zakłada, że rekrutacja odbędzie się w sposób „szybki i niedrogi”, „niejako „od ręki” poprzez użycie podstawowych metod jak np. konsultacje telefoniczne czy wiadomości bezpośrednie”, co wskazał również w wyjaśnieniach z 14.03.2022, pisząc „... co oznacza, że jedynym kosztem będzie przesłanie informacji drogą mailową i wykonanie jednego lub kilku połączeń telefonicznych” (strona 4 wyjaśnień z 14.03.2022). Z powyższego wynika, że zaproponowane przez Odwołującego ceny jednostkowe P 300 zł i S 50 zł nie są cenami rynkowymi, w odniesieniu do których można zakładać, że pokryją one koszty realizacji przedmiotowych zadań bez poniesienia straty. W tym kontekście jest oczywistym, że założony zysk na poziomie 10 zł za 1 zrekrutowane przedsiębiorstwo nie ma charakteru rynkowego. Kolejną przesłanką, mogącą zdaniem Zamawiającego świadczyć o tym, iż Odwołujący mógł dopuścić się w ramach niniejszego postępowania czynu nieuczciwej konkurencji jest fakt, że w unieważnionym z przyczyn formalnych postępowaniu p/101/DRK/2021 „Świadczenie kompleksowych usług szkoleniowych na rzecz Uczestników biorących udział w IV, V oraz VI edycji programu Akademia Menadżera Innowacji (AMI)”, które dotyczyło tej samej usługi, co aktualne postępowanie p/13/DRK/2022, Odwołujący zaproponował zupełnie inne ceny jednostkowe za zadania 3 i 4. W postępowaniu p/101/DRK/2021, które zostało ogłoszone w listopadzie 2021, jako cenę jednostkową P wskazał 1 000 zł (różnica 700 zł w stosunku do aktualnej ceny) oraz jako cenę jednostkową S również 1 000 zł (różnica 950 zł w stosunku do aktualnej ceny). Zamawiający po unieważnieniu postępowania dokonał zmiany w SWZ w zakresie kryteriów oceny ofert, w tym punktowania cen za cenę P i S. Wykonawca wykorzystując to dokonał więc wyceny tych usług tak aby uzyskać wyższą liczbę punktów. (Dowód: 1) SWZ postępowania p/101/DRK/2021 - załącznik nr 5 do odpowiedzi na odwołanie, 2) Oferta Odwołującego do postępowania p/101/DRK/2021 - załącznik nr 6 do odpowiedzi na odwołanie). Odwołujący uczestniczył również w postępowaniu na drugą, obok szkoleniowej, usługę realizowaną w ramach projektu Akademia Menadżera Innowacji, tj. usługę doradczą (postępowanie p/96/DRK/2021 „Świadczenie kompleksowych usług doradczych na rzecz przedsiębiorstw biorących udział w IV, V i VI Edycji programu Akademia Menadżera Innowacji (AMI)”. Postępowanie to zostało ogłoszone w październiku 2021 r. W ramach usługi doradczej

występuje bardzo zbliżony zakres zadań związanych z obsługą administracyjną przedsiębiorstw oraz sprawozdawczością, a także rekrutacją. W postępowaniu p/96/DRK/2021 Odwołujący zaproponował cenę jednostkową 2 500 zł dla IV edycji i 3 000 zł dla V i VI edycji za obsługę administracyjną i sprawozdawczość (vs. 300 zł w usłudze szkoleniowej) oraz 2 000 zł dla IV - VI edycji za rekrutację 1 przedsiębiorstwa (vs. 50 zł w usłudze szkoleniowej). (Dowód: Oferta Odwołującego do postępowania p/96/DRK/2021 - fragment formularza ofertowego zawierający ceny za rekrutację oraz obsługę administracyjną i sprawozdawczość - załącznik nr 7 do odpowiedzi na odwołanie). W świetle powyższego jest niezrozumiałe, jak Odwołujący, który bazując na swojej wiedzy i doświadczeniu oraz znajomości swojej organizacji, a także podchodząc rzetelnie i racjonalnie do wyceny proponowanych przez siebie usług, może w krótkim czasie wycenić tak rozbieżnie ten sam zakres usług, obniżając ich cenę w tak istotny sposób, jak nastąpiło to w ramach postępowania p/13/DRK/2022. Należy również zauważyć, że w lutym 2022 r., gdy składana była oferta w przedmiotowym postępowaniu były już dostrzegalne zmiany inflacyjne, co tym bardziej nie tłumaczy możliwości tak istotnego obniżenia cen przez

Wykonawcę. Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący kierował się w tym zakresie przede wszystkim chęcią pozyskania przedmiotowego zamówienia, proponując ceny, które nie pokrywają kosztów realizacji zadań tego zamówienia i w ten sposób chciał świadomie doprowadzić do eliminacji innych przedsiębiorców. Okoliczność tę potwierdza fakt, że zniżenie badanych cen jednostkowych P i S prowadziło do pozyskania dodatkowych punktów w ramach oceny ofert, w związku z wprowadzeniem w ramach postępowania p/13/DRK/2022 dodatkowych w stosunku do postępowania p/101/DRK/2021 kryteriów oceny, tj.: kryterium 5 Wartość za 1 przedsiębiorstwo za realizację Zadań 3 i 4, zgodnie z opisem w pkt. VIII OPZ (z wyłączeniem pkt. VIII.4.15. - VIII.4.17. OPZ) dla IV, V oraz VI edycji AML (średnia pozycji P1 - P18 w Formularzu ofertowym) oraz kryterium 6 Wartość za zrekrutowanie 1 przedsiębiorstwa zgodnie z opisem w pkt. VIII.4.15. - VIII.4.17. OPZ dla IV, V oraz VI edycji AML (średnia pozycji S1 - S18 w Formularzu ofertowym). W ramach obydwu kryteriów w postępowaniu p/13/DRK/2022 Wykonawca mógł otrzymać maksymalnie 8 punktów. W tym kontekście jest ewidentne, że Odwołujący świadomie zaniżył w odniesieniu do unieważnionego postępowania p/101/DRK/2021 ceny P do 300 zł i S do 50 zł, w celu pozyskania maksymalnej liczby punktów za kryterium oceny nr 5 i kryterium oceny nr 6 utrudniając w ten sposób dostęp do rynku innym przedsiębiorcom.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp przez wybór oferty najkorzystniejszej z naruszeniem zasad równego traktowania wykonawców, pomimo, iż nie była to oferta najkorzystniejsza w postępowaniu Zamawiający wniósł o jego nieuwzględnienie. Odwołujący w żaden sposób nie określił bowiem na czym polegały, jego zdaniem naruszenia w powyższym zakresie. Jest to zarzut gołosłowny.

Do pisma zostały m.in. załączone: Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej

przekazana wykonawcom w dniu 20.05.2022 r. wraz z kartami oceny ofert, SWZ w postępowaniu p/101/DRK/2021, oferta Odwołującego złożona w postępowaniu p/101/DRK/2021, oferta Odwołującego złożona w postępowaniu p/96/DRK/2021 - fragment formularza ofertowego zawierający ceny za rekrutację oraz obsługę administracyjną i sprawozdawczość.

Na rozprawie Strony podtrzymały swoje stanowiska.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego oraz dowody załączone do złożonych pism.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska Stron, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał m.in., że złożył ofertę, której treść odpowiada treści SWZ, natomiast w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp może ponieść szkodę. Gdyby Zamawiający nie dokonał bezpodstawnej czynności odrzucenia jego oferty, to zostałaby ona poddana ocenie w oparciu o kryteria oceny ofert dając szansę wykonawcy na uzyskanie zamówienia. Poprzez zaniechanie prawidłowej oceny

ofert Zamawiający doprowadził do sytuacji, w której Odwołujący może utracić szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, gdyż efektem zaniechań Zamawiającego może być uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały bowiem wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania mógłby liczyć na zawarcie umowy i uzyskanie korzyści z niej wynikających.

2 czerwca 2022 r. Wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo Instytutu Kreowania Przedsiębiorczości Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zawierające oświadczenie o przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Niezależnie od uchyleń zgłoszenia polegających na braku wymaganych załączników, Izba ustaliła, że w postępowaniu nie występuje taki wykonawca. Oferta została bowiem złożona przez konsorcjum, w skład którego wchodzi ww. podmiot oraz Dream World K. W., Laski, ul. Partyzantów 12, 05-080 Izabelin W zgłoszeniu przystąpienia nie występuje wskazanie, że zgłaszający występuje również w imieniu członka konsorcjum. Stosownie natomiast do art. 525 ustawy Pzp zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego przysługuje wykonawcy, przez którego na tym etapie postępowania należy rozumieć podmiot, który złożył ofertę w postępowaniu. Zgodnie z art. 58 ust. 1, 2 i 5 ustawy Pzp wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia i w takim przypadku ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu albo do reprezentowania ich w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, a przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Skoro zgłaszający przystąpienie uczynił to, jak wskazuje treść pisma, tylko w imieniu jednego z partnerów konsorcjum, zgłoszenie należy uznać za nieskuteczne.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z § 1 ust. 1 wzoru umowy stanowiącej załącznik nr 4 do SWZ zawierającego opis przedmiotu umowy:

1. Przedmiotem umowy jest pozyskiwanie i zakontraktowanie kadry merytorycznej na potrzeby świadczenia kompleksowych usług szkoleniowych na rzecz Uczestników biorących udział w IV edycji programu Akademia Menadżera Innowacji (AMI) oraz wsparcie rekrutacji tych przedsiębiorstw, poprzez realizację następujących zadań:

1) Zadanie I: zapewnienie kadry merytorycznej AMI poprzez pozyskanie i zakontraktowanie na potrzeby realizacji IV Edycji programu AMI prelegentów zagranicznych lub krajowych, wykładowców, warsztatowców (osób prowadzących warsztaty) oraz metodyków z zakresu metody tworzenia i wdrażania innowacji w przedsiębiorstwach, zgodnie z opisem w pkt II.1.1 i VIII.1 Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej zwanego: OPZ); Zamawiający dopuszcza realizację niniejszego zadania w dwóch wariantach (A oraz B)

2) Zadanie II: zapewnienie kompleksowej technicznej organizacji IV Edycji programu AMI poprzez: organizację zjazdu otwierającego, 6 zjazdów tematycznych, zjazdu podsumowującego oraz zjazdu zamykającego; Zamawiający dopuszcza realizację niniejszego zadania w dwóch wariantach (A lub B) zgodnie z opisem w pkt. II.1.2, II.1.3, VIII.2 i VIII.3 OPZ;

3) Zadanie III: wsparcie rekrutacji przedsiębiorców do IV edycji programu AMI zgodnie z pkt. VI.2 OPZ oraz zawarcie i rozliczenie umów o dostarczenie usług szkoleniowych z przedsiębiorstwami biorącymi udział w IV Edycji, w tym wystawianie faktur na te przedsiębiorstwa w celu otrzymania przez Wykonawcę wpłaty wymaganego wkładu własnego przedsiębiorstw, a po kolejnych zjazdach weryfikowanie spełnienia przez poszczególnych Uczestników programu AMI warunków udziału w programie, w szczególności w zakresie braku przekroczenia liczby dopuszczalnych nieobecności przez poszczególnych Uczestników programu AMI, a także sprawowanie opieki i zapewnianie obsługi Uczestnikom programu AMI w związku z ich udziałem w poszczególnych zjazdach zgodnie z opisem w pkt. II.1.4, VI.5 i VIII.4 OPZ;

4) Zadanie IV: prowadzenie sprawozdawczości na rzecz Zamawiającego, zgodnie z opisem w pkt. II.1.5 i VIII.5 OPZ, w tym sporządzanie raportów okresowych i końcowego za poszczególne czynności zrealizowane przez Wykonawcę w ramach

realizacji przedmiotu zamówienia oraz rozliczanie realizacji zamówienia.

Zgodnie z rozdziałem XIV. SWZ Kryteria oceny ofert:

1. Przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający będzie kierować się następującymi kryteriami i ich znaczeniem oraz w następujący sposób będzie oceniać oferty w poszczególnych kryteriach:

| L.p. | Kryterium | Waga |
|-------|---|------|
| 1 | Cena: koszt realizacji Zamówienia, tj. IV edycji programu AMI brutto (wszystkie pozycje U1+U2+U3+U10+U11+U12 w Formularzu ofertowym) - Załącznik nr 2 do SWZ | 20 |
| 2 | Cena: za zamówienie z Prawa Opcji tj. V edycji programu AMI brutto (wszystkie pozycje U4+U5+U6+U13+U14+U15 w Formularzu ofertowym) - Załącznik nr 2 do SWZ | 12 |
| 3 | Cena: za zamówienie z Prawa Opcji tj. VI edycji programu AMI brutto (wszystkie pozycje U7+U8+U9+U16+U17+U18 w Formularzu ofertowym) - Załącznik nr 2 do SWZ | 8 |
| 4 | Wysokość marży w % dla Zadania 1 „Zapewnienie kadry merytorycznej AMI” dla IV, V oraz VI edycji AMI (średnia pozycji A1 - A18 w Formularzu ofertowym) - Załącznik nr 2 do SWZ | 4 |
| 5 | Wartość za 1 przedsiębiorstwo za realizację Zadań 3 i 4, zgodnie z opisem w pkt. VIII OPZ (z wyłączeniem pkt. VIII.4.15. - VIII.4.17. OPZ) dla IV, V oraz VI edycji AMI (średnia pozycji P1 - P18 w Formularzu ofertowym) - Załącznik nr 2 do SWZ | 4 |
| 6 | Wartość za zrekrutowanie 1 przedsiębiorstwa zgodnie z opisem w pkt. VIII.4.15. - VIII.4.17. OPZ dla IV, V oraz VI edycji AMI (średnia pozycji S1 - S18 w Formularzu ofertowym) - Załącznik nr 2 do SWZ | 4 |
| 7 | Koncepcja realizacji zadania dotyczącego kompleksowej organizacji dwudniowego zjazdu otwierającego oraz jednodniowego zjazdu zamykającego cykl programu AMI | 15 |
| 8 | Koncepcja realizacji zadania dotyczącego rekrutacji przedsiębiorców do programu AMI | 15 |
| 9 | Liczba zadeklarowanych przedsiębiorców zrekrutowanych | 15 |
| 10 | Zatrudnienie na umowę o pracę 1 osoby z niepełnosprawnościami | 3 |
| RAZEM | | 100 |

Oferta złożona w postępowaniu przez Odwołującego w odniesieniu do:

Zadanie 3 - Wsparcie rekrutacji przedsiębiorców oraz zapewnienie kompleksowej obsługi administracyjnej przedsiębiorstw oraz Uczestników biorących udział w IV edycji programu AMI
Zadanie 4- Prowadzenie sprawozdawczości na rzecz Zamawiającego zawierała wycenę:

Poz. 6. Wartość zamówienia za realizację Zadań 3 i 4, zgodnie z opisem w pkt VIII OPZ (z wyłączeniem pkt VIII.4.15-VIII.4.17.OPZ) - P1 300,00 PLN, zaś dla:

Zadanie 3 - Wsparcie rekrutacji przedsiębiorców oraz zapewnienie kompleksowej obsługi administracyjnej przedsiębiorstw oraz Uczestników biorących udział w IV edycji programu

AMI

Poz. 2 - Wartość zrekrutowania 1 przedsiębiorstwa zgodnie z opisem pkt VIII.4.15-

VIII.4.17.OPZ - S1 50,00 PLN

W wezwaniu do wyjaśnień ceny, skierowanym do Odwołującego 23 lutego 2022 r.,

Zamawiający podał:

Zamawiający, po zapoznaniu się z ofertą Wykonawcy, powziął wątpliwość co do możliwości

wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, w szczególności zaoferowania w formularzu ofertowym ceny jednostkowej za realizację zamówienia Zadań 3 i 4 (Cena P. w każdym Schemacie Wariantu A i B) oraz ceny jednostkowej za Wartość zrekrutowania 1 przedsiębiorstwa (Cena S. w każdym Schemacie Wariantu A i B).

Oferta Wykonawcy za realizację ww. usług wydaje się być rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz pozostałych ofert otrzymanych w postępowaniu.

Tym samym, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), z uwagi, że powyższe ceny wydają się rażąco niskie, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia powyższych cen, stanowiące istotną część składową ceny zaoferowanej za wykonanie zamówienia.

Wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności:

- zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług;
- wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków usług;
- oryginalności usług oferowanych przez wykonawcę;
 - zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
 - zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
 - zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
 - wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zgodnie z linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej wyjaśnienia wykonawcy w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu (lub ich istotnych części składowych) muszą być konkretne, rzeczowe, wyczerpujące, odpowiednio umotywowane, wykazujące, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaoferowaną cenę. Złożone wyjaśnienia winny być poparte dowodami. Powyższe potwierdza m.in.

Wyrok KIO z dnia 16 marca 2021 roku, sygn. akt: KIO 600/21, w którym Izba stwierdziła, że: "w sytuacji gdy zaistnieją przesłanki do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 lub 2 PrZamPubl, wykonawca został ustawowo zobowiązany do wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny oznacza obciążenie wykonawcy ciężarem dowodu w zakresie wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Na powyższe wskazuje wprost art. 224 ust. 5 PrZamPubl. Wyjaśnienia wykonawcy co do zasady muszą być konkretne, wyczerpujące, odpowiednio umotywowane, rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę, wykazujące, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. (...)

Wyjaśnienia prosimy przesłać na adres e-mail: lub złożyć za pośrednictwem Platformy, o której mowa w SWZ w terminie do dnia 01.03.2022 r.

Odwołujący za pismem z 28 lutego 2022 r. złożył wyjaśnienia, zastrzegając je jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z 9 marca 2022 r. Zamawiający ponownie wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień wskazując:

Na podstawie art. 223 ust. 1 w związku art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) Zamawiający wzywa do doprecyzowania wyjaśnień złożonych w zakresie rażąco niskiej ceny, dotyczących ceny jednostkowej za realizację zamówienia Zadań 3 i 4 (Cena P. w każdym Schemacie Wariantu A i B) oraz ceny jednostkowej za Wartość zrekrutowania 1 przedsiębiorstwa (Cena S. w każdym Schemacie Wariantu A i B).

Wykonawca w wyjaśnieniach napisał: w cenie tej został uwzględniony pełen zakres zamówienia obejmujący Zadania 3 i 4 oraz rekrutację przedsiębiorstw, zgodnie z dokumentacją przedmiotowego postępowania, w tym z SWZ i OPZ. Dodatkowo wskazał kilkakrotnie, że posiada niezbędne zasoby ludzkie, wypracowane kanały informacyjne i komunikacyjne, że zrekrutowanie odbędzie się przy minimalnych kosztach.

Zamawiający analizując załączoną „Koncepcję realizacji zadania dotyczącego rekrutacji przedsiębiorców do programu AML” zauważył, że Wykonawca zawarł szereg elementów, według Zamawiającego generujących koszty w ramach zadania dotyczącego rekrutacji przedsiębiorstw do poszczególnych edycji projektu AML a w wyjaśnieniach nie odniósł się do tych elementów. Są to m.in.:

- koszty osobowe (np. telemarketerzy, rekruterzy)
- koszty dojazdów do potencjalnych uczestników projektu, w przypadku spotkań
 - osobistych - koszty prowadzenia infolinii dotyczącej projektu AML - dedykowany numer telefonu
- koszty kampanii informacyjno - rekrutacyjnej
- plakaty informacyjne
- broszury
- ulotki
- wizytówki
- koszty uruchomienia i prowadzenia strony internetowej
- płatne kampanie reklamowe Google - PPC
 - artykuły sponsorowane (przy braku zainteresowania ze strony mediów na publikację nieodpłatną)
- artykuły w social mediach - kanał na platformie youtube - reklamy na portalu facebook.

Ponadto w wyjaśnieniach Wykonawca dołączył oświadczenia 6 podmiotów, Zamawiający prosi o wyjaśnienie na jakich zasadach w realizacji zamówienia (podwykonawstwo, podmiot trzeci) będą brały udział wymienione podmioty.

Wyjaśnienia prosimy przesłać na adres e-mail: lub złożyć za pośrednictwem Platformy, o której mowa w SWZ w terminie do dnia 14.03.2022 r.

Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie złożył pismo z 14 marca 2022 r., którego treść zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W informacji o wyniku postępowania Zamawiający wskazał:

I. Działając na podstawie art. 253 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „uPzp”, Zamawiający informuje, że w postępowaniu, jako najkorzystniejszą, wybrano ofertę złożoną

przez: Podmioty wspólnie ubiegające się o zamówienie:

1. Instytut Kreowania Przedsiębiorczości Sp. z o.o.

ul. Świeradowska 47,

02-662 Warszawa

2. Dream World K. W.

Laski, ul. Partyzantów 12,

05-080 Izabelin

Uzasadnienie faktyczne przyznanej punktacji:

Oferta uzyskała najwyższą liczbę punktów (92,86) w ramach kryteriów oceny ofert oraz odpowiada wymogom określonym w Specyfikacji Warunkach Zamówienia i „uPzp”.

W postępowaniu złożonych zostało 6 ofert. Zamawiający poniżej podaje przyznaną punktację w kryteriach oceny ofert. (.)

V Zamawiający informuje, że na podstawie art 226 ust. 1 pkt 8 uPzp, odrzucił ofertę nr 3 złożoną przez Wykonawcę: **PODMIOTY WSPÓLNIE UBIEGAJĄCE SIĘ O ZAMÓWIENIE:** Instytut ADN Sp. z o.o. Sp.k. ul. Grzybowska 56, 00-844 Warszawa ADN Centrum Konferencyjne Sp. z o.o. Sp.k. ul. Grzybowska 56, 00-844 Warszawa

Uzasadnienie prawne:

W myśl art. 226 ust. 1 pkt 8 uPzp

„Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (..) 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia”

W myśl art. 224 ust. 6 uPzp odrzuceniu, (.) jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu”.

Uzasadnienie faktyczne:

Co do zasady ustalenia, co do rażąco niskiej ceny można odnosić do oferowanych cen jednostkowych, dotyczy to sytuacji, gdy mogą one zaważyć na należywym wykonaniu przyszłej umowy. Zamawiający, w związku z okolicznością, że ceny jednostkowe budziły wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia przez Wykonawcę, w dniu 23 lutego 2022 r. zwrócił się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia istotnych części składowych ceny oferty za realizację zamówienia Zadań 3 i 4 (Cena P. w każdym Schemacie Wariantu A i B) oraz ceny jednostkowej za Wartość zrekrutowania 1 przedsiębiorstwa (Cena S. w każdym Schemacie Wariantu A i B) .

Wykonawca w dniu 1 marca br. złożył wyjaśnienia.

Jednakże istotą wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie jest analiza orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, czy sądów powszechnych, kiedy występuje rażąco niska cena, ale przedstawienie przez Wykonawcę konkretnych wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana cena nie stanowi rażąco niskiej ceny. Tym samym złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia, które dodatkowo charakteryzują się wysokim poziomem ogólności, nie pozwalają Zamawiającemu na ustalenie w jakim stopniu poszczególne okoliczności, czy też elementy składowe mogłyby wpływać na zaoferowaną cenę. Obowiązkiem Wykonawcy było przedstawienie Zamawiającemu składników istotnych dla prawidłowej realizacji zamówienia oraz wykazanie indywidualnych czynników wpływających na to, że mógł zaoferować tak niską cenę. Zamawiający powinien mieć

wykazane przez Wykonawcę, jakiej wysokości są koszty, których rodzaje wylicza, co dane kategorie kosztów zawierają, dlaczego są one tak niskie, jakie konkretnie zaszyły sprzyjające i dostępne warunki cenotwórcze i o jaką kwotę pozwoliły Wykonawcy obniżyć cenę oferty.

Wyjaśnienia wykonawcy nie mogą mieć charakteru ogólnego, np. ograniczać się do zapewnienia, że Wykonawca będzie w stanie wykonać zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. Wykonawca jest zobowiązany szczegółowo wskazać konkretne, dające się zweryfikować czynniki umożliwiające mu skalkulowanie ceny lub kosztu na niskim poziomie. Konieczne jest ponadto wyjaśnienie, w jakim stopniu dany czynnik wpłynął na obniżenie ceny.

Zamawiającemu nie mogą wystarczyć „standardowe” stwierdzenia, w postaci: posiadanego przez Wykonawcę doświadczenia: -od blisko 15 lat realizuje szeroki zakres usług doradczych i szkoleniowych w ramach ogólnopolskich projektów skierowanych do licznych grup odbiorców, Wynagrodzenie wskazanych osób nie narusza zapisów art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu. Wykonawca nie może opierać swoich wyjaśnień tylko na dotychczasowym doświadczeniu w realizacji podobnych usług. Wezwanie do wyjaśnień obliguje Wykonawcę do przedstawienia szczegółowych wyliczeń i poparcia ich dowodami potwierdzającymi ich realność.

Tymczasem Wykonawca opiera swoje wyjaśnienia na ogólnych twierdzeniach, które nie są poparte żadnymi obiektywnymi dowodami. Wykonawca w wyjaśnieniach napisał m.in.: w cenie tej został uwzględniony pełen zakres zamówienia obejmujący Zadania 3 i 4 oraz rekrutację przedsiębiorstw, zgodnie z dokumentacją przedmiotowego postępowania, w tym z SWZ i OPZ. Dodatkowo wskazał kilkakrotnie, że posiada niezbędne zasoby ludzkie - pracowników o wysokich kompetencjach i doświadczeniu, sieć biur regionalnych, wypracowane kanały informacyjne i komunikacyjne, wypracowane schematy, wskazał również że zrekrutowanie odbędzie się przy minimalnych kosztach. Wykonawca nie poparł jednak swoich twierdzeń żadnymi kalkulacjami kosztów i zysku. Dodatkowo Wykonawca pomija poziom złożoności zamówienia, którego potwierdzeniem jest chociażby poziom złożoności wzoru samej oferty. Wykonawca błędnie ocenia również zadanie dot. rekrutacji jako poboczne. Zadanie rekrutacji jest niezaprzeczalnie zadaniem krytycznym dla powodzenia poszczególnych edycji, jak i całości projektu, co potwierdzają doświadczenia Zamawiającego w realizacji poprzednich edycji.

Regulacje dotyczące rażąco niskiej ceny mają na celu zabezpieczenie Zamawiającego (w tym interesu publicznego), przed koniecznością zawierania umowy z Wykonawcą oferującym cenę na tyle niską, iż wątpliwym wydaje się, że Wykonawca ten wykona umowę, ewentualnie, iż wykona ją należycie.

Zamawiający na podstawie cen ofert złożonych w ramach postępowania p/13/DRK/2022 stwierdził, że proponowane stawki w zakresie ceny P 300,00 zł (Wartość zamówienia za realizację Zadań 3 i 4, zgodnie z opisem w pkt. VIII OPZ z wyłączeniem pkt. VIII.4.15. - VIII.4.17. OPZ)) i ceny S 50,00 zł (Wartość zrekrutowania 1 przedsiębiorstwa zgodnie z opisem w pkt. VIII.4.15. - VIII.4.17. OPZ) nie są stawkami rynkowymi i są ponad 3 razy niższe od średniej arytmetycznej w przypadku ceny P oraz ponad 20 razy niższe od średniej arytmetycznej w przypadku ceny S wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu. Na podstawie otrzymanych ofert Zamawiający określił uśrednioną cenę dla ceny P na poziomie 1 074,72 zł oraz dla ceny S na poziomie 1 068,52 zł. Ceny proponowane przez Wykonawcę są rażąco niższe od wskazanej średniej. Biorąc pod uwagę średnią oraz charakter i złożoność projektu, który jest przedmiotem zamówienia, Zamawiający stwierdza, że ceny proponowane przez Wykonawcę nie dają podstaw do uznania ich za rynkowe oraz nie pozwalają uznać, że Wykonawca jest w stanie zrealizować zadania za podaną cenę.

Przedstawienie oświadczeń od podmiotów zewnętrznych nie jest dowodem na to, że Wykonawca jest w stanie zrealizować należycie zamówienie po cenach zawartych w ofercie Wykonawcy. Dodatkowo Wykonawca zakłada, że będzie realizował zamówienie w oparciu o zasoby własne, którymi dysponuje, podkreśla też wieloletnie doświadczenie w realizacji podobnych zamówień, posiada więc niezbędną wiedzę w zakresie kosztów poszczególnych elementów zamówienia oraz zysku jaki zakłada. Przedstawianie w celu udowodnienia własnej ceny ofertowej oświadczeń podmiotów zewnętrznych, zamiast kalkulacji własnych jest nieadekwatne i nie potwierdza rzetelności i racjonalności przyjętych cen ofertowych.

Analizując poszczególne ceny jednostkowe przedstawione w ofercie Wykonawcy stwierdzić należy, że istotne części składowe ceny zawarte w kosztorysie są rażąco niskie, będąc cenami nierynkowymi, nieprzystającymi do realnych kosztów jakie należało przyjąć wyceniając usługi zgodnie z dokumentacją przetargową, jak i przepisami uPzp, co powoduje rażące zaniżenie cen jednostkowych. Tym bardziej prawidłowe, realne i zgodne z

rzeczywistością ustalenie cen jednostkowych przez wykonawców ma istotne znaczenie z punktu widzenia przyjętego na potrzeby realizacji niniejszego zamówienia sposobu wypłaty wynagrodzenia ustalanego w oparciu o ceny jednostkowe wskazane w ofercie dla poszczególnych zadań, których zakres został szczegółowo określony przez Zamawiającego w OPZ.

W związku z wątpliwościami Zamawiający wezwał do doprecyzowania przedstawionych wyjaśnień.

Zamawiający analizując załączoną „Koncepcję realizacji zadania dotyczącego rekrutacji przedsiębiorców do programu AML” zauważył, że Wykonawca zawarł szereg elementów, według Zamawiającego generujących koszty w ramach zadania dotyczącego rekrutacji przedsiębiorstw do poszczególnych edycji projektu AML, a w wyjaśnieniach nie odniósł się do tych elementów. Są to m.in.:

- koszty osobowe (np. telemarketerzy, rekruterzy)
 - koszty dojazdów do potencjalnych uczestników projektu, w przypadku spotkań osobistych
- koszty prowadzenia infolinii dotyczącej projektu AML - dedykowany numer telefonu
- koszty kampanii informacyjno - rekrutacyjnej
- plakaty informacyjne
- broszury
- ulotki
- wizytówki
- koszty uruchomienia i prowadzenia strony internetowej
- płatne kampanie reklamowe Google - PPC
 - artykuły sponsorowane (przy braku zainteresowania ze strony mediów na publikację nieodpłatną)
- artykuły w social mediach - kanał na platformie youtube - reklamy na portalu facebook.

Pismo otrzymane w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień nie zawiera żadnych konkretnych informacji, które pozwoliłyby na ustalenie, że Wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie po cenach zawartych w ofercie. Po raz kolejny Wykonawca nie przedstawia żadnych dowodów i kalkulacji, które potwierdzałyby, że elementy zamówienia mogą być wykonane w ramach zaproponowanych cen. Ponadto należy zwrócić uwagę, że Wykonawca nie wyjaśnia w piśmie stwierdzonych niejasności, a wręcz wywołuje dodatkowe wątpliwości - Wykonawca przedstawia jedynie ogólnikowe stwierdzenia o tym, że wymienione koszty są elementem prowadzonej działalności, a koszty osobowe mieszczą się w ramach wyodrębnionego własnego zespołu, jednakże bez jakiegokolwiek możliwości dla Zamawiającego, aby stwierdzić, że zaoferowane ceny pokrywają te koszty.

W zakresie wątpliwości odnośnie Ceny S tj. kwoty rekrutacji 1 przedsiębiorstwa Wykonawca jedynie stwierdza, że koszty przeprowadzenia rekrutacji w zaoferowanym zakresie nie przekroczą podanej kwoty brutto. Poza ogólnikowym stwierdzeniem brak jest jakichkolwiek elementów, które pozwoliłyby Zamawiającemu na potwierdzenie tego faktu na etapie oceny.

Jednocześnie Wykonawca kilkakrotnie stwierdza, że realizacja zadań związanych z projektem AML nie powoduje dodatkowych kosztów np. w zakresie prowadzenia infolinii,

zatrudnianej kadry, czy prowadzonej kampanii informacyjno - rekrutacyjnej. Nie przedstawia jednak na to żadnych dowodów. Ponadto stwierdzenie takie nie zwalnia jednak Wykonawcy z obowiązku przedstawienia kalkulacji kosztów choćby jako proporcji w odniesieniu do stałych kosztów działalności Wykonawcy. Takich danych również brak w wyjaśnieniach

Wykonawcy. Na kilkunastu stronach wyjaśnień otrzymanych w ramach obu wezwań nie ma żadnych danych liczbowych odnoszących się do kosztów czy zysku. Wykonawca posługuje się wyłącznie ogólnikami, których w żaden sposób nie udowadnia i które w żaden sposób nie są weryfikowalne. Dla przykładu, Wykonawca wskazuje na korzystne umowy dot. realizacji kampanii promocyjnych, jednak nie precyzuje jakie oszczędności powstają w związku z tym dla kosztów realizacji zamówienia. Odwołuje się do Zespołu ds. rekrutacji i marketingu, wskazując, że koszt zamyka się proporcjonalnie w zakresie 0,25% kosztu prowadzonych działań rekrutacyjnych przez ten zespół, ale nie podaje konkretnej kwoty tego kosztu. Wskazuje na możliwość wykonania materiałów promocyjnych w ramach posiadanych zasobów kadrowych i technicznych, jednak nie określa kosztu tych działań, kwitując, że jest on niepoliczalny. Wskazuje na zaangażowanie własnych pracowników w realizację zadań, nie określając równocześnie ich zaangażowania w realizację projektu i związanego z tym proporcjonalnego kosztu, bazującego na rzeczywistych wynagrodzeniach zatrudnianych osób. Ogranicza się wyłącznie do ogólnikowego stwierdzenia, że „Wynagrodzenie wskazanych osób nie narusza zapisów art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu”. Ponadto wskazuje, że działania rekrutacyjne do projektu będą prowadzone w ramach większych kampanii rekrutacyjnych, co budzi uzasadnione wątpliwości, co do efektywności prowadzonych w ten sposób działań, które nie uwzględniają specyficznego charakteru projektu i jego grupy docelowej. Doświadczenie Zamawiającego w realizacji projektu będącego przedmiotem niniejszego zamówienia nie potwierdza również twierdzenia Wykonawcy, że kampania rekrutacyjna może ograniczyć się do kilku wiadomości mailowych czy połączeń telefonicznych.

Należy również zauważyć, że poszczególne twierdzenia Wykonawcy zawarte w obu pismach stoją ze sobą w sprzeczności. Wykonawca stwierdza m.in., że „Koszt rekrutacji jest więc raczej określony szacunkowo, jako wartość wyodrębniona z kosztów stałych wykonawcy, stąd nie ma możliwości, aby rozpiąć precyzyjnie tę wartość na poszczególne koszty konkretnych wskazanych w wezwaniu czynności”, co stoi w sprzeczności z twierdzeniem, że Wykonawca potwierdza, że „zaoferowana cena jednostkowa obejmuje wszystkie koszty i składniki cenotwórcze związane z realizacją zadań w zakresie: Zadania 3 i 4 oraz z rekrutacją przedsiębiorstw, zgodnie z SWZ i OPZ. Tym samym, w cenie tej został uwzględniony pełen zakres zamówienia obejmujący Zadania 3 i 4 oraz rekrutację przedsiębiorstw, zgodnie z dokumentacją przedmiotowego postępowania, w tym z SWZ i OPZ”. Stoi to również w sprzeczności z twierdzeniem Wykonawcy, że: „koszty rekrutacji w zakresie wskazanym w ofercie nie przekroczą 50 zł brutto w przeliczeniu na jedno przedsiębiorstwo”. Skoro Wykonawca nie jest w stanie wskazać kosztów konkretnych czynności, składających się na realizację poszczególnych zadań, nie można uznać za pewne, że Wykonawca zawarł w zaoferowanej cenie wszystkie niezbędne elementy i że pozwoli ona na należyte wykonanie zadania rekrutacji.

W tym kontekście, dodatkowe wątpliwości co do wartości dowodowej przedstawionych przez Zamawiającego oświadczeń podmiotów zewnętrznych budzi fakt, w jaki sposób podmioty zewnętrzne były w stanie jednoznacznie obliczyć koszty, których to kosztów nie jest w stanie obliczyć sam Wykonawca. Jest nieracjonalne założenie, że podmioty zainteresowane zamówieniem w stopniu bardzo ograniczonym lub żadnym, są w stanie bardziej precyzyjnie obliczyć koszt zadań projektu, niż sam Wykonawca i że dodatkowo wszystkie te podmioty charakteryzują się taką samą strukturą kosztów, co sugerują otrzymane identyczne ceny za wykonanie poszczególnych zadań oferty.

Wykonawca w wyjaśnieniach stwierdza także, że „na potwierdzenie pozyskanych wyżej informacji, dokonał również szacowania kosztów i proporcjonalnego ich wyliczenia w oparciu o prowadzone dotychczas i zakończone projekty. Po raz kolejny jest to jednak twierdzenie, które nie znajduje potwierdzenia w żadnym zestawieniu dokonanych kalkulacji. Wykonawca nie wskazał również żadnych kalkulacji na potwierdzenie treści zawartych w oświadczeniu Dyrektora jednego z własnych wydziałów, które stanowiły podstawę do złożenia przez tę osobę oświadczenia. Twierdzenia Wykonawcy nie są w żaden sposób weryfikowalne i nie zostały w żaden sposób potwierdzone dowodami.

Jak sam Wykonawca w wyjaśnieniach zauważa „Pojęcia rażąco niskiej ceny nie definiuje ustawa Pzp ani przepisy dyrektyw UE, jednakże zgodnie z poglądami doktryny i orzecznictwa za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień tj. cenę, wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia (wyrok KIO 992/19, wyrok KIO 451/21, opinia UZP pt. „Rażąco niska cena” -).

Mając też na uwadze przytoczone przez Wykonawcę orzecznictwo, że „każdy przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji oraz wartość zamówienia należy rozpatrywać indywidualnie (tak też: postanowienie Sądu Okręgowego z Poznania z dnia 17.01.2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05)” Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy o

potwierdzenie struktury kosztów w odniesieniu do zaoferowanych cen. Niestety Wykonawca nie był w stanie przedstawić wiarygodnych danych, które pozwoliłyby w zindywidualizowany sposób określić, że Wykonawca ten jest w stanie zrealizować zamówienie w ramach zaoferowanych cen.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 9 kwietnia 2010 r., sygn. akt IV Ca 1299/2009 (Zamówienia Publiczne w Orzecznictwie Zeszyt nr 6 poz. 134): „Wykonawca powinien zatem wskazać i opisać obiektywne czynniki mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny; wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i winny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia, a jednocześnie nie mogą opierać się na samych oświadczeniach wykonawcy, gdyż art. 90 ust. 3 mówi o „dowodach” na ich potwierdzenie

(...)”.

Biorąc pod uwagę wartość przedmiotu zamówienia, jak również wiedzę i doświadczenie w tego rodzaju zamówieniach oraz rozeznanie warunków rynkowych, jakimi dysponuje Zamawiający, a także na podstawie przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego, w ocenie Zamawiającego oferta Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę.

W związku z powyższym Zamawiający odrzuca ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 uPzp.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Nie potwierdziły się bowiem przedstawione w nim zarzuty, w granicach których Izba orzeka.

Ad zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu

Z ww. przepisów wynika, że ocena czy oferta zawiera rażąco niską cenę winna się odnosić do przedmiotu zamówienia, który jest opisywany w dokumentach zamówienia. Przed zastosowaniem ww. przepisu Zamawiający, gdy cena oferty danego wykonawcy budzi jego wątpliwości, winien wystąpić do tego wykonawcy o stosowne wyjaśnienia, odpowiednio formułując treść wezwania. W myśl bowiem art. 224 ust. 1 Pzp Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Przepis ten nie precyzuje okoliczności, które mogą powodować po stronie zamawiającego wątpliwości, a jedynie wskazuje na to, że w sytuacji, gdy takie powźmie, m.in. co do cen istotnych części składowych, które w jego ocenie mogą stwarzać zagrożenie, że przedmiot zamówienia nie zostanie wykonany zgodnie z postawionymi przez niego wymaganiami, jest obowiązany zażądać od wykonawców wyjaśnień. Oznacza to, że Zamawiający mając m.in. na uwadze dokonaną przez siebie analizę cen na rynku, własne doświadczenie przy udzielaniu podobnych zamówień, ceny złożonych w postępowaniu ofert, a przede wszystkim specyfikę zamówienia, dokonuje oceny pozyskanych ofert w aspekcie możliwości należytego wykonania umowy za podane w nich ceny i - w razie powzięcia w tym zakresie wątpliwości - występuje do wykonawców o wyjaśnienia tych cen.

Zgodnie z ukształtowanym orzecznictwem za cenę rażąco niską uznaje się cenę, która jest nierealistyczna, nie pozwala na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, nie uwzględnia jego specyfiki, jest ceną nierynkową, tj. nie występuje na danym rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym oraz postęp technologiczno-organizacyjny.

Rozstrzygając spór co do zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, Izba ocenia czynność zamawiającego, polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień w kontekście treści wezwania do ich złożenia, opisu przedmiotu zamówienia zawartego w dokumentach zamówienia, uzasadnienia przedstawionego w informacji przekazanej wykonawcy o tej czynności, oraz obowiązujących w tym zakresie przepisów prawa. Każdy przypadek rozpatrywany jest indywidualnie, przy czym zawsze punktem odniesienia do określenia istnienia w ofercie rażąco niskiej ceny jest przedmiot zamówienia.

W okolicznościach analizowanej sprawy dodatkowo zaznaczenia wymaga, że Izba nie rozpatruje nowego, przedstawionego dopiero w postępowaniu odwoławczym, a niezawartego w informacji o odrzuceniu oferty wykonawcy, uzasadnienia czynności odrzucenia, bowiem, jako nie ujawnione wykonawcy, nie mogło stanowić podstawy zarzutów odwołania. Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Konsorcjum (dalej: „Informacja”) nie stwierdził, że działanie Odwołującego nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji i nie wskazał takiej podstawy odrzucenia oferty tego wykonawcy. Wskazał na te okoliczności dopiero w odpowiedzi na odwołanie. W związku z tym zarzuty odwołania nie mogły dotyczyć tych okoliczności.

Z przedstawionych powyżej ustaleń oraz OPZ wynika, że przedmiot zamówienia obejmuje m.in. wsparcie rekrutacji przedsiębiorców zgodnie z pkt VI ppkt 2 OPZ, który przewiduje prowadzenie przez wykonawcę aktywnych działań rekrutacyjnych z wykorzystaniem własnych środków i zasobów, mających na celu złożenie przez przedsiębiorstwa wniosków rekrutacyjnych w systemie udostępnionym przez Zamawiającego, a także obejmuje zawarcie i rozliczenie umów o dostarczenie usług szkoleniowych z przedsiębiorcami biorącymi udział w programie AMI. Jak zaznaczył na rozprawie Zamawiający zrekrutowanie przedsiębiorców w ramach tego postępowania jest kluczowe dla całego zamówienia, ponieważ od niego zależy powodzenie całego zamówienia. Jeśli bowiem nie nastąpi skuteczna rekrutacja, to dalsze części zamówienia nie będą mogły być realizowane. Stanowisko to znajduje potwierdzenie także w odwołaniu, gdzie Odwołujący zaznaczył, że nie jest jego intencją kwestionowanie wagi i istoty rekrutacji przedsiębiorstw do udziału w projekcie, bowiem bez przedsiębiorstw nie może mieć miejsca realizacja projektu. Odwołujący stwierdził jednak jednocześnie, że rola tych działań jest subsydiarna w stosunku do roli Zamawiającego, co wynika w szczególności z użycia w nazwie zadania nr 3 sformułowania „wsparcie rekrutacji”.

Według Zamawiającego natomiast działania te są istotne, aby pozostała część zamówienia mogła być realizowana. W związku z tym wyodrębnił to zadanie spośród innych zadań, które są również ważne przy realizacji zamówienia, co pokazuje, że nie traktował tego zadania jako pobocznego. Ponadto przewidział na tę okoliczność odrębne pozycje w formularzu ofertowym, a także w opracowanym wzorze umowy przewidział kary umowne naliczane w przypadku braku zrekrutowania zaoferowanej liczby przedsiębiorców. Co istotne, przypisał także punkty w kryteriach oceny ofert, czym dał wyraz, że realizacja tego zadania ma szczególne znaczenie. Nadto z postanowień OPZ wynika, że to Wykonawca prowadzi rekrutację zadeklarowanej przez siebie w formularzu ofertowym liczby przedsiębiorców, a nie Zamawiający.

W ocenie Izby, treść dokumentów zamówienia wskazuje, że argumentacja Odwołującego dotycząca ww. sformułowania użytego w nazwie zadania jest chybiona. W okolicznościach analizowanej sprawy, gdy nie jest sporne, że od należytego zrekrutowania przedsiębiorców, których pracownicy mają być szkoleni w ramach realizacji zamówienia, zależy powodzenie całego projektu, usługi w tym zakresie należy uznać za kluczowe dla tego zamówienia. Stanowisko Odwołującego wskazujące na próbę marginalizowania tego zakresu zamówienia, w tym oparte na porównaniu liczby wyrazów użytych do opisu przez Zamawiającego poszczególnych zadań składających się na przedmiot zamówienia, nie zasługuje na uwzględnienie. Liczy się bowiem istota tych usług i ich przełożenie na całość przedmiotu zamówienia.

W sprawie nie jest sporne, że Zamawiający dwukrotnie wezwał Odwołującego do wyjaśnień dotyczących ceny jednostkowej za realizację zamówienia w zakresie zadań 3 i 4 (Cena P. w każdym Schemacie Wariantu A i B) oraz ceny jednostkowej za Wartość zrekrutowania 1 przedsiębiorstwa (Cena S. w każdym Schemacie Wariantu A i B). Odwołujący nie wniósł środków ochrony prawnej na powyższe czynności Zamawiającego. W związku z tym podnoszenie obecnie w odwołaniu zastrzeżeń m.in. co do celowości wystosowania przez Zamawiającego wezwania do wyjaśnień ceny jest spóźnione. Niezależnie jednak od tego, zważywszy na specyfikę zamówienia, w sytuacji gdy, jak wyżej wskazano, przedmiotowy zakres zamówienia jest istotny dla powodzenia całego projektu, należy zgodzić się z Zamawiającym, że skoro powziął wątpliwości, co do możliwości należytego wykonania tych zadań, a w świetle ustalonych w sprawie okoliczności, powzięcie

tych wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty Odwołującego w tym zakresie, należy uznać za uzasadnione, był uprawniony do wystosowania wezwania do wyjaśnień. Należy także podzielić stanowisko Zamawiającego przedstawione powyżej w odpowiedzi na odwołanie odnośnie do nietrafionej argumentacji Odwołującego co do sposobu zbudowania formularza ofertowego.

Odwołujący był związany treścią wezwań Zamawiającego do wyjaśnień, a w konsekwencji był obowiązany do rzetelnego przedstawienia wymaganych przez Zamawiającego informacji. Nie chodzi bowiem o udzielenie jakiegokolwiek odpowiedzi na wezwanie, lecz o przedstawienie konkretnych, należycie umotywowanych, przekonujących treści wskazujących, że cena oferty została skalkulowana z uwzględnieniem wszystkich adekwatnych aspektów opisu przedmiotu zamówienia, że nie jest ceną nierealistyczną. Wynika to z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Ocena wyjaśnień dotyczących ceny oferty lub kosztu lub ich istotnych części składowych obejmuje bowiem dwa aspekty, tj. nie tylko formalny (pod względem zgodności treści wyjaśnień z żądaniem wynikającym z wezwania), ale też materialny, polegający na badaniu treści wyjaśnień i załączonych dowodów pod względem ich rzetelności i możliwości wykonania za nią przedmiotu zamówienia. W związku z tym złożenie przez wykonawcę wyłącznie wyjaśnień o charakterze ogólnym jest niewystarczające dla uzasadnienia ceny oferty. Wezwanie Odwołującego do wyjaśnień ceny stworzyło bowiem domniemanie, iż jego oferta zawiera rażąco niską cenę. Obalenie tego domniemanie obciążało Odwołującego.

W ocenie lzby należy zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego zaprezentowanym w Informacji. Odwołujący nie udźwignął ciężaru wykazania, że za zaoferowaną w ofercie cenę w odniesieniu do zadań III i IV jest w stanie należycie wykonać objęty nimi zakres zamówienia, bez przerzucania kosztów ich wykonania na inne zadania objęte tym zamówieniem (co jest tym bardziej istotne, z uwagi na przyjęte w postępowaniu ww. kryteria 5 i 6 oceny ofert), czy inne projekty realizowane na rzecz innych zamawiających.

Pomimo wyraźnie sformułowanych oczekiwań już w pierwszym wezwaniu, gdzie zostało wskazane, że Zamawiający oczekuje wyczenia podanych w wezwaniu cen, stanowiących istotną część składową ceny zaoferowanej za wykonanie zamówienia, Odwołujący nie zastosował się do tych wymagań.

Udzielone na pierwsze wezwanie wyjaśnienia nie zawierają żadnych wyczeń zaoferowanych cen. Odwołujący ogólnikowo przedstawił swoje stanowisko w odniesieniu do cen zaoferowanych w tym postępowaniu, w zakresie których Zamawiający oczekiwał wyjaśnień, stwierdzając m.in., że zaoferowana cena jednostkowa obejmuje wszystkie koszty i składniki cenotwórcze związane z realizacją zadań nr 3 i 4 oraz z rekrutacją przedsiębiorstw zgodnie z SWZ i OPZ, podając, że rekrutacja 15 przedsiębiorców przy posiadanych zasobach odbędzie się przy minimalnych kosztach, nie przedstawiając jednak tych kosztów, uniemożliwiając tym samym weryfikację przez Zamawiającego jego twierdzeń. W znaczącym zakresie wyjaśnienia zawierają natomiast ogólne stwierdzenia dotyczące sposobu rozumienia rażąco niskiej ceny oraz przytoczenie fragmentów orzeczeń, w szczególności Krajowej lzby Odwoławczej, wydanych w tym zakresie. Dużo miejsca w wyjaśnieniach Odwołujący poświęcił również przedstawieniu, również w sposób ogólny, swojego doświadczenia przy realizacji wskazanych w wyjaśnieniach projektów, w tym wskazał m.in. na wypracowane kanały informacyjne i komunikacyjne oraz stałe i wypracowane kontakty z przedsiębiorstwami. Twierdzeniom tym nie towarzyszy jednak przedstawienie konkretnych danych wskazujących na ich przełożenie na kalkulację przedmiotowych cen oferty w analizowanym postępowaniu, jak też nie zostały przedstawione dowody potwierdzające takie konkretne przełożenie.

Do wyjaśnień zostało załączonych wprawdzie szereg oświadczeń różnych podmiotów deklarujących wykonanie ww. usług za ceny nie przekraczające cen zaoferowanych przez Odwołującego, jednak bez wskazania czy podmioty te będą występowały w charakterze podwykonawcy, a zatem bez wykazania, że znajdą one zastosowanie przy realizacji zamówienia, bądź że za takie ceny podmioty te wykonywały lub wykonują należycie takie usługi na rzecz innych zamawiających.

W ocenie lzby trudno również uznać, że oświadczenia te stanowią dowód na rynkowość cen zaoferowanych przez Odwołującego. Jak podał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, co nie zostało zakwestionowane przez Odwołującego, średnia cen ofert złożonych w postępowaniu, w podlegającym wyjaśnieniom zakresie, tj. w obydwu przypadkach za jedno przedsiębiorstwo, przekraczała kwotę 1000,00 zł, podczas gdy w ofercie Odwołującego ceny wynosiły odpowiednio 300 i 50 zł. Również Odwołujący w poprzednim postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego na ten sam przedmiot

zamówienia, które zostało unieważnione, w swojej ofercie z grudnia 2021 r., zaoferował w obydwu przypadkach wynagrodzenie w wysokości 1 000,00 zł za jedno przedsiębiorstwo. Potwierdza to oferta Odwołującego przedłożona przez Zamawiającego wraz z dokumentacją analizowanego postępowania. Nadto nie jest sporne, że tak różne stawki zostały zaoferowane w tych postępowaniach przez Odwołującego przy merytorycznie takiej samej, opracowanej przez niego, koncepcji realizacji zadania.

Jakkolwiek różnice w cenach poszczególnych ofert mogą być wynikiem różnych czynników indywidualnie związanych z danym podmiotem np. warunków technicznych, organizacyjnych, ekonomicznych, czy finansowych w jakich działa, kosztów związanych z zatrudnieniem osób zaangażowanych w wykonanie zamówienia, odległości miejsca prowadzenia działalności wykonawcy od miejsca świadczenia zamówienia, to jednak zważywszy na specyfikę zamówienia oraz okoliczność, że przy tej samej merytorycznie koncepcji realizacji zadania Odwołujący, zaoferował w analizowanym postępowaniu tak radykalnie niższe stawki, których rzetelności nie wykazał w składanych wyjaśnieniach, nie można przyjąć, że obecnie zaoferowane stawki są rynkowe. Tym bardziej, że Odwołujący na rozprawie przyznał, że usługi te w obecnie prowadzonym postępowaniu zostały przez niego wycenione na zdecydowanie niższym poziomie z uwagi na to, że obecnie Zamawiający wprowadził za nie dodatkowe punkty w kryteriach oceny ofert i w związku tym także w tym zakresie chciał konkurować z innymi wykonawcami. Nie można zapominać, że możliwość pozyskania dodatkowych punktów nie tylko nie zwalniała wykonawcy z rzetelnego skalkulowania tych cen, a następnie wyjaśnienia tej kalkulacji Zamawiającemu, ale wręcz wymuszała na nim szczególną staranność w tej wycenie, z uwagi na obowiązujące na gruncie zamówień publicznych zasady konkurencji.

Również odpowiedź na drugie z wezwań do wyjaśnień ceny, w którym Zamawiający zażądał doprecyzowania wcześniej złożonych wyjaśnień, wskazując na koncepcję realizacji zadania dotyczącego rekrutacji przedsiębiorców do programu AMI i konkretne elementy, które według niego generują koszty, w tym koszty osobowe (np. telemarketerzy, rekruterzy), zawiera jedynie ogólne informacje odnoszące się wprawdzie elementów wskazanych w wezwaniu, jednak w sposób tak ogólnikowy, że nie sposób ich uznać za takie, które podlegają weryfikacji i odpowiadają treści wezwania.

Odwołujący wskazał m.in. na model i skalę swojego działania, które miałyby jego zdaniem uzasadniać przyjęty w ofercie poziom cen. Wyjaśnienia nie zawierają jednak żadnych wyliczeń. Za takie nie można uznać wskazania jedynie na procent kosztów, jaki stanowi rekrutowanie 15 przedsiębiorców na potrzeby analizowanego postępowania w relacji do liczby rekrutowanych przez Odwołującego rocznie przedsiębiorców i ich przedstawicieli, bez wskazania wielkości kosztu, od którego ten procent miałby być liczony.

Odwołujący wskazał na wynikające z efektu skali możliwości ograniczenia kosztów, jednak w żaden sposób nie wykazał, jak taka możliwość przekłada się na zaoferowane w analizowanym postępowaniu stawki. Powołując się na liczbę przeprowadzanych rekrutacji nie wykazał jej, jak też nie wykazał, że dotyczy ona rekrutacji analogicznych czy porównywalnych pod względem stopnia trudności, do rekrutacji będących przedmiotem analizowanego postępowania. Jak natomiast stwierdził na rozprawie Zamawiający, projekt będący przedmiotem zamówienia, nie jest zadaniem prostym, co wynika m.in. z tego, że jest to projekt niszowy, skierowany do kadry menadżerskiej, która ma być wyłączona z normalnego toku pracy ich przedsiębiorstwa na okres miesiąca, przy czym koszty po stronie przedsiębiorstw są duże, bowiem muszą one wnosić w określonych wielkościach własny wkład zarówno w części szkoleniowej jak i doradczej oraz w całości pokryć VAT.

Odwołujący podał również, że podmioty, których oświadczenia załączył do pierwszych wyjaśnień nie będą występowały w postępowaniu jako jego podwykonawcy. Oświadczył, że będzie realizował zamówienie w oparciu o własne zasoby, jednak nie wykazał kosztów jakie się z tym wiążą. Gołosłownych twierdzeń o dysponowaniu wskazanym w wyjaśnieniach personelem, bez potwierdzenia tej okoliczności i bez wykazania kosztów z tego tytułu, związanych z tym zamówieniem, nie można uznać za wystarczające do wykazania rzetelności kalkulacji ceny oferty tego wykonawcy w analizowanym postępowaniu, nawet jeśli przyjąć w ślad za Odwołującym, że chodzi o tzw. miękkie usługi.

Z tych względów powyższy zarzut nie znajduje potwierdzenia.

Ad zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp

Stosownie do art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp: 1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach

zamówienia. 2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

W myśl art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp: 1. Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający: 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadniona charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

Zarzut naruszenia ww. przepisów nie został odrębnie uzasadniony.

Ze sposobu jego sformułowania wynika, że został on postawiony wobec wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy, która nie jest najkorzystniejsza, jednak Odwołujący nie podjął się wykazania, że wybór tej oferty narusza wskazane przez niego przepisy ustawy Pzp. Można jedynie przypuszczać, że zarzut ten jest konsekwencją zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego, który nie potwierdził się.

Z tych względów również ten zarzut podlega oddaleniu.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy NPzp, Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W analizowanej sprawie nie stwierdzono zarzucanego przez Odwołującego naruszenia przepisów ustawy Pzp, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. W analizowanych Izba oddaliła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Odwołujący.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: