

WYROK

Warszawa, dnia 8 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 kwietnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 marca 2024 r. przez wykonawcę: **Fundacja Rozwoju Regionu Pierzchnica ul. Szkolna 28, 26-015 Pierzchnica,**

w postępowaniu prowadzonym przez: **Bank Gospodarstwa Krajowego, Aleje Jerozolimskie 7, 00-955 Warszawa,** przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego, tj. wykonawcy **Łódzka Agencja Rozwoju Regionalnego S.A., ul. Narutowicza 34, 90-135 Łódź,**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie** i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Fundacja Rozwoju Regionu Pierzchnica, wezwanie tego wykonawcy na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących ceny jego oferty w szczególności w zakresie dotyczącym kalkulacji dołączonej do pisma z dnia 23.01.2024 r. oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego oraz kwotę 503 zł 56 gr (słownie: pięćset trzy złote pięćdziesiąt sześć groszy) tytułem dojazdu odwołującego na rozprawę.
 - 2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 19 103 zł 56 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy sto trzy złote pięćdziesiąt sześć groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego.

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:.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Bank Gospodarstwa Krajowego, Aleje Jerozolimskie 7, 00-955 Warszawa, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wybór Partnerów Finansujących w celu wdrażania Instrumentu Finansowego Pożyczka dla MŚP w ramach Funduszu Powierniczego Województwa Świętokrzyskiego”, numer referencyjny: DZZK/56/DIF/2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11.12.2023 r., nr 2023/S 238-748082.

W dniu 22.03.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Fundacja Rozwoju Regionu Pierzchnica, ul. Szkolna 28, 26-015 Pierzchnica (dalej: „Odwołujący”), w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 224 ust. 6 w zw. z art. 224 ust. 1 - 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U.z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z powodu złożenia wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu,
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia,
- 3) art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Łódzkiej Agencji Rozwoju Regionalnego S.A., mimo że najkorzystniejszą ofertę złożył Odwołujący,
- 4) art. 224 ust. 1 - 4 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie Zamawiającego polegające na braku dążenia do wyjaśnienia rzekomo wątpliwych informacji oraz zapobieganiu eliminacji z postępowania wykonawcy korzystniejszego pod względem ekonomicznym.

W szczególności Odwołujący podniósł, co następuje. „(...) Fundacja Rozwoju Regionalnego Pierzchnica przystąpiła do ogłoszonego przez BGK przetargu składając w wyznaczonym terminie ofertę na część IV Zamówienia. Formularz do składania ofert stanowiący załącznik nr 3 do SWZ narzucał na Wykonawców obowiązek wskazania wynagrodzenia wynikającego z pierwotnego zamówienia oraz z Prawa Opcji. (...)

Następnie pismem z dnia 16 stycznia 2024 roku, działając na podstawie art. 224 ust. 1 w związku z art. 224 ust. 2 i 4

pzp, Zamawiający wezwał FRRP do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty. W przedmiotowym piśmie BGK wskazał, że złożona przez Odwołującą oferta znacząco odbiega od cen pozostałych ofert złożonych w toku postępowania. Zamawiający w wezwaniu określił zakres oczekiwanych wyjaśnień. W wezwaniu nie wskazano, że wyjaśnienia mają dotyczyć wyłącznie pierwotnego zamówienia.

W związku z otrzymanym wezwaniem FRRP złożyła obszernie wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny oferty w ramach cz. IV. Wyjaśnienia odnosiły się zarówno do wynagrodzenia za realizację pierwotnego zamówienia jak i wynagrodzenia w ramach Prawa Opcji. Do sporządzonej odpowiedzi załączono tabelę nr 1 zawierającą Zestawienie przychodów i kosztów związanych z realizacją zamówienia cz. IV z uwzględnieniem wzrostu kosztów w poszczególnych latach.

(...) Oferta złożona przez FRRP została odrzucona z uwagi na rzekome zaistnienie przesłanek określonych w art. 224 ust. 6 pzp tj. z uwagi na złożenie wyjaśnień wraz z dowodami, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu oraz na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, który stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Powyższe Zamawiający uzasadnia twierdząc, że Wykonawca przyjął błędne założenie przedstawiając kalkulację dotyczącą zarówno wynagrodzenia za realizację zamówienia podstawowego jak również Prawa Opcji. Następnie Zamawiający stwierdził, że *W odniesieniu do zamówienia podstawowego (bez uwzględnienia prawa opcji) koszty są wyższe niż przychody. Jeśli Zamawiający nie skorzysta z prawa opcji to w wyniku realizacji zamówienia podstawowego Wykonawca nie osiągnie zysku a poniesie stratę — przychody uzyskane w wyniku realizacji zamówienia podstawowego nie pokryją kosztów z tym związanych.* Ponadto BGK stwierdził, że odrzucenie oferty FRRP nastąpiło, ponieważ założenia poczynione przez Wykonawcę, które ujawniono w treści wyjaśnień nie korespondują z warunkami zamówienia.

Niniejsze ustalenia oraz przeprowadzona ocena oferty Odwołującej jest błędna. Zamawiający bezpodstawnie przyjął, że wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczyło wyłącznie zamówienia podstawowego. Formularz ofertowy wymuszał na Wykonawcach sporządzenie ofert uwzględniających zarówno wynagrodzenie w ramach zamówienia podstawowego jak również Prawa Opcji, dlatego należy uznać za uzasadnione złożenie wyjaśnień przez FRRP w zakresie obu części. W wezwaniu do złożenia wyjaśnień Zamawiający nie wskazał, że odpowiedzi na postawione pytania winny dotyczyć wyłącznie zamówienia podstawowego. W przypadku precyzyjnego określenia przedmiotu wyjaśnień przez Zamawiającego, Odwołująca z pewnością ograniczyłaby się do zamówienia podstawowego. Natomiast złożenie szerszych wyczerpujących całościowych wyjaśnień, które zawierają w całości wyjaśnienia do zamówienia pierwotnego nie może być rozstrzygane na niekorzyść Wykonawcy.

Ponadto Zamawiający, niezasadnie na skutek własnych błędnych obliczeń rachunkowych stwierdził, że Odwołująca w wyniku realizacji wyłącznie zamówienia podstawowego poniesie stratę, ponieważ koszty są wyższe niż przychody. Niniejsze stwierdzenie jest niepoprawne. Wyjaśniam, że zysk Odwołującej na realizacji pierwotnego zamówienia wyniesie 87 879,89 zł (słownie: osiemdziesiąt siedem tysięcy osiemset siedemdziesiąt dziewięć złotych 89/00). Taki wniosek wynikał z tabeli załączonej do wyjaśnień.

Błąd Zamawiającego w określeniu zysku na realizacji zamówienia pierwotnego wynika najprawdopodobniej z błędnego zestawienia przychodu uzyskanego w wyniku wykonania pierwotnego zamówienia z kosztami związanymi z pierwotnym zamówieniem oraz Prawem Opcji bez przychodu z Prawa Opcji. Innymi słowy Zamawiający w błędny sposób od przychodu za wykonanie zamówienia pierwotnego odjął koszty przewidziane za realizację zamówienia pierwotnego oraz Prawa Opcji, czyli przy obliczeniach pominął przychód z Prawa Opcji a uwzględnił koszty z Prawa Opcji. W tym przedmiocie zgodnie z treścią art. 224 ust. 1-3 ust. 1 pzp Zamawiający winien wezwać Odwołującą do dalszych wyjaśnień.

(...) W celu udowodnienia, że na zamówieniu pierwotnym Wykonawca osiągnie zysk FRRP sporządziła na tym samym arkuszu co w tabeli do złożonych uprzednio wyjaśnień dla porównania dodatkową tabelę, zawierającą te same pozycje i założenia z której wynika, iż wnioski i obliczenia przeprowadzone przez Zamawiającego są błędne. (...)

W związku z powyższym należy stwierdzić, że odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującą nastąpiło niestusznie, ponieważ wysnute przez BGK wnioski opierają się na błędach jakich dopuścił się Zamawiający. BGK wzywając do przedłożenia wyjaśnień w zakresie złożonej oferty nieprecyzyjnie określił zakres oczekiwanych wyjaśnień a następnie dopuścił się błędów rachunkowych w zakresie wyliczenia przychodu za zamówienie. Następnie, Zamawiający wbrew ciążącemu na nim obowiązкови, zaniechał dalszego wezwania do złożenia wyjaśnień precyzujących w zakresie metodologii obliczania kosztów oraz przychodu. Odrzucenie oferty FRRP w oparciu o wyżej opisane czynności stanowi niewątpliwie naruszenie przepisów ustawy prawo zamówień publicznych. (...)

W przedmiotowej sprawie, po wezwaniu przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień, Odwołująca pismem z dnia 23 stycznia 2024 roku przedłożyła wymagane informacje. Wyjaśnienia FRRP były klarowne i wyczerpujące. Jeżeli Zamawiający posiadał dalsze kwestie i nowe wątpliwości wymagające wyjaśnienia to powinien zwrócić się do Odwołującej. Ustawodawca nie określił, ile razy zamawiający może ponawiać wezwanie do wyjaśnienia. (...) Ponadto z

przedłożonych wyjaśnień nie wynika, aby FRRP w przypadku realizacji wyłącznie zamówienia podstawowego poniosła stratę. Do niniejszego pisma przedłożono tabelę, która zawiera zestawienie przychodów i kosztów związanych z realizacją zamówienia cz. IV. Tabela uwzględnia dane w dwóch przypadkach tj. zarówno przy realizacji wyłącznie pierwotnego zamówienia jak również zamówienia pierwotnego wraz z Prawem Opcji. Z załącznika wnika wprost, że realizując wyłącznie zamówienie podstawowe FRRP osiągnie zysk w wysokości 87 879,89 zł. Niniejsze uwidacznia, że wskazane przez Zamawiającą przyczyny na podstawie których doszło do odrzucenia oferty FRRP są niezrozumiałe i błędne. (...)”

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 2) unieważnienia czynności wyboru oferty Łódzkiej Agencji Rozwoju Regionalnego S.A. jako oferty najkorzystniejszej,
- 3) powtórzenia czynności polegających na badaniu i ocenie ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Pismem z dnia 26.03.2024 r. wykonawca Łódzka Agencja Rozwoju Regionalnego S.A., ul. Narutowicza 34, 90-135 Łódź (dalej: „Przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

W dniu 04.04.2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie. Pismem z dnia 03.04.2024 r. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko również wnosząc o oddalenie odwołania. Pismem z dnia 04.04.2024 r. Odwołujący odniósł się do argumentacji Zamawiającego i Przystępującego.

W trakcie rozprawy Strony i Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia są zlecone przez BGK usługi polegające na wdrożeniu i zarządzaniu Instrumentem Finansowym Pożyczka dla MŚP. Niniejsze postępowanie odwoławcze dotyczy części nr IV przedmiotu zamówienia.

W ust. 5 i 6 części IV specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) Zamawiający wskazał, że przewiduje możliwość zastosowania Prawa Opcji. W przypadku skorzystania przez Zamawiającego z Prawa opcji kwota wniesiona przez Zamawiającego do Funduszu Szczegółowego może ulec zwiększeniu do 200% w stosunku do kwoty przewidzianej w ramach zamówienia podstawowego. Pożyczki udzielane przez Wykonawcę ze środków udostępnionych na podstawie Prawa opcji będą udzielane w oparciu o zasady zawarte w PPU, stosowane do podstawowej części zamówienia. W przypadku skorzystania z Prawa opcji, Zamawiający, w uzgodnieniu z Wykonawcą, dokona aktualizacji terminów w zakresie wydatkowania środków Funduszu Szczegółowego.

W formularzu oferty wykonawcy zobowiązani byli podać cenę w następujący sposób:

Wynagrodzenie wynikające z pierwotnego zamówienia ($W_{PIERW.}$)	stawka (p)% x 10 000 000,00 PLN = PLN
Wynagrodzenie wynikające z Prawa Opcji (W_{OPCJA})	stawka (p)% x 20 000 000,00 PLN = PLN
łącznie wynagrodzenie za realizację Części IV Zamówienia	$W_{PIERW.} + W_{OPCJA} = \dots\dots\dots$ PLN Słownie

Odwołujący wskazał w ofercie, że jego wynagrodzenie w części nr IV wynosi 4%.

Pismem z dnia 16.01.2024 r. Zamawiający, na podstawie art. 224 ust. 1 w związku z art. 224 ust. 2 i 4 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny jego oferty. Zamawiający, oprócz powołania się na art. 224 ust. 3 pkt 2, 4 i 5 ustawy Pzp, żądał także przedstawienia kalkulacji głównych składowych ceny, w tym:

- a. wynagrodzenia pracowników – z podaniem zaangażowania godzinowego (miesięcznie) każdego pracownika w realizację zamówienia,
- b. kosztów usług zleczanych (jeżeli dotyczy – np. windykacja, obsługa prawna),
- c. kosztów promocji i pozyskania klienta,
- d. kosztów ogólne (np. energia, obsługa biura, media, systemy informatyczne, placówki, licencje, transport, itp.),
- e. kosztów utraconych korzyści z tytułu zaangażowania wkładu własnego oraz ryzyka strat na kapitale (jeżeli wykonawca wnosi wkład),
- f. innych kosztów (jeżeli dotyczy),
- g. zysku.

Zamawiający dodał, że oczekuje, iż kalkulacja i wyjaśnienia Wykonawcy:

- 1) będą spójne z informacjami przedstawionymi w biznes planie,
- 2) będą uwzględniały specyfikę poszczególnych etapów realizacji Zamówienia, przede wszystkim Okres Budowy Portfela i Okres Wygaszania Portfela,

3) będą uwzględniały aktualne na dzień składania oferty prognozy zmiany cen i kosztów w okresie realizacji Zamówienia (inflację);

Pismem z dnia 23.01.2024 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia, do których dołączył tabelę pn. „Zestawienie przychodów i kosztów związanych z realizacją zamówienia cz. IV z uwzględnieniem wzrostu kosztów w poszczególnych latach”.

Pismem z dnia 13.03.2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 224 ust. 6 i art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał w szczególności: „Wykonawca przyjął błędne założenie. Wykonawca przedstawił kalkulację:

- kosztów w okresie 8 letnim uwzględniającym realizację zamówienia podstawowego i 200% prawa opcji;
- przychody z wynagrodzenia i odsetek otrzymanych od OO w tym okresie z zamówienia podstawowego i 200% prawa opcji oraz przychody od wkładu własnego.

Koszty realizacji zamówienia podstawowego i 200% prawa opcji są niższe niż przychody, które Wykonawca uzyska w wyniku realizacji Zamówienia (wynagrodzenie + przychody od wkładu własnego) – Wykonawca osiągnie zysk.

Zgodnie z postanowieniami PPU Zamawiający w trakcie realizacji umowy ma prawo skorzystania z prawa opcji. Skorzystanie z Prawa Opcji w części albo w całości jest zastrzeżone do wyłącznej decyzji Menadżera. Nieskorzystanie przez Menadżera z Prawa Opcji nie rodzi po stronie Partnera Finansującego jakichkolwiek roszczeń, w szczególności odszkodowawczych.

W odniesieniu do zamówienia podstawowego (bez uwzględnienia prawa opcji) koszty są wyższe niż przychody. Jeśli Zamawiający nie skorzysta z prawa opcji to w wyniku realizacji zamówienia podstawowego Wykonawca nie osiągnie zysku a poniesie stratę – przychody uzyskane w wyniku realizacji zamówienia podstawowego nie pokryją kosztów z tym związanych.

Biorąc pod uwagę powyższe należy wskazać, że opisane powyżej błędne założenia Wykonawcy przesądzą o tym, że złożone wyjaśnienia Wykonawcy nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu a tym samym oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 224 pkt 6 ustawy Pzp.

Ponadto, w tym stanie faktycznym odrzucenie oferty jest konieczne na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jako niezgodnej z warunkami zamówienia. Zamawiający formułując warunki zamówienia oczekuje takiej kalkulacji wynagrodzenia, która gwarantuje należyte wykonanie zamówienia. Założenia poczynione przez Wykonawcę, które ujawniono w treści wyjaśnień nie korespondują z warunkami zamówienia.

W ocenie Zamawiającego mamy zatem do czynienia z sytuacją, w której treść wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, wskazuje zarówno na błędy w kalkulacji ceny oferty jak i na niedotrzymanie warunków ustalonych w SWZ.

Wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę nie uzasadniają podanej w ofercie ceny – w przedstawionej kalkulacji Wykonawca nie udowodnił, że za wynagrodzenie w wysokości zaproponowanej w ofercie możliwa jest realizacja zamówienia podstawowego.”

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 224 ust. 1, 2, 5 i 6 ustawy Pzp:

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 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.

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.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 i 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,

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

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że w piśmie z dnia 13.03.2024 r. informującym o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający wskazał dwie podstawy prawne: art. 224 ust. 6 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, a w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia:

- wskazał, że Odwołujący w wyjaśnieniach przedstawił kalkulację, w tym przychody, uwzględniającą realizację zamówienia podstawowego i 200% prawa opcji,
- wskazał że: „Koszty realizacji zamówienia podstawowego i 200% prawa opcji są niższe niż przychody, które Wykonawca uzyska w wyniku realizacji Zamówienia (wynagrodzenie + przychody od wkładu własnego) – Wykonawca osiągnie zysk”,
- przytoczył postanowienia SWZ dotyczące fakultatywności skorzystania z prawa opcji,
- wskazał, że: „W odniesieniu do zamówienia podstawowego (bez uwzględnienia prawa opcji) koszty są wyższe niż przychody. Jeśli Zamawiający nie skorzysta z prawa opcji to w wyniku realizacji zamówienia podstawowego Wykonawca nie osiągnie zysku a poniesie stratę – przychody uzyskane w wyniku realizacji zamówienia podstawowego nie pokryją kosztów z tym związanych” i że opisane wyżej błędne założenia Odwołującego przesądzają o konieczności odrzucenia jego oferty na podstawie art. 224 pkt 6 ustawy Pzp,
- podsumował, że złożone wyjaśnienia „nie uzasadniają podanej w ofercie ceny – w przedstawionej kalkulacji Wykonawca nie udowodnił, że za wynagrodzenie w wysokości zaproponowanej w ofercie możliwa jest realizacja zamówienia podstawowego”,
- ponadto w zakresie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp wskazał, że oczekiwał kalkulacji gwarantującej należyte wykonanie zamówienia, a założenia poczynione przez Odwołującego w wyjaśnieniach „nie korespondują z warunkami zamówienia”, wskazując „zarówno na błędy w kalkulacji ceny oferty jak i na niedotrzymanie warunków ustalonych w SWZ”.

Natomiast w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie Zamawiający uzasadniał odrzucenie oferty Odwołującego wskazując, że:

- Odwołujący przyjął miesięczny koszt realizacji zamówienia w okresie wygaszania portfela za koszt kwartalny. „Układ tabeli wskazuje, że w kolejnych komórkach powinny być wskazane koszty ponoszone w kwartale, a nie w miesiącu. Zamawiający nie ma wątpliwości co do prawidłowości swoich wyliczeń, nie jest możliwe by Odwołujący popełnił błąd w nazwie tabeli, w której przedstawił założenia niezbędne do wyliczenia kosztów w okresie wygaszania portfela, są to dane odnoszące się do miesiąca a nie kwartału, ponieważ zgadzają się np. stawki wynagrodzenia kierownika projektu skierowanego do realizacji zamówienia.”,
 - w kalkulacji kosztów Odwołujący nie uwzględnił całego okresu wygaszania portfela, gdyż okres wygaszania portfela zaczyna się u niego w III kwartale 2027 roku, a powinien się zacząć od III kwartału w 2025, ponadto przyjął też krótszy niż zakładany okres wygaszania portfela w zamówieniu podstawowym, bo powinien się on kończyć w II kwartale 2030 roku, a u Odwołującego kończy się w I kwartale 2030 roku,
 - z wyliczeń Zamawiającego uwzględniających ww. błędy w kalkulacji Odwołującego wynika, że Odwołujący poniesie ponad 260.000,00 zł straty tylko z realizacji zamówienia podstawowego. W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający przedstawił to w następującej tabeli:
- | | przychody | koszty w OBP | koszty w OWP | zysk/strata |
|--------------------------|---------------|---------------|---------------|----------------|
| kalkulacja FRRP | 488 235,20 zł | 239 158,21 zł | 161 197,19 zł | 87 879,79 zł |
| kalkulacja Zamawiającego | 488 235,20 zł | 239 158,21 zł | 511 824,39 zł | -262 747,40 zł |
- „Ponadto, gdyby Zamawiający skorzystał z prawa opcji i Odwołujący po zakończeniu budowy portfela w zamówieniu podstawowym rozpocząłby budowę portfela w zamówieniu w ramach prawa opcji, w kalkulacji kosztów powinien uwzględnić nakładanie się kosztów realizacji tych dwóch zamówień. Np. w okresie III kwartał 2025 – II kwartał 2026 Odwołujący jednocześnie ponosiłby koszty związane z wygaszaniem portfela zamówienia podstawowego i koszty budowy portfela zamówienia w ramach prawa opcji. Tym samym koszty całościowe powinny być wyższe”.
 - w zakresie dotyczącym odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp: „Zamawiający w treści uzasadnienia odrzucenia zacytował postanowienia SWZ (PPU), w odniesieniu do których stwierdzono niezgodność z warunkami zamówienia. W informacji o wynikach przekazanych Odwołującemu Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z

postanowieniami PPU Zamawiający w trakcie realizacji umowy ma prawo skorzystania z prawa opcji ale skorzystanie z prawa opcji w części albo w całości jest zastrzeżone do wyłącznej decyzji Zamawiającego. Tymczasem Odwołujący uznał, że skorzystanie przez Zamawiającego z prawa opcji jest pewne i na tym założeniu oparł wyjaśnienia”.

Porównując treść pisma z dnia 13.03.2024 informującego o odrzuceniu oferty Odwołującego i argumentację Zamawiającego przywoływaną w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie nie sposób nie zauważyć, że Zamawiający dopiero w toku postępowania odwoławczego wskazał konkretne powody odrzucenia oferty Odwołującego. Nie można się przy tym zgodzić z Zamawiającym i Przystępującym, że w zakresie dotyczącym ceny oferty powody te zostały podane w piśmie z dnia 13.03.2024 r. w zdaniu: „W odniesieniu do zamówienia podstawowego (bez uwzględnienia prawa opcji) koszty są wyższe niż przychody”, czy w jakimkolwiek innym zdaniu. Zdanie to zawiera jedynie ogólną informację, że w ocenie Zamawiającego koszty Odwołującego są wyższe niż przychody, ale w ogóle nie wynika z niego (ani z żadnego innego), na czym Zamawiający oparł swoje stanowisko, z jakich wyliczeń to wynika, co dokładnie Zamawiający kwestionuje i że podstawą dojścia Zamawiającego do takiego wniosku są akurat te okoliczności faktyczne, które Zamawiający wskazał dopiero w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie.

W tym miejscu należy wyjaśnić, że Izba rozpoznając odwołanie nie może rozważać zasadności odrzucenia oferty wykonawcy z powodów, które nie zostały wskazane przez zamawiającego w piśmie informującym o odrzuceniu. Izba rozpoznaje bowiem odwołanie w przypadkach, o których mowa w art. 513 ustawy Pzp, a zgodnie z tym przepisem odwołanie przysługuje na czynność bądź zaniechanie zamawiającego. Zakres czynności odrzucenia oferty jest określony poprzez wskazanie przez zamawiającego podstawy prawnej i faktycznej odrzucenia. Zatem tylko w takim zakresie, w jakim czynność ta została dokonana (i w zakresie postawionych zarzutów – art. 555 ustawy Pzp) Izba może dokonać oceny zgodności tejże czynności z przepisami ustawy Pzp. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15.07.2011 r. sygn. akt XXIII Ga 416/11, w którym Sąd stwierdził: „Z punktu widzenia zamawiającego oznacza to, że nie może on zmieniać ani rozszerzać podstaw faktycznej decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania po wniesieniu przez tego drugiego odwołania. W świetle związania KIO, Sądu Okręgowego i odwołującego zarzutami podniesionymi w odwołaniu, sprzeczne z naczelną zasadą postępowania cywilnego, jaką jest zasada równouprawnienia stron, byłoby dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu odwołującego. Wobec związania swoimi zarzutami, odwołujący nie mógłby bowiem odnieść się do nowych okoliczności przedstawionych przez zamawiającego po wniesieniu odwołania. Z tych względów postępowania zamawiającego, polegającego na przedstawieniu nowych dowodów w odpowiedzi na odwołanie i skardze, nie można traktować jedynie jako rozszerzenia argumentacji zawartej w decyzji o wykluczeniu. Powyższej wykładni nie podważa zasada ekonomiki procesowej ani zasada dyspozycyjności formalnej, czyli rozporządzania przez stronę czynnościami procesowymi. Zasady te, aczkolwiek ważne, nie mogą mieć charakteru dominującego. Z punktu widzenia naczelnych zasad postępowania cywilnego z pewnością ważniejszą rolę odgrywa zasada równouprawnienia stron a dokładniej zasada równości środków procesowych”. Ww. wyrok został wydany w oparciu o przepisy poprzednio obowiązującej ustawy Pzp z dnia 29.01.2004 r. i dotyczy czynności wykluczenia, ale nie ma to znaczenia dla omawianej kwestii i związanej z nią uniwersalnej zasady równości stron w kontradiktoryjnym postępowaniu odwoławczym, z której to zasady wynika brak dopuszczalności rozszerzania w toku postępowania odwoławczego podstaw faktycznych (i prawnych) odrzucenia oferty.

Nie ma także znaczenia, czy wykonawca ostatecznie domyślił się, jakie były faktyczne powody odrzucenia jego oferty. Po pierwsze, nie jest rolą wykonawcy domyślanie się tych powodów, natomiast jest obowiązkiem zamawiającego konkretne i szczegółowe poinformowanie o nich. Po drugie, akurat Odwołujący w niewielkim stopniu domyślił się, jakie były faktyczne powody odrzucenia jego oferty, bo przecież nie podnosił w odwołaniu argumentów dotyczących zamiany kosztów miesięcznych na koszty kwartalne, skrócenia okresu wygaszania portfela, czy nakładania się kosztów realizacji zamówienia podstawowego i ewentualnej opcji (odnosił się do tych argumentów dopiero po otrzymaniu odpowiedzi na odwołanie). Po trzecie, nawet gdyby Odwołujący prawidłowo domyślił się, co stało u podstaw odrzucenia jego oferty, nie zmieniałoby to faktu, że Izba ocenia czynność Zamawiającego w takim zakresie, w jakim została ona dokonana, czyli w zakresie podanej przez Zamawiającego podstawy prawnej i faktycznej. W tym przypadku podstawy te zostały podane w piśmie z dnia 13.03.2024 r. i w uzasadnieniu faktycznym tego pisma z pewnością nie zostały wskazane te okoliczności, które Zamawiający podniósł w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie.

Dlatego też Izba nie odnosi się w niniejszej sprawie do dodatkowych okoliczności faktycznych podniesionych przez Zamawiającego dopiero w toku postępowania odwoławczego, gdyż nie były one w ogóle podstawą odrzucenia oferty Odwołującego w świetle pisma z dnia 13.03.2024 r. Podstawą odrzucenia oferty jest bowiem nie to, co Zamawiający miał na myśli, ale to co zawarł w piśmie informującym o odrzuceniu oferty.

Odnosząc się natomiast do tych podstaw faktycznych, które zostały wskazane w piśmie z dnia 13.03.2024 r. Izba stwierdziła, co następuje.

W zakresie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp przede wszystkim należy zgodzić się z Odwołującym, że skoro Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień nie wskazał wyraźnie, że wyjaśnienia mają dotyczyć tylko zamówienia

podstawowego, to Odwołujący, zwłaszcza mając na uwadze wymagany sposób podania ceny w formularzu oferty, miał prawo sądzić, że oczekiwane są wyjaśnienia również w zakresie prawa opcji. Izba nie podzieliła przy tym stanowiska Zamawiającego i Przystępującego, jakoby Odwołujący sformułował spóźniony zarzut dotyczący treści wezwania do wyjaśnień, gdyż w ocenie Izby Odwołujący w ogóle nie sformułował takiego zarzutu, a jedynie błędnie domyślając się, jakie były podstawy odrzucenia jego oferty, tłumaczył w odwołaniu, dlaczego złożył wyjaśnienia uwzględniające zarówno zamówienie podstawowe, jak i opcję.

Przechodząc zatem do uzasadnienia faktycznego pisma z dnia 13.03.2024 r. należy zauważyć, że wynika z niego przede wszystkim, że zdaniem Zamawiającego w zamówieniu podstawowym (bez opcji) koszty Odwołującego będą wyższe niż przewidywane przychody. Zamawiający twierdzi, że nie budziło to jego wątpliwości, natomiast w ocenie Izby, powinien powziąć takie wątpliwości i pozwolić Odwołującemu złożyć dodatkowe wyjaśnienia. Jak wielokrotnie wskazywano w orzecznictwie Izby: „Ponowne wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest możliwe tylko wówczas, jeżeli już pierwsze wyjaśnienia są rzetelne. Zamawiający może bowiem wystosować do wykonawcy kolejne wezwanie do wyjaśnień, ale tylko wtedy, gdy wzywa tego wykonawcę do wyjaśnienia jakiś nowych wątpliwości bądź też doprecyzowania pewnych kwestii. Istotne jest przy tym aby wyjaśnienia, które zostały złożone w odpowiedzi na pierwsze wezwanie były konkretne, przekonujące, spójne i logiczne oraz poparte złożonymi dowodami” (wyrok o sygn. akt KIO 45/24 z dnia 26.01.2024 r.). W przedmiotowej sprawie wyjaśnienia Odwołującego z dnia 23.01.2024 r. były konkretne, rzetelne i poparte szczegółową kalkulacją, a co za tym idzie, jeżeli Zamawiający znalazł w nich informacje, które uznał za błędne, przed odrzuceniem oferty Odwołującego powinien umożliwić mu wytłumaczenie się z tego zakresu wyjaśnień. W tym celu Zamawiający zobowiązany był wezwać Odwołującego do złożenia powtórnych wyjaśnień, przy czym istotne jest, aby Zamawiający w takim wezwaniu szczegółowo wskazał, jakie niezgodności wykrył, dlaczego określone wyliczenia/informacje uważa za błędne i co wg niego wymaga dodatkowego wyjaśnienia. Tylko tak konkretnie sformułowane wezwanie pozwoli bowiem wykonawcy udzielić równie konkretnych wyjaśnień bez potrzeby domysławiania się, o co Zamawiającemu chodzi. Oczywistym jest przy tym, że w odpowiedzi na ponowne wezwanie wykonawca nie może zmieniać swoich poprzednich wyjaśnień, ale ryzyko w tym zakresie nie może skutkować od razu odrzuceniem oferty bez upewnienia się przez Zamawiającego, że nie została ona prawidłowo skalkulowana.

Biorąc zatem pod uwagę, że w pierwotnym wezwaniu Zamawiający nie wskazał, że wyjaśnienia mają dotyczyć tylko zamówienia podstawowego, co mogło mieć wpływ na kształt i zakres wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, a ponadto wyjaśnienia te były konkretne i poparte szczegółową kalkulacją, w ocenie Izby, przedwczesne było odrzucenie oferty Odwołującego w oparciu o art. 224 ust. 6 ustawy Pzp (zwłaszcza przy tak ogólnikowym uzasadnieniu faktycznym pisma z dnia 13.03.2024 r.). Zachodzi natomiast podstawa do tego, aby wezwać Odwołującego ponownie, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień (wraz z dowodami/kalkulacjami) w zakresie, w jakim Zamawiający dopatruje się wadliwości jego pierwotnych wyjaśnień. Wezwanie to musi zawierać konkretne wskazanie, co wg Zamawiającego nie zgadza się w pierwotnych wyjaśnieniach Odwołującego i co musi zostać przez niego dodatkowo wyjaśnione. Po uzyskaniu wyjaśnień Zamawiający zobowiązany będzie dokonać ponownej czynności badania i oceny ofert.

W zakresie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający w piśmie z dnia 13.03.2024 r. ograniczył się do wskazania, że założenia poczynione przez Odwołującego w wyjaśnieniach nie korespondują z warunkami zamówienia i wskazują na niedotrzymanie warunków ustalonych w SWZ Są to ogólniki w żaden sposób nie wyjaśniające, co w istocie było powodem uznania oferty za niezgodną z warunkami zamówienia. W toku rozprawy i w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający tłumaczył, że powodem tym było przyjęcie przez Odwołującego w wyjaśnieniach, że Zamawiający bezwarunkowo będzie zobowiązany do skorzystania z prawa opcji. Po pierwsze jednak, nie wynika to w ogóle z pisma z dnia 13.03.2024 r., bo nie ma w nim ani słowa o tym, że zdaniem Zamawiającego Odwołujący zakłada, że będzie na pewno realizował zamówienie objęte opcją, jak też nawet nie ma w treści tego pisma żadnego odniesienia kwestii niezgodności oferty z warunkami zamówienia do przytaczanych kilka akapitów wyżej postanowień dotyczących fakultatywności opcji. To, że Zamawiający przytacza w piśmie jakieś postanowienia SWZ, a kilka akapitów niżej – art. 226 ust., 1 pkt 5 ustawy Pzp, nie oznacza, że te dwie kwestie się ze sobą wiążą, jak też nie pokazuje, na czym to powiązanie polega i jaki wniosek Zamawiający z tego powiązania wyciąga. Po drugie, z wyjaśnień Odwołującego nie wynika, że uznaje on zamówienie objęte opcją za udzielane przez Zamawiającego obligatoryjnie. Odwołujący otrzymał wezwanie, w którym nie wskazano, że wyjaśnienia mają dotyczyć tylko zamówienia podstawowego, dlatego przedstawił wyjaśnienia dla zamówienia podstawowego i opcji jednocześnie, ale sam ten fakt nie oznacza automatycznie, że nie jest on świadomy, że zamówienie objęte opcją może nie zostać udzielone. Żadne stwierdzenie uzasadniające taką tezę Zamawiającego nie znajduje się w wyjaśnieniach Odwołującego.

Przede wszystkim jednak ponownie należy podkreślić, że w piśmie z dnia 13.03.2024 r. Zamawiający wskazał jedynie ogólnikowo, że wyjaśnienia Odwołującego nie korespondują z warunkami zamówienia i wskazują na niedotrzymanie warunków ustalonych w SWZ. Tak sformułowane zarzuty wobec oferty Odwołującego nie znajdują

potwierdzenia w stanie faktycznym sprawy, co oznacza, że nie było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska i dowody Stron i Przystępującego przedstawione w pismach procesowych i na rozprawie. Izba uznała złożony przez Zamawiającego na posiedzeniu dowód w postaci dokumentacji dotyczącej części I postępowania (w której Odwołujący również złożył ofertę) wraz z zestawieniem miesięcznych kosztów w okresie wygaszania portfela w ramach części I i części IV, za dowód, który nie dotyczy faktów mających dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie (art. 531 ustawy Pzp). Pomijając już nawet fakt, że w każdej części postępowania Odwołujący mógł kalkulować cenę swojej oferty w różny sposób, przede wszystkim ponownie należy zauważyć, że okoliczności, które miałyby potwierdzać ten dowód nie zostały wskazane w piśmie z dnia 13.03.2024 r. Tym samym nie stanowiły one podstaw odrzucenia oferty Odwołującego, w konsekwencji więc dotyczący ich dowód jest nieprzydatny dla rozstrzygnięcia sprawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a) i b) rozporządzenia 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