**Sygn. akt: KIO 2389/24**

**POSTANOWIENIE**

Warszawa, dnia 19 lipca 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodnicząca:** Ewa Sikorska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 19 lipca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lipca 2024 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Agencja Rozwoju Regionalnego Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielsku-Białej, Rzeszowska Agencja Rozwoju Regionalnego Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie, Stowarzyszenie „Samorządowe Centrum Przedsiębiorczości i Rozwoju" w Suchej Beskidzkiej z siedzibą w Suchej Beskidzkiej, Fundacja Rozwoju Regionu Rabka z siedzibą w Rabce-Zdrój, Lubelska Federacja Rozwoju z siedzibą w Lublinie, Fundacja Rozwoju Śląska z siedzibą w Opolu, Wrocławska Agencja Rozwoju Regionalnego Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Bank Gospodarstwa Krajowego w Warszawie**

Uczestnik postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego: **Agencja Rozwoju Regionalnego „MARR" Spółka akcyjna w Mielcu**

postanawia:

1. odrzuca odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Agencja Rozwoju Regionalnego Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielsku-Białej, Rzeszowska Agencja Rozwoju Regionalnego Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie, Stowarzyszenie „Samorządowe Centrum Przedsiębiorczości i Rozwoju" w Suchej Beskidzkiej z siedzibą w Suchej Beskidzkiej, Fundacja Rozwoju Regionu Rabka z siedzibą w Rabce-Zdrój, Lubelska Federacja Rozwoju z siedzibą w Lublinie, Fundacja Rozwoju Śląska z siedzibą w Opolu, Wrocławska Agencja Rozwoju Regionalnego Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu**

i 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 udzielenie zamówienia: **Agencja Rozwoju Regionalnego Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielsku-Białej, Rzeszowska Agencja Rozwoju Regionalnego Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie, Stowarzyszenie „Samorządowe Centrum Przedsiębiorczości i Rozwoju" w Suchej Beskidzkiej z siedzibą w Suchej Beskidzkiej, Fundacja Rozwoju Regionu Rabka z siedzibą w Rabce-Zdrój, Lubelska Federacja Rozwoju z siedzibą w Lublinie, Fundacja Rozwoju Śląska z siedzibą w Opolu, Wrocławska Agencja Rozwoju Regionalnego Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu** tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:……..……

**Sygn. akt: KIO 2389/24**

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Bank Gospodarstwa Krajowego w Warszawie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wybór Partnerów Finansujących w celu zarządzania funduszem pożyczkowym w ramach projektu „Dostępność Plus - Europejskie pożyczki dla przedsiębiorców".

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 roku, poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 8 lipca 2024 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Agencja Rozwoju Regionalnego Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielsku-Białej, Rzeszowska Agencja Rozwoju Regionalnego Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie, Stowarzyszenie „Samorządowe Centrum Przedsiębiorczości i Rozwoju" w Suchej Beskidzkiej z siedzibą w Suchej Beskidzkiej, Fundacja Rozwoju Regionu Rabka z siedzibą w Rabce-Zdrój, Lubelska Federacja Rozwoju z siedzibą w Lublinie, Fundacja Rozwoju Śląska z siedzibą w Opolu, Wrocławska Agencja Rozwoju Regionalnego Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie wobec:

1) od niezgodnej z prawem czynności zamawiającego z dnia 26 czerwca 2024 r. polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonym w przedmiocie Wybór Partnerów Finansujących w celu zarządzania funduszem pożyczkowym w ramach projektu „Dostępność Plus - Europejskie pożyczki dla przedsiębiorców", w części II, sygnatura postępowania DZZK/64/DPE/2023,

2) od niezgodnego z prawem zaniechania przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty Agencji Rozwoju Regionalnego „MARR" S.A. z siedzibą w Mielcu

- podczas, gdy wybrana oferta Agencji Rozwoju Regionalnego „MARR" S.A. z siedzibą w Mielcu zawiera rażąco niską cenę, natomiast złożone wyjaśnienia wykonawcy, do których wezwał go zamawiający, nie uzasadniają twierdzenia wykonawcy, iż przedstawiona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

3) od niezgodnej z prawem czynności zamawiającego polegającej na uznaniu za skuteczne objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa przez Agencję Rozwoju Regionalnego „MARR"S.A. z siedzibą w Mielcu kalkulacji oferowanej ceny/zestawienia kosztów, która stanowiła załącznik do wyjaśnień rażąco niskiej ceny,

4) od niezgodnego z prawem zaniechania przez zamawiającego czynności odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Agencję Rozwoju Regionalnego „MARR"S.A. z siedzibą w Mielcu, w zakresie kalkulacji oferowanej ceny/zestawienia kosztów, które miały stanowić załącznik do wyjaśnień rażąco niskiej ceny,

5) od niezgodnego z prawem zaniechania przez zamawiającego czynności poinformowania odwołującego, czy Agencja Rozwoju Regionalnego „MARR"S.A. z siedzibą w Mielcu uzasadniła zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie kalkulacji ceny/zestawienia kosztów oraz udostępnienia na wniosek odwołującego tego uzasadnienia,

- podczas gdy cena zaoferowana w postępowaniu jest elementem jawnym, zatem sposób jej obliczenia nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, a niezależnie od powyższego zamawiający ma obowiązek na wniosek udostępnić treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący zaskarżył:

1) czynność zamawiającego polegającą na wyborze najkorzystniejszej oferty poprzez wybór oferty złożonej przez Agencję Rozwoju Regionalnego „MARR" S.A. z siedzibą w Mielcu, która złożyła ofertę w ramach zamówienia: Wybór Partnerów Finansujących w celu zarządzania funduszem pożyczkowym w ramach projektu „Dostępność Plus - Europejskie pożyczki dla przedsiębiorców", na część II.

2) zaniechanie przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty Agencji Rozwoju Regionalnego „MARR" S.A. z siedzibą w Mielcu;

3) czynność zamawiającego polegająca na uznaniu za skuteczne objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa przez Agencję Rozwoju Regionalnego „MARR"S.A. z siedzibą w Mielcu kalkulacji oferowanej ceny/zestawienia kosztów, która stanowiła załącznik do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 29.03.2024 r.;

4) zaniechanie przez zamawiającego czynności odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Agencję Rozwoju Regionalnego „MARR"S.A. z siedzibą w Mielcu, w zakresie kalkulacji oferowanej ceny/zestawienia kosztów, która stanowiła załącznik do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 29.03.2024 r.;

5) zaniechanie przez zamawiającego czynności poinformowania odwołującego, czy Agencja Rozwoju Regionalnego „MARR"S.A. z siedzibą w Mielcu uzasadniła zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie kalkulacji ceny/zestawienia kosztów oraz udostępnienia tego uzasadnienia na wniosek odwołującego z dnia 1.07.2024 r.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 16 pkt 1 ustawy P.z.p. poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w związku z wyborem jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który przedstawił rażąco niską cenę, a jednocześnie przedstawione wyjaśnienia tego wykonawcy nie odpowiadają na wszystkie wątpliwości zamawiającego wskazane w wezwaniu oraz nie uzasadniają twierdzenia, iż przedstawiona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny; jednocześnie poprzez uznanie za skuteczne zastrzeżenie przez wybranego wykonawcę tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie załącznika do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 29.03.2024 r., podczas gdy cena zaoferowana w postępowaniu jest elementem jawnym, zatem sposób jej obliczenia nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, a niezależnie od powyższego zamawiający ma obowiązek na wniosek udostępnić treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa,

2. art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p. poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Agencję Rozwoju Regionalnego „MARR" S.A. z siedzibą w Mielcu, pomimo iż wybrana oferta zawiera rażąco niską cenę, a wyjaśnienia wykonawcy, do których wezwał go zamawiający, nie odpowiadają na wszystkie wątpliwości zamawiającego wskazane w wezwaniu oraz nie uzasadniają twierdzenia, iż przedstawiona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a tym samym oferta podlegała odrzuceniu,

3. art. 224 ust. 5 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p. poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Agencję Rozwoju Regionalnego „MARR" S.A. z siedzibą w Mielcu, pomimo iż wybrana oferta zawiera rażąco niską cenę, a wykonawca nie udowodnił twierdzenia, iż przedstawiona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, chociaż ciężar dowodu spoczywał w tym zakresie na wykonawcy, a tym samym oferta podlegała odrzuceniu;

4. art. 239 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Agencję Rozwoju Regionalnego „MARR" S.A. z siedzibą w Mielcu, pomimo iż wybrana oferta zawiera rażąco niską cenę, a wyjaśnienia wykonawcy, do których wezwał go zamawiający, nie odpowiadają na wszystkie wątpliwości zamawiającego wskazane w wezwaniu oraz nie uzasadniają twierdzenia, iż przedstawiona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,

5. art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy P.z.p. poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Agencję Rozwoju Regionalnego „MARR" S.A. z siedzibą w Mielcu, pomimo iż wybrana oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny, gdyż nie uwzględnia elementów niezbędnych dla należytego wykonania umowy, m.in. wyższych kosztów promocji, kosztów delegacji pracowników jako odrębnego kosztu,

6. art. 74 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez nieudostępnienie odwołującemu protokołu postępowania na jego wniosek z dnia 4.07.2024 r.,

7. art. 18 ust. 1 i 3 w zw. z art. 222 ust. 5 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez naruszenie zasady jawności postępowania w związku z:

- uznaniem za skuteczne objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa przez Agencję Rozwoju Regionalnego „MARR"S.A. z siedzibą w Mielcu kalkulacji oferowanej ceny/zestawienia kosztów, która miała stanowić załącznik do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 29.03.2024 r.;

- zaniechanie czynności odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Agencję Rozwoju Regionalnego „MARR"S.A. z siedzibą w Mielcu, w zakresie kalkulacji oferowanej ceny/zestawienia kosztów, która stanowiła załącznik do wyjaśnień rażąco niskiej ceny,

- zaniechanie czynności udostępnienia odwołującemu uzasadnienia wykonawcy do zastrzeżonej przez niego tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie kalkulacji oferowanej ceny/zestawienia kosztów,

- zaniechanie czynności poinformowania odwołującego, czy Agencja Rozwoju Regionalnego „MARR"S.A. z siedzibą w Mielcu uzasadniła zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie kalkulacji ceny/zestawienia kosztów oraz udostępnienia tego uzasadnienia na wniosek odwołującego z dnia 1.07.2024 r.

podczas gdy cena zaoferowana w postępowaniu jest elementem jawnym, zatem sposób jej obliczenia nie może stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, a niezależnie od powyższego zamawiający ma obowiązek na wniosek udostępnić treść uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, co doprowadziło do naruszenia przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także zasady jawności postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności polegającej na wyborze oferty złożonej przez Agencję Rozwoju Regionalnego „MARR" S.A. z siedzibą w Mielcu jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu w części II,

2) odtajnienia treści kalkulacji ceny/zestawienia kosztów, stanowiącej załącznik do wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Agencję Rozwoju Regionalnego „MARR"S.A. z siedzibą w Mielcu z dnia 29.03.2024 r.,

3) odrzucenia oferty wykonawcy - Agencji Rozwoju Regionalnego „MARR" S.A. z siedzibą w Mielcu, z powodu złożenia oferty, która zawiera rażąco niską cenę, a wykonawca nie uzasadnił oferowanej ceny w ramach wyjaśnień złożonych na wezwanie zamawiającego; wyjaśnienia wykonawcy nie odpowiadają na wszystkie wątpliwości zamawiającego wskazane w wezwaniu oraz nie uzasadniają twierdzenia, iż przedstawiona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny,

4) dokonania ponownego badania i oceny ofert w sposób zgodny z przepisami ustawy P.z.p. z uwzględnieniem oferty odwołującego po dokonaniu zmniejszenia składu konsorcjum o spółkę „Agencja Rozwoju Regionalnego" Spółka Akcyjna z siedzibą w Zielonej Górze,

5) w przypadku gdyby umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta przed rozpoznaniem odwołania – unieważnienie zawartej umowy,

6) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania.

Jednocześnie odwołujący wniósł o umożliwienie mu odniesienie się do treści kalkulacji ceny/zestawienia kosztów wykonawcy w terminie 3 dni od ich odtajnienia i w tym zakresie wniósł o umożliwienie odwołującemu uzupełnienia odwołania.

Ponadto odwołujący wniósł o:

1) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów powołanych w treści odwołania,

2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z przesłuchania stron,

wszystko na okoliczność ustalenia, iż:

- wskazana w ofercie wykonawcy - Agencji Rozwoju Regionalnego „MARR" S.A. z siedzibą w Mielcu, cena jest rażąco niska, a wyjaśnienia wykonawcy, do których wezwał go zamawiający, nie uzasadniają rażąco niskiej ceny; tym samym dla wykazania, iż oferta ww. wykonawcy podlegała odrzuceniu, a jej wybór przez zamawiającego stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

- odwołujący w dniu 1.07.2024 r. wystąpił z wnioskiem o przesłanie uzasadnienia dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wobec wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie kalkulacji oferowanej ceny/zestawienia kosztów, które miały stanowić załącznik do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 29.03.2024 r. i do dnia złożenia odwołania nie otrzymał tej informacji,

- zamawiający bezpodstawnie uznał za skuteczne dokonane przez wykonawcę zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie kalkulacji oferowanej ceny/zestawienia kosztów, które stanowiły załącznik do wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 29.03.2024 r.,

3) odrzucenie oferty wykonawcy Agencja Rozwoju Regionalnego „MARR" S.A. z siedzibą w Mielcu, z powodu złożenia oferty, która zawiera rażąco niską cenę, a wykonawca nie uzasadnił oferowanej ceny w ramach wyjaśnień złożonych na wezwanie zamawiającego; wyjaśnienia wykonawcy nie odpowiadają na wszystkie wątpliwości zamawiającego wskazane w wezwaniu oraz nie uzasadniają twierdzenia, iż przedstawiona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w złożeniu odwołania. Interes ten wynika w szczególności z faktu, iż odwołujący ma możliwość zrealizować przedmiot zamówienia w zakresie części II, zgodnie ze specyfikacją warunków zamówienia. Dokonane przez zamawiającego badanie ofert, którego konsekwencja było wybranie oferty w rzeczywistości podlegającej odrzuceniu zgodnie z art. 224 ust. 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p., naruszyło zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Gdyby postępowanie zostało przeprowadzone przez zamawiającego w sposób prawidłowy, z uwzględnieniem ww. zasad, oferta odwołującego mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza, gdyż zgodnie z informacją o wynikach postępowania z dnia 26.06.2024 r. do części II oferta odwołującego była najkorzystniejsza zaraz po ofercie wykonawcy. Jednocześnie odwołujący wskazał, że w związku z wyborem przez zamawiającego oferty wykonawcy (niezgodnie z zasadami i przepisami ustawy P.z.p.), po stronie odwołującego pojawiła się szkoda polegająca na utracie możliwości wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej i możliwość zrealizowania zamówienia w zakresie części II. Odwołujący dodał, że 7 czerwca 2024 r. zamawiający został poinformowany o zmianie w składzie konsorcjum odwołującego polegającej na rezygnacji jednego z jego uczestników spółki „Agencja Rozwoju Regionalnego" Spółka Akcyjna z siedzibą w Zielonej Górze, a powodowanym tym, że w toku postępowaniu spółka ta przestała spełniać określony przez zamawiającego warunek straty netto kapitałów własnych, według stanu na koniec ostatniego zamkniętego roku obrotowego. Informacja ta została przekazana zamawiającemu z chwilą składania oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą, a tym samym oferta została przedłużona wyłącznie w odniesieniu do pomniejszonego składu konsorcjum. W związku z tym aktualnie konsorcjum występuje już w zmienionym składzie, pomniejszonym o wymienioną wyżej spółkę. Jednocześnie kierując się wskazaniami TSUE, sformułowanymi w wyroku z dnia 24 maja 2016 r. w sprawie C-396/14, istnieje możliwość odstępstwa od zasady prawnej i materialnej tożsamości wykonawców na każdym etapie danego postępowania o udzielenie zamówienia. TSUE dopuścił mianowicie możliwość złagodzenia tej zasady w celu

zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji. W dalszej części orzeczenia Trybunał - odnosząc się już wprost do możliwości udziału w postępowaniu byłego członka konsorcjum jako samodzielnego wykonawcy, stwierdził, że: "zasadę równego traktowania wykonawców określoną w art. 10 dyrektywy 2004/17 w związku z art. 51 tej dyrektywy należy

interpretować w ten sposób, iż podmiot zamawiający nie narusza tej zasady, kiedy zezwala jednemu z dwóch wykonawców, którzy wchodzili w skład grupy przedsiębiorstw zaproszonej jako taka przez ten podmiot do składania ofert, na zastąpienie tej grupy w następstwie jej rozwiązania i na udział, we własnym imieniu, w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego prowadzonym w trybie procedury negocjacyjnej, o ile zostało wykazane, po pierwsze, że wykonawca ten sam spełnia wymogi określone przez wspomniany podmiot, a po drugie, że jego dalszy udział w tym postępowaniu nie wiąże się z pogorszeniem sytuacji konkurencyjnej innych oferentów. W przypadku odwołującego ograniczenie składu konsorcjum spełnia opisane kryteria umożliwiające kontynuowanie postępowania z udziałem konsorcjum w zmienionym składzie osobowym, w szczególności biorąc pod uwagę, że w postępowaniu zastosowano procedurę odwróconą, która przewiduje dokonanie kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona. Tym samym zamawiający nie przeprowadzał do tej pory kwalifikacji podmiotowej wykonawcy w zmienionym składzie, a tym samym przeprowadzenie tego badania po zmianie składu konsorcjum nie wpłynie na sytuację innych oferentów.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 12 lipca 2024 roku zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania w całości na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy P.z.p.

Zamawiający wskazał, że w postępowaniu ofertę złożyło 8 wykonawców występujących wspólnie:

1) Agencja Rozwoju Regionalnego S.A. z siedzibą w Bielsku-Białej (Pełnomocnik konsorcjum)

2) Rzeszowska Agencja Rozwoju Regionalnego S.A. z siedzibą w Rzeszowie

3) Stowarzyszenie „Samorządowe Centrum Przedsiębiorczości i Rozwoju" w Suchej Beskidzkiej z siedzibą w Suchej Beskidzkiej

4) Fundacja Rozwoju Regionu Rabka z siedzibą w Rabce-Zdrój

5) Lubelska Federacja Rozwoju z siedzibą w Lublinie

6) Fundacja Rozwoju Śląska z siedzibą w Opolu

7) Wrocławska Agencja Rozwoju Regionalnego S.A. z siedzibą we Wrocławiu

8) Agencja Rozwoju Regionalnego SA z siedzibą w Zielonej Górze.

Jak wynika ze złożonej oferty oraz pełnomocnictw, jakie zostały załączone do oferty wykonawcą w postępowaniu jest konsorcjum zawiązane przez 8 podmiotów. Odwołanie zaś zostało wniesione jedynie przez siedem podmiotów tj. bez udziału jednego z członków konsorcjum - Agencji Rozwoju Regionalnego SA w Zielonej Górze (dalej ARR Zielona Góra). Jak wynika z pisma z dnia 7 czerwca 2024 r. przekazanego w odpowiedzi na wniosek o przedłużenie terminu związania ofertą Lider konsorcjum poinformował, że ARR w Zielonej Górze rezygnowało z udziału w konsorcjum. Decyzja była świadoma, gdyż po uzyskaniu wyników finansowych za ostatni rok obrotowy ARR w Zielonej Górze nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w części V, pkt 3 ppkt 1 lit. b) swz tj. dotyczącego poziomu straty netto w ostatnim roku obrotowym. Odwołujący złożył więc odwołanie w składzie konsorcjum zmniejszonym o jednego z uczestników. Jest to więc konsorcjum inne niż konsorcjum będące uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W dniu 12 lipca 2024 roku do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Agencja Rozwoju Regionalnego „MARR" Spółka akcyjna w Mielcu. Przystępujący wykonawca wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy P.z.p., powołując się na te same okoliczności faktyczne i prawne, które podniósł zamawiający w odpowiedzi na odwołanie.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego. Wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy P.z.p. *(dowód: SWZ).*

W postępowaniu ofertę złożyło 8 wykonawców występujących wspólnie:

1) Agencja Rozwoju Regionalnego S.A. z siedzibą w Bielsku-Białej (pełnomocnik konsorcjum)

2) Rzeszowska Agencja Rozwoju Regionalnego S.A. z siedzibą w Rzeszowie

3) Stowarzyszenie „Samorządowe Centrum Przedsiębiorczości i Rozwoju" w Suchej Beskidzkiej z siedzibą w Suchej Beskidzkiej

4) Fundacja Rozwoju Regionu Rabka z siedzibą w Rabce-Zdrój

5) Lubelska Federacja Rozwoju z siedzibą w Lublinie

6) Fundacja Rozwoju Śląska z siedzibą w Opolu

7) Wrocławska Agencja Rozwoju Regionalnego S.A. z siedzibą we Wrocławiu

8) Agencja Rozwoju Regionalnego SA z siedzibą w Zielonej Górze.

Ofertę w postępowaniu złożył także wykonawca Agencja Rozwoju Regionalnego „MARR" Spółka akcyjna w Mielcu.

*(dowód: protokół postępowania)*

Pismami z dnia 25 marca 2024 roku i 19 kwietnia 2024 roku zamawiający wezwał wykonawcę Agencja Rozwoju Regionalnego „MARR" Spółka akcyjna w Mielcu do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny*(dowody: pisma z dnia 25 marca 2024 roku i 19 kwietnia 2024 roku).*

Pismami z dnia 29 marca 2024 roku i 23 kwietnia 2024 roku wykonawca Agencja Rozwoju Regionalnego „MARR" Spółka akcyjna w Mielcu udzielił wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny treścią pism z dnia 29.03.2024 roku *(dowody: pisma z dnia 29 marca 2024 roku i 23 kwietnia 2024 roku).*

W piśmie z dnia 7 maja 2024 r. przekazanego w odpowiedzi na wniosek o przedłużenie terminu związania ofertą lider konsorcjum poinformował:

*W nawiązaniu do pisma DZZK.26.450.MP.2024, w którym Zamawiający zwrócił się o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą na okres do dnia 10.08.2024 r., w załączeniu przedkładamy przedmiotowe Oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą.*

*Równocześnie informujemy Zamawiającego, że jeden z Uczestników Konsorcjum („Agencja Rozwoju Regionalnego S.A." z siedzibą w Zielonej Górze), przesłał do Lidera Konsorcjum informację, że w związku z długotrwałym procesem weryfikacji i decyzji co do złożonej oferty zmuszony jest zrezygnować z udziału w Konsorcjum i przedmiotowym postępowaniu o zamówienie. Rezygnacja spowodowana jest tym, że po sporządzeniu Sprawozdania finansowego za rok 2023, „Agencja Rozwoju Regionalnego S.A." w siedzibą w Zielonej Górze przekroczyła wymagany próg straty netto kapitałów własnych, według stanu na koniec ostatniego zamkniętego roku obrotowego. Jednocześnie „Agencja Rozwoju Regionalnego S.A." w siedzibą w Zielonej Górze deklaruje pozostawienie do dyspozycji Konsorcjum placówek zadeklarowanych w ofercie.*

*W związku z powyższym Lider Konsorcjum w imieniu własnych i pozostałych Uczestników Konsorcjum (Rzeszowskiej Agencji Rozwoju Regionalnego Spółka Akcyjna, Stowarzyszenia "Samorządowe Centrum Przedsiębiorczości i Rozwoju" w Suchej Beskidzkiej, Fundacji Rozwoju Regionu Rabka, Lubelskiej Fundacji Rozwoju, Fundacji Rozwoju Śląska, Wrocławskiej Agencji Rozwoju Regionalnego Spółka Akcyjna) deklaruje, że wszystkie warunki złożonej oferty do Części II postępowania o zamówienie DZZK/64/DPE/2023 w zakresach podlegających ocenie są spełnione przez Konsorcjum w składzie pomniejszonym o „Agencję Rozwoju Regionalnego S.A." w siedzibą w Zielonej Górze* (dowód: pismo z dnia 7 maja 2024 roku).

W dniu 26 czerwca 2024 r. zamawiający ogłosił przy użyciu środków komunikacji elektronicznej wybór najkorzystniejszej oferty w części II zamówienia, tj. oferty wykonawcy Agencja Rozwoju Regionalnego „MARR" S.A. z siedzibą w Mielcu *(dowód: zawiadomienie z dnia 26 czerwca 2024 roku).*

W dniu 8 lipca 2024 roku odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w zakresie opisanym wyżej. Podmiotami wnoszącym odwołanie są wykonawcy: Agencja Rozwoju Regionalnego Spółka Akcyjna z siedzibą w Bielsku-Białej, Rzeszowska Agencja Rozwoju Regionalnego Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie, Stowarzyszenie „Samorządowe Centrum Przedsiębiorczości i Rozwoju" w Suchej Beskidzkiej z siedzibą w Suchej Beskidzkiej, Fundacja Rozwoju Regionu Rabka z siedzibą w Rabce-Zdrój, Lubelska Federacja Rozwoju z siedzibą w Lublinie, Fundacja Rozwoju Śląska z siedzibą w Opolu, Wrocławska Agencja Rozwoju Regionalnego Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu.

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy P.z.p., tj. z powodu jego wniesienia przez podmiot nieuprawniony. Wynika to z faktu, że ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożyło konsorcjum składające się z ośmiu wykonawców, natomiast odwołanie zostało wniesione przez grupę składającą się z siedmiu wykonawców, ponieważ jeden z nich – Agencja Rozwoju Regionalnego SA z siedzibą w Zielonej Górze – już po

złożeniu oferty zrezygnował z ubiegania się o udzielenie zamówienia z innymi wykonawcami.

Podmioty uprawnione do odwołania wskazuje art. 505 ustawy P.z.p. Zgodnie z ust. 1 tegoż artykułu środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

O tym, kim jest wykonawca, rozstrzyga art. 7 pkt 30 ustawy P.z.p., zgodnie z którym przez wykonawcę należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę tak zakreślony krąg podmiotów w odniesieniu do odwołującego należy stwierdzić, iż nie należy on do żadnej z wyżej wymienionych kategorii. Ofertę w niniejszym postępowaniu złożyło bowiem ośmiu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, działających w formie konsorcjum, co wynika w szczególności z oferty konsorcjum oraz informacji z otwarcia ofert. Odwołujący nie jest także uczestnikiem konkursu, gdyż postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, a nie w trybie z art. 110 i następne ustawy P.z.p., tj. konkursu. Nie można uznać także odwołującego za inny podmiot, gdyż pod pojęciem innego podmiotu należy definiować jednostkę organizacyjną, czy osobę prawną lub fizyczną, która nie jest ani wykonawcą w rozumieniu art. 7 pkt 30, ani uczestnikiem konkursu, aktywującą się np. w zaskarżeniu ogłoszenia o zamówieniu, zaskarżeniu SWZ, zaskarżeniu wyboru trybu postępowania o udzielenie zamówienia przez zamawiającego.

Przepisu art. 505 ustawy P.z.p. nie można interpretować w sposób dowolny i przyznać prawo do składania środków ochrony prawnej także tym wykonawcom, którzy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego działają wspólnie składając jedną ofertę, natomiast w postępowaniu odwoławczym korzystają ze środków ochrony prawnej występując w innym składzie. Na przeszkodzie takiej interpretacji stoi przede wszystkim art. 58 ust. 5 ustawy P.z.p. nakazujący stosować do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego odpowiednio przepisy o wykonawcy. Grupę takich wykonawców należy traktować zasadniczo tak, jakby jej uczestnicy byli jednym wykonawcą. Tym samym to wszystkim działającym łącznie wykonawcom wspólnie ubiegającym się o zamówienie publiczne przysługuje prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej, a takie prawo nie przysługuje samodzielnie działającym podmiotom, wchodzącym w skład tej wspólnoty, lub tylko niektórym z nich.

Stanowisko takie znajduje potwierdzenie w ugruntowanym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, w tym – przykładowo – w wyroku z dnia 16 czerwca 2021 roku sygn. akt KIO 1219/21, KIO 1222/21, KIO 1227/21 oraz w postanowieniu z dnia 19 sierpnia 2013 roku, sygn. akt KIO 1899/13. Bez znaczenia przy tym pozostaje okoliczność, iż w przypadku wskazanych orzeczeń odwołanie składane było przez jednego z konsorcjantów we własnym imieniu, pomimo że dane konsorcjum wciąż istniało w niezmienionym składzie i mogło złożyć odwołanie łącznie. Podstawą odrzucenia odwołań w tych postępowaniach (podobnie, jak i w niniejszym postępowaniu), była okoliczność, iż odwołanie zostało wniesione przez inny podmiot niż ten, który złożył ofertę, zaś przyczyny takiego stanu rzeczy pozostają dla rozstrzygnięcia irrelewantne.

Z kolei orzeczenia, które na potwierdzenie swego stanowiska przywołał odwołujący w treści odwołania oraz w piśmie procesowym z dnia 16 lipca 2024 roku (wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2021 r., sygn. akt: KIO 3357/20, wyrok KIO z dnia 12 stycznia 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1638/09, wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 24 maja 2016 r., sygn. akt: C396/14), nie są adekwatne do ustalonego przez Izbę w niniejszej sprawie stanu faktycznego. Z analizy wskazanych orzeczeń wynika, że do zmian w składzie konsorcjów, występujących w postępowaniach, których dotyczyły przytoczone orzeczenia, doszło bowiem na etapie preselekcji, czyli badania, czy wykonawcy spełniają warunki udziału w postępowaniu. W żadnym z nich do zmian podmiotowych nie doszło po złożeniu oferty.

Zgodnie z art. 66 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2023 r. poz. 1610 ze zm.), mającej zastosowanie do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p., złożenie oferty jest oświadczeniem woli zawarcia umowy, czyli czynnością wywołującą określone skutki prawne. W przypadku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego skutkiem tym jest zobowiązanie wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z żądaniami zamawiającego. Wykonawca składający ofertę jest ponadto zobowiązany wobec zamawiającego do dokonania innych czynności prawnych, np. wniesienia wadium. Zobowiązań takich nie rodzi natomiast złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Sytuacja prawna podmiotu, który złożył jedynie taki wniosek jest diametralnie różna od sytuacji wykonawcy, który złożył ofertę. Z momentem złożenia oferty wykonawca staje się bowiem stroną stosunku prawnego, z którego wynikają dla niego określone prawa i obowiązki. Podkreślić przy

tym należy, że w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stronami takiego stosunku są – z jednej strony – zamawiający, a z drugiej – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, których – zgodnie z art. 58 ust. 5 ustawy P.z.p. – należy traktować jako jednego wykonawcę. Jakakolwiek zmiana w strukturze konsorcjum jest zatem równoznaczna ze zmianą podmiotową po stronie wykonawcy, której ustawa P.z.p. na tym etapie postępowania nie przewiduje.

Ustawa P.z.p. dopuszcza zmianę podmiotową po stronie wykonawcy wyłącznie na etapie realizacji przedmiotu umowy, w sytuacjach wskazanych w art. 455 ust. 1 pkt 2. Nawet gdyby przyjąć możliwość zastosowania wskazanego przepisu *per analogiam* do zmiany wykonawcy przed wyborem najkorzystniejszej oferty, to w rozpoznawanym przypadku nie zaszły okoliczności uzasadniające taką zmianę. Zgodnie ze wskazanym przepisem dopuszczalna jest bowiem zmiana umowy bez przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia, gdy nowy wykonawca ma zastąpić dotychczasowego wykonawcę:

a) jeżeli taka możliwość została przewidziana w postanowieniach umownych, o których mowa w pkt 1, lub

b) w wyniku sukcesji, wstępując w prawa i obowiązki wykonawcy, w następstwie przejęcia, połączenia, podziału, przekształcenia, upadłości, restrukturyzacji, dziedziczenia lub nabycia dotychczasowego wykonawcy lub jego przedsiębiorstwa, o ile nowy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia oraz nie pociąga to za sobą innych istotnych zmian umowy, a także nie ma na celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy, lub

c) w wyniku przejęcia przez zamawiającego zobowiązań wykonawcy względem jego podwykonawców, w przypadku, o którym mowa w art. 465 ust. 1.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie. Stosownie do art. 529 ust. 1 ustawy P.z.p. Izba odrzuciła odwołanie na posiedzeniu niejawnym.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie § 8 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).

Przewodnicząca: …….....