

Sygn. akt: KIO 658/23

WYROK z dnia 21 marca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 21 marca 2023 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 marca 2023 roku przez wykonawcę POLFUND Fundusz Poręczeń Kredytowych spółka akcyjna z siedzibą w Szczecinie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Śląski Fundusz Rozwoju spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach

przy udziale wykonawcy Śląski Regionalny Fundusz Poręczeńiowy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 658/23 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w całości.

Nakazuje Zamawiającemu, w postępowaniu pn.: Usługi pośrednictwa finansowego polegającego na udzielaniu wsparcia w postaci produktu finansowego

„Reporęczenie”, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty wykonawcy Śląski Regionalny Fundusz Poręczeńiowy spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach.

Nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy Śląski Regionalny Fundusz Poręczeńiowy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach na podstawie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Kosztami postępowania obciążyć Zamawiającego – Śląski Fundusz Rozwoju spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę POLFUND Fundusz Poręczeń Kredytowych spółka akcyjna z siedzibą w Szczecinie tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Zamawiającego – Śląski Fundusz Rozwoju spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach na rzecz wykonawcy POLFUND Fundusz Poręczeń Kredytowych spółka akcyjna z siedzibą w Szczecinie kwotę 19 809,65 00 zł (słownie: dziewiętnaście tysięcy osiemset dziewięć złotych sześćdziesiąt pięć groszy) tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu na rozprawę.

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 658/23

UZASADNIENIE

Zamawiający - Śląski Fundusz Rozwoju spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Usługi pośrednictwa finansowego polegającego na udzielaniu wsparcia w postaci produktu finansowego „Reporęczenie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 224-645969.

W dniu 8 marca 2023 roku Odwołujący, działając na podstawie art. 505 oraz art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 poz. 1129 ze zm.; dalej „ustawa”, „PZP”) wniósł odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

1) niezgodnej z przepisami ustawy czynności, dokonanej w postępowaniu przez Zamawiającego, polegającej na wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Śląski Regionalny Fundusz Poręczeniowy Sp. z o.o., Al. Roździeńskiego 188, 40-203 Katowice, pomimo, iż oferta ta powinna zostać odrzucona jako oferta zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

2) zaniechania przez Zamawiającego podjęcia czynności w postępowaniu, do której był zobowiązany przepisami ustawy, w postaci odrzucenia oferty Wykonawcy: Śląski Regionalny Fundusz Poręczeniowy Sp. z o.o., Al. Roździeńskiego 188, 40-203

Katowice, pomimo, iż powinna zostać uznana za ofertę zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 224 ust. 1, 2, 5 oraz ust. 6 ustawy w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy, polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę, w związku z faktem, iż wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę były ogólnikowe, przez co nie uzasadnił podanej w ofercie ceny i nie wykazał, że cena ta jest realna;

2) art. 239 ustawy w zw. z art. 226 ust. a pkt 8 ustawy w zw. z art. 16 pkt a ustawy, polegające na wyborze oferty złożonej przez Śląski Regionalny Fundusz

Poręczeniowy Sp. z o.o., Al. Roździeńskiego 188, 40-203 Katowice, która powinna

zostać odrzucona w związku z faktem, iż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniosł o uwzględnienie Odwołania oraz o:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Śląski Regionalny Fundusz Poręczeniowy Sp. z o.o., Al. Roździeńskiego 188, 40-203 Katowice, jako oferty najkorzystniejszej,
- nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania ofert oraz dokonania czynności odrzucenia oferty złożonej przez Śląski Regionalny Fundusz Poręczeniowy Sp. z o.o., Al. Roździeńskiego 188, 40-203 Katowice, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę,
- nakazanie Zamawiającemu wóbr oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu,
- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zgodnie z fakturą, która zostanie przedłożona na rozprawie,
- przeprowadzenie dowodu z pisma Śląskiego Regionalnego Funduszu Poręczeniowego Sp. z o.o. z dnia 10 stycznia 2023 r. dotyczącego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, na okoliczność złożenia przez tego Wykonawcę wyjaśnień w sposób zbyt ogólnikowy, niepozwalający na weryfikację realności zaoferowanej ceny.

Odwołujący podał, że posiada interes w uzyskaniu niniejszego ponieważ jest wykonawcą, którego oferta uplasowała się na 2 pozycji. W przypadku natomiast odrzucenia oferty złożonej przez Śląski Regionalny Fundusz Poręczeniowy Sp. z o.o., to oferta Odwołującego winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza, co umożliwi Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego Zamówienia. Ewentualne nieuwzględnienie niniejszego odwołania pozbawi Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, czego skutkiem będzie poniesienie przez Odwołującego szkody w postaci utraty korzyści, jakie osiągnąłby uzyskując zamówienie. Okoliczności te wyczerpują wynikające z art. 505 ust. 1 ustawy przesłanki warunkujące dopuszczalność wniesienia odwołania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał:

Odwołujący podał następujący stan faktyczny sprawy: Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego klasycznego o wartości przekraczającej progi unijne, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie art. 132 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie

o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani Wykonawcy, a następnie Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę, pn. „Usługi pośrednictwa finansowego polegającej na udzielaniu wsparcia w postaci produktu finansowego „Reporeczenie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2022/S 224-645969 w dniu, 21 listopada 2022 r.

Odwołujący złożył ofertę w tym postępowaniu.

W nawiązaniu do Informacji z otwarcia ofert z dnia 22 grudnia 2022 r. Odwołujący złożył wniosek o udostępnienie ofert złożonych w niniejszym postępowaniu oraz o ewentualne wyjaśnienie dotyczące rażąco niskiej ceny. Wykonawca - Śląski Regionalny Fundusz Poręczeniowy Sp. z o.o. złożył takie wyjaśnienia pismem z dnia 10 stycznia 2023 r.

Dowód: pismo Śląskiego Regionalnego Funduszu Poręczeniowego Sp. z o.o. z dnia 10 stycznia 2023 r. dotyczące "jaśnienia, rażąco niskiej ceny. W dniu 27 lutego 2023 r.

Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Śląski Regionalny Fundusz Poręczeniowy Sp. z o.o., Al. Roździeńskiego 188, 40-203 Katowice. Oferta Odwołującego uplasowała się natomiast na 2 miejscu.

Dokonanie wyboru przez Zamawiającego oferty złożonej przez Śląski Regionalny Fundusz Poręczeniowy sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach jako najkorzystniejszej oznacza tym samym zdaniem Odwołującego, że Zamawiający nie uznał ceny zaoferowanej przez tego Wykonawcę za rażąco zaniżoną. Podkreślenia zdaniem Odwołującego wymaga, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez Śląski Regionalny Fundusz Poręczeniowy sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach w piśmie z dnia 10 stycznia 2023 r. są ogólnikowe, co nie pozwala na weryfikację realności zaoferowanej ceny.

Wyżej wskazane wyjaśnienia Wykonawcy - Śląskiego Regionalnego Funduszu Poręczeniowego sp. z o.o. prowadzą się, zdaniem Odwołującego, w istocie do ogólnikowego twierdzenia, że Wykonawca nie działa w celu osiągnięcia zysku, ma stałe koszt działalności i w ramach realizacji zamówienia nie pojawiają się dodatkowe koszty stałe, a powstaną tylko jednostkowe koszty zmienne, a także że z wewnętrznych kalkulacji przeprowadzonych na podstawie wartości udzielonych poręczeń w ostatnim okresie sprawozdawczym, wynika, iż jednostkowy koszt zmienny (w okresie budowania portfela) udzielenia 1.000,00 zł poręczeń wyniesie 4,784 zł, zaś pozostała kwota wynagrodzenia Wykonawcy w projekcie stanowić będzie koszt obsługi portfela po zakończeniu jego budowy, rezerwę na nieprzewidziane wydatki, ewentualny zysk dla spółki (Wykonawcy).

Śląski Regionalny Fundusz Poręczeniowy sp. z o.o. nie przedstawił żadnych kalkulacji wewnętrznych, na które się powołał w wyjaśnieniach, a które wyjaśniałyby sposób ustalenia wskazanego kosztu zmiennego udzielenia 1.000,00 zł poręczeń. Wnioskodawca nie podał przy tym, żadnych informacji, które wskazywałyby na składowe elementy zaoferowanego

wynagrodzenia, jak również nie podał żadnej kalkulacji co do założonego czasu pracy personelu przy obsłudze projektu zarówno w okresie budowy portfela, jak i po zakończeniu tego okresu. Odwołujący podkreślił, że brak wskazania przez ww. Wykonawcę szacowanego czasu pracy personelu Wykonawcy uniemożliwia ocenę, czy Wykonawca zapewni prawidłową obsługę klienta.

Stopień skomplikowania procesu udzielania poręczeń z zaangażowaniem środków publicznych powoduje zdanie Odwołującego konieczność udzielania przez Śląski Regionalny Fundusz Poręczeniowy sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach znacznej pomocy klientom ubiegającym się o to wsparcie, co wymaga znacznego zaangażowania czasowego. Dodatkowo, udział środków publicznych w realizacji projektu wymaga od Wykonawcy znacznego zaangażowania czasowego w związku z wymogami sprawozdawczymi oraz kontrolami przeprowadzanymi przez podmioty zewnętrzne.

Odwołujący podał, że nie kwestionuje doświadczenia Śląskiego Regionalnego Funduszu Poręczeniowego Sp. z o.o. w zakresie realizacji podobnych zamówień na rynku lokalnym. Niemniej jednak sam fakt wcześniejszego realizowania przez ww. Wykonawcę podobnych zamówień nie może oznaczać a priori, że oferty składane przez tego wykonawcę nie zawierają rażąco niskiej ceny. Także zatem ten Wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia wyjaśnień ustalonej ceny, zawierającej jej kalkulację, w sposób pozwalający na jej weryfikację. Samo natomiast odwołanie się przez Wykonawcę do doświadczenia, bez jednoczesnego przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny zawierającej — między innymi — określenie czasu zaangażowania pracowników w realizację projektu, podziału zakładanego wynagrodzenia na składowe elementy, w tym określenie zakładanego zysku, uznać za daleko niewystarczające.

Jednocześnie zaznaczenia wymaga w ocenie Odwołującego, że powołanie się przez Śląski Regionalny Fundusz Poręczeniowy Sp. z o.o. w ww. wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, iż nie działa on w celu osiągnięcia zysku, przy jednoczesnym braku określenia wysokości zakładanego zysku, świadczy o tym, że cena podana przez ww. Wykonawcę nie ma charakteru rynkowego. Realizacja bowiem przedsięwzięć komercyjnych, do których należy także przedmiotowe zamówienie, musi zakładać ich realizację w celu osiągnięcia zysku. Brak założenia w ofercie osiągnięcia konkretnej stopy zysku w ramach realizowanego przedsięwzięcia potwierdza także sam wykonawca w ww. wyjaśnieniach do rażąco niskiej ceny, poprzez wskazanie jedynie na możliwość osiągnięcia w ramach zaoferowanej ceny ewentualnych zysków. Określenie przez Wykonawcę ceny oferowanej usługi z pominięciem stopy zakładanego zysku może natomiast skutkować wyeliminowaniem z rynku innych podmiotów działających na zasadach rynkowych. Może to zatem stanowić czyn nieuczciwej konkurencji.

Stosownie do przepisu art. 224 ust. 6 ustawy obowiązkiem Wykonawcy było przedłożenie

dowodów uzasadniających podaną w ofercie cenę lub koszty. W wyjaśnieniach Śląski Regionalny Fundusz Poręczeniowy Sp. z o.o. ograniczył się natomiast jedynie do samego stwierdzenia faktu, że dokonał ustalenia ceny na podstawie kalkulacji wewnętrznych, bez przedstawienia tych wyliczeń i wykazania ich stosownymi dowodami. Stwierdzenie faktu co do uzyskanych wyników wyliczeń zaoferowanej ceny nie jest jednak wyjaśnieniem wymaganych zgodnie z przepisami, a już tym bardziej nie ma charakteru „złożenia dowodów”. Także w ugruntowanym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się konieczność formułowania wyjaśnień w zakresie oferowanej ceny w sposób konkretny, wyczerpujący, wykazujący jej realny charakter, poparty dowodami oraz że podstawą do odrzucenia oferty w oparciu o przesłankę uregulowaną w art. 224 ust. 6 ustawy jest także sytuacja, gdy złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 marca 2022 r.

KIO 363/22). W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 stycznia 2022r. KIO 3741/21, wskazano dodatkowo na fakt, iż wyjaśnienia w zakresie ceny oferty winny być przedstawione w sposób rozwiewający wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Zdaniem Odwołującego nniewątpliwie ogólnikowość wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Śląski Regionalny Fundusz Poręczeńiowy Sp. z o.o., w sposób nie pozwalający na jej weryfikację, stoi w sprzeczności z ww. zasadami wnikającymi z utrwalonego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. Zgodnie z powyższym zakres wyjaśnień przedstawionych przez Śląski Regionalny Fundusz Poręczeńiowy Sp. z o.o. w zakresie rażąco zaniżonej ceny jest zbyt ogólny, nie zawiera wliczenia wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia i nie pozwala na weryfikację, czy istnieje możliwość wykonania zamówienia w proponowanej cenie. W ocenie Odwołującego nie będzie możliwości prawidłowej realizacji projektu w ramach ceny zaoferowanej przez ww. Wykonawcę. Oferta złożona przez Śląski Regionalny Fundusz Poręczeńiowy Sp. z o.o. winna zatem zostać odrzucona. Pominięcie przez Zamawiającego ww. okoliczności i dokonanie wyboru oferty złożonej przez Śląski Regionalny Fundusz Poręczeńiowy Sp. z o.o. stanowiło zatem naruszenie norm ustawy wskazanych na wstępie niniejszego odwołania, co miało istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Odwołanie należy zatem uznać za uzasadnione i konieczne.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika

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 8 marca 2023 roku od czynności Zamawiającego z dnia 27 lutego 2023 roku. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez Odwołującego na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

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 oraz uczestnika postępowania odwoławczego w trakcie rozprawy.

Izba uwzględniła stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w piśmie procesowym z dnia 16 marca 2023 roku „Odpowiedź na odwołanie”, które to pismo wpłynęło do Prezes Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 marca 2023 roku.

Izba, postanowieniem wydanym w trakcie rozprawy, dopuściła dowód z dokumentów wnioskowanych i złożonych do akt sprawy przez uczestnika postępowania odwoławczego:

- dowód nr 1 - „Kalkulacja kosztów realizacji projektu przy współudziale reporeczeń Śląskiego Funduszu Rozwoju Sp. z o.o. w Katowicach (1 karta),
- dowód nr 2 - diagram „Przedmiot Zamówienia na tle schematu udzielenia

poręczenia” (1 karta), diagram „Schemat udzielenia poręczenia” (1 karta).

Izba ustaliła:

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

Izba, w oparciu o Protokół postępowania pkt 13 ustalił, że w postępowaniu o zamówienie zostały złożone trzy oferty przez wykonawców:

- POLFUND Fundusz Poręczeń Kredytowych S.A. ul. Monte Cassino 32, 70-466 Szczecin,
- Fundusz Rozwoju i Promocji Województwa Wielkopolskiego SA ul. Piękna 58 60-589 Poznań,
- Śląski Regionalny Fundusz Poręczeńiowy Sp. z o.o. Al. Roździeńskiego 188, 40-203 Katowice.

Pismem z dnia 27 lutego br. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy Śląski Regionalny Fundusz Poręczeńiowy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach.

Zamawiający pismem z dnia 4 stycznia 2023 roku skierował do wykonawcy Śląski Regionalny Fundusz Poręczeńiowy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach „Wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny”:

W związku z koniecznością ustalenia czy Państwa oferta złożona w postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym bez możliwości negocjacji na: Usługi pośrednictwa finansowego polegającej na udzielaniu wsparcia w postaci produktu finansowego „Reporęczenie” nie zawiera rażąco niskiej ceny, na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn.zm.) Zamawiający zwraca się do Wykonawcy o złożenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dot. poszczególnych elementów Państwa oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Wyjaśnienia, o których mowa powyżej, muszą dotyczyć w szczególności:

- 1) 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 2022 poz. 2207 z późn.zm) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

- 2) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego,

obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

Wyjaśnienia, o których mowa powyżej, moga dotyczyć:

- 1) świadczonych usług
- 2) wyjątkowo korzystnych warunków usług
- 3) oryginalności usług oferowanych przez Wykonawcę;
- 4) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- 5) zgodności z przepisami dotyczącymi z zakresu ochrony środowiska;
- 6) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy. Nie złożenie wyjaśnień w powyższym zakresie lub gdy złożone wyjaśnienia z dowodami nie będą uzasadniać podanej w ofercie ceny skutkować będzie odrzuceniem Państwa oferty.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Śląski Regionalny Fundusz Poręczeniowy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, pismem z dnia 10 stycznia 2023 roku, złożył następujące wyjaśnienia :

W odpowiedzi na wezwanie z dn. 04.01.2023 r. poniżej przesyłamy wyjaśnienia rażąco niskiej ceny zawartej w ofercie złożonej w postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym na „Usługi pośrednictwa finansowego polegającej na udzielaniu wsparcia w postaci produktu finansowego „Reporęczenie”.

Oświadczamy, że złożona oferta jest zgodna z:

1. 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 2022 r. poz. 2207 z późn. zm.) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie.

Wynagrodzenia kluczowego personelu biorącego udział w realizacji Zamówienia (także osób spoza podanych na potrzeby spełniania warunków udziału w postępowaniu) będą stanowiły główny składnik kosztów pokrywany z wynagrodzenia Wykonawcy. Wszystkie wynagrodzenia są wyższe 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 2022 r. poz. 2207 z późn. zm.) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie. Koszt wynagrodzenia każdego z pracowników biorących udział w realizacji Zamówienia z tego tytułu będą stanowiły tylko niewielki odsetek w całości uzyskiwanego przez nich wynagrodzenia.

2. przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Dodatkowo informujemy, iż, zgodnie z §26 umowy naszej Spółki: „Spółka nie działa w celu zarobkowym”, co stanowi istotny argument uzasadniający cenę zawartą w naszej ofercie.

Fundusz, istniejąc ponad 22 lata na rynku, działa w sposób profesjonalny i ma wypracowane standardy działalności poręczeniowej, które zapewniają należyte wykonanie Zamówienia.

Spółka ponosi określone koszty stałe, które stanowią niezmienny element działalności i nie ulegają zwiększeniu w przypadku wprowadzenia nowego produktu do oferty poręczeniowej czy zwiększenia skali działalności poręczeniowej.

Także w przypadku realizacji zamówienia na Usługi pośrednictwa finansowego polegającej na udzielaniu wsparcia w postaci produktu finansowego „Reporeczenie”, Fundusz nie będzie ponosił dodatkowych kosztów stałych, pojawiają się tylko jednostkowe koszty zmienne.

Należy także podkreślić, iż doświadczenie Funduszu pokazuje, że koszty działalności będą wyższe tylko w okresie tworzenia portfela, natomiast później będą ulegały proporcjonalnemu zmniejszeniu.

Z wewnętrznych kalkulacji przeprowadzonych na podstawie wartości udzielonych poręczeń w ostatnim okresie sprawozdawczym, wynika, iż jednostkowy koszt zmienny (w okresie budowania portfela) udzielenia 1.000,00 zł poręczeń wyniesie 4,784 zł. Jest to bezpośredni koszt obliczony dla celów realizacji projektu i budowy portfela jednostkowych poręczeń, objętych Reporeczeniem. Pozostała kwota wynagrodzenia wykonawcy w projekcie stanowić będzie:

- koszt obsługi portfela po zakończeniu jego budowy,
- rezerwę na nieprzewidziane wydatki,
- ewentualny zysk dla spółki (Wykonawcy).

Izba 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,

- art. 226 ustawy –

ust. 1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

(...)

8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- art. 224 ust. 1 ustawy - 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.

- art. 224 ust. 2 ustawy - W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny 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 należny 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.

- art. 224 ust. 5 ustawy - Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy;

- art. 224 ust. 6 ustawy - 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.

- art. 239 ust. 1 ustawy - Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

W zakresie zarzutu 1 i 2 odwołania tj. naruszenia:

(1) art. 224 ust. 1, 2, 5 oraz ust. 6 ustawy w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy, polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę, w związku z faktem, iż wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę były ogólnikowe, przez co nie uzasadnił podanej w ofercie ceny i nie wykazał, że cena ta jest realna,

(2) art. 239 ustawy w zw. z art. 226 ust. a pkt 8 ustawy w zw. z art. 16 pkt a ustawy, polegające na wyborze oferty złożonej przez Śląski Regionalny Fundusz

Poręczeniowy Sp. z o.o., Al. Roździeńskiego 188, 40-203 Katowice, która powinna zostać odrzucona w związku z faktem, iż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia

– Izba zarzuca (1 i 2) uznania za zasadne.

Izba mając na uwadze treść odwołania, jak również treść pisma Zamawiającego „Odpowiedź na odwołanie” uznała za niezbędne w pierwszej kolejności odniesienie się do znaczenia pojęcia rażąco niskiej ceny w zamówieniach publicznych.

Na wstępie należy wskazać, że regulacje prawne z art. 90 oraz 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych tj. ustawy obowiązującej do dnia 31 grudnia 2020 zbieżne są z regulacjami art. 224 oraz 226 ust. 1 pkt 8 ustawy z 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych, co oznacza, że cały dorobek orzecznictwa oraz stanowiska doktryny wypracowane w oparciu o wcześniej obowiązujące regulacje pozostaje aktualny w obowiązującym stanie prawnym. Pozwala to zatem na szerokie czerpanie wiedzy oraz korzystanie z utartych wykładni, wyjaśnień jak również przyjętych w doktrynie i orzecznictwie stanowisk.

Cena rażąco niska to cena oferty, za którą nie da się wykonać zamówienia – tak w sposób najbardziej prosty i zrozumiały można wytłumaczyć czym jest cena oferty rażąco niska. Cena rażąco niska to cena, która jest nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakłada wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, a więc nie występuje na danym rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. przez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Cena rażąco niska to taka, za którą nie może wykonawca wykonać zamówienia w sposób zgodny z przedmiotem, rzetelny i prawidłowy, to cena za którą nie ma możliwości wykonania zamówienia.

Izba podkreśla, że to po stronie Zamawiającego w procedurze udzielenia zamówienia publicznego ustawodawca wprowadził obowiązek dokonania oceny prawidłowości kalkulacji ceny oferty i oceny tego, czy cena zaoferowana w postępowaniu za realizację danego zamówienia nie jest ceną rażąco niską. Ukształtowana, tak w obecnie obowiązującej ustawie jak i w ustawie z 2004 roku procedura wyjaśnienia ceny oferty polega na wezwaniu

wykonawcy do złożenia wyjaśnień, które Zamawiający poddaje ocenie. Na ich podstawie ocenia czy zaoferowana przez wykonawcę cena ofertowa nie jest rażąco niska. To po stronie wykonawcy pozostaje obowiązek wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska (art. 224 ust. 5 ustawy). W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym kwestionowana przez Odwołującego jest ocena wyjaśnień wykonawcy Śląski Regionalny Fundusz Poręczeniowy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach jakie dokonał Zamawiający.

Izba wskazuje, że w ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności Zamawiającego, tj. dokonanej oceny złożonych w postępowaniu wyjaśnień elementów zaoferowanej ceny oferty. Zamawiający dokonuje czynności oceny zaoferowanej w postępowaniu przez wykonawcę ceny w oparciu o dostępne mu informacje, które uzyskuje w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień – temu służy procedura wyjaśnienia opisana w art. 224 ustawy. Wykonawca winien podać Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty, uwarunkowania w jakich dokonywał tej kalkulacji, szczególne przesłanki warunkujące przyjęty sposób kalkulacji i inne istotne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny taki jak korzystne upusty, sprzyjające w oparciu o konkretne informacje warunki finansowego, uzyskane specjalne oferty, a dowodzące możliwości zaoferowania cen obniżonej a zawartej w złożonej ofercie. Wyjaśnienia wykonawcy – informacje jakie przedstawił wykonawca - powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację uzyskuje od konkretnego wykonawcy, w konkretnym postępowaniu, w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym przez Zamawiającego terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, już w ramach swoich wyjaśnień winien wskazać na te okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny, bowiem na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Nadal aktualność swą zachowuje stanowisko wypracowane w dotychczasowym orzecznictwie Izby i sądów powszechnych wskazujące, że Izba może ocenić i stwierdzić jedynie czy wyjaśnienia w przedmiocie elementów zaoferowanej ceny były wystarczające, a ich ocena dokonana przez Zamawiającego prawidłowa. Zachowuje swoją aktualność wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 lipca 2014 r. (sygn. akt XXIII Ga 1293/14), w którym podkreślono znaczenie staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy z 2004 (obecnie art. 224 ustawy), a także wskazano na konieczność

uznania, że cena ofertowa jest ceną rażąco niską, w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykażą, że oferowana przezeń cena rażąco niska nie jest. W obecnie obowiązującym stanie prawnym ustawodawca właściwie przesądził ich słuszność, wprost wskazując w przepisie art. 224 ust. 5 ustawy, że to wykonawca powinien wykazać Zamawiającemu, że cena jego oferty lub koszt nie zawiera rażąco niskiej ceny. Musi wykonawca wykazać to na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, czyli w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Tym samym jak najbardziej aktualna i wymagająca podkreślenia, jest wyrażana w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych teza o wymaganej staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, a tym samym ryzyko jakie ponosi wykonawca w przypadku uznania, że wyjaśnienia są niewystarczające do wykazania legalnego charakteru jego ceny. Izba wskazuje, że nie istnieje jeden optymalny i powinny kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. Sposób wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny zależy od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i

przyjąć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych. Niewątpliwie można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany - wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia.

W rozpoznawanej sprawie Izba poddał ocenie czynność Zamawiającego oceny wyjaśnień wykonawcy Śląski Regionalny Fundusz Poręczeń spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach z dnia 10 stycznia 2023 roku i uznała, że Zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny tych wyjaśnień, a co za tym idzie w sposób nieprawidłowy uznał, że cena oferty wykonawcy Śląski Regionalny Fundusz Poręczeń spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Izba podkreśla, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego stanowi sformalizowaną procedurę, która dzięki regulacją ustawowym stanowi gwarancję realizacji zasad prawa zamówień publicznych takich jak równe traktowanie wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz zachowanie konkurencyjności między wykonawcami. Każde odstępstwo od formalizmu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi do naruszenia procedury o zamówienie publiczne, a w konsekwencji naruszenie zasad prawa zamówień publicznych w stosunku do wykonawców, którzy składają w postępowaniu oferty. Wezwanie przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w ramach

procedury z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy rodzi skutki w zakresie obowiązków wykonawcy, do którego to wezwanie jest skierowane oraz rodzi obowiązki Zamawiającego, które są efektem skierowanego wezwania.

Wykonawca zobowiązany jest zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy do wykazania Zamawiającemu, że cena nie jest rażąco niska. Podkreślenia wymaga to, że obowiązek jaki statuuje ustawa nałożony jest na wykonawcę, po drugie wykonawca obowiązany jest do wykazania – co oznacza, że nie będzie wystarczające złożenie zapewnienia przez wykonawcę lecz niezbędne jest wykazanie takiego stanu rzeczy. Więcej zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy wykonawca w celu wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, składa dowody, które mają uwiarygodnić realność zaoferowanej ceny oferty. Powstały obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji zakres złożonych wyjaśnień może być kwestionowany w postępowaniu odwoławczym. Zakres złożonych wyjaśnień, ich precyzyjność i szczegółowość, czy też lakoniczność i ogólnikowość stanowią podstawę kształtowania zarzutu odwołania. W przypadku rozpoznawanej sprawy odwoławczej taki zarzut (zarzut 1) został przedstawiony przez Odwołującego.

W ocenie Izby wyjaśnienia wykonawcy Śląski Regionalny Fundusz Poręczeń spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach złożone za pismem z dnia 10 stycznia 2023 roku nie mają waloru wyjaśnień konkretnych, jasnych, spójnych jednoznacznych oraz adekwatnych do danego przedmiotu zamówienia. Nie stanowią wyjaśnień wykazujących realność zaoferowanej ceny oraz w żaden sposób nie odnoszą się do składowych zaoferowanej ceny. W złożonych wyjaśnieniach, które mają przymiot ogólnikowego stwierdzenia sam wykonawca podał, że „wynagrodzenia kluczowego personelu biorącego udział w realizacji Zamówienia (także osób spoza podanych na potrzeby spełniania warunków udziału w postępowaniu) będą stanowiły główny składnik kosztów pokrywany z wynagrodzenia Wykonawcy”. Jednocześnie w żaden sposób nie zostały podane przez wykonawcę faktyczne kwoty pokrywające koszt tych wynagrodzeń. Brak jest jakiejkolwiek informacji na temat tego jaka to faktycznie kwota będzie stanowiła część wynagrodzenia wykonawcy, a przeznaczona na pokrycie wynagrodzenia personelu, którego zaangażowanie w realizację projektu będzie większe niż wymagane przez Zamawiającego zgodnie z dokumentacją co do wymaganej ich liczby, a co podkreślił sam wykonawca. Wykonawca podał również, że „koszt wynagrodzenia każdego z pracowników biorących udział w realizacji Zamówienia z tego tytułu będą stanowiły tylko niewielki odsetek w całości uzyskiwanego przez nich wynagrodzenia.” Jednakże takie wyjaśnienie nie stanowi żadnego precyzyjnego określenia, jest bardzo ogólne i w żaden sposób nie wyjaśnia, jaki odsetek wynagrodzenia każdej osoby z personelu wykonawcy skierowanej do realizacji tego projektu będzie pokrywany z wynagrodzenia wykonawcy. Nie dość, że nie podano tego procentowanego odsetka wynagrodzenia, nie podano wysokości wynagrodzeń to również nie

podano liczby osób personelu wykonawcy skierowanych do realizacji projektu. W złożonych wyjaśnieniach jest więcej niewiadomych i informacji w żaden sposób nieweryfikowalnych niż tych wiadomych i dających poddać się ocenie w zakresie ich precyzyjności i szczegółowości. W ocenie Izby stanowisko Zamawiającego zawarte w piśmie procesowym oraz przedstawione na rozprawie także potwierdza ogólnikowość i lakoniczność złożonego wyjaśnienia w tej części. Nadmienić należy, że Zamawiający udzielając wyjaśnień i odpowiedzi na pytania w trakcie rozprawy nie był w stanie podać jaka część kwoty ofertowej stanowić będzie wynagrodzenie personelu wykonawcy. W zasadzie udzielone odpowiedzi mają sens, bowiem tych informacji w wyjaśnieniach z dnia 10 stycznia 2023 roku nie ma, a co za tym idzie nie mógł ich również znać Zamawiający. Natomiast odpowiedź Zamawiającego sprowadzająca się do tego, że wartość wynagrodzeń jest niewielka, jest równie ogólnikowa jak złożone wyjaśnienia. Zamawiający nie wie jaka część wynagrodzenia wykonawcy to przewidywany koszt wynagrodzeń personelu, a przecież wiedział ze złożonych wyjaśnień, że to główny składnik kosztów pokrywanych w wynagrodzenia wykonawcy. Realizacja usługi reporeczenia niewątpliwie wymaga innego, mniejszego nakładu pracy personelu niż w przypadku udzielania poręczenia, niemniej zasadniczym składnikiem kosztów jest wynagrodzenie personelu – które w przypadku tych wyjaśnień nie zostało podane. Brak tych informacji dyskwalifikuje poprawność złożonych wyjaśnień, gdyż brak w nich szczegółowości, jednoznaczności, a w szczególności brak w nich informacji, które Zamawiający mógłby poddać ocenie. Wyjaśnienia nie mogą być traktowane jako zapewnienie, a te wyjaśnienia jakie przedstawił wykonawca raczej mają charakter takiego zapewniania. Brak tu również jakichkolwiek dowodów potwierdzających realność zaoferowanej ceny oferty w wymiarze kosztów wynagrodzenia personelu. Sam fakt posiadania wieloletniego doświadczenia również nie stanowi żadnego uprawdopodobnienia zaoferowanej ceny, jakie mogłoby być ocenione pozytywnie w ramach wymagań ustawowych przez Zamawiającego. Tym samym dla Izby w zupełności niezasadne jest odwoływanie się przez Zamawiającego do posiadanego przez wykonawcę doświadczenia, którego to oceny Zamawiający może dokonywać w oparciu o inne regulacje ustawowe. Odwołanie się do doświadczenia wykonawcy nie stanowi także żadnego uzasadnienia dla podanych bardzo ogólnych argumentów, jakie w zasadzie mogłyby stanowić uzasadnienie dla każdego wezwania.

W odniesieniu do drugiej części złożonych wyjaśnień (punkt 2) wykonawca jednoznacznie podał, że ponosi „określone koszty stałe, które stanowią niezmienny element działalności i nie ulegną zwiększeniu w przypadku wprowadzenia nowego produktu do oferty”. Jednakże takie wyjaśnienie nie stanowi uzasadnienia dla kosztów jakie będą ponoszone w ramach realizacji tego projektu w zakresie kosztów stałych. Brak jest jakiegokolwiek wskazania jaka

część kosztów stałych ponoszonych przez wykonawcę będzie ponoszona z tytułu realizacji zamówienia. Nie sposób uznać za wyjaśnienie i obowiązkowe wykazanie, że cena nie jest rażąco niska, podania przez wykonawcę, że jego koszty stałe nie wzrosną. Twierdzenie, że koszty stałe wykonawcy nie wzrosną nie zmienia tego, że w ramach tych kosztów ujęte będą również koszty realizacji przedmiotowego projektu, przynajmniej tak faktycznie powinno być. Natomiast w złożonych wyjaśnieniach brak jest wskazania przez wykonawcę jaka jest wartość kosztów stałych, jakie będzie ponosił w ramach realizacji przedmiotowego projektu. Wręcz podane zostało przez wykonawcę, że w ramach realizacji tego zamówienia „nie będzie ponosił dodatkowych kosztów stałych, pojawiają się tylko jednostkowe koszty zmienne”. Takie twierdzenie wykonawcy w złożonych wyjaśnieniach wręcz potwierdza brak skalkulowania kosztów stałych w cenie oferty. Nadmienić należy, że maksymalny okres obowiązywania umowy to 84 miesiące, co oznacza, że zgodnie z założeniem wykonawcy w tym okresie nie będą ponoszone żadne koszty stałe w ramach realizacji zamówienia, a koszty stałe wykonawcy nie ulegną zmianie. Takie stanowisko potwierdza w ocenie Izby, że w cenie oferty nie zostały ujęte żadne koszty stałe wykonawcy jakie musiałby ponosić w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia. Podkreślić należy, że kształtowanie ceny oferty w postępowaniu o zamówienie ma obejmować wszystkie koszty wykonawcy, i to że ponosi on koszty stałe wynikające z jego statutowej działalności nie zmienia tego, że nie będzie ponosił kosztów stałych w ramach realizacji zamówienia. Cena oferty musi obejmować wszystkie składniki jakie są elementem tej ceny, w tym koszty stałe jakie niewątpliwie będą ponoszone choć może w ułamkowej części do wysokości kosztów stałych z działalności wykonawcy.

W złożonych wyjaśnieniach wykonawca odnosi się do okresu Budowania Portfela, jednakże podany koszt zmienny dla udzielenia 1 000,00 zł poręczenia wynoszący 4,784 zł jak podaje został wyliczony na podstawie wewnętrznych kalkulacji w ostatnim okresie sprawozdawczym. Natomiast w trakcie rozprawy wyjaśniał, że jest to wskaźnik funkcjonujący wśród instytucji udzielających poręczeń, w tym w BGK. Taka argumentacja nie pojawiła się natomiast w złożonych wyjaśnieniach z dnia 10 stycznia 2023 roku. Wykonawca podał, że jest to „bezpośredni koszt obliczony dla celów realizacji projektu i budowy portfela jednostkowych poręczeń, objętych Reporęčeniem”. Izba dostrzega w tym miejscu, że podana wartość odnosi się jedynie do etapu Budowy Portfela, jednocześnie nie zostało wykazane przez wykonawcę - do czego jest obowiązany zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy – w jaki sposób kwota ta pokryje wszystkie koszty realizacji zamówienia na tym etapie.

Pozostałe informacje przedstawione w wyjaśnieniach wskazują na to, że „pozostała kwota wynagrodzenia wykonawcy w projekcie stanowić będzie: koszt obsługi portfela po zakończeniu jego budowy, rezerwę na nieprzewidziane wydatki, ewentualny zysk dla spółki (Wykonawcy).” Z wyjaśnień tych nie wynika w żaden sposób jaka będzie wartość

obsługi portfela po jego zbudowaniu i jakie faktycznie koszty będą ponoszone w tym czasie. Nie wynika również jaka będzie kwota na nieprzewidziane wydatki oraz jaki jest zakładany zysk, przy czym jest on w wyjaśnieniach podany jako ewentualny, czyli niepewny. Podkreślenia wymaga również, że nie zostało wskazane jaki będzie koszt Budowania Portfela, a więc nie jest znana kwota jaka zostaje przewidziana na pozostałe zadania w ramach realizacji umowy. Ponownie, w złożonych wyjaśnieniach jest więcej niewiadomych niż informacji faktycznie dających poddać się weryfikacji. Obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie, czyli podanie wszystkich niezbędnych informacji dotyczących elementów cenotwórczych. W tym przypadku ich nie ma, nie zostały podane. Brak jest również wskazania informacji dotyczących wyceny monitoringu i sprawozdawczości oraz kosztów związanych z windykacją. Odniesienie to tych kosztów, zarówno w wymiarze wynagrodzenia personelu jak i innych kosztów np. kosztów korzystania z systemu informatycznego w tym zakresie.

W ocenie Izby złożone wyjaśnienia z dnia 10 stycznia 2023 roku zostały ocenione przez Zamawiającego w sposób nieprawidłowy. Ogólnikowość, lakoniczność złożonych wyjaśnień nie pozwala na dokonanie oceny prawidłowości kalkulacji ceny oferty. Brak możliwości weryfikacji ceny oferty na podstawie złożonych wyjaśnień potwierdza również stanowisko samego Zamawiającego, który w złożonym piśmie procesowym niezwykle ogólnikowo odnosi się do zarzutów odwołania, a w stanowisku prezentowanym na rozprawie wskazywał na konieczność dopytywania o szczegóły samego uczestnika postępowania odwoławczego. Taka postawa Zamawiającego potwierdza, że nie miał on możliwości, i nie zrobił tego, tzn. nie zweryfikował elementów składowych zaoferowanej przez wykonawcę ceny oferty, bowiem nie miał w oparciu o jakie informacje tej weryfikacji dokonać. To wskazuje na błędną czynność Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, nieprawidłową czynność oceny oferty i w konsekwencji zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Śląski Regionalny Fundusz Poręczeniowy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach na podstawie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy. Wyjaśnienia z dnia 10 stycznia 2023 roku nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, nie przedstawiono żadnych dowodów uzasadniających zaoferowaną cenę oferty, tym samym ofertę tę, zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy, należy uznać jako ofertę z rażąco niską ceną.

Izba podkreśla w tym miejscu, że w zakresie powyżej rozpoznanego zarzutu odwołania (zarzut 1) w postępowaniu odwoławczym ciężar wykazania prawidłowości podjętej czynności spoczywa na Zamawiającym, nie dochodzi w tym miejscu do odwrócenia ciężaru dowodu jak ma to miejsce w przypadku zarzutu złożenia oferty za rażąco niską ceną (zarzut 2), gdzie ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa, w tym

przypadku, na wykonawcy, który złożył ofertę kwestionowaną czyli uczestniku postępowania odwoławczego. Zamawiający nie sprostał udowodnieniu, że wyjaśnienia złożone w dniu 10 stycznia 2023 roku, które obowiązkowo składał wykonawca wykazały, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską.

W konsekwencji zasadność zarzutu 1 powoduje konieczność odrzucenia oferty również na podstawie podnoszonego zarzutu 2, bowiem brak złożenia wyjaśnień za pomocą których wykonawca uzasadni podaną w ofercie cenę ofertową, skutkuje brakiem możliwości weryfikacji tej ceny z powodu braku informacji szczegółowych pozwalających poddać je badaniu. Słusznie w ocenie Izby podnosił Odwołujący, że nie miał możliwości odniesienia się do ceny składowych ceny oferty i jej kwestionowania, bowiem nie miał na podstawie tak ogólnych wyjaśnień możliwości do zaoferowanej ceny oferty. Izba stwierdza w tym miejscu w oparciu o dowód nr 1 złożony przez uczestnika postępowania odwoławczego, że możliwe było złożenie szczegółowszych i konkretnych wyjaśnień. Izba dowód dopuściła, niemniej dowód ten złożony na okoliczność wykazania, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej w ocenie Izby nie potwierdza tej okoliczności na moment złożenia wyjaśnienia z dnia 10 stycznia 2023 roku. Wykazanie tych okoliczności miało nastąpić na wezwanie Zamawiającego, natomiast przedstawianie takich danych na etapie postępowania odwoławczego nie zastępuje złożenia wyjaśnienia do Zamawiającego. Złożony dowód nr 1 jak i dowód nr 2 potwierdzają w zasadzie to, że wykonawca miał możliwość przedstawienia danych szczegółowych, informacji precyzyjnych - jednakże tego nie uczynił w stosownym terminie na wezwanie Zamawiającego. Dostrzeżono również w stanowisku uczestnika postępowania odwoławczego rozbieżność co do informacji odnoszących się do zakładanego zysku, gdzie w wyjaśnieniu z dnia 10 stycznia br. ten zysk jest podawany jako ewentualny, natomiast w dowodzie nr 1 planowany dochód spółki określony jest na poziomie 77 905 zł. Nie sposób uznać, aby „ewentualny zysk” mógł faktycznie stanowić (równać się) „planowany dochód dla spółki” ponad 77 tysięcy złotych przy ofercie 99 000,00 zł netto. Nadmienić należy również, że w orzecznictwie przyjmuje się, że zysk nie musi być elementem ceny ofertowej, bowiem w określonych przypadkach ten zysk w postaci realizacji danego zamówienia nie musi generować się w postaci określonej kwoty ale np. w uzyskanym doświadczeniu.

Izba podkreśla, że dokonuje oceny czynności Zamawiającego w postępowaniu, a nie zastępuje Zamawiającego w dokonywaniu tych czynności. W związku z tym, mając na uwadze rozpoznanie w zakresie zarzutu 1, oraz braku obowiązkowego wykazania przez wykonawcę, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, zasadne jest odrzucenie oferty wykonawcy Śląski Regionalny Fundusz Poręczeńowy spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy jako oferty z rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia, co jednoznacznie zostało stwierdzone także na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy.

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 zasadne 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 § 7 ust. 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.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący: