

**WYROK**

Warszawa, 10 marca 2025 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 18 lutego 2025 r. przez wykonawcę Cristal Travelnet spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ełku przy ul. Wojska Polskiego 34 (19-300 Ełk)

w postępowaniu prowadzonym przez Uniwersytet Kaliski im. Prezydenta S.W. z siedzibą w Kaliszu przy ul. Nowy Świat 4 (62-800 Kalisz)

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Langas Regtech spółki

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. Marszałkowskiej 58/15 (00-545 Warszawa)

**orzeka:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zarzutów podniesionych w pkt 2 i 5 *petitum* odwołania.

2. Uwzględnia odwołanie w części dotyczącej zarzutu podniesionego w pkt 1 *petitum* odwołania i nakazuje zamawiającemu unieważnienie: czynności wyboru najkorzystniejszej oferty postępowaniu, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Cristal Travelnet spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ełku oraz dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty ww. wykonawcy.

3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

4. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Cristal Travelnet spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ełku w części 3/4 oraz zamawiającego Uniwersytet Kaliski im. Prezydenta S.W. z siedzibą w Kaliszu w części 1/4 i:

4.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 7 500 zł 00 gr (siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Cristal Travelnet spółkę

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ełku tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 4 060 zł 00 gr (cztery tysiące sześćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą koszty ww. wykonawcy poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie i rozprawę;

4.2. zasądza od zamawiającego Uniwersytetu Kaliskiego im. Prezydenta S.W. z siedzibą w Kaliszu na rzecz wykonawcy Cristal Travelnet spółki

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ełku, kwotę w wysokości 2 890 zł 00 gr (dwa tysiące osiemset dziewięćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami postępowania odwoławczego poniesionymi dotychczas przez ww. wykonawcę,

a kosztami postępowania za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

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.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 611/25

**Uzasadnienie**

Uniwersytet Kaliski im. Prezydenta S.W. z siedzibą w Kaliszu zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie podstawowym, pn.: *Kompleksowa organizacja wizyty studyjnej w Japonii*, o numerze referencyjnym I.DZP.23110.Tp1-79.2024, zwane dalej: „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 17 grudnia 2024 r. pod numerem: 2024/BZP 00658717/01.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

18 lutego 2025 r. wykonawca Cristal Travelnet Sp. z o.o. z siedzibą w Ełku (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł

odwołanie, w którym zaskarżył czynności i zaniechania zamawiającego w postępowaniu polegające na:

- wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy – Langas Regtech Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej jako: „Langas”);
- odrzuceniu oferty odwołującego, jako zawierającej rażąco niską cenę i niezgodną z warunkami zamówienia;
- błędnej ocenie wyjaśnień odwołującego w zakresie wysokości zaoferowanej ceny złożonych przez odwołującego, tj. uznaniu, że odwołujący nie uzasadnił podanej w ofercie ceny w zakresie kosztów pracy osoby lub osób wykonujących usługę tłumacza, esparta, organizatora, przewodnika na terenie Japonii z uwzględnieniem minimalnej stawki godzinowej w Japonii, podczas gdy wyjaśnienia złożone przez odwołującego zawierają wskazane informacje i odpowiadają treści wezwania zamawiającego;
- zaniechaniu odrzucenia oferty Langas jako niezgodnej z warunkami zamówienia;
- niezasadnym przyznaniu ofercie Langas w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert – koncepcja programu wizyty studyjnej 10 pkt, w sytuacji gdy program ten nie jest niepowtarzalny i oryginalny;
- zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez D.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Biuro Turystyczne Dartur D.B. w Opatowie (zwanego dalej jako: „Dartur”) jako niezgodnej z warunkami zamówienia;
- zaniechaniu wezwania Dartur do poprawienia wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zaskarżonym czynnościom zamawiającego, odwołujący zarzucił następujące naruszenia:

1) art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 16 Pzp przez wadliwą ocenę wyjaśnień odwołującego w zakresie wysokości zaoferowanej ceny i błędne uznanie, że wyjaśnienia złożone przez odwołującego nie uzasadniają podanej w ofercie ceny,

a w konsekwencji bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego, w sytuacji gdy:

a) oferta odwołującego nie jest ofertą zawierającą rażąco niską cenę, a wyjaśnienia złożone przed odwołującego w pełni wykazują, że została ona skalkulowana w oparciu o wszystkie składniki kosztotwórcze zamówienia, w tym uwzględniono pełne koszty związane

z zapewnieniem tłumacza, esparta, organizatora, przewodnika na terenie Japonii,

b) element ceny w postaci kosztów związany z zapewnieniem tłumacza, esparta, organizatora, przewodnika na terenie Japonii, nie stanowi istotnej części składowej zaoferowanej przez odwołującego ceny;

2) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 16 Pzp przez niezasadne odrzucenie oferty odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia w zakresie rzekomego braku

w koncepcji programu wyjazdu studyjnego wizyty w instytucie badawczym, w sytuacji gdy:

a) oferta odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia, a koncepcja programu wyjazdu studyjnego zawiera wszystkie wymagane przez zamawiającego elementy, w tym wizytę w instytucie badawczym,

b) wbrew twierdzeniom zamawiającego, wskazany przez odwołującego w koncepcji programu wyjazdu studyjnego NEDO stanowi instytut badawczy;

3) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 Pzp przez prowadzenie przez zamawiającego z Langas niedopuszczalnych negocjacji treści złożonej przez Langas oferty, wyrażające się w wezwaniu Langas do złożenia wyjaśnień, które to w rzeczywistości doprowadziło do dokonania zmiany treści oferty Langas w zakresie terminu realizacji wizyty studyjnej, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty Langas, pomimo, że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie wymaganego terminu realizacji wizyty studyjnej;

4) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Langas, pomimo, że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj. w ramach wizyty studyjnej wykonawca nie zaoferował prezentacji technologii produkcji wodoru, ewentualnie –

w przypadku stwierdzenia bezzasadności zarzutów w zakresie zaniechania odrzucenia oferty Langas z pkt 3) i 4): art. 239 ust. 1 Pzp przez niezasadne przyznanie ofercie Langas maksymalnej liczby punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert „koncepcja programu wizyty studyjnej”, w sytuacji gdy koncepcja programu wyjazdu studyjnego tego wykonawcy jest powtarzalna i nieoryginalna, a co za tym idzie dokonanie oceny oferty Langas z pominięciem opisu sposobu oceny ofert w ramach kryteriów oceny ofert;

5) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Dartur, pomimo, że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj.:

a) oferta obejmuje wizytę jedynie w czterech przedsiębiorstwach, a nie w pięciu przedsiębiorstwach, jak wymagał tego zamawiający,

b) oferta nie obejmuje wizyty studyjnej i prezentacji instalacji kogeneracyjnej wykorzystującej w 100% wodór do dostarczania energii i ciepła, ani wizyty studyjnej w zakładach produkcyjnych wykorzystujących technologie wodorowe,

ewentualnie – w przypadku stwierdzenia bezzasadności zarzutów w zakresie zaniechania odrzucenia oferty Dartur: art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy poprzez zaniechanie wezwania Dartur do uzupełnienia wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji gdy wskazane przez Dartur w złożonym uprzednio wykazie usługi nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o:

- nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonania ponownej oceny ofert;
- nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty Langas, ewentualnie – w przypadku uznania bezzasadności wniosku w zakresie odrzucenia oferty: nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny oferty Langas i przyznanie tej ofercie 0 pkt w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert „konceptcja programu wizyty studyjnej”;
- nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty Dartur, ewentualnie – w przypadku uznania bezzasadności wniosku w zakresie odrzucenia oferty: wezwania Dartur do uzupełnienia wykazu usług poprzez wskazanie co najmniej jednej usługi polegającej na kompleksowej organizacji wyjazdu grupy nie mniejszej niż 4 osób trwającego przynajmniej 3 dni na zagranicze: wizyty studyjne i/lub warsztaty, obejmującej co najmniej rezerwację i zakup biletów dla uczestników wyjazdu, rezerwację i zakup miejsc noclegowych dla uczestników wyjazdu, wykupienie ubezpieczenia dla uczestników wyjazd, wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia;
- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, według rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź na rozprawie.

Odwołujący wyjaśnił, że jego interes wyraża się w tym, że złożył ofertę w postępowaniu, a jego oferta została niezasadnie odrzucona. Gdyby zamawiający przeprowadził postępowanie zgodnie z przepisami Pzp, oferta odwołującego nie zostałaby odrzucona i zostałaby uznana za najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący wskazał tym samym, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż może ponieść szkodę w związku z nieudzieleniem mu zamówienia. Odwołujący wyjaśnił, że może również ponieść szkodę w związku z dokonaniem przez zamawiającego niezgodnej z Pzp oceny ofert złożonych przez innych wykonawców, w szczególności w związku z zaniechaniem odrzucenia tych ofert.

W uzasadnieniu odwołania została przedstawiona argumentacja dla podniesionych zarzutów.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Langas Regtech Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

3 marca 2025 r. wykonawca zgłaszający przystąpienie złożył do akt sprawy pismo procesowe, w którym przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości.

4 marca 2025 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której

1) uznał żądanie odwołującego się w zakresie:

a) zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. a art. 16 Pzp przez niezasadne odrzucenie oferty odwołującego jako nie zgodnej z warunkami zamówienia w zakresie rzekomego braku w koncepcji programu wyjazdu studyjnego wizyty w instytucie badawczym;

b) zarzutu naruszenia art. 226 ust. pkt 5 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Dartur, pomimo, że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia;

2) wniósł o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.

**Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego przez Langas Regtech Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej jako: „przystępujący”), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie

zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uznaje żądanie odwołującego się w zakresie:

a) zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. a art. 16 Pzp przez niezasadne odrzucenie oferty odwołującego jako nie zgodnej z warunkami zamówienia w zakresie rzekomego braku w koncepcji programu wyjazdu studyjnego wizyty w instytucie badawczym;

b) zarzutu naruszenia art. 226 ust. pkt 5 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Dartur, pomimo, że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Powyżej wskazane stanowisko skutkowało uznaniem, że zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w części odnoszącej się do zarzutów podniesionych w pkt 2 i 5 *petitum* odwołania. Zamawiający na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego potwierdził okoliczność uwzględnienia powyżej wskazanych zarzutów. Przystępujący na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania w części dotyczącej zarzutów z pkt 2 i 5 *petitum* odwołania.

Zgodnie z dyspozycją art. 522 ust. 4 Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu

o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Tym samym Izba w punkcie 1 sentencji orzeczenia, na podstawie art. 522 ust. 4 Pzp, umorzyła postępowanie odwoławcze w przedmiotowej sprawie w zakresie powyżej wskazanych zarzutów, ponieważ zamawiający uwzględnił te zarzuty a wykonawca który przystąpił po jego stronie, nie wniósł sprzeciwu wobec ich uwzględnienia. Ostatecznie Izba rozpoznała pozostałe zarzuty odwołania tj. zarzuty oznaczone pkt 1, 3 i 4.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę (za wyjątkiem zarzutów, które zostały uwzględnione).

Izba uznała, że odwołujący posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na nośniku typu pendrive, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego 26 lutego 2025 r., w tym w szczególności:

- ogłoszenie o zamówieniu;
- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej: „SWZ”) wraz z załącznikami;
- ofertę złożoną w postępowaniu przez przystępującego obejmującą również przedmiotowy środek dowodowy w postaci *Koncepcji programu wizyty studyjnej*;
- wezwanie z 13 stycznia 2025 r. skierowane do odwołującego i dotyczące złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny;
- wyjaśnienia z 16 stycznia 2025 r. wraz z załącznikami złożone przez odwołującego w odpowiedzi na powyżej wskazane wezwanie;
- wezwanie z 28 stycznia 2025 r. skierowane do odwołującego na podstawie 224 ust.2 pkt 1 Pzp i dotyczące złożenia ponownych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny;
- wyjaśnienia z 31 stycznia 2025 r. złożone przez odwołującego w odpowiedzi na powyżej wskazane wezwanie;
- wezwanie z 10 lutego 2025 r. skierowane do przystępującego na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp;
- wyjaśnienia z 10 lutego 2025 r. złożone przez przystępującego w odpowiedzi na powyżej wskazane wezwanie;
- informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z 13 lutego 2025 r.;
- informację o odrzuceniu oferty odwołującego z 13 lutego 2025 r.;

2) załączoną do odwołania broszurę wyjazdu komercyjnego organizowanego przez przystępującego;

3) złożony na posiedzeniu przez odwołującego wyciąg z koncepcji przystępującego na fakt braku zawarcia obligatoryjnego elementu prezentacji technologii produkcji wodoru.

Izba ustaliła co następuje

W części A pkt 2 SWZ zamawiający wskazał:

2. Okres, w którym realizowane będzie zamówienie:

a) Okres realizacji zamówienia: **od dnia zawarcia umowy do dnia 30 czerwca 2025 r.**

**z zastrzeżeniem, że wizyta studyjna powinna rozpocząć się nie wcześniej, niż 16 marca 2025 r.**

Jak wynikało z części D SWZ wykonawcy wraz z ofertą powinni złożyć Koncepcję programu wizyty studyjnej.

Kryteria oceny ofert zostały podane i opisane w części E SWZ. Kryterium pozacenowe zostało określone jako *koncepcja programu wizyty studyjnej*. Punkty za to kryterium miały zostać przyznane na podstawie dokumentu wymienionego w części D pkt 1.8 SWZ (koncepcji programu wizyty studyjnej), w skali punktowej do 10 punktów – waga 10% = 10 pkt. W pkt 3.2 zamawiający opisał przedmiotowe kryterium w następujący sposób:

**3.2. Kryterium koncepcja programu wizyty studyjnej** – Zamawiający będzie ocenił kreatywność i oryginalność przygotowania programu oraz jego dopasowanie do tematyki wizyty studyjnej. Przez kreatywność i oryginalność Zamawiający rozumie styl działania umożliwiający pokonanie rutyny, stworzenie pomysłu, który prowadzi do uzyskania nowego spojrzenia na istotę zagadnienia.

Punkty zostaną przyznane w następujący sposób:

- koncepcja programu wizyty studyjnej jest powtarzaniem, utartym już schematem zwiedzania, dobór i połączenie ze sobą wybranych, przedstawionych przez Wykonawcę atrakcji nie łączy się w spójną całość. Koncepcja jest przedstawiona w sposób chaotyczny – **0 pkt**;

- koncepcja programu wizyty studyjnej jest przedstawiona w sposób tradycyjny, mało oryginalny, jest powtarzaniem, utartym już schematem zwiedzania, ale dobór i połączenie ze – **5 pkt**;

- koncepcja programu wizyty studyjnej jest przedstawiona w sposób pokonujący rutynę, nowatorsko traktuje temat, program jest niepowtarzalny i oryginalny, pomysł jest nową kombinacją elementów i prowadzi do uzyskania nowego spojrzenia na istotę zagadnienia. Podczas wizyt we wskazanych miejscach przewidziano dodatkowe oryginalne i ciekawe elementy (np. dodatkowo płatne – w takim przypadku opłatę pokrywa Wykonawca i zorganizowane specjalnie dla uczestników wizyty ponad wymagania stawiane w Opisie Przedmiotu Zamówienia). Koncepcja programu powinna zawierać elementy, które zaciekawiają uczestników wizyty. Ponadto dobór i połączenie ze sobą wybranych, przedstawionych przez Wykonawcę atrakcji łączy się w spójną całość – **10 pkt**.

**W przypadku nie złożenia przez Wykonawcę Koncepcji programu wizyty studyjnej, oferta będzie podlegała odrzuceniu.**

W postępowaniu oferty złożyło czterech wykonawców, w tym odwołujący

i przystępujący. Przystępujący złożył wraz z ofertą Koncepcję programu wizyty studyjnej,

w której program opisał na str. 5-10 w rozbiciu na 10 dni oznaczając je konkretnymi datami od 20 do 29 marca 2025 r.

Pismem z 13 stycznia 2025 r. zamawiający wezwał odwołującego, na podstawie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 Pzp do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. W pierwszej części wezwania zamawiający przytoczył treść art. 224 ust. 3 Pzp. W dalszej części wezwania zamawiający wskazał m.in.:

*Procedura wyjaśniająca w zakresie ceny oferty w celu ustalenia czy jest ona rażąco niska została wszczęta na podstawie art. 224 ust.2 pkt.1 ustawy Pzp, ponieważ:*

*Państwa oferta jest niższa o co najmniej 30 % od wartości zamówienia powiększonej*

*o należny podatek od towarów i usług*

*Zamawiający przypomina, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy.*

*Zamawiający będzie brał pod uwagę konkretne*

*i szczegółowe analizy i wyliczenia, które jednak nie mogą stanowić wyjaśnień samych*

*w sobie. Należy wskazać okoliczności, które w ocenie Wykonawcy wpływają na obniżenie ceny, ale również wykazać sposób tego wpływu, podać realne wartości obniżające cenę.*

Odwołujący pismem z 16 stycznia 2025 r. złożył wyjaśnienia w odpowiedzi na powyżej wskazane wezwanie. Do wyjaśnień odwołujący załączył:

- kalkulację kosztów;

- ofertę firmy GMTTravel.

Pismem z 28 stycznia 2025 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego o dodatkowe wyjaśnienie przedstawionej kalkulacji kosztów związanych w wykonaniem usługi objętej postępowaniem. W treści przedmiotowego wezwania odwołujący wskazał m. in.:

*Zamawiający na podstawie art. 224 ust.2 pkt.1 ustawy Pzp zwraca się o wyjaśnienie wysokości łącznych cen brutto:*

*a) w pkt 2 wyjaśnień (transfery lokalne oraz transport między obiektami podczas wizyty studyjnej, łączna cena brutto: 30 240,00 PLN). Proponujecie Państwo transfery mikrobusem, przeloty liniami wewnętrznymi i przemieszczanie pociągami do określonych miejsc na terenie Japonii. Jest to spójne z przedstawioną w ofercie koncepcją programu wizyty studyjnej. Proszę o przedstawienie kalkulacji szczegółowej kosztu wszystkich transferów z podaniem cen jednostkowych (30 240,00*

PLN);

b) w pkt 5 wyjaśnień (pełna obsługa organizacyjna podczas wizyty studyjnej) w części dotyczącej kosztów związanych z zatrudnieniem tłumacza, esparta, organizatora, przewodnika oszacowaliście Państwo koszt wykonania usługi lub usług na kwotę 10 125,00 PLN. Proszę o przedstawienie kalkulacji szczegółowej kosztów pracy osoby lub osób wykonujących usługę tłumacza, esparta, organizatora, przewodnika na terenie Japonii

z uwzględnieniem minimalnej stawki godzinowej obowiązującej w Japonii

Zamawiający przypomina, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy.

Zamawiający będzie brał pod uwagę konkretne

i szczegółowe analizy i wyliczenia, które jednak nie mogą stanowić wyjaśnień samych

w sobie. Należy wskazać okoliczności, które w ocenie Wykonawcy wpływają na obniżenie ceny, ale również wykazać sposób tego wpływu, podać realne wartości obniżające cenę.

Odwołujący odpowiedział na powyżej wskazane wezwanie pismem z 31 stycznia 2025 r. W odwołujący wyjaśnił m. in.:

Odnosząc się natomiast to wezwania Zamawiającego w przedmiocie „przedstawienia kalkulacji szczegółowej kosztów pracy osoby lub osób wykonujących usługę tłumacza, esparta, organizatora, przewodnika na terenie Japonii z uwzględnieniem minimalnej stawki godzinowej obowiązującej w Japonii”, wyjaśniam, że Wykonawca nie będzie zatrudniał na miejscu destynacji wizyty studyjnej pracowników. Wykonawca zamierza powierzyć realizację zamówienia na miejscu w Japonii kontrahentowi. Wykonawca dysponuje ofertą kontrahenta obejmującą realizację zamówienia, przy uwzględnieniu wszystkich wymogów Zamawiającego wskazanych w SWZ, która to oferta została dołączona do wyjaśnień z dnia 16 stycznia 2025 r. i została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W kontekście wezwania Zamawiającego, należy zauważyć, że Zamawiający nie określił

w ogłoszeniu o zamówieniu ani dokumentach zamówienia wymagań związanych z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub kontrahenta na podstawie stosunku pracy osób „wykonujących usługę tłumacza, esparta, organizatora, przewodnika na terenie Japonii”. Zamawiający nie postawił żadnych wymogów wynikających z art. 95 Pzp. Zamawiający nie zastrzegł także obowiązku samodzielnego wykonania przez wykonawcę zadań w ramach części zamówienia realizowanej przez „tłumacza, esparta, organizatora, przewodnika na terenie Japonii”. Ponieważ Zamawiający nie zastrzegł wyżej wymienionych elementów, z tytułu zapewnienia usług „tłumacza, esparta, organizatora, przewodnika na terenie Japonii” nie powstanie po stronie Wykonawcy koszt „pracy”, którego zgodność mogłaby być badana 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 lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie, w tym przepisów ustalających minimalną stawkę godzinową obowiązującą w Japonii. Wykonawca mógł więc zlecić wykonanie zamówienia kontrahentowi w tym zakresie. Wykonawca przedstawił ofertę kontrahenta, z której wynika, jaki koszt poniesie w związku z zapewnieniem obsługi organizacyjnej w miejscu docelowym wizyty studyjnej. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku

z dnia 12 lutego 2024 r., stwierdziła, że: „Sposób kalkulacji ceny oferty wiąże się ze specyfiką przedmiotu zamówienia oraz m.in. z indywidualnymi uwarunkowaniami, w jakich funkcjonuje dany wykonawca, oraz przyjętym przez niego sposobem realizacji zamówienia, jeżeli ten nie został narzucony przez zamawiającego”<sup>1</sup>. W zakresie zlecenia kontrahentowi zapewnienia wyżej wymienionej obsługi, poza kwestią kalkulacji pozostaje więc koszt zatrudnienia pracownika, gdyż Wykonawca nie wie jakie zasady współpracy wiążą kontrahenta z osobami, które zamierza skierować do realizacji zamówienia, czy jest to odpowiedni do warunków panujących w Japonii stosunek pracy, zlecenia czy też współpracy. Ten zakres nie powinien także być przedmiotem wyjaśnień Wykonawcy, a więc nie podlega ocenie Zamawiającego.

Z ostrożności jednak wskazujemy, że usługa w powyższym zakresie ma być świadczona przez jedną osobę. Wykonawca przyjął, że maksymalnie usługa w zakresie dostępności osoby wykonującej usługę tłumacza, eksperta, organizatora, przewodnika na terenie Japonii, zgodnie z przedstawioną Koncepcją programu wyjazdu studyjnego do Japonii, wyniesie maksymalnie 55 h roboczych. Jak wynika z powszechnie dostępnych źródeł internetowych, w Japonii nie ma ustalonej na poziomie krajowym najniższej krajowej pensji. Zamiast tego, minimalne wynagrodzenie jest ustalone przez każdą z prefektur, co oznacza, że najniższa krajowa różni się w zależności od miejsca. Z posiadanych przez Wykonawcę informacji wynika, że najwyższa średnia minimalna płaca w Japonii w 2025 r. wynosi 1054 jpy za godzinę. Wartość wynagrodzenia za 55 h roboczych wynosi więc 57 970 jpy, zaś kontrahent Wykonawcy przyjął wynagrodzenie ponad 6-krotnie wyższe. Oczywistym jest więc, że przyjęta przez podwykonawcę kwota na pokrycie kosztów usługi tłumacza, eksperta, organizatora, przewodnika na terenie Japonii, jest zgodna z przepisami w zakresie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę obowiązującego w miejscu wykonania usługi.

Pismem z 10 lutego 2025 r. zamawiający wezwał przystępującego na podstawie art. 223 ust.1 Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty złożonej w powyższym postępowaniu, tj. do wyjaśnienia i ustosunkowania się do poniższych kwestii zawartych

w Koncepcji programu wizyty studyjnej:

• koncepcja uwzględnia konkretną datę wizyty studyjnej tj. 20.03.2025 r. do 29.03.2025 r. natomiast zgodnie z zapisami SWZ Zamawiający jako okres realizacji zamówienia wskazał termin od dnia zawarcia umowy do dnia 30 czerwca 2025 r. z zastrzeżeniem, że wizyta studyjna powinna rozpocząć się nie wcześniej, niż 16 marca 2025 r.

Proszę o wyjaśnienie, czy to jedyny okres realizacji usługi proponowany przez Państwa. Czy w przypadku wydłużenia postępowania i w rezultacie zawarcia umowy w późniejszym terminie jesteście Państwo w stanie zrealizować wizytę studyjną w ramach terminu określonego w SWZ?

10 lutego 2025 r. przystępujący udzielił następujących wyjaśnień na powyżej wskazane wezwanie:

Informujemy że termin, jest terminem przykładowym. Wizyta może odbyć się między 16 marca 2025 r. a 30 czerwca 2025 r.

13 lutego 2024 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty

w postępowaniu. Za najkorzystniejszą zamawiający uznał ofertę złożoną przez przystępującego. Oferta przystępującego otrzymała łącznie 94,77 pkt (84,77 pkt w ramach kryterium ceny oraz 10 pkt w kryterium Koncepcja programu wizyty studyjnej).

Oferta odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. 13 lutego 2025 r. zamawiający przekazał odwołującemu uzasadnienie odrzucenia jego oferty. W uzasadnieniu tym zamawiający m. in. wskazał:

Wykonawca w dniu 13.01.2025 r. został wezwany do udzielenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty w celu ustalenia czy jest ona rażąco niska, a w dniu 28.01.2025 r. został wezwany do dodatkowych wyjaśnień.

Wykonawca udzielił wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. Wykonawca w udzielonych wyjaśnieniach nie przedstawił kalkulacji szczegółowej kosztów pracy osoby lub osób wykonujących usługę tłumacza, esparta, organizatora, przewodnika na terenie Japonii z uwzględnieniem minimalnej stawki godzinowej obowiązującej w Japonii. Wyjaśnił jedynie że usługa o której mowa wyżej ma być świadczona przez jedną osobę i zgodnie z przedstawioną koncepcją programu wyjazdu studyjnego obejmować będzie 55 h roboczych. Następnie wykonawca oświadczył że zgodnie z posiadaną przez wykonawcę wiedzą najwyższa średnia minimalna płaca w Japonii w 2025 roku wynosi 1054 jpy za godzinę. Zdaniem zamawiającego wyjaśnienie pozostaje w sferze przypuszczeń a brak konkretnych popartych dowodami wyliczeń.

Wykonawca w wyjaśnieniach z dnia 16.01.2025 r. przedstawił kalkulację kosztów wykonania części usługi jednak nie przedstawił dowodów wyliczenia ceny przedstawiając jednocześnie wyliczenia kontrahenta wykonawcy – przypuszcza należy że podwykonawcy.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

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

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.;

- art. 223 ust. 1 Pzp – W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.;

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

- art. 226 ust. 1 pkt 5 i 8 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;

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

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie częściowo zasługiwało na uwzględnienie.

W odniesieniu do zarzutu podniesionego w pkt 1 *petitum* odwołania Izba w pierwszej kolejności uznała, że

zamawiający słusznie wezwał odwołującego do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W wezwaniu z 13 stycznia 2025 r. zamawiający wyraźnie wskazał, że oferta odwołującego była niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej

o należny podatek od towarów i usług, stąd chybiona okazała się argumentacja podana

w uzasadnieniu odwołania ogniskująca się wobec stwierdzenia, że oferta odwołującego była niższa jedynie o ok. 17% od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu, co miało uzasadniać niezasadność wezwania.

Zamawiający jednoznacznie podał co było przyczyną wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, tj. oferta odwołującego była niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej

o należny podatek od towarów i usług, a ponadto różnica pomiędzy cenami zaoferowanymi przez odwołującego oraz pozostałych wykonawców była na tyle duża, że uzasadniała wezwanie odwołującego do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że jakkolwiek zamawiający prawidłowo zwrócił się do odwołującego z wezwaniem w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny o tyle już sam proces przeprowadzenia wyjaśnień i ostateczne stanowisko zamawiającego w tej materii naruszało przepisy wymienione w ramach podstawy prawnej zarzutu z pkt 1. Zamawiający dwukrotnie wzywał odwołującego do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Pierwszy raz pismem

z 13 stycznia 2025 r. oraz następnie do złożenia dodatkowych wyjaśnień – pismem

z 28 stycznia 2025 r. W odpowiedzi na pierwsze wezwanie odwołujący złożył wyjaśnienia

z 16 stycznia 2025 r. Same wyjaśnienia były co prawda zdawkowe i analizowane bez załączników nie mogły prowadzić do uznania, że cena odwołującego nie była rażąco niska. Jednakże odwołujący załączył do tych wyjaśnień kalkulacje kosztów oraz ofertę potencjalnego kontrahenta. Załączniki te, w tym także kalkulację kosztów, Izba potraktowała jako dowody potwierdzające zasadność wyjaśnień. Wyjaśnienia wraz z załącznikami prezentowały spójną argumentację oraz odpowiadały treści wezwania z 13 stycznia 2025 r. Dodatkowo nie można było pominąć, że wyjaśnienia z 16 stycznia 2025 r. wskazywały na zysk jaki odwołujący zamierzał wygenerować w związku z realizacją tego zamówienia.

Wezwanie z 28 stycznia 2025 r. dotyczyło m. in. pkt 5 kalkulacji tj. pełnej obsługi organizacyjnej podczas wizyty studyjnej w części dotyczącej kosztów związanych

z zatrudnieniem tłumacza, esparta, organizatora, przewodnika. Ten koszt był kluczowy dla rozstrzygnięcia zarzutu ponieważ ostatecznie to on stanowił podstawę faktyczną czynności odrzucenia oferty odwołującego jako zawierającej rażąco niskiej. W zakresie tego kosztu skład orzekający stwierdził, że zgodnie z przedstawioną przez odwołującego kalkulacją kosztów, koszt związany z zatrudnieniem tłumacza, esparta, organizatora, przewodnika, został określony na 10 125,00 zł, co stanowiło ok. 7% ceny oferty odwołującego. Była to kwota niższa aniżeli kwota zysku przewidziana przez odwołującego przy kalkulacji kosztów przedmiotowej oferty. Nie można więc było uznać, że koszt ten determinował uznanie całej oferty za rażąco niską. Jak słusznie zauważył odwołujący elementu ceny w postaci kosztów związanych z zapewnieniem tłumacza, esparta, organizatora, przewodnika na terenie Japonii, nie można było uznać za istotną część składową zaoferowanej przez odwołującego ceny.

Ponadto w postępowaniu zamawiający nie ustanowił obowiązku zatrudnienia w oparciu

o umowę o pracę osób wykonujących usługę tłumacza, esparta, organizatora, przewodnika na terenie Japonii. Zgodnie z art. 95 ust. 1 Pzp, zamawiający określa w ogłoszeniu

o zamówieniu lub dokumentach zamówienia na usługi lub roboty budowlane, wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy, osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy. Ponadto zamawiający nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań w ramach przedmiotu zamówienia. Odwołujący w kalkulacji kosztów wskazał, że nie będzie w miejscu destynacji zatrudniał pracowników na umowę o pracę. Izba doszła do przekonania, że odwołujący mógł skorzystać z usług podwykonawcy, biorąc pod uwagę specyfikę przedmiotu zamówienia jakim jest organizacja wizyty studyjnej w Japonii, zwłaszcza, że zamawiający nie zawarł żadnych wymogów w tym zakresie w dokumentacji postępowania.

Ponadto odwołujący w wyjaśnieniach z 31 stycznia 2025 r. przedstawił argumentację, która potwierdzała, że kwota jaką przewidział za usługę tłumacza, esparta, organizatora, przewodnika na terenie Japonii (wynikająca z oferty kontrahenta) była wystarczająca na pokrycie kosztów zaangażowania niezbędnej osoby. Odwołujący wskazał wprost, że tłumacz, espart, organizator, przewodnik na terenie Japonii będzie świadczył usługę

w wymiarze 55 roboczogodzin. Zamawiający nie zakwestionował takiego założenia przyjętego przez odwołującego (brak takiego zakwestionowania w treści uzasadnienia odrzucenia oferty). Dalej odwołujący wskazał, że zgodnie z posiadaną przez niego wiedzą, najwyższa średnia minimalna płaca w Japonii w 2025 roku wynosi 1054 jenów za godzinę. Również tego założenia przyjętego przez odwołującego, zamawiający nie zakwestionował (brak takiego zakwestionowania w uzasadnieniu odrzucenia oferty). Zamawiający nie wskazał w szczególności, w jaki sposób przyjęte przez odwołującego

założenia kalkulacyjne były niezgodne z regulacjami obowiązującymi w Japonii. Odwołujący podał więc założenia co do pracochłonności, a także wysokości stawki godzinowej, w oparciu, o które zweryfikował realność wyceny. Z założeń przedstawionych przez odwołującego wynikało, że przyjęta stawka (tj. 375 000 jenów) była wystarczająca na pokrycie kosztów wykonania usługi, wynoszących 57 970 jenów (1054 jenów x 55 godzin = 57 970 jenów). Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego wskazał jedynie, że w jego ocenie wyjaśnienie pozostawało w sferze przypuszczeń. W ocenie składu orzekającego informacje podane przez odwołującego nie miały charakteru przypuszczeń. Dodatkowo zamawiający

w żaden sposób nie zakwestionował przyjętej stawki, w szczególności nie uzasadnił, jaka

w jego ocenie miałyby być przyjęta przez odwołującego stawka godzinowa. Zamawiający nie wskazał również, że stawka podana w wyjaśnieniach przez odwołującego była stawką poniżej obowiązujących w Japonii kosztów pracy. Zamawiający nie zakwestionował więc

w jakimkolwiek zakresie możliwości realizacji zamówienia za stawkę podaną przez odwołującego.

Tym samym Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 16 Pzp podniesiony w pkt 1 *petitum* odwołania.

W zakresie zarzutu z pkt 3 na wstępie skład orzekający zdecydował się przypomnieć, że zgodnie z SWZ, termin realizacji zamówienia został określony od dnia zawarcia umowy (jednak nie wcześniej niż 16 marca 2025 r.) do 30 czerwca 2025 r. Przystępujący złożył wraz z ofertą *Koncepcję programu wizyty studyjnej*, w której oznaczył harmonogram jej realizacji konkretnymi datami tj. od 20 do 29 marca 2025 r. Po pierwsze Izba stwierdziła, że okres podany przez przystępującego w *Koncepcji* (od 20 do 29 marca 2025 r.) zawierał się

w terminie realizacji zamówienia określonym przez zamawiającego (od 16 marca do 30 czerwca 2025 r.). Tym samym nie można było stwierdzić, że oferta przystępującego była niezgodna z warunkami zamówienia. Po drugie przystępujący w *Koncepcji* nie wskazał wprost, ani nawet nie sugerował, że termin w niej podany był niezmienny lub tylko w tym terminie będzie w stanie zrealizować zamówienie. Tym samym termin określony w *Koncepcji* złożonej przez przystępującego należało uznać za przykładowy. Ponadto Izba stwierdziła, że zamawiający chcąc ostatecznie upewnić się co do terminu realizacji zamówienia przez przystępującego, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, mógł zwrócić się do tego wykonawcy o wyjaśnienie tej kwestii. Zamawiający tak zrobił, a wyjaśnienie jakie otrzymał nie zmieniło treści oferty przystępującego oraz nie było przejawem negocjacji jej treści.

Z powyższych względów Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 Pzp wskazany w pkt 3 *petitum* odwołania.

W pkt 4 *petitum* odwołania, odwołujący podniósł *de facto* dwa zarzuty. Pierwszy zarzut dotyczył naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego pomimo tego, że jego oferta była niezgodna z warunkami zamówienia, tj.

w ramach wizyty studyjnej wykonawca nie zaoferował prezentacji technologii produkcji wodoru. Drugi zarzut miał charakter ewentualny i został podniesiony w przypadku oddalenia zarzutów z pkt 3 i 4. Przedmiotowy zarzut koncentrował się na przyznaniu ofercie przystępującego maksymalnej liczby punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert *Koncepcja programu wizyty studyjnej*, w sytuacji gdy – zdaniem odwołującego – *Koncepcja* tego wykonawcy była powtarzalna i nieoryginalna, a co za tym idzie ocena oferty przystępującego miała zostać dokonana z pominięciem opisu sposobu oceny ofert w ramach kryteriów oceny ofert.

Odnosząc się do zarzutu głównego, wskazanego w pkt 4, Izba przyznała rację argumentacji zamawiającego wskazującej, że przystępujący zgodnie z warunkami zamówienia zaoferował prezentację produkcji wodoru przez zaoferowanie wizyty w *Fukushima Hydrogen Energy Research Field* tj. największej na świecie instalacji do produkcji wodoru wykorzystującej energię odnawialną. W ocenie składu orzekającego nie sposób było uznać, aby zakładana wizyta w przedsiębiorstwie *Fukushima Hydrogen Energy Research Field* stanowiącym pole badawcze nad energią wodorową w Fukushimie, a jednocześnie będącym największym na świecie zakładem produkującym wodór, nie stanowiła spełnienia warunków zamówienia

w zakresie prezentacji technologii produkcji wodoru.

Ponadto przystępujący wskazał również podmiot *Kawasaki Heavy Industries* z siedzibą

w miejscowości Kobe. W tym przypadku Izba przyjęła stanowisko przystępującego i uznała, że *Kawasaki Heavy Industries* to globalnie rozpoznawalna firma, której działalność

w zakresie technologii wodorowych, w tym produkcji wodoru, jest powszechnie znana i szeroko udokumentowana.

W ramach tego zarzutu odwołujący na posiedzeniu złożył dowód w postaci wyciągu

z *Koncepcji* przystępującego, na okoliczność braku zawarcia obligatoryjnego elementu prezentacji technologii produkcji wodoru. Wyciąg prezentował informacje z *Koncepcji* przystępującego, które dotyczyły *Fukushima Hydrogen Energy Research Field* oraz *Kawasaki Heavy Industries*. Dowód ten jednak nie potwierdzał jednoznacznie, że przystępujący w

wymienionych powyżej podmiotach nie zaplanował prezentacji technologii produkcji wodoru. Tym samym nie można było kategorycznie stwierdzić, że oferta przystępującego, w opisanym przez odwołującego zakresie, była niezgodna z warunkami zamówienia. Odrzucenie oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia może nastąpić wyłącznie w sytuacji gdy ta niezgodność nie budzi żadnych wątpliwości i zamawiający jest

w stanie jednoznacznie ją wykazać. W okolicznościach przedmiotowej sprawy można było co najwyżej stwierdzić, że forsowana przez odwołującego niezgodność treści oferty przystępującego z warunkami zamówienia, pozostawała w sferze mało prawdopodobnych wątpliwości. Izba uznała, że argumentacja odwołującego i złożony przez niego dowód nie potwierdziły słuszności jego stanowiska, co w dalszej kolejności skutkowało oddaleniem zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp podniesionego w pkt 4 *petitum* odwołania.

Ostatni skierowany na rozprawę zarzut miał charakter ewentualny i dotyczył przyznanej przez zamawiającego punktacji w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert. Ocena oferty w ramach kryterium pozacenowego bardzo często ma charakter subiektywny. W ocenie składu orzekającego tak było również w tym przypadku, ponieważ opis tego kryterium opierał się sformułowaniach, którym trudno nakreślić obiektywne granice znaczeniowe. Poza tym co bardzo istotne, zamawiający oceniał ofertę przystępującego

w ramach kryterium pozacenowego ze swojej perspektywy, mając na uwadze swoje potrzeby oraz swoje wyobrażenie odnośnie znaczenia sformułowań użytych w opisie kryterium. Skład orzekający doszedł do przekonania, że nie można było zamawiającemu zarzucić, że niesłusznie uznał koncepcję złożoną przez przystępującego za przedstawioną w sposób pokonujący rutynę, nowatorsko traktującą temat, o niepowtarzalnym i oryginalnym programie, zawierającą pomysł stanowiącą nową kombinację elementów i prowadzącą do uzyskania nowego spojrzenia na istotę zagadnienia. Tym samym zamawiający prawidłowo przyznał ofercie przystępującego maksymalną liczbę punktów w ramach kryterium pozacenowego.

Odwołujący załączył do odwołania broszurę wyjazdu komercyjnego organizowanego przez przystępującego. Dowód ten miał potwierdzać, że koncepcja przystępującego nie była niepowtarzalna i oryginalna, ponieważ wykonawca ten oferuje komercyjne wyjazdy studyjne o identycznym programie. Izba stwierdziła, że okoliczność świadczenia przez przystępującego tożsamyh usług na rynku komercyjnym nie mogła sama z siebie prowadzić do obniżenia punktacji ofercie tego wykonawcy. Zamawiający nie mógł oceniać oferty

w kryterium pozacenowym z perspektywy rynku, ale z perspektywy treści SWZ oraz własnego zrozumienia dla sformułowań użytych w opisie kryterium. Skoro zamawiający uznał, że koncepcja przystępującego spełniała wszystkie wymogi określone w opisie kryterium, w tym była z jego z perspektywy niepowtarzalna i oryginalna to był zobowiązany przyznać w tym zakresie maksymalną liczbę punktów.

W konsekwencji Izba oddaliła zarzut ewentualny dotyczący naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu

w części odnoszącej się do zarzutu podniesionego w pkt 1 *petitum* odwołania i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 2 pkt 1 Pzp, Izba uwzględniła odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania

o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie części zarzutów wskazanych w odwołaniu spowodowało, że w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający w sposób naruszający przepisy Pzp odrzucił ofertę odwołującego jako zawierającą rażąco niską cenę. Ponadto zamawiający uwzględnił zarzut z pkt 2 dotyczący drugiej podstawy odrzucenia oferty odwołującego. Przystępujący po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tego zarzutu, zatem uwzględnienie przez Izbę zarzutu z pkt 1 miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Zgodnie z art. 575 Pzp *Strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku*. Merytorycznie zostały rozpoznane zarzuty oznaczone punktami 1, 3 i 4, przy czym zarzut

z pkt 4 został opisany przez wskazanie zarzutu głównego oraz ewentualnego. Tym samym ostatecznie rozpoznaniu podlegały cztery zarzuty. Jeden zarzut znalazł potwierdzenie, natomiast pozostałe trzy zostały oddalone. W konsekwencji Izba podzieliła koszty w części 3/4 na rzecz odwołującego i w części 1/4 na rzecz zamawiającego.

Na koszty postępowania odwoławczego składały się: wpis uiszczony przez odwołującego (7 500,00 zł) oraz koszty poniesione przez odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie i rozprawę (4 060,00 zł). Łącznie suma kosztów wynosiła 11 560,00 zł. Zamawiający nie wykazał poniesienia kosztów, a odpowiadał za koszty postępowania odwoławczego do wysokości 2 890,00 zł (11 560,00 zł x 1/4). Z kolei odwołujący poniósł do tej pory koszty w wysokości 11 560,00 zł (koszt wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu), a odpowiadał za te koszty w kwocie 8 670,00 zł (11 560,00 zł x 3/4). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz

odwołującego kwotę 2 890,00 zł (11 560,00 zł – 8 670,00 zł), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego, a kosztami postępowania za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a)

i b) w zw. z § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U.

z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....