

WYROK

z dnia 23 czerwca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Piotr Ceglowski

Protokolant:

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 20 września 2022 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 września 2022 roku przez Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - „Świętokrzyskie Konsorcjum Funduszy” w składzie: pełnomocnik Świętokrzyski Fundusz Rozwoju spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach oraz Ośrodek Promowania i Wspierania Przedsiębiorczości Rolnej z siedzibą w Sandomierzu, Krajowe Stowarzyszenie Wspierania Przedsiębiorczości z siedzibą Końskie, Fundacja Rozwoju Regionu Pierzchnica z siedzibą w Pierzchnicy, Fundacja Agencja Rozwoju Regionalnego z siedzibą w Starachowicach

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Bank Gospodarstwa Krajowego z siedzibą w Warszawie

przy udziale:

- wykonawcy Biłgorajskiej Agencji Rozwoju Regionalnego spółka akcyjna z siedzibą w Biłgoraju zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 2362/22 po stronie Zamawiającego,
- wykonawcy Lubelskiej Fundacji Rozwoju z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 2362/22 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - „Świętokrzyskie Konsorcjum Funduszy” w składzie: pełnomocnik Świętokrzyski Fundusz Rozwoju spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach oraz Ośrodek Promowania i Wspierania Przedsiębiorczości Rolnej z siedzibą w Sandomierzu, Krajowe Stowarzyszenie Wspierania Przedsiębiorczości z siedzibą Końskie, Fundacja Rozwoju Regionu Pierzchnica z siedzibą w Pierzchnicy, Fundacja Agencja Rozwoju Regionalnego z siedzibą w Starachowicach i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - „Świętokrzyskie Konsorcjum Funduszy” w składzie: pełnomocnik Świętokrzyski Fundusz Rozwoju spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach oraz Ośrodek Promowania i Wspierania Przedsiębiorczości Rolnej z siedzibą w Sandomierzu, Krajowe Stowarzyszenie Wspierania Przedsiębiorczości z siedzibą Końskie, Fundacja Rozwoju Regionu Pierzchnica z siedzibą w Pierzchnicy, Fundacja Agencja Rozwoju Regionalnego z siedzibą w Starachowicach tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - „Świętokrzyskie Konsorcjum Funduszy” w składzie: pełnomocnik Świętokrzyski Fundusz Rozwoju spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach oraz Ośrodek Promowania i Wspierania Przedsiębiorczości Rolnej z siedzibą w Sandomierzu, Krajowe Stowarzyszenie Wspierania Przedsiębiorczości z siedzibą Końskie, Fundacja Rozwoju Regionu Pierzchnica z siedzibą w Pierzchnicy, Fundacja Agencja Rozwoju Regionalnego z siedzibą w Starachowicach na rzecz Bank Gospodarstwa Krajowego z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600, 00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.3 nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - „Świętokrzyskie Konsorcjum Funduszy” w składzie: pełnomocnik Świętokrzyski Fundusz Rozwoju spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach oraz Ośrodek Promowania i Wspierania Przedsiębiorczości Rolnej z siedzibą w Sandomierzu, Krajowe Stowarzyszenie Wspierania Przedsiębiorczości z siedzibą Końskie, Fundacja Rozwoju Regionu Pierzchnica z siedzibą w Pierzchnicy, Fundacja

Agencja Rozwoju Regionalnego z siedzibą w Starachowicach kwoty 45 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej nadpłacony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 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 2362/22

UZASADNIENIE

Zamawiający - Bank Gospodarstwa Krajowego w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Wybór Pośredników Finansowych w celu wdrażania Instrumentu Finansowego Pożyczka dla MSP w ramach Funduszu Funduszy Województwa Świętokrzyskiego”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 maja 2022 roku pod numerem 2022/S 102-284745.

W dniu 12 września 2022 roku Odwołujący działając na podstawie art. 513 pkt 1 w zw. z art. 515 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 poz. 1129 ze zm.; dalej „ustawa”, „PZP”) wniósł odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego polegającej na :

(a) Zaniechaniu czynności polegającej do dalszym wezwaniu Odwołującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w sytuacji kiedy Zamawiający miał dalsze wątpliwości w tym zakresie jak uczynił to w stosunku do wykonawcy wybranego w części III - Lubelska Fundacja Rozwoju ul. Złota 59 00-120 Warszawa (dot. części I, II, III i IV),

(b) Odrzuceniu oferty Odwołującego z powodu rzekomego niewyjaśnienia rażąco niskiej ceny w wymienionych wyżej częściach (dot. części I, II, III i IV),

(c) Nieprawidłowym badaniu i ocenie złożonego przez Konsorcjum wyjaśnienia rażąco niskiej ceny i uznaniu, że wyjaśnienie nie sprostало obowiązkowi wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (dot. części I, II, III i IV),

(d) Bezpodstawnym dokonaniu wyboru ofert dla części I i II - Biłgorajskiej Agencji Rozwoju Regionalnego S.A. , 23-400 Biłgoraj, ul. Tadeusza Kościuszki 65 zaś dla części III - Lubelskiej Fundacji Rozwoju, ul. Złota 59 00-120 Warszawa i dla części IV - Fundusz Wschodni Sp. z o.o. ul. Piękna 1 15-282 Białystok.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. art. 224 ustawy przez odrzucenie oferty Konsorcjum w sytuacji kiedy oferta ta nie zawierała rażąco niskiej ceny,
- 2) art. 16 ust. 1 i art. 17 ust. 2 ustawy przez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców , co przejawia się w szczególności poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo iż przedstawił on wyczerpujące wyjaśnienia oraz prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający równego traktowania wykonawców podczas badania złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny dla wszystkich czterech części.

Odwołujący wniósł o:

- uchylenie skarżonych czynności (odrzucenie oferty Odwołującego we wszystkich czterech częściach),
- uchylenie czynności wyboru ofert najkorzystniejszych w czterech częściach i nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego wraz z uznaniem iż Odwołujący należycie wyjaśnił „rażąco niską cenę” lub nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnienia złożonej kalkulacji która pozwoli Zamawiającemu dokonać poprawnej analizy.

Odwołujący podał, że posiada interes prawny we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ustawy albowiem w przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania jego oferta winna zostać uznana za najkorzystniejszą we wszystkich czterech częściach co będzie skutkować udzieleniu Odwołującemu zamówienia publicznego. Powyższa okoliczność ewidentnie i w sposób nie budzący wątpliwości świadczy o posiadaniu tzw. interesu prawnego we wniesieniu odwołania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał:

Odwołujący podał, że lakonicznym pismem z dnia 5 lipca 2022 roku, Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie tzw. „rażąco niskiej ceny”. Zamawiający zażądał wyjaśnień w następującym zakresie („wklejając część przepisu ustawy pzp”):

- 1) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków usług,
- 2) 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;
- 3) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

Zamawiający nie zażądał jakichkolwiek innych wyjaśnień i skupił się wyłącznie na kwestii związanej z warunkami usług i zgodnością zatrudnienia pracowników z przepisami prawa pracy i ZUS. Dodatkowo w wezwaniu Zamawiający nie wskazał jakich dowodów, dokumentów i wyliczeń od Odwołującego żąda.

Na tak sformułowane wezwanie, Wykonawca złożył dla każdej z czterech części bardzo szczegółowe wyjaśnienia, w których przedstawił koszty związane z realizacją projektu zarówno w okresie budowy portfela jak i w okresie samej realizacji projektu. Wykonawca wyjaśnił iż posiada wyjątkowo korzystane warunki świadczenia usług albowiem realizacja przedmiotowego projektu będzie się odbywać na zasobach, które już posiada, tj. pracownicy, infrastruktura, gotowość organizacyjno - instytucjonalna, posiada doświadczenie w realizacji kilku podobnych projektów i w konsekwencji nie będzie musiał zwiększać zatrudniania czy też wynajmować dodatkowej powierzchni. Dodatkowo Wykonawca przedstawił szczegółowe obliczenia matematyczne zawierające informacje o kosztach pracy i materiałach biurowych, paliwie, reklamach, poczcie oraz kosztach pozostałych administracyjnych zarówno w okresie budowy portfela jak też w okresie realizacji projektu. Wyjaśnienia Wykonawcy korespondują z treścią żądania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny (wezwanie to dotyczyło wyłącznie trzech elementów) oraz odnosiło się kompleksowo i wyczerpująco do wszystkich kosztów wskazanych w ofercie dla każdej z czterech części. Zamawiający pismem z dnia 1 września 2022 roku dla części I, II i III oraz 2 września 2022 roku dla części IV poinformował m.in o odrzuceniu oferty Odwołującego, ponieważ w ocenie Zamawiającego, Wykonawca pomimo wezwania go do przedstawienia informacji o wszystkich elementach mających wpływ na cenę nie tylko nie uwzględnił wszystkich kosztów realizacji zamówienia ale także pominął koszty, których poniesienie uwzględnił w przedstawionym biznes planie. Pomijając już fakt iż Zamawiający „mija się z prawdą” w swoim twierdzeniu w biznes planie nie wskazywano na żadne czynniki cenotwórcze była przedstawiona jedynie struktura budowy biznes planu. Wykonawca w wezwaniu do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny miał zacytowane 3 punkty z 8 wymienionych w art. 224 ust. 3 ustawy pzp. (wystarczy porównać treść wezwania)

Odwołujący wskazał, że badając złożone wyjaśnienia rażąco niskiej ceny ugruntowana już doktryna w tym zakresie jasno przecież stanowi „iż wezwanie zawsze powinno być konkretne, precyzyjne, szczegółowe, zawierać podstawę prawną wezwania ... przygotowując wezwanie, zamawiający zawsze powinien pamiętać, że ocena udzielonych wyjaśnień zawsze następuje w granicach określonych treścią wezwania i wykonawca może odnieść się tylko do wskazanych przez zamawiającego w wezwaniu elementów. Również J. Nowicki podkreśla iż „jeżeli zamawiający w wezwaniu nie wskaże, o jakie konkretnie elementy ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych chodzi, wykonawca ma prawo dokonać wyjaśnienia w zakresie elementów wybranych przez siebie i które sam uważa za istotne. W takim przypadku zarzut, iż wykonawca nie udzielił wyjaśnień, będzie nieuzasadniony. Odwołujący podał, że skoro Zamawiający nie wskazał o jakie elementy ceny mu chodzi i nie zażądał konkretnych informacji, to złożył on takie wyjaśnienia jakie uważał za stosowne - niemniej jednak są one pełne, kompletne i udowadniają iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Odwołujący podał, że na konieczność jednoznacznego i precyzyjnego formułowania wezwania w zakresie rażąco niskiej ceny zwrócono uwagę m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 lipca 2013 r. sygn. akt: KIO 1498/13, wyroku z dnia 28 lipca 2014 r. sygn. akt: KIO 1399/14 oraz wyroku z dnia 30 stycznia 2020 r. sygn. akt: 82/20. Na znaczenia treści wezwania kierowanego do wykonawcy Izba zwróciła także uwagę w wyroku z dnia 6 listopada (sygn. akt: KIO 2222/14). Odwołujący zacytował również fragment wyroku z dnia 12 lipca 2016 roku sygn. akt KIO 1135/15. Również w ostatni z przywołanych wyroków z br. Izba stwierdziła, że w sytuacji, gdy tylko to jest możliwe, to wezwanie do złożenia wyjaśnień winno być sformułowane w formie konkretnych zagadnień, które budzą wątpliwości zamawiającego, a które następnie będą podlegały wyjaśnieniu przez wykonawcę. Pytania lub też zagadnienia określone przez zamawiającego, które zostały przedstawione wykonawcy powinny wskazywać elementy oferty, które podczas badania oferty wzbudziły wątpliwości i co do których zamawiający oczekuje wyjaśnień. Tego rodzaju konstrukcja treści wyjaśnień wystosowanych przez zamawiającego do wykonawcy ma służyć temu, aby wykonawca posiadał wiedzę, które elementy wyceny oferty wzbudziły zastrzeżenia zamawiającego i w jakim kierunku mają iść jego wyjaśnienia.

Odwołujący podał, że w niniejszej sprawie jasne jest, że Zamawiający sformułował bardzo ogólne wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny:

- 1) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków usług,
- 2) 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;

3) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego zasadzające się na wskazaniu korzystnych warunków świadczenia usług i zgodności z przepisami prawa pracy i ubezpieczeń społecznych, a następnie po otrzymaniu wyjaśnień (i tak przekraczających szczegółowością oczekiwania Zamawiającego) uznał iż Wykonawca nie wyjaśnił elementów, o które nie był w ogóle pytany (nawet w formie ogólnej). Takie działanie Zamawiającego w sposób rażąco narusza przepisy pzp i winno skutkować uchyleniem skarżonych czynności.

Zamawiający naruszył również fundamentalną zasadę równego traktowania stron wskazaną w art. 16 ust.1 ustawy pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający równego traktowania wykonawców - albowiem w części I, II i IV lakoniczne wyjaśnienia pozostałych wykonawców uznano za wystarczające i na ich podstawie dokonano wyboru ofert tych wykonawców zaś w części III wykonawca, którego oferta była uznana za najkorzystniejszą został dwukrotnie wezwany do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny i pomimo złożenia obydwu wyjaśnień, które były nie pełne i nie spójne ze sobą uznano je za wystarczające. Natomiast Odwołujący pomimo złożenia szczegółowej i pełnej kalkulacji najbardziej uszczegółowionej ze wszystkich złożonych ofert nie otrzymał prawa złożenia wyjaśnień do przedstawionej kalkulacji, pomimo iż Zamawiający nie sprecyzował dokładanie o jakie elementy cenotwórcze mu chodzi, a przytoczył (przekopiował) jedynie treść art. 224 ust. 3 ustawy pzp.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem Stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy z dnia 11 września 2022 roku skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 12 września 2022 roku od czynności Zamawiającego z dnia 1 i 2 września 2022 roku. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez Odwołującego na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego w dniu 12 września 2022 roku, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego z dnia 9 września 2022 roku przystąpienie zgłosił, po stronie Zamawiającego wykonawcy Biłgorajska Agencja Rozwoju Regionalnego spółka akcyjna z siedzibą w Biłgoraju oraz Lubelska Fundacja Rozwoju z siedzibą w Warszawie.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopię dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane na rozprawie przez Strony postępowania odwoławczego.

Izba uwzględniła stanowisko prezentowane przez Odwołującego w piśmie procesowym z dnia 19 września 2022 roku „Pismo odwołującego” złożone w trakcie rozprawy oraz Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodów zawnioskowanych i załączonych do tego pisma (dla każdej z czterech części postępowania o zamówienie, oraz pisma z dnia 14 września 2022 roku).

Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodu nr 1 - pismo z dnia 14 lipca 2022 roku zawnioskowane na rozprawie przez Odwołującego.

Izba uwzględniła stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w piśmie procesowym z dnia 19 września 2022 roku „Odpowiedź na odwołanie” oraz Izba wydała na

rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodu zawnioskowanego i załączonego do tego pisma.

Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodu nr 2 - porównawcza symulacja kosztów (opracowanie własne zamawiającego) zawnioskowane na rozprawie przez Zamawiającego.

Izba uwzględniła stanowisko prezentowane przez uczestnika postępowania odwoławczego - Biłgorajską Agencję Rozwoju Regionalnego spółka akcyjna z siedzibą w Biłgoraju w piśmie procesowym z dnia 19 września 2022 roku „Pismo procesowe przystępującego”.

Izba ustaliła:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Postępowanie odwoławcze zainicjowane zostało dla czterech części postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tj. część I, II, III, oraz IV.

W zakresie części I, II, III, oraz IV Zamawiający skierował do Odwołującego pismo z dnia 5 lipca 2022 roku (na podstawie akt postępowania o zamówienie przekazanych przez Zamawiającego dokument jawny):

Działając na podstawie art. 224 ust. 1 w związku z art. 224 ust. 2 i 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129) - Prawo zamówień publicznych (...), dalej „ustawa Pzp”, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty.

Oferta Wykonawcy znacząco odbiega od cen pozostałych ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu lub szacowanej wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego. Dla oceny, czy oferta zawiera/ nie zawiera rażąco niską cenę, kluczowe jest ustalenie, czy cena Wykonawcy jest rynkowa, czy też nie ma możliwości, aby za zaoferowane wynagrodzenie Wykonawca prawidłowo wykonał zamówienie.

W związku z powyższym prosimy o udzielenie wyjaśnień w szczególności w poniższym zakresie:

- 1) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków usług;
- 2) 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 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 3) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy.

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

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

Pismem z dnia 7 lipca 2022 roku Odwołujący przedstawił następujące wyjaśnienia (na podstawie akt postępowania o zamówienie przekazanych przez Zamawiającego dokument jawny):

W odpowiedzi na Państwa pismo w załączeniu przesyłam szczegółową kalkulację kosztów Projektu ze wskazaniem rodzaju, wysokości i sposobu oszacowania wszystkich kosztów do złożonej przez nas oferty do postępowania przetargowego pn. „Wybór Pośredników Finansowych w celu wdrażania Instrumentu Finansowego Pożyczka dla MŚP w ramach Funduszu Funduszy Województwa Świętokrzyskiego”, nr DZZK/16/DIF/2022. cz.

Realizacja przedmiotowego Projektu opierać się będzie na zasobach, które już posiadamy, tj. pracownicy, infrastruktura, stopień gotowości organizacyjno-instytucjonalnej, doświadczeniu w realizacji kilku tego typu Projektów współfinansowanych ze środków UE, które są rozliczane zgodnie z zawartymi umowami operacyjnymi. Wykonanie Projektu - Pożyczka dla MŚP będącego przedmiotem wyjaśnień nie będzie wymagało od nas zwiększania liczby zatrudnionych pracowników (nie przewidujemy tworzenia nowych miejsc pracy), wynajęcia dodatkowej powierzchni biurowej czy zmiany systemu informatycznego, co stanowi największe koszty w naszej działalności. Posiadamy doświadczenie w realizacji tego typu projektów i dotychczas nie zdarzyło się nam nie wywiązać z założeń podpisanych umów operacyjnych. Jesteśmy przekonani o realnej kalkulacji przyjętych do Projektu założeń dotyczących rodzaju i wysokości kosztów, a prognozowana wysokość założonego zysku jest dla nas satysfakcjonująca. Zaoferowana przez nas cena daje 100% gwarancji wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami sformułowanymi przez Zamawiającego.

Do kalkulacji cen zaproponowanych w naszych Ofertach na Części przyjęliśmy

założenia przedstawione w Załącznikach nr 1 (do Części I), nr 2 (do Części II), nr 3 (do Części III), nr 4 (do Części IV) do przedmiotowego pisma.

Pismami z dnia 1 września 2022 roku dla części I, II i III oraz pismem z dnia 2 września 2022 roku dla części IV Zamawiający zawiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty w tych ww. częściach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, podając w uzasadnieniu faktycznym i prawnym (na podstawie akt postępowania o zamówienie przekazanych przez Zamawiającego dokument jawny)::

Uzasadnienie faktyczne i prawne:

Oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp.

W odpowiedzi na wezwanie z dnia 05.07.2022 r. do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty, Wykonawca przedstawił wyjaśnienia, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

W wezwaniu Zamawiający zobowiązał Wykonawcę do przedstawienia wyczerpującej i szczegółowej informacji na temat sposobu uwzględnienia wszystkich elementów mających wpływ na cenę, zaznaczając, że zmierza do ustalenia, czy za tę cenę możliwa jest prawidłowa realizacja zamówienia. W złożonych wyjaśnieniach Wykonawca nie tylko nie uwzględnił wszystkich kosztów niezbędnych do prawidłowej realizacji zamówienia, ale także pominął koszty których poniesienie uwzględnił w procesie realizacji zamówienia przedstawionym w biznes planie (dot. m.in. kosztów czynszu, zarządu, windykacji, księgowości). Nie uwzględniono również kosztów utraconych korzyści z tytułu zaangażowania wkładu własnego oraz ryzyka strat na kapitale.

Wykonawca wyjaśnił, że realizacja Zamówienia będzie opierać się na już posiadanych zasobach: „ Wykonanie Projektu - Pożyczka dla MŚP będącego przedmiotem wyjaśnień nie będzie wymagało od nas zwiększania liczby zatrudnionych pracowników (nie przewidujemy tworzenia nowych miejsc pracy), wynajęcia dodatkowej powierzchni biurowej czy zmiany systemu informatycznego, co stanowi największe koszty w naszej działalności. ”

W opinii Zamawiającego nie tylko pozyskanie nowych zasobów ale również utrzymanie już istniejących wiąże się z ponoszeniem wydatków. Koszty, które nie zostały uwzględnione w przedstawionej kalkulacji mają istotny wpływ na poziom zaoferowanej ceny ponieważ jak sam Wykonawca zaznaczył, stanowią one największe koszty działalności. Tym samym, w opinii Zamawiającego przedstawione wyjaśnienie nie uwzględnia wszystkich elementów mających wpływ na cenę.

Ponadto, kalkulacja kosztów przedstawiona przez Wykonawcę jest oparta na określonej w OPZ minimalnej liczbie pożyczek. Wyliczone przez Wykonawcę koszty wynagrodzeń

pracowników zaangażowanych w realizację Zamówienia, koszty artykułów biurowych czy koszty paliwa i usług pocztowych nie uwzględniają możliwości procedowania większej liczby wniosków o pożyczkę ani udzielenia większej liczby pożyczek. Z doświadczenia Zamawiającego wynika, że nie każdy proces oceny złożonego wniosku o pożyczkę kończy się podpisaniem umowy o pożyczkę. Ponadto Pośrednicy często udzielają więcej pożyczek niż wynika z obowiązków nałożonych umową operacyjną. W związku z tym istnieje duże ryzyko, że pula środków zaplanowana na wynagrodzenia pracowników i pozostałe koszty jest niewystarczająca.

Koszty w okresie wygaszania portfela zostały zaniżone, ponieważ kalkulacja została oparta o niewłaściwy (krótszy) okres spłaty pożyczek. Zgodnie z metryką instrumentu finansowego okres spłaty Pożyczki dla MŚP wynosi 5 lat (z uwzględnieniem ewentualnej 6-miesięcznej karencji) a Wykonawca założył ponoszenie kosztów jedynie przez 4,5 roku.

Z uwagi na powyższe oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp. W tym stanie faktycznym odrzucenie jest konieczne i w pełni uzasadnione.

Izba zważyła w zakresie zarzutów odwołania:

Izba na wstępie wskazuje, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

- art. 16 ustawy Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,
- 2) przejrzysty,
- 3) proporcjonalny,

- art. 17 ust. 2 ustawy - Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy,

- art. 226 ust. 1 ustawy - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...)

5) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia,

- art. 224 ustawy -

1. 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.

2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należyty podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należyty podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

3. Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:

- 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
 - 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
 - 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
 - 4) 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. lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
 - 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
 - 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
 - 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
 - 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.
4. W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.
5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.
6. 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.
7. Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne, zamawiający zawiadamia Prezesa Urzędu oraz Komisję Europejską o odrzuceniu ofert, które według zamawiającego zawierały rażąco niską cenę lub koszt z powodu udzielenia pomocy publicznej, a wykonawca, w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, nie udowodnił, że pomoc ta jest zgodna z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej.

Art. 516 ustawy

ust. 1. Odwołanie zawiera:

(.)

- 7) wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, lub wskazanie zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy;
- 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów;
- 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania;
- 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności;

Izba, w odniesieniu do zarzutu odwołania wyjaśnia i podkreśla w tym miejscu, że w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą ocenie poddawane są, tylko i jedynie w ramach podniesionych w odwołaniu zarzutów odwołania, wskazane czynności bądź zaniechania zamawiającego w określonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W przedmiotowej sprawie odwoławczej oferta Odwołującego dla części I, II, III i IV postępowania o udzielenie zamówienia publicznego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy, czemu jednoznaczny wyraz dał Zamawiający w pismach z dnia 1 i 2 września 2022 roku.

W zakresie zarzutu 1 odwołania naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. art. 224 ustawy przez odrzucenie oferty Konsorcjum w sytuacji kiedy oferta ta nie zawierała rażąco niskiej ceny - Izba zarzut odwołania uznała za niezasadny.

W zakresie podniesionego zarzutu odwołania tj. odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na to, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia powiązanego przez Odwołującego z regulacją związaną z wezwaniem zamawiającego do złożenia dowodów i wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny Izba w pierwszej kolejności odnosi się do braku spójności w twierdzeniach Odwołującego. Odwołujący we wskazaniu czynności jakie zarzuca Zamawiającemu podnosi po pierwsze: zaniechanie czynności polegającej do dalszym wezwaniu Odwołującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w sytuacji kiedy Zamawiający miał dalsze wątpliwości w tym zakresie, jak uczynił to w stosunku do wykonawcy wybranego w części III - Lubelska Fundacja Rozwoju w Warszawie; po drugie: odrzucenie oferty Odwołującego z powodu rzekomego niewyjaśnienia rażąco niskiej ceny w wymienionych częściach postępowania (dot. części I, II, III i IV) i nieprawidłowe badanie i ocenę złożonego przez wyjaśnienia rażąco niskiej ceny i uznaniu, że wyjaśnienie nie sprostало obowiązku wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Oznacza to, że Odwołujący sam sobie zaprzecza, bowiem z jednej strony twierdzi, że Zamawiający zaniechał czynności „dowezwania” wykonawcy do złożenia wyjaśnień, a z drugiej strony twierdzi, że nieprawidłowo dokonał Zamawiający oceny złożonych wyjaśnień i w konsekwencji nieprawidłowo Zamawiający uznał, że wyjaśnienie nie sprostало obowiązku wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Odnosząc się do zarzutu odrzucenia oferty postawionego przez Odwołującego tj. odrzucenia oferty Konsorcjum w sytuacji kiedy oferta ta nie zawierała rażąco niskiej ceny Izba stoi na stanowisku, że czynność Zamawiającego w tym zakresie dokonana została prawidłowo.

Zasadą prowadzenia badania oferty z wykorzystaniem procedury z art. 244 ust. 1 ustawy pzp jest jednokrotne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oferty oraz złożenia dowodów. Wynika to z faktu konieczności prowadzenia postępowania w poszanowaniu zasad prawa zamówień publicznych, w tym zasady równego traktowania wykonawców. Zamawiający ma możliwość powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień, jednakże jest to możliwe jedynie w szczególnie uzasadnionych przypadkach i może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia. Sytuacja taka powstać może w okolicznościach, gdy w wyniku złożenia precyzyjnych, jednoznacznych wyjaśnień zamawiający powziął nowe wątpliwości. Nie można zastosować ponownego wezwania do wyjaśnień, jeśli wykonawca w odpowiedzi na pierwsze wezwanie składa wyjaśnienia ogólne, nieprecyzyjne i gołosłowne nie poparte żadnymi dowodami. W wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 30 czerwca 2021 r. sygn. akt XXIII Ga 1803/20, sąd wyjaśnił, że to wykonawca wszelkimi niezbędnymi środkami dostępnymi w danej sprawie i uzasadnionymi w konkretnym stanie faktycznym, powinien wykazać zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. W przypadku niewykazania przez wykonawcę powyższych kwestii uzasadnione jest zaś przyjęcie, że oferta przez niego przedstawiona zawiera rażąco niską cenę lub koszty. Sąd jednoznacznie również wskazał, że przepisy nie określają przykładowego katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć Zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Możliwe jest przedstawienie zatem każdego dowodu, jednakże musi być on adekwatny do konkretnej sytuacji i stanowić potwierdzenie tego, co wykonawca dowodzi w swoich wyjaśnieniach.

Wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji oferty. Izba wskazuje, że podstawa do odrzucenia oferty występuje zatem między innymi w sytuacji, w której wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę nie są wystarczające konkretne, kompletne czy rzetelne. Wymaga podkreślenia, że kolejne wezwanie wykonawcy do

wyjaśnienia ceny oferty nie może prowadzić do bezpodstawnego stworzenia kolejnej szansy dla wykonawcy, który złożył wyjaśnienia o wysokim poziomie ogólności, nie przedstawiając żadnych dowodów potwierdzających sposób zbudowania ceny oferty. Tak więc w przypadku, gdy wykonawca nie dołoży należytej staranności przy składaniu wyjaśnień ceny oferty, brak jest po stronie Zamawiającego obowiązku ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, natomiast samo wezwanie w takich okolicznościach stanowiłoby naruszenie zasad prawa zamówień publicznych, w tym w stosunku do innych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Podkreślenia wymaga, co podnoszone jest w orzecznictwie Izby, że możliwość powtórnego wezwania do wyjaśnienia ceny (na podstawie art. 90 ust. 1 i ust. 1a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych - przy czym orzecznictwo w tym zakresie pozostaje aktualne na podstawie obowiązującej ustawy z 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych) może mieć miejsce tylko w celu doprecyzowania złożonych już wcześniej wyjaśnień i nie może stanowić wezwania do uzupełniania wyjaśnień o elementy ceny oferty, czy też dowody, jakie nie zostały przedstawione przez wykonawcę w ramach pierwotnie składanych wyjaśnień.

W rozpoznawanej sprawie odwoławczej wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 5 lipca 2022 roku, wbrew twierdzeniu Odwołującego, które zawarł on w odwołaniu, nie ograniczało się tylko i wyłącznie do podanego w trzech punktach zakresu i nie sposób zgodzić się z twierdzeniem, że zamawiający nie żądał jakichkolwiek innych wyjaśnień. Wezwanie Zamawiającego dotyczyło wyjaśnienia ceny złożonej w postępowaniu oferty Odwołującego dla wskazanych czterech części i w zakresie swojej treści wskazywało jednoznacznie, że Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty. Zamawiający nie ograniczył tym samym swojego wezwania jedynie do określonych elementów i wyjaśnił w wezwaniu jednoznacznie, że oferta Wykonawcy znacząco odbiega od cen pozostałych ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu lub szacowanej wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego. Dla oceny, czy oferta zawiera/ nie zawiera rażąco niską cenę, kluczowe jest ustalenie, czy cena Wykonawcy jest rynkowa, czy też nie ma możliwości, aby za zaoferowane wynagrodzenie Wykonawca prawidłowo wykonał zamówienie. Jednocześnie Zamawiający w wezwaniu podał za regulację art. 244 ust. 5 ustawy, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy. Natomiast wskazane elementy, do których stara się ograniczyć treść wezwania Odwołujący - co należy uznać za niezasadne - podane zostały przez Zamawiającego jako te określone „w szczególności”, co jednoznacznie powoduje, że nie jest to katalog zamknięty. Wezwanie Zamawiającego nie było zatem niczym i w żaden sposób ograniczone.

Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień obowiązany jest zgodnie z art. 244 ust. 5 ustawy wykazać Zamawiającemu, że oferta złożona w postępowaniu nie zawiera ceny rażąco niskiej oraz, co istotne obowiązany jest również do przedstawienia dowodów potwierdzających owe wyliczenia. Zamawiający nie jest w stanie samodzielnie sprecyzować katalogu informacji, danych i innych jakie mogą mieć wpływ na cenę składanej oferty i jakie mogą być jej składową, bowiem to wykonawca wyceniając cenę ofertą uwzględnia w jej wyliczeniach składowe jakie ujmuje i w takich zakresach jakie są mu dostępne np. z uwagi na szczególne uwarunkowania. Samo enumeratywne, zamknięte określenie elementów ceny oferty jakie miałyby stanowić składową całkowitą ceny, a określone przez Zamawiającego w wezwaniu do złożenia wyjaśnień mogłyby stanowić nieuprawnione ograniczenie. Zestawiając powyższe z obowiązkiem wykonawcy wykazania (art. 244 ust. 5 ustawy), w zasadzie „udowodnienia”, bowiem tak na kanwie orzecznictwa i doktryny odczytywany jest obowiązek wykazania - wezwanie do złożenia wyjaśnień obciąża wykonawcę do konkretnego, jednoznacznego precyzyjnego i pełnego przedstawienia wyjaśnień elementów ceny oferty jakie miały wpływ na jej ukształtowanie w cenie ofertowej. Ustawodawca przesądził w przywołanym przepisie, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 244 ustawy ma obowiązek udowodnić Zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Oznacza to, że udowodnienie realności ceny powinno nastąpić w toku postępowania o udzielenie zamówienia i w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Jako wyjątek należy traktować dodatkowe wezwania, które mogą jedynie odnosić się do wyjaśnienia treści już złożonych na wezwanie wyjaśnień, a nie stanowić ich uzupełnienie, rozwinięcie. Izba podkreśla, że Odwołujący będący profesjonalistą, zobowiązany był udzielić wyczerpujących wyjaśnień na wezwanie Zamawiającego, które w ocenie Izby w sposób jednoznaczny określało zakres wymaganych wyjaśnień i odnosiło się do wyjaśnienia wyliczenia ceny oferty. Ciężar dowodu w zakresie wyjaśnienia zaoferowanej ceny oferty spoczywał na wykonawcy, niewywiązanie się z tego obowiązku udowodnienia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny nie uzasadnia w żaden sposób ponownego wezwania do składania wyjaśnień w tym zakresie. Podkreślenia wymaga, że czynność ponownego wezwania jest uzasadniona tylko wtedy, gdy złożone pierwotne wyjaśnienia są rzetelne i wiarygodne. Reasumując tę część Izba stwierdza, że za wadliwe i błędne uznaje stanowisko Odwołującego zawarte w odwołaniu, że wezwanie dotyczyło ograniczonego zakresu jedynie do trzech wskazanych punktów w piśmie z dnia 5 lipca 2022 roku. Wezwanie z dnia 5 lipca 2022 roku nie zostało w ocenie Izby ograniczone do trzech

wskazanych w punktach zakresów, Zmawiający jednoznacznie wezwał do złożenia wyjaśnień ceny oferty, a podane w punktach zakresy potraktował jako te wyszczególnione ale nie jedyne. Ciężar dowiedzenia, że cena oferty nie jest rażąco niska z chwilą skierowania wezwania spoczywa na wykonawcy, do którego wezwanie zostało skierowane.

Za niezasadne należy uznać również twierdzenie Odwołującego, że Zamawiający nie wskazał jakich dowodów, dokumentów i wyliczeń żąda od wykonawcy. Takie twierdzenie Odwołującego w treści odwołania wskazuje na brak zrozumienia przepisów art. 244 ustawy. Zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy Zamawiający nie ma obowiązku przedstawiania takiego katalogu. Sposób i zakres wyjaśnienia, udowodnienia i opatrzenia stosowanymi dowodami konkretnych wyjaśnień ceny oferty pozostawiony został wykonawcy, co uzasadnia chociażby fakt, że ciężar udowodnienia, że cena oferty nie jest rażąco niska spoczywa po stronie wykonawcy. Skoro wykonawca ma udowodnić Zamawiającemu, że zaoferowana cena oferty nie jest rażąco niska to pozostawił mu ustawodawca nieograniczone możliwości w dowiedzeniu tych okoliczności. W każdym przypadku, gdy dane informacje można poprzeć stosownymi dowodami np. umowy o pracę, umowy najmu nieruchomości czy inne składające się realnie na cenę oferty, to takie powinny zostać poparte dowodami. Nie wymaga się od wykonawców dowód, zgodnie z orzecznictwem, w zakresie takich elementów, gdzie takie dowody nie istnieją, bądź możliwość ich pozyskania jest nad wyraz utrudniona.

W zakresie oceny złożonych wyjaśnień Odwołującego w dniu 7 lipca 2022 roku Izba stwierdziła, że czynność Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego w części I, II, III i IV jest zasadna i prawidłowa.

Izba wskazuje w tym miejscu, że w zakresie odwołania i podniesionego w odwołaniu zarzutu 1, a dokładniej w zakresie uzasadnienia faktycznego jakie w zakresie tego zarzutu podniósł Odwołujący brak jest jakiegokolwiek odniesienia do podstaw faktycznych wskazanych przez Zamawiającego w pismach z dnia 1 i 2 września br., a będących uzasadnieniem braku wykazania prawidłowości skalkulowania ceny oferty, co w konsekwencji przekłada się na uznanie przez Zamawiającego, że cena oferty jest rażąco niska. Odwołujący w prezentowanym uzasadnieniu zarzutów odwołania lakonicznie, w zasadzie blankietowo odniósł się do podstaw faktycznych uzasadniających odrzucenie oferty, a które podał Zamawiający w ww. pismach. Treść uzasadnienia faktycznego odwołania w zasadzie stanowi powtórzenie pisma z dnia 7 lipca 2022 roku oraz polemikę z zakresem wezwania z dnia 5 lipca 2022 roku (o czym Izba uzasadniała w pierwszej części rozpoznania zarzutu). Wskazywane i cytowane orzecznictwo Izby w żaden sposób nie stanowi i nie traktuje o realiach tej sprawy oraz czynnościach podejmowanych przez Zamawiającego w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Niewątpliwie orzecznictwo może wzmacniać stanowisko Odwołującego ale w żaden sposób nie zastępuje uzasadnienia faktycznego zarzutów odwołania, jakie zgodnie z art. 516 ust. 1 pkt 10 ustawy powinien podnieść Odwołujący. W treści odwołania w zasadzie brak jest odniesienia, polemiki a nawet wskazania elementów faktycznych jakie legły u podstaw uznania przez Zamawiającego, że cena oferty jest rażąco niska. Zamawiający szeroko opisał podstawy faktyczne uznania, że wykonawca nie wykazał, że cena oferty nie jest rażąco niska do czego Odwołujący odniósł się w zasadzie jednym zdaniem w odwołaniu (Pomijając już fakt iż Zamawiający „mija się z prawdą” w swoim twierdzeniu w biznes planie nie wskazywano na żadne czynniki cenotwórcze była przedstawiona jedynie struktura budowy biznes planu.)

W ocenie Izby jest to brak wskazania podstawy faktycznej w uzasadnieniu odwołania, która na etapie prowadzenia postępowania odwoławczego nie daje się poddać ocenie. Brak podania faktycznych podstaw, argumentacji kwestionującej czynność Zamawiającego nie pozwala w zasadzie na ocenę czynności Zamawiającego co do zakresu podanego w piśmie z dnia 1 i 2 września 2022 roku tj. uzasadnienia odrzucenia oferty. Izba ocenia czynność

Zamawiającego w kontekście podniesionego zarzutu i przypisanie mu argumentacji faktycznej. Natomiast brak takiej argumentacji powoduje, że nie jest możliwe dokonanie oceny zarzutu w kontekście podanej przez Zamawiającego podstawy odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie każdej z czterech części. Izba nie ma obowiązku, ani prawa, poszukiwania za Odwołującego uzasadnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu. Nie sposób poddać ocenie czynność Zamawiającego w sytuacji, gdy poza stwierdzeniem, że z taką czynnością Odwołujący się nie zgadza nie przedstawia Odwołujący żadnej argumentacji faktycznej.

Przenosząc powyższe rozważania na realia rozpoznawanej sprawy Izba wskazuje, że poczyniona przez Odwołującego w części odwołania zawierającej uzasadnienie argumentacja jest ogólna i nie odnoszącą się do żadnych konkretów. Wykonawca składający odwołanie obowiązany jest do skonkretyzowania swojego stanowiska przez podanie

uzasadnienia faktycznego oraz jednoznacznego odniesienia się do czynności czy zaniechań Zamawiającego. Izba nie może domyślać się intencji czy zamierzeń Odwołującego, jak również Izba nie może podejmować za Odwołującego czynności zmierzających do sprecyzowania zakresu zarzutu. Izba podkreśla, że Wykonawca składając odwołanie w postępowaniu zobowiązany jest do przedstawienia w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. W ramach środków ochrony prawnej następuje ocena działania Zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności z przepisami ustawy. Jednakże aby to było możliwe niezbędne jest podanie argumentacji faktycznej przez Odwołującego. Tym samym odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez Odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań Zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne i uzasadnione faktycznie zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu. To oznacza, że odwołanie powinno konkretyzować wskazane naruszenie danego przepisu ustawy oraz zawierać uzasadnienie wskazujące argumentację faktyczną pozwalającą na zapoznanie się ze stanowiskiem Odwołującego, jego twierdzeniami i przyczynami, wskazującymi, że takie stanowisko zasługuje na aprobatę. Orzecznictwo sądów powszechnych jak również Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. Jak wskazano w nieprzerwanym aktualnym wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.” Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: „Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.” W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest również pogląd, że dla oceny rzutu kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący. W orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się również, że powód nie jest obowiązany do wskazania w pozwie podstawy prawnej swego roszczenia. „Zgodnie z zasadą *da mihi factum, dabo tibi ius* - wynikającą w polskim prawie procesowym z nałożenia na powoda jedynie obowiązku przytoczenia okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie - konstrukcja prawna podstawy rozstrzygnięcia należy do sądu.” (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 czerwca 1997 roku sygn. akt I CKN 130/97). Sąd Najwyższy podkreśla w swoim orzecznictwie, że obligatoryjnym elementem pozwu jest przytoczenie okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie pozwu (art. 187 par. 1 ust. 2 KPC), okoliczności te stanowią podstawę faktyczną powództwa (*causa petendi*) - tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 2 maja 1957 roku sygn. akt II CR 305/57. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd, że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący. W tym zakresie aktualne pozostaje wypracowane na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych stanowisko co do konieczności podania uzasadnienia faktycznego podnoszonych zarzutów, bowiem przepisy uprzednio obowiązującej ustawy nie odbiegają od treści obowiązujących obecnie. Jednocześnie wypracowane w orzecznictwie stanowisko znajduje również swoje odzwierciedlenie w piśmiennictwie.

Wymaga odnotowania w tym miejscu, że postępowanie odwoławcze nie jest elementem procedury administracyjnej i nie wystarczy w odwołaniu wskazać, że z danymi czynnościami lub zaniechaniami Zamawiającego Odwołujący się nie zgadza, w postępowaniu odwoławczym niezbędne jest przedstawienie w odwołaniu uzasadnienia zawierającego okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające twierdzenia Odwołującego i pozwalające Izbie, w postępowaniu kontradyktoryjnym, na ocenę działań Zamawiającego w kontekście podnoszonych przez Odwołującego naruszeń.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdza, że w odwołaniu brak jest w zasadzie jakiegokolwiek argumentacji w zakresie poczynionych przez Zamawiających

i wyartykułowanych w piśmie z dnia 1 i 2 września 2022 roku faktycznych uzasadnień dla każdej z części zamówienia (część I, II, III i IV), a stanowiących uzasadnienie faktyczne podjętej czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy. Odwołujący w żaden sposób nie odnosi się również w odwołaniu do dokumentów jakie załączył do pisma z dnia 7 lipca 2022 roku. Skoro nie ma w odwołaniu żadnego uzasadnienia faktycznego podniesionego zarzutu odwołania w części dotyczącej podstaw odrzucenia oferty wskazanych przez Zamawiającego, to Izba nie mogła poddać ich ocenie. W zakresie treści odwołania jaka zbieżna była z wyjaśnieniami Odwołującego z dnia 7 lipca 2022 roku, Izba uznała, że ta argumentacja jest również bardzo ogólnikowa i nie uzasadnia w żaden sposób kwestionowanej czynności Zamawiającego z dnia 1 i 2 września 2022 roku. Tym bardziej, że nie odnosi się (siłą rzeczy) do treści ww. pism Zamawiającego i elementów ceny oferty do jakich referował Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego w części I, II, III i IV zamówienia.

Jednocześnie Izba wskazuje, że Odwołujący za pismem procesowym z dnia 19 września 2022 roku - złożonym na rozprawie - przedstawił argumentację z jednoznacznym odwołaniem do pisma Zamawiającego z dnia 1 września 2022 roku. Odwołujący pominął odniesienie do pisma z dnia 2 września 2022 roku.

Stanowisko zaprezentowane przez Odwołującego w ww. piśmie z dnia 19 września 2022 roku stanowi polemikę z treścią pisma Zamawiającego z dnia 1 września 2022 roku i zawiera argumentację w odniesieniu do faktycznych podstaw odrzucenia oferty Odwołującego podanych w tym piśmie. Załączono do tego pisma dowody - tabele zawierające uszczegółowienie złożonych wcześniej przy wyjaśnieniach z dnia 7 lipca 2022 roku wyliczeń, przy czym te dowody zostały złożone na potwierdzenie okoliczności jakie w ogóle nie były wyartykułowane w odwołaniu. Potwierdzać mają one bowiem stanowisko Odwołującego zawarte w piśmie z dnia 19 września 2022 roku, a stanowiące polemikę z uzasadnieniem odrzucenia oferty przez Zamawiającego z odniesieniem do pisma z dnia 7 lipca 2022 roku. Powyższe pismo Odwołującego jak i szeroko prezentowana argumentacji faktyczna na rozprawie dowodzą tego, że Odwołujący zdawał sobie sprawę z konieczności podniesienia argumentacji faktycznej, czego nie uczynił w treści odwołania. Izba zobowiązana była pominąć tą argumentację, bowiem zgodnie z art. 555 ustawy Izba może orzekać jedynie w zakresie zarzutów odwołania zawartych w odwołaniu, natomiast zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą zarówno Izby jak i sądów powszechnych oraz Sądu Najwyższego niezbędnym jest w zakresie zarzutu odwołania zaprezentowanie uzasadnienia faktycznego. Przyjęcie prezentowanej w piśmie z dnia 19 września 2022 roku oraz na rozprawie argumentacji stanowiącej polemikę z pismem Zamawiającego z dnia 1 września 2022 roku stanowiłoby rozszerzenie zarzutów odwołania po upływie terminu na wniesienie odwołania, co jest niedopuszczalne. Pominięcie przy rozpoznaniu zarzutu odwołania ww. argumentacji Odwołującego powoduje bezprzedmiotowości dowodów załączonych do pisma Odwołującego z dnia 19 września 2022 roku (tabele oraz pismo z dnia 14 września 2022 roku), jak również dowodu nr 1 przedstawionego w trakcie rozprawy przez Odwołującego oraz dowodów zawnioskowanych przez Zamawiającego (dowód przy piśmie procesowym oraz dowód nr 2 złożony na rozprawie).

Nieskuteczne jest podnoszenie zarzutów dopiero na etapie rozprawy i takie zarzuty Izba musi pominąć. Również na podstawie art. 583 ustawy sąd nie może orzekać co do zarzutów, które nie były przedmiotem odwołania (Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 21 października 2021 r. XXIII Zs 93/21: Ponieważ Sąd Okręgowy, z przedstawionych względów, doszedł do wniosku, że zarzuty podniesione w skardze Konsorcjum (...) nie pokrywały ją się z tymi z odwołania, na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, musiał powstrzymać się od ich rozpoznania, a to na podstawie ustawy skutkowało musiał oddaleniem skargi.)

Reasumując, Izba poddała zarzut nr 1 rozpoznaniu w podniesieniu do kwestionowania w treści odwołania treści wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty tj. pisma Zamawiającego z dnia 5 lipca 2022 roku, bowiem w tym zakresie, choć szczątkową ale jednak argumentację zawarł Odwołujący w treści odwołania. Brak argumentacji faktycznej w odwołaniu co do dokonanej oceny złożonych wyjaśnień z dnia 7 lipca 2022 roku i w konsekwencji odrzucenia oferty Odwołującego w częściach I, II, III i IV zamówienia nie pozwala na poddanie ocenie tej czynności Zamawiającego przez Izbę. Izba nie mogła, zgodnie z obowiązującymi regulacjami prawnymi, uwzględnić stanowiska Odwołującego zawierającego faktyczną argumentację co do podstaw faktycznych odrzucenia oferty podanych przez Zamawiającego, a zaprezentowaną dopiero na rozprawie. Mając powyższe na uwadze Izba nie stwierdziła podnoszonego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy w zw. z art. 244 ustawy. Jednocześnie Izba nie stwierdziła w powyższym zakresie naruszenia zasad prawa zamówień publicznych określonych w art. 16 i 17 ust. 2 ustawy.

W zakresie zarzutu 2 tj. naruszenia art. 16 ust. 1 i art. 17 ust. 2 ustawy przez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców , co przejawia się w szczególności poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo iż przedstawił on wyczerpujące wyjaśnienia oraz prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający równego traktowania wykonawców podczas badania złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny dla wszystkich czterech części - Izba zarzut uznała za niezasadny.

W zakresie uzasadnienia zarzutu odwołania z odniesieniem do oceny wyjaśnień ceny oferty złożonych przez innych wykonawców Izba stwierdziła, że stopień ogólności stanowiska Odwołującego również nie pozwala na poddanie ocenie tego zarzutu w zakresie odniesienia do innych wykonawców i czynności Zamawiającego podejmowanych w tym zakresie. Odwołujący nie wskazał o jakich wykonawców chodzi w ogóle i w zakresie jakich części, poza powołaniem tych części w grupie I, II i IV. Nie wyjaśnił o jakie dokładnie wyjaśnienia chodzi (brak wskazania pism, dat, wykonawców i innych identyfikujących danych) jak również nie wyjaśnił i nie wykazał dlaczego uznaje owe wyjaśnienia za „lakońiczne” poprzestając jedynie na tym ogólnikowym stwierdzeniu. W odniesieniu do części III nie odniósł się w żadne sposób do dwukrotnego wezwania, co nie pozwala na stwierdzenie czy okoliczność tę zarzuca czy też nie, poza tym nie podał o jakiego wykonawcę chodzi oraz nie wykazał, nie uargumentował wskazania „niespójności” i „niepełności” tych wyjaśnień. W powyższym zakresie Izba przyjmuje w tym miejscu za właściwą argumentację prawną zawartą w rozpoznaniu zarzutu 1, a odnoszącą się do obowiązku Odwołującego podania uzasadnienia faktycznego w zakresie podnoszonego zarzutu odwołania. Izba dodaje, że nie zastępuje Odwołującego w uzasadnieniu odwołania i nie poszukuje argumentacji czy też nie ustala stanu faktycznego nie wskazanego przez Odwołującego. Argumentacja podana w piśmie z dnia 19 września 2022 roku, które Odwołujący złożył na rozprawie, stanowi uzupełnienie treści odwołania po terminie na jego wniesienie i nie może być uznana przez Izbę. Podobnie jak w zakresie rozpoznania zarzutu 1 uznanie tej argumentacji stanowiłoby nieuprawnione przywrócenie wykonawcy terminu na wniesienie odwołania. Odwołujący w odwołaniu poprzestał na lakonicznych twierdzeniach, które nie dają się poddać żadnej ocenie merytorycznej.

Mając na uwadze powyższe oraz wskazywane stanowisko w zakresie argumentacji prawnej i faktycznej zawarte w zarzucie 1 (całościowo) Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 16 i art. 17 ust. 2 ustawy nie potwierdził się, a co za tym idzie nie doszło do naruszenia zasad prawa zamówień publicznych.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Izba uwzględnia 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. Zgodnie z art. 557 ustawy w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

W rozpoznawaniu sprawy odwołanie okazało się niezasadne z przyczyn wskazanych przez Izbę w uzasadnieniu wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 2 lit. a, b oraz § 8 ust. 2 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), stosownie do wyniku postępowania.

Izba wydała w tenorze wyroku postanowienie o zwrocie na rzecz Odwołującego kwoty 45 000,00 zł (czterdzieści pięć tysięcy złotych) z tytułu nadpłaconego wpisu. Wpis w tej sprawie odwoławczej został wniesiony przez Odwołującego w kwocie 60 000,00 zł (sześćdziesiąt tysięcy złotych). Zgodnie z § 3 ww. rozporządzenia Odwołujący, który w ramach tego samego postępowania odwoławczego wniósł odwołanie od czynności lub

zaniechania zamawiającego związanych z więcej niż jedną częścią zamówienia objętego postępowaniem o udzielenie zamówienia, w którym dopuszczono możliwość składania ofert częściowych, uiszcza jeden wpis. To oznacza, że Odwołujący wnosząc odwołanie w zakresie czterech części (I, II, III i IV) zamówienia objętych postępowaniem o udzielenie zamówienia obowiązany był uiszczyć wpis w kwocie 15 000,00 zł, natomiast pozostałe 45 000,00 zł nadpłaconego wpisu podlega zwrotowi.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący: