

WYROK
z dnia 1 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Michał Pawłowski

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 sierpnia 2023 r. przez odwołującego Polską Fundację Przedsiębiorczości z siedzibą w Szczecinie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Bank Gospodarstwa Krajowego Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: Polska Fundacja Ośrodków Wspomagania Rozwoju Gospodarczego „OIC Poland” z siedzibą w Lublinie oraz Fundacja Rozwoju Przedsiębiorczości z siedzibą w Suwałkach zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2390/23 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego – Polską Fundację Przedsiębiorczości z siedzibą w Szczecinie i 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.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 2390/23

Uzasadnienie

Bank Gospodarstwa Krajowego Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą PZP”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*wybór Pośrednika finansowego w celu zarządzania funduszem pożyczkowym w ramach Funduszu Dostępności*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 10 marca 2023 r., pod numerem 2023/S 050-144095.

W dniu 11 sierpnia 2023 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawca Polska Fundacja Przedsiębiorczości z siedzibą w Szczecinie, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie od:

1) niezgodnej z przepisami ustawy PZP czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także z uwagi na uznanie przez Zamawiającego, że złożona oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia pomimo, że cena złożona w ofercie jest realna oraz umożliwia wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, a także w pełni odpowiada ona warunkom zamówienia,

2) niezgodnej z przepisami ustawy PZP czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: Polska Fundacja Ośrodków Wspomagania Rozwoju Gospodarczego "OIC Poland" z siedzibą w Lublinie i Fundacja Rozwoju Przedsiębiorczości z siedzibą w Suwałkach, zwanych dalej jako „Konsorcjum”, pomimo, że oferta złożona przez Odwołującego, która nie powinna zostać odrzucona jako oferta zawierające rażąco niską cenę i jako oferta niezgodna z warunkami zamówienia, była ofertą korzystniejszą.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 224 ust. 6 ustawy PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP polegające na odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego z uwagi na uznanie, że zawiera rażąco niską cenę, pomimo iż wyjaśnienia złożone przez Odwołującego, które były rzetelne i bardzo szczegółowe, jednoznacznie wykazywały, że cena złożona w ofercie jest realna oraz umożliwia wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia (zarzut nr 1),

2) art. 224 ust. 6 ustawy PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP polegające na odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego z uwagi na uznanie, że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia pomimo, iż oferta złożona przez Odwołującego w pełni odpowiada warunkom zamówienia (zarzut nr 2),

3) art. 239 ustawy PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 i pkt 8 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP polegające na wyborze oferty złożonej przez Konsorcjum pomimo, że oferta złożona przez Odwołującego, która nie powinna zostać odrzucona jako oferta zawierająca rażąco niską cenę, a także nie powinna zostać odrzucona jako oferta niezgodna z warunkami zamówienia, była ofertą korzystniejszą (zarzut nr 3).

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie jego odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego,

2) unieważnienie czynności wyboru oferty dotyczącej części pierwszej zamówienia złożonej przez Konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej,

3) powtórzenia czynności badania ofert dotyczących części pierwszej zamówienia oraz dokonania czynności wyboru

oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Ponadto Odwołujący złożył wniosek o zasądzenie na jego rzecz od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że złożył ofertę w ramach części pierwszej postępowania na „Wybór Pośrednika finansowego w celu zarządzania funduszem pożyczkowym w ramach Funduszu Dostępności”. Zamawiający pismem z dnia 5 maja 2023 r. skierował do Odwołującego wezwanie do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty w zakresie opłaty za zarządzanie oraz wynagrodzenia za przejście obsługi portfela pożyczek przejętego od innego pośrednika finansowego, zaś Odwołujący pismem z dnia 10 maja 2023 r. szczegółowo odpowiedział Zamawiającemu w żądanym zakresie. Następnie Zamawiający poinformował wykonawców o odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na zawarcie w niej rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także z uwagi na uznanie, że złożona oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia i jednocześnie Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty dla części I złożonej Konsorcjum. Odwołujący wskazał, że jego oferta uplasowałaby się w części pierwszej zamówienia na miejscu nr 1, gdyby nie została odrzucona, ponieważ zgodnie z kryteriami oceny ofert przyjętymi przez Zamawiającego jego ofercie winno zostać przyznane 98,26 pkt, natomiast ofercie Konsorcjum winno zostać przyznanych 95,00 pkt. Przy tym zmiana punktacji dla oferty Konsorcjum wynikałaby z faktu uwzględnienia w wyliczeniu punktacji nieodrzuconej oferty Odwołującego.

Odwołujący podniósł w swoim środku ochrony prawnej, że wbrew ocenie Zamawiającego cena zaoferowana przez Odwołującego w przetargu nie może być uznana za rażąco niską, albowiem cena zaoferowana przez Odwołującego gwarantuje wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w sposób prawidłowy i bezpieczny. Według Odwołującego zgodnie z art. 224 § 2 ustawy PZP weryfikacji w zakresie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia podlegać powinna całkowita cena oferty i z tego względu cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu należy ujmować całościowo, tj. łącznie opłaty za zarządzanie, jak i wynagrodzenie za przejście obsługi portfela pożyczek przejętego od innego pośrednika finansowego, czyli tak, jak to zostało określone w odrzuconej ofercie. Odwołujący uważa, że nie można rozpatrywać ceny za przejście jednej transakcji jako ceny odrębnej od opłat za zarządzanie, ponieważ jest ona ściśle powiązana z pozostałymi do wykonania czynnościami zawartymi w opcji nr 2. Wszelkich kalkulacji cenowych, które znalazły wyraz w cenie podanej w ofercie, Odwołujący dokonał rozpatrując opcję nr 2 jako całość, a niejako dwa osobne projekty, albowiem żaden z nich nie może być realizowany jako samodzielny projekt. Całościowe ujęcie ceny pozwałoby Odwołującemu na wykonanie całego przedmiotu zamówienia, a więc też w zakresie dotyczącym obsługi portfela pożyczek przejętego od innego pośrednika finansowego, przy założonym poziomie rentowności.

Odwołujący podkreślił, że pomimo podzielenia przez Zamawiającego stanowiska Odwołującego, iż udzielenie prawa opcji nr 2 jest częścią tego samego projektu, na co Zamawiający wskazał w treści Informacji o wynikach postępowania z dnia 4 sierpnia 2023 r., to Zamawiający zajął błędne stanowisko w zakresie braku dopuszczalności uwzględnienia przez Odwołującego kosztów realizacji Zamówienia dotyczącego opcji nr 2 w ramach łącznie skalkulowanej ceny za realizację przedmiotu zamówienia. Ponadto zgodnie z wiedzą Odwołującego, który dysponuje wieloletnią praktyką w zakresie działalności pożyczkowej (od 2004 r.), w dotychczasowej praktyce rynkowej na dzień złożenia oferty nie miały miejsca podobne przejścia portfela, a zatem nie został wypracowany rynkowy standard w przedmiotowym zakresie – Odwołujący jako największy w Polsce pośrednik finansowy nie przejmował jeszcze portfela pożyczkowego, ani jego portfel w żadnym zakresie też nie był przejmowany. Równocześnie Zamawiający w wyjaśnieniach nr 1 z dnia 7 kwietnia 2023 r. złożonych w odpowiedzi do pytania nr 34 nie zawarł dodatkowych informacji o przejściach. Ze względu na brak standardu przejścia Odwołujący wedle własnego doświadczenia przy realizacji Funduszu Dostępności określił czynniki cenotwórcze występujące przy realizacji prawa opcji nr 2 oraz ich wpływ na wysokość wynagrodzenia. Poza tym Odwołujący znając podmioty dotychczas realizujące podobne projekty oraz staranność Zamawiającego w wyborze Pośredników Finansowych ma świadomość, że ewentualne przejście transakcji nastąpiłoby od podmiotu, który: a) jest profesjonalistą, który wykonał wszystkie czynności wymagane umową z odpowiednią starannością, b) posiada odpowiednie doświadczenie w udzielaniu pożyczek zgodnie z wymaganiami SWZ, c) posiada zweryfikowane, skuteczne i bezpieczne procedury pożyczkowe. Zważywszy na surowe kryteria wyboru Pośredników Finansowych przez Zamawiającego oraz przeprowadzanie przez Zamawiającego regularnych kontroli Pośredników Finansowych, Odwołujący uwzględnił w zaoferowanej cenie wysoką jakość przekazanych umów i wniosków pożyczkowych. W wyniku tego Odwołujący, ustalając wysokość zaoferowanej ceny, nie zakładał konieczności powtórzenia czynności wykonanych przez Pośrednika, którego portfel byłby przekazywany. Ponadto, jako ewentualny powód przekazania portfela Odwołujący założył wystąpienie ewentualnych problemów z płynnością finansową Pośrednika, które uniemożliwiłyby dalszą realizację umowy operacyjnej lub przekształcenie działalności Pośrednika i zmianę grupy docelowej odbiorców. Żaden z tych powodów nie uzasadniał jednak przyjęcia założenia o braku staranności Pośrednika i w efekcie przekazanie portfela, który wymagałby powtórzenia wszystkich czynności związanych z udzieleniem pożyczek. W ocenie Odwołującego nie wystąpiłyby zatem koszty OBP związane z udzieleniem pożyczki (złożenie i weryfikacja wniosku i dokumentów, wizytacja przed decyzją, analiza kredytowa, rekomendacja i wydanie decyzji). Odwołujący podał, że uwzględnił również, iż wszyscy Pośrednicy Finansowi mają obowiązek wprowadzania pożyczek do systemu sprawozdawczego POIF (wyплаты, spłaty, kontrole, sprawozdania), a tym samym w ramach obsługi portfela pożyczek przejętego od innego pośrednika finansowego nie wystąpiłby koszt wprowadzenia ich do systemu. Odwołujący dokonując ustalenia wysokości zaoferowanej ceny założył zatem, że skoro cały portfel zostałby przekazany od jednego pośrednika do drugiego, to pracownicy Zamawiającego dokonaliby jedynie zmiany dostępu do danych z pracowników jednego pośrednika na pracowników drugiego pośrednika. Natomiast dzięki elektronicznemu obiegowi dokumentów i możliwości importowania danych do systemów ze skanów (wnioski o pożyczkę) oraz zestawień w arkuszach kalkulacyjnych (harmonogramy, zestawienia przekazane przez Zamawiającego przy przejmowaniu portfela) nie wystąpiłaby konieczność ich przepisywania do systemu pożyczkowego a sam import danych miałby charakter wyłącznie jednego „kliknięcia” w systemach, których koszt utrzymania zawarty jest w kosztach ogólnych już przypisanych do projektu. Odwołujący zauważył również, że obecnie Odwołujący został zaproszony w dniu 18 maja 2023 r. przez Zamawiającego do negocjacji w innym postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia, którego przedmiotem jest „Wybór Pośrednika Finansowego w celu przejścia i zarządzania portfelem jednostkowych pożyczek w ramach instrumentów finansowych Mikropożyczka i Mikropożyczka – Płynność finansowych ze środków Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Kujawsko-Pomorskiego na lata 2014 – 2020”. W trakcie prowadzonych negocjacji w ramach tego innego postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający poinformował Odwołującego, że po podpisaniu umowy dokonaliby jedynie „przejęcia” Pośrednika Finansowego i nie zachodziłaby konieczność wprowadzania niczego od nowa. Zdaniem

Odwołującego informacje przekazane zatem przez samego Zamawiającego w ramach tamtego innego postępowania o udzielenie zamówienia potwierdzają słuszność założeń przyjętych przez Odwołującego w ramach niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia. Jednocześnie w powyższym zakresie w Informacji o wynikach postępowania z dnia 4 sierpnia 2023 r. Zamawiający podał, że samo założenie wystąpienia prawa opcji 2 w zamówieniu wskazuje, iż jakość udzielanych pożyczek na jakimś etapie może ulec pogorszeniu, a tym samym Zamawiający nie podzielił braku obaw zawartego w piśmie Odwołującego, co do jakości przejmowanego portfela i ewentualnie koniecznością wystąpienia dodatkowych działań, które musiałby wykonać. Odwołujący podkreślił przy tym, że przejście portfela z powodów działań wcześniejszego Pośrednika Finansowego nie jest równoznaczne z pogorszeniem portfela. Pośrednik Finansowy ma inne obowiązki niż pożyczkobiorca, ponieważ obowiązek spłaty i rozliczenia pożyczek stanowi obowiązek pożyczkobiorców, a nie Pośrednika Finansowego, który musi tylko prowadzić sprawozdawczość, kontrole, itp., co jest innego rodzaju obowiązkiem. Odwołujący uważa zatem, że dokonując wyceny oferty prawidłowo wziął pod uwagę wyżej podane okoliczności ograniczające pracochłonność obsługi przejścia pożyczek od innego Pośrednika Finansowego, zaś Zamawiający błędnie nie wziął tych okoliczności pod uwagę.

W dalszej części uzasadnienia Odwołujący podał, że w zaoferowanym wynagrodzeniu za obsługę portfela pożyczek przejętego od innego Pośrednika Finansowego uwzględnił również, że struktura zabezpieczeń jest zdeterminowana sytuacją majątkową podmiotów uprawnionych. Podmioty uprawnione mają ograniczone możliwości w zakresie ustanowienia zabezpieczeń, więc zasadniczo ograniczają się one do aktywów finansowych. Dominującym zabezpieczeniem jest cesja wierzytelności z rachunku bankowego obsługującego fundusz remontowy (główne lub niemal wyłącznie zabezpieczenie stosowane wobec wspólnot mieszkaniowych), lokaty bankowe (główne zabezpieczenie pożyczek udzielanych spółdzielniom mieszkaniowym), weksel in blanco (jedyne zabezpieczenie w przypadku jednostek samorządu terytorialnego). W każdym przypadku tego rodzaju katalog zabezpieczeń ich ustanowienie nie generuje kosztów. Pożyczkobiorcy jako zabezpieczenia nie proponują natomiast hipoteki z uwagi na wysokie koszty jej ustanowienia w porównaniu do innych zabezpieczeń albo nie posiadają nieruchomości mogącej stanowić przedmiot zabezpieczenia hipoteką. W Informacji o wynikach postępowania z dnia 4 sierpnia 2023 r. Zamawiający podał, że w przekazanej korespondencji Odwołujący założył pewien standard stosowanych przez siebie zabezpieczeń, który nie jest jednak standardem wskazanym w dokumentacji przetargowej. Odwołujący wskazał, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego dokumentacja przetargowa nie wskazuje żadnego standardu, tylko katalog możliwości, który najczęściej jest otwarty. Standardy są natomiast wypracowywane w praktyce przez każdego z Pośredników Finansowych osobno. Okoliczność, że inny Pośrednik Finansowy, którego portfel byłby przejmowany w ramach prawa opcji nr 2, zastosowałby zabezpieczenie pożyczek w formie hipoteki, nie oznacza, że Odwołujący także wymagał będzie zabezpieczenia w formie hipoteki. Odwołujący zaznaczył, że pożyczkobiorcy w ramach Funduszu Dostępności nie posiadają majątku, który mógłby stanowić zabezpieczenie w formie hipoteki. Okoliczność ta zdaniem Odwołującego eliminuje możliwość stosowanie takiego rodzaju zabezpieczeń w formie hipoteki, co wyklucza nawet potencjalnie zwiększenie nakładu pracy po stronie Odwołującego w przypadku przejścia portfela innego Pośrednika Finansowego. Najczęściej stosowanym zabezpieczeniem w ramach Funduszu Dostępności jest natomiast cesja wierzytelności z tytułu opłat na fundusz remontowy, z którym nie wiąże się konieczność istotnego nakładu pracy.

W ramach ceny zaoferowanej za obsługę portfela pożyczek przejętego od innego Pośrednika Finansowego Odwołujący przyjął jednocześnie, że pozostałe czynności niezbędne do wykonania są charakterystyczne dla każdego Okresu Wygaszania Portfela lub finansowane z kosztów osobowych bądź ogólnych. Zważywszy na to, że maksymalna wartość opcji została określona na 300% zamówienia podstawowego, uzasadnione było założenie przy ustalaniu wynagrodzenia za obsługę portfela pożyczek przejętego od innego pośrednika finansowego, że maksymalna wartość opcji nr 2 również wynosi 300%, co jest zbieżne z maksymalną liczbą pożyczek do przekazania określoną jako 104 i średnią wartością pożyczki w zamówieniu. Biorąc pod uwagę, że Zamawiający nie określił dokładnie żadnych parametrów portfela, a jedynie wskazał wartości maksymalne liczby pożyczek i wartości portfela, Odwołujący przy kalkulacji kosztów / przychodów oraz określeniu dochodowości realizacji opcji nr 2 posługiwał się wartościami średnimi, czyli 52 pożyczki o łącznej wartości 22,5 miliona złotych. Szczegółowe określenie przez Odwołującego przychodu oraz kosztów, a także wysokości zakładanego zysku, zostało podane w piśmie Odwołującego z dnia 10 maja 2023 r. będącym wyjaśnieniami złożonymi w odpowiedzi na wezwanie otrzymane od Zamawiającego. W Informacji o wynikach postępowania z dnia 4 sierpnia 2023 r. Zamawiający wskazał, że założenie wykonawcy dotyczące liczby i wartości pożyczek, które mogą zostać mu powierzone w ramach Prawa opcji 2, odpowiednio 52 sztuki i 22,5 miliona złotych, nie koresponduje z dokumentacją przetargową, co miałyby wynikać, zdaniem Zamawiającego, z faktu, że Zamawiający w SWZ oraz OPZ wskazał, iż w ramach części pierwszej zamówienia może powierzyć wykonawcy do 104 pożyczek (bez określania ich wartości). Odwołujący podkreślił, że wartości maksymalne nie oznaczają wartości rzeczywistych, a wykonawca dokonując wyceny oferty nie ma obowiązku dokonywania kalkulacji dla wartości maksymalnych. Jednocześnie Odwołujący zaznaczył, że takie podejście Zamawiającego najczęściej powoduje prognozowanie zbyt wysokiej pozycji kosztów względem przychodów. Odwołujący powołał się przy tym na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2008 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 22/07, w którym Izba uznała za niedopuszczalną praktykę określenie przez zamawiającego jedynie górnej granicy swojego zobowiązania, bez wskazania nawet minimalnej ilości, czy wartości, którą na pewno wyda na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia. Zdaniem Odwołującego określenie w SWZ w ramach przedmiotowego postępowania ilości umów pożyczek od 1 do 104 nie można uznać za prawidłowe określenie minimum, gdyż jest ono nierealne, ponieważ z całą pewnością jedna umowa pożyczki nie byłaby przekazywana. Według Odwołującego był on zatem uprawniony do dokonania wyceny oferty w oparciu o wartości średnie, czyli 52 pożyczki o łącznej wartości 22,5 miliona złotych, natomiast nieuzasadnione było stanowisko Zamawiającego, że założenia poczynione przez Odwołującego w ramach wyceny oferty nie korespondują z dokumentacją przetargową. Zdaniem Odwołującego jego wyliczenia w prosty sposób wykazują, że gdyby przyjąć portfel o dwukrotnie większej liczbie pożyczek, to zarówno przychody jak i koszty uległyby dwukrotnemu zwiększeniu, a co za tym idzie – również zysk z realizacji opcji nr 2 byłby dwukrotnie wyższy niż założono dla portfela 52 pożyczek. Z szacunków Odwołującego wynika, że na rynku jest obecnie około 150 pożyczek udzielonych z Funduszu Dostępności poza tymi udzielonymi przez Odwołującego, co oznacza, że na dzień składania oferty Zamawiający przewidział w prawie opcji nr 2, że wszystkie pożyczki znajdujące się u pozostałych pośredników finansowych będą musiały być przekazane innemu Pośrednikowi Finansowemu, co w ocenie Odwołującego jest mało prawdopodobne.

Ponadto Odwołujący wskazał, że w Informacji o wynikach postępowania z dnia 4 sierpnia 2023 r. Zamawiający uznał również, że wyjaśnienia w zakresie kosztów wykazanych w uzasadnieniu do części pierwszej pisma Zamawiającego nie korespondują z dodatkowymi obowiązkami, które powstaną w związku z prawem opcji 2. Zamawiający wskazał przy tym,

że w pkt 9 Odwołujący przyjął założenie dla obsługi 35 umów pożyczki, co wynika z jego dotychczasowego doświadczenia, a w tym przypadku wykonawca nie wziął pod uwagę możliwego do przejęcia portfela pożyczek. Zamawiający wskazał także, że w punkcie 11 dotyczącym kontroli na miejscu Odwołujący założył przeprowadzenie 8 takich działań. W ocenie Zamawiającego przekazanie portfela do 104 pożyczek / wniosków z pozytywną decyzją w oczywisty sposób zwiększy liczbę koniecznych kontroli (zgodnie z zasadami określonymi przez Zamawiającego), a zwiększeniu ulegną również znacząco koszty, w tym koszty związane z podróżą, delegacją oraz paliwem wykazanym w pkt 12. W tym zakresie Odwołujący podkreślił, że wskazany punkt 9 dotyczy wyjaśnień ceny dla zamówienia podstawowego i nie ma nic wspólnego z prawem opcji nr 2, ponieważ wyjaśnienia Odwołującego zostały podzielone na część pierwszą i drugą. Część pierwsza dotyczy zamówienia podstawowego, natomiast część druga dotyczy prawa opcji nr 2. Wzmiankowany punkt 9 został natomiast zawarty w części pierwszej, a zatem dotyczącej zamówienia podstawowego. Poza tym Odwołujący podał, że wykazane koszty zamówienia podstawowego zostały przeliczone jako koszty jednostkowe i dopiero koszty jednostkowe przemnożone przez zakładaną liczbę przejętych umów pożyczkowych zostały wykorzystane w kalkulacji prawa opcji. Analogiczna sytuacja występuje w przypadku pozostałych punktów 11 i 12, które także dotyczą wyjaśnień do zamówienia podstawowego. W Informacji o wynikach postępowania z dnia 4 sierpnia 2023 r. Zamawiający uznał także, że szacunek wykonawcy w szczególności w zakresie czynności kontrolnych nie został należycie uwzględniony, ponieważ w ocenie Zamawiającego 4 godziny na zrealizowanie kontroli na miejscu, łącznie z dojazdem, przeprowadzeniem kontroli oraz przygotowaniem protokołu i monitorowaniem realizacji zaleceń, może doprowadzić do sytuacji, że cele kontroli, nie zostaną w pełni zrealizowane. Odwołujący podkreślił jednak, że podane przez niego 4 godziny na zrealizowanie kontroli stanowią wartość średnią i nie oznacza to, że każda kontrola, bez względu na poziom skomplikowania, wymagała będzie czasu 4 godzin. Odwołujący wyjaśnił, że zdarzają się pożyczki, które posiadają np. 2 faktury, ale są też i takie, które posiadają kilkanaście faktur, dlatego czas niezbędny do przeprowadzenia konkretnych kontroli jest różny. W odniesieniu do dojazdów na kontrole Odwołujący podał, że aż 61,9% umów pożyczek dotyczących Funduszu Dostępności będących na dzień złożenia oferty w portfelu Odwołującego zostało zawartych z podmiotami, które mają swoje siedziby w miastach, w których Odwołujący posiada swoje oddziały, co powoduje, że dojazd do takiego klienta może zająć nie więcej niż kilka lub kilkanaście minut. Uwzględnienie tych okoliczności sprawia, że przyjęcie średniego czasu 4 godzin na przeprowadzenie kontroli było w pełni uzasadnione i wbrew obawom Zamawiającego w pełni pozwalałoby na rzetelne przeprowadzenie wszystkich kontroli w ramach realizacji zamówienia.

Odwołujący wskazał też, że w Informacji o wynikach postępowania z dnia 4 sierpnia 2023 r. Zamawiający podniósł zarazem, że z przejmowanym portfelem wiążą się takie obowiązki jak wyodrębniona ewidencja księgową, w tym prowadzenie odrębnych rachunków dla poszczególnych operacji oraz przygotowywanie dodatkowych odrębnych raportów i w związku z tym ważne jest, by Odwołujący wycenił wszystkie działania niezbędne do przejęcia wszystkich umów pożyczki zawartych przez innego Pośrednika Finansowego w ramach Funduszu Dostępności oraz do przejęcia wszelkich innych dokumentów związanych z ubieganiem się o pożyczkę, udzieleniem pożyczki oraz jej późniejszą obsługą, co dotyczy także przejętych wniosków, dla których wykonawca podejmie czynności zmierzające do podpisania umów pożyczki. Odwołujący zaznaczył jednak, że już w złożonych w dniu 10 maja 2023 r. wyjaśnieniach wykazał, że proces przejmowania portfela w tym zakresie ma charakter automatyczny, natomiast w zakresie przejmowanych wniosków, to Odwołujący przejmuje wyłącznie wnioski pozytywne, a zatem po przeprowadzonej ocenie i spełnieniu wszystkich wymagań. W ocenie Odwołującego jedyną czynnością pozostającą zatem podpisanie umowy na jego warunkach, tj. bez zabezpieczenia w formie hipoteki. Wszystkie wzory dokumentacji niezbędnej do tego procesu są już gotowe i wczytane w systemie informatycznym, co eliminuje konieczność sporządzania takiej dokumentacji na potrzeby wyłącznie tego zamówienia.

W podsumowaniu Odwołujący podniósł, że Zamawiający podejmując decyzję o odrzuceniu oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i 8 ustawy PZP w uzasadnieniu zobowiązany jest do odniesienia się do wyjaśnień złożonych na wezwanie, z którymi ustawa PZP wiąże skutek prawny, co potwierdza m. in. wyrok Izby z dnia 3 kwietnia 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 773/23. Natomiast według Odwołującego Zamawiający nie odniósł się w sposób merytoryczny do jego obszernych wyjaśnień zawartych w piśmie z dnia 10 maja 2023 r., a jego oceny pomijają wskazywane przez Odwołującego dowody dotyczące kosztów pracowników, faktu posiadania oddziałów w każdym województwie, odpowiedniego zaplecza technicznego i obsługi prawnej. Zdaniem Odwołującego Zamawiający błędnie ocenił, że cena zaoferowana przez Odwołującego była rażąco zaniżona w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także że złożona przez Odwołującego oferta była niezgodna z warunkami zamówienia. Wbrew ocenie dokonanej przez Zamawiającego całościowe ujęcie ceny przedmiotu zamówienia, a zatem zarówno w części pierwszej dotyczącej opłaty za zarządzanie, jak i części drugiej dotyczącej wynagrodzenia za obsługę portfela pożyczek przejętego od innego Pośrednika Finansowego, pozwalałoby na prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia i osiągnięcie zysku zakładanego przez Odwołującego na całe zamówienie. Odwołujący spuentował, że w świetle podniesionych w jego odwołaniu zarzutów naruszenia przez Zamawiającego wymienionych przepisów ustawy PZP oraz powołanych okoliczności nie ulega wątpliwości, że dokonane naruszenia przepisów ustawy PZP miały istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Uwzględniając akta sprawy odwoławczej, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone w pismach oraz złożone w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została spełniona żadna z negatywnych przesłanek wynikająca z art. 528 ustawy PZP, która uniemożliwiałaby merytoryczne rozpoznanie odwołania.

Izba stwierdziła ponadto, że wypełnione zostały opisane w art. 505 ust. 1 ustawy PZP ustawowe przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez Konsorcjum, gdyż zostało ono złożone w ustawowym terminie i w przewidzianej przez przepisy prawa formie.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z regulacją § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia

w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2 rozporządzenia, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła też stanowiska prezentowane na rozprawie przez strony postępowania oraz uczestnika postępowania odwoławczego, jak również uwzględniła stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego w jego odpowiedzi na odwołanie z dnia 28 sierpnia 2023 r. oraz merytoryczne stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego zawarte w jego zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego z dnia 16 sierpnia 2023 r.

Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodu z dokumentacji zgromadzonej w aktach sprawy odwoławczej, w tym dokumentów złożonych przez strony na rozprawie:

- Graficznego przedstawienia założeń kalkulacji,
- Porównania podejść do określenia warunków brzegowych,
- Zabezpieczenia przejmowanych pożyczek,
- Przesłanek do określenia pracochłonności kontroli,
- Opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez Bank Gospodarstwa Krajowego (numer referencyjny DZZK/13/DIF/2023),
- Oferty złożonej przez Polską Fundację Przedsiębiorczości z siedzibą w Szczecinie w postępowaniu prowadzonym przez Bank Gospodarstwa Krajowego (numer referencyjny DZZK/13/DIF/2023).

Jednocześnie Izba uznała wiarygodność oraz moc dowodową dokumentów znajdujących się w aktach sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

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

Zamawiający Bank Gospodarstwa Krajowego Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*wybór Pośrednika finansowego w celu zarządzania funduszem pożyczkowym w ramach Funduszu Dostępności*”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 10 marca 2023 r., pod numerem 2023/S 050-144095.

Zgodnie z częścią III pkt 1 SWZ przedmiotem zamówienia jest wybór Pośredników Finansowych, którzy świadczyć będą zlecone przez Zamawiającego usługi polegające na zarządzaniu funduszem pożyczkowym utworzonym w celu udzielania preferencyjnych pożyczek na likwidację barier architektonicznych, co ma skutkować zapewnieniem dostępności budynków dla osób ze szczególnymi potrzebami m. in. osób z niepełnosprawnościami, rodziców z dziećmi oraz osób starszych. W ramach powierzonych zadań wybrani Pośrednicy Finansowi ustanowią Fundusze Pożyczkowe, z których środki przeznaczone będą na udzielanie pożyczek. Usługi będące przedmiotem zamówienia świadczone będą zgodnie z zasadami przedstawionymi w Projektowanych Postanowieniach Umowy Operacyjnej (PPU). W świetle ust. 3 zadanie będące przedmiotem tego zamówienia może być świadczone w odniesieniu do przedsięwzięć realizowanych przez Pożyczkobiorców na terytorium całego kraju w ramach części pierwszej zamówienia oraz na terytorium województw: dolnośląskiego, kujawsko-pomorskiego, lubuskiego, pomorskiego, wielkopolskiego, zachodniopomorskiego w ramach drugiej części zamówienia, zgodnie z załącznikiem nr 1 SWZ. Środki udostępniane przez Zamawiającego na realizację zamówienia wynoszą, dla części pierwszej – 15 000 000 zł 00 gr, a dla części drugiej 7 500 000 zł 00 gr.

W § 3 PPU, stanowiącym Załącznik nr 2 do SWZ, zostały szczegółowo uregulowane obowiązki Pośrednika Finansowego.

W części IV SWZ Zamawiający określił m. in., że:

1. W celu realizacji przedmiotu zamówienia, dokonano jego podziału na 2 części odpowiadające wartości wkładów finansowych planowanych do wniesienia z Funduszu Dostępności do Instrumentu Finansowego utworzonego przez Pośredników Finansowych. Każdej części zamówienia przypisana została odpowiednia pula środków stanowiących Wkład Funduszu Dostępności do Instrumentu Finansowego. Jeden Wykonawca w niniejszym postępowaniu może się ubiegać o realizację maksymalnie jednej części zamówienia, niezależnie czy występuje samodzielnie czy w ramach konsorcjum.

W ramach I części: Pośrednicy Finansowi udzielać będą pożyczek na terenie całego kraju.

W ramach II części: Pośrednicy Finansowi będą udzielać pożyczek na terenie województw: dolnośląskie, kujawsko-pomorskie, lubuskie, pomorskie, wielkopolskie, zachodniopomorskie.

2. Zamawiający nie dopuszcza składania ofert wariantowych.

3. Zamawiający przewiduje możliwość udzielenia Wykonawcy:

a) Prawo Opcji nr 1,

b) Prawo Opcji nr 2,

c) Zamówienia, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP.

4. W wyniku zastosowania przez Zamawiającego Prawa Opcji nr 1 kwota funduszu pożyczkowego może ulec zwiększeniu o 300% w stosunku do kwoty przewidzianej w ramach zamówienia podstawowego.

5. W wyniku zastosowania przez Zamawiającego Prawa Opcji nr 2 Wykonawcy może zostać powierzone zadanie obsługi portfela pożyczek udzielonych przez innego pośrednika finansowego w ramach Programu „Fundusz Dostępności” Zamawiający może powierzyć Wykonawcy obsługę pożyczek w łącznej liczbie dla części:

I – od 1 do 104 pożyczek

II – od 1 do 52 pożyczek

Szczegółowe warunki, na jakich udzielone będzie Prawo Opcji nr 2, zostały określone w załączniku nr 2 do Opisu Przedmiotu Zamówienia.

6. Wysokość środków udostępnianych Wykonawcy w ramach Prawa Opcji wynosi do 300% wysokości Zamówienia podstawowego. Pożyczki udzielane przez Wykonawcę ze środków udostępnionych na podstawie Prawa Opcji będą udzielane w oparciu o zasady zawarte w „Zasadach Naboru”, stosowane w ramach Zamówienia podstawowego. W przypadku skorzystania z Prawa Opcji, Zamawiający, w uzgodnieniu z Wykonawcą, dokona aktualizacji terminów odnoszących się do realizacji Prawa Opcji.

7. W przypadku zastosowania przez Zamawiającego zamówienia, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP kwota funduszu pożyczkowego może ulec zwiększeniu do 100% w stosunku do kwoty przewidzianej w ramach zamówienia podstawowego. Warunki, na jakich udzielone będzie przedmiotowe zamówienie na usługi podobne, zostały określone w załączniku nr 1 do Opisu Przedmiotu Zamówienia.

W części XI ust. 2 pkt 7 SWZ Zamawiający zaznaczył wyraźnie, że oferta musi odpowiadać treści SWZ i że zaleca się, aby przy sporządzaniu oferty korzystać ze wzorów formularzy przygotowanych przez Zamawiającego. Wykonawca może złożyć ofertę przygotowaną samodzielnie z zastrzeżeniem, że będzie one zawierać wszystkie niezbędne oświadczenia oraz informacje określone przez zamawiającego w treści wzorów załączonych do SWZ.

W części XIV SWZ dotyczącej sposobu obliczenia ceny Zamawiający przewidział m. in., że:

1. Podstawą do ustalenia ceny oferty jest Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ) oraz obowiązki określone w Projektowanych Postanowieniach Umowy (PPU).

2. Pośrednik Finansowy będzie uprawniony do otrzymywania wynagrodzenia w formie Oplaty za Zarządzanie, stanowiącej cenę za realizację zamówienia. Wysokość oczekiwanej stawki Oplaty za Zarządzanie powiązana jest z wynikami wdrażanego Instrumentu Finansowego.

3. W celu oceny i porównania ofert, Wykonawca w formularzu "Oferta" (stanowiącym Załącznik nr 3 do SWZ) poda cenę zgodnie z wymogami formularza, na którą składa się wynagrodzenie wynikające z Zamówienia, wyrażone jako:

a) poziom oczekiwanej przez Pośrednika Finansowego Oplaty za Zarządzanie:

1) Oplata za Zarządzanie za wyniki w udzielaniu Pożyczek, w wysokości $[0,5] \times [p] \%$ kwoty Wkładu Funduszu Dostępności wypłaconego na rzecz Pożyczkobiorców i będącego wydatkami zgodnymi z Umową;

2) Oplata za Zarządzanie za wyniki w spłacie przez Pożyczkobiorców środków finansowych Pożyczki, w wysokości $[0,5] \times [p] \%$ Wkładu Funduszu Dostępności spłaconego przez Pośrednika finansowego na Rachunek Bankowy dla Zasobów Zwróconych.

b) poziom oczekiwanego przez Pośrednika Finansowego wynagrodzenie za przejście obsługi przejętego portfela pożyczek w ramach Prawa Opcji nr 2:

Wykonawca będzie otrzymywał wynagrodzenie w formie:

1) zryczałtowanej opłaty stanowiącej iloczyn liczby przejętych transakcji (zawartych umów pożyczki oraz pozytywnych decyzji, w ramach których umowa pożyczki nie została zawarta do dnia przejścia transakcji) oraz stawki opłaty za przejście jednej transakcji wskazanej w postępowaniu przetargowym;

2) opłaty przysługującej za obsługę pożyczek wypłacanej proporcjonalnie do wartości środków wpłaconych przez Pośrednika finansowego na Rachunek Bankowy dla Zasobów zwróconych z tytułu otrzymanych od pożyczkobiorców spłat rat kapitałowych od udzielonych pożyczek, w wysokości $[0,5] \times [p] \%$ Wkładu Funduszu Dostępności spłaconego przez Pośrednika finansowego na Rachunek Bankowy dla Zasobów zwróconych.

4. Podstawą obliczenia wynagrodzenia jest Wkład Funduszu Dostępności (środki powierzone) przeznaczony na realizację zamówienia, tj. udzielanie Pożyczek w ramach każdej z części zamówienia oraz w ramach Prawa Opcji nr 2.

5. Wynagrodzenie Pośrednika Finansowego pokrywać powinno wszystkie koszty Wykonawcy związane z udzieleniem pożyczki oraz jego późniejszą obsługą, w tym administrowaniem, monitorowaniem, obsługą finansową, raportowaniem oraz ewentualną windykacją.

6. Wynagrodzenie Wykonawcy będzie obliczane i wypłacane zgodnie z Umową Operacyjną.

7. Wykonawca jest zobowiązany do określenia wartości we wszystkich wymaganych pozycjach występujących w formularzu "Oferta" dla tej Części Zamówienia, na którą składa ofertę.

8. Cena w formularzu "Oferta" musi obejmować wszystkie koszty związane z realizacją danej części zakresu przedmiotu zamówienia. Zaoferowana cena oferty jest ceną brutto, tj. musi zawierać wszelkie obciążenia publicznoprawne wymagane przepisami prawa.

Zgodnie z formularzem oferty stanowiącym Załącznik nr 3 do SWZ w części I zamówienia w kryterium I wykonawcy byli zobowiązani do zadeklarowania procentowej stawki wynagrodzenia zgodnie z poniższymi założeniami:

1) Oplata za Zarządzanie za wypłatę Pożyczek:

Oplata za Zarządzanie za wyniki w udzielaniu Pożyczek, w wysokości $[0,5] \times [p] \%$ kwoty Wkładu Funduszu Dostępności wypłaconego na rzecz Pożyczkobiorców i będącego wydatkami zgodnymi z Umową;

2) Oplata za Zarządzanie za efektywną obsługę spłat Pożyczek:

Oplata za Zarządzanie za wyniki w spłacie przez Pożyczkobiorców środków finansowych Pożyczki, w wysokości $[0,5] \times [p] \%$ Wkładu Funduszu Dostępności spłaconego przez Pośrednika finansowego na Rachunek Bankowy dla Zasobów Zwróconych.

Natomiast w części I zamówienia w ramach kryterium II wykonawcy byli zobowiązani do kwotowego określenia wysokości wynagrodzenia za przejście obsługi portfela pożyczek przejętego od innego pośrednika finansowego.

W części XV SWZ Zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert:

Lp.	KRYTERIUM	WAGA	PUNKTY
1.	Wynagrodzenie w formie Opłaty za Zarządzanie – „W1”	75%	75
2.	Wynagrodzenie za przejęcie obsługi przejętego portfela pożyczek w ramach Prawa Opcji nr 2 – „W2”	5%	5
3.	Jakość oferty – „J” na którą składa się ocena w n/w podkryteriach:	20%	20
3.1	Kryterium społeczne	4%	4
3.2.	Dostępność usług dla pożyczkobiorców	16%	16
RAZEM:		100%	100

Odwołujący złożył ofertę, w której w części I zamówienia w kryterium I w ramach opłaty za zarządzanie zadeklarował stawkę procentową wynagrodzenia (p) 4,3%, natomiast w kryterium II za przejęcie obsługi portfela pożyczek przejętego od innego pośrednika finansowego zaoferował wynagrodzenie w wysokości 1 gr za przejmowaną umowę.

W dniu 5 maja 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty w zakresie:

- 1) opłaty za zarządzanie,
- 2) wynagrodzenie za przejęcie obsługi portfela pożyczek przejętego od innego pośrednika finansowego.

Zamawiający wskazał w wezwaniu, że oferta Odwołującego znacząco odbiega od szacowanej wartości zamówienia, ustalonej przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania. Dla oceny, czy oferta zawiera lub nie zawiera rażąco niską cenę, kluczowe jest ustalenie, czy cena wykonawcy jest rynkowa, czy też nie ma możliwości, aby za zaoferowane wynagrodzenie wykonawca prawidłowo wykonał zamówienie. W związku z tym Zamawiający zażądał udzielenia wyjaśnień w szczególności w zakresie:

- 1) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków usług,
- 2) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie,
- 3) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie,
- 4) przedstawienie kalkulacji głównych składowych ceny.

Odpowiadając na wezwanie Zamawiającego w dniu 10 maja 2023 r. Odwołujący zastrzegł całość swoich wyjaśnień oraz załączników do nich jako tajemnicę przedsiębiorstwa, powołując się na spełnienie wszystkich przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający nie odtajnił wyjaśnień i załączników złożonych przez Odwołującego.

W ogólności w swoich wyjaśnieniach Odwołujący powołał się na własne bogate doświadczenie zawodowe w zakresie działalności pożyczkowej, w tym na doświadczenie w zarządzaniu funduszami pożyczkowymi realizowanymi w ramach projektów dofinansowanych ze środków publicznych (krajowych i unijnych) oraz szeroką skalę działalności, co miało mu pozwolić na realizację przedmiotowego zamówienia przy założeniu bardzo wysokiej efektywności pracy.

W odniesieniu do wyjaśnień w zakresie opłaty za zarządzanie Odwołujący przedstawił:

- 1) założenia ogólne swojej kalkulacji, w tym szacowaną liczbę zawartych umów pożyczkowych (35) i wniosków pożyczkowych poddanych analizie (37),
- 2) kalkulację nakładów inwestycyjnych, gdzie Odwołujący posiada wystarczające zaplecze techniczne w swojej centrali i oddziałach, aby wykonać zamówienie i nie przewiduje ponoszenia żadnych dodatkowych nakładów inwestycyjnych w związku z realizowanym zamówieniem w Okresie Budowy Portfela (OBP),
- 3) swoje koszty osobowe obejmujące wynagrodzenie brutto pracowników a także prognozowany nakład pracy kierownika projektu, analityka kredytowego, specjalisty ds. kontroli, sprzedawcy, dwóch specjalistów ds. windykacji oraz zewnętrznego prawnika
- 4) pozostałe koszty realizacji zamówienia obejmujące koszty podróży, koszt materiałów biurowych, koszt czynszu w oddziałach, koszty promocji, wydatek na dostarczanie przesyłek kurierskich, koszty ogólne, koszty księgowości i koszty abonamentu na telefon komórkowy,
- 5) koszty całkowite z uwzględnieniem zakładanego poziomu inflacji i wynagrodzenia pracowników wchodzących w skład komitetu pożyczkowego,
- 6) przychody ustalone na podstawie stawki wynagrodzenia 4,30% i zgodnie ze strukturą wypłaty wynagrodzenia 50/50 (wynagrodzenie za kapitał wypłacony/wynagrodzenie za kapitał splecony) oraz zakładany zysk na poziomie 12%.

W zakresie wyjaśnień dotyczących wysokości wynagrodzenia za przejęcie obsługi portfela pożyczek przejętego od innego pośrednika finansowego Odwołujący podał, że z uwagi na brak wypracowania rynkowego standardowego przejmowania portfela pożyczek, bazując na własnym doświadczeniu przy realizacji funduszu dostępności, określił czynniki cenotwórcze występujące przy realizacji opcji nr 2 oraz ich wpływ na wysokość wynagrodzenia. Jednocześnie przyjął on założenie, że przejęcie transakcji nastąpiłoby od Pośrednika Finansowego, który: jest profesjonalistą, wykonał wszystkie czynności wymagane umową z odpowiednią starannością, posiada odpowiednie doświadczenie w udzielaniu pożyczek zgodnie z wymaganiami SWZ oraz posiada zweryfikowane, skuteczne i bezpieczne procedury pożyczkowe. Ponadto Odwołujący założył brak konieczności powtórzenia czynności wykonanych przez Pośrednika Finansowego,

kórego portfel byłby przekazywany, w tym brak ewentualnych problemów z jego płynnością finansową, które uniemożliwiałyby dalszą realizację umowy operacyjnej lub przekształcenie działalności Pośrednika i zmianę grupy docelowej odbiorców. Odwołujący po prostu przyjął założenie o staranności Pośrednika i przekazaniu przez niego portfela, który nie wymagałby powtórzenia wszystkich czynności związanych z udzieleniem pożyczek. W związku z tym po stronie Odwołującego nie wystąpiłyby koszty OBP związane z udzieleniem pożyczki (złożenie i weryfikacja wniosku i dokumentów, wizytacja przed decyzją, analiza kredytowa, rekomendacja i wydanie decyzji). Dodatkowo Odwołujący założył, że nie wystąpi koszt wprowadzenia pożyczek do systemu sprawozdawczego POIF – skoro cały portfel zostanie przekazany od jednego Pośrednika Finansowego do drugiego, to pracownicy Zamawiającego zmienią jedynie dostęp do danych z pracowników jednego Pośrednika na pracowników drugiego Pośrednika. Dzięki zaś elektronicznemu obiegowi dokumentów i możliwości importowania danych do systemów ze skanów (wnioski o pożyczkę) oraz zestawień w arkuszach kalkulacyjnych (harmonogramy, zestawienia przekazane przez Zamawiającego przy przejmowaniu portfela) nie wystąpi konieczność ich przepisywania do systemu pożyczkowego, a sam import będzie miał charakter „jednego kliknięcia” w systemach. W odniesieniu do ustanowienia zabezpieczeń Odwołujący przyjął, że dominującym zabezpieczeniem jest cesja wierzytelności z rachunku bankowego obsługującego fundusz remontowy (wspólnoty mieszkaniowe), lokaty bankowe (spółdzielnie mieszkaniowe), weksel in blanco (jednostki samorządu terytorialnego), które nie generuje kosztów. Odwołujący nie przewidział wystąpienia zabezpieczeń hipotecznych. Ze względu na fakt, że maksymalna wartość opcji została określona na 300% zamówienia podstawowego, Odwołujący założył, że maksymalna wartość opcji nr 2 również wynosi 300%. Z racji tego, że Zamawiający nie określił dokładnie żadnych parametrów przejmowanego portfela, a jedynie wskazał wartości maksymalne liczby pożyczek i wartości portfela, Odwołujący przy kalkulacji kosztów / przychodów oraz określeniu dochodowości realizacji opcji nr 2 posługiwał się wartościami średnimi, czyli 52 pożyczki o łącznej wartości 22 500 000 zł 00 gr, zaś pozostałe ustalone wartości to cena 4,30%, struktura ceny 50/50, umorzenia 11,89%, stratowość 0,45 i opłata za przejęcie transakcji w wysokości 1 gr za 1 transakcję. Z uwagi na to, że Zamawiający nie określił, w którym momencie realizacji zamówienia zostanie przekazany dodatkowy portfel, Odwołujący zgodnie z zasadą korzystania z wartości uśrednionych i ze względu na zbyt ogólne informacje odnośnie przejmowanego portfela założył, że przekazanie nastąpi w połowie Okresu Wygaszania Portfela dla zamówienia podstawowego – nastąpi zatem nałożenie się okresów realizacji zamówienia podstawowego i opcji nr 2. W takiej sytuacji koszty opcji nr 2 są ustalane zgodnie z rachunkiem kosztów dodatkowych. Ponieważ koszty ogólne są przypisywane na projekt (zamówienie podstawowe i ewentualne opcje to dalej jest jeden projekt) a nie osobno na zamówienie podstawowe i opcje, przez połowę Okresu Wygaszania Portfela opcji nr 2 koszty ogólne jako koszty dodatkowe opcji nie wystąpią – koszty ogólne ze względu na realizację opcji wystąpią dopiero po zakończeniu zamówienia podstawowego.

Następnie Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, za którą uznał ofertę złożoną przez Konsorcjum w składzie Polska Fundacja Ośrodków Wspomagania Rozwoju Gospodarczego „OIC Poland” z siedzibą w Lublinie oraz Fundacja Rozwoju Przedsiębiorczości z siedzibą w Suwałkach. Równocześnie oferta Odwołującego – Polskiej Fundacji Przedsiębiorczości z siedzibą w Szczecinie została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP jako oferta zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP jako oferta niezgodna z warunkami zamówienia. Na podstawie art. 253 ust. 3 ustawy PZP Zamawiający nie przekazał pełnej treści uzasadnienia swojej decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa tego wykonawcy. W informacji o odrzuceniu oferty Zamawiający szczegółowo uzasadnił, dlaczego jego zdaniem oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Izba rozpoznała merytorycznie odwołanie złożone przez Polską Fundację Przedsiębiorczości w Szczecinie i stwierdziła, że nie zasługuje ono na uwzględnienie, choć jeden z podniesionych w odwołaniu zarzutów okazał się być zasadny, jednakże nie miał on wpływu na końcowy wynik sprawy.

W zakresie zarzutów nr 1 i nr 3 odwołania:

Zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy PZP Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy 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.

W myśl art. 239 ust. 1 ustawy PZP Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem (art. 239 ust. 2 ustawy PZP).

W ocenie Izby cena oferty Odwołującego w zakresie wynagrodzenia zaoferowanego za część I zamówienia w ramach kryterium II, tj. w wysokości 1 gr za przejmowaną umowę, nosi znamiona ceny rażąco niskiej, wobec czego decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty tego wykonawcy była słuszna i uzasadniona stanem faktycznym sprawy. W sytuacji, gdy zaoferowana przez wykonawcę cena wydaje się być nierealistyczna i niewiarygodna a zarazem jest oczywistym, że wykonanie zamówienia za taką cenę będzie dla konkretnego wykonawcy nieopłacalne, co np. może wynikać z niedoszacowania lub zaniżenia ponoszonych kosztów przez wykonawcę, to wówczas mówimy o wystąpieniu rażąco niskiej ceny. Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy PZP 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. Swoje wyjaśnienia wykonawca winien złożyć w terminie wyznaczonym mu przez zamawiającego, dlatego za niedopuszczalne należy uznać późniejsze uzupełnianie lub uszczegóławianie już raz złożonych wyjaśnień, niezależnie od tego czy dzieje się to w postępowaniu przetargowym czy później w postępowaniu odwoławczym przez Krajową Izbą Odwoławczą. W literaturze prawniczej wyrażony jest zaś pogląd, że zamawiający badając ofertę pod kątem wystąpienia rażąco niskiej ceny lub kosztu weryfikuje zaoferowaną cenę lub koszt w kontekście wyjaśnień wykonawcy. Nie jest możliwe odrzucenie oferty tylko i wyłącznie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, gdyż odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny lub kosztu może nastąpić wyłącznie

po uprzednim przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego mającego na celu obalenie domniemania wystąpienia rażąco niskiej ceny lub kosztu. Jeżeli wykonawca nie złoży wyjaśnień – przy czym za niezłożenie wyjaśnień w rozumieniu art. 224 ust. 6 ustawy PZP należy uznać również złożenie wyjaśnień lakonicznych – lub złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie doprowadziły do obalenia tego domniemania, oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy PZP [tak: H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, komentarz do art. 224 ustawy, teza 6].

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej – zważywszy na treść wyjaśnień Odwołującego z dnia 10 maja 2023 r. oraz samo uzasadnienie decyzji o odrzuceniu oferty tego wykonawcy – Zamawiający miał uzasadnione podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego, choć tylko z powodu zaistnienia rażąco niskiej ceny. Rację ma Zamawiający twierząc, że prawo opcji nr 2 jest elementem „dodatkowym” względem zamówienia podstawowego i w związku z tym wiąże się ono z koniecznością poniesienia dodatkowych kosztów oraz nakładów. Odwołujący błędnie założył, że koszty wykonania prawa opcji nr 2 można ująć w łącznie skalkulowanej cenie za realizację przedmiotu zamówienia. Wskazać należy, że w części XIV ust. 8 SWZ Zamawiający wyraźnie zastrzegł, że cena w formularzu "Oferta" musi obejmować wszystkie koszty związane z realizacją danej części zakresu przedmiotu zamówienia. Niezależnie od powyższego już samo skalkulowanie w ramach kryterium II opłaty za przejęcie obsługi portfela pożyczek przejętego od innego pośrednika finansowego na poziomie 1 gr za jedną przejmowaną transakcję świadczy o zaoferowaniu wręcz symbolicznej ceny, bez uwzględnienia jakichkolwiek kosztów. Założenia Odwołującego według których w trakcie wykonania zamówienia nie wystąpiłyby żadne koszty po jego stronie, nawet te niespodziewane, są nader optymistyczne a tym samym nierealistyczne. Odwołujący błędnie założył, że wykonanie usługi na rzecz Zamawiającego będzie miało w całości charakter elektroniczny, bez konieczności podejmowania czynności poza jego siedzibą i że przebiegnie ono całkowicie bezproblemowo, choć finansowanie udzielane pożyczkobiorcom ma charakter wieloletni. Takie podejście jest nie do pogodzenia z licznymi obowiązkami, jakie umowa w sprawie zamówienia publicznego (§ 3 PPU) nakłada na Pośredników Finansowych, w tym między innymi konieczność podejmowania działań kontrolnych wobec pożyczkobiorców i prowadzenia monitoringu sytuacji ekonomiczno-finansowej pożyczkobiorcy mogącej mieć wpływ na zdolność do regulowania zobowiązań wynikających z udzielonego finansowania (ust. 15), prowadzenia z pożyczkobiorcą negocjacji w celu dochodzenia roszczeń (ust. 17), podejmowania działań windykacyjnych mających na celu zaspokojenie roszczeń przysługujących Pośrednikowi Finansowemu z tytułu udzielonych pożyczek oraz wszelkich kosztów ich dochodzenia (ust. 18) czy też np. podejmowania działań mających na celu wyegzekwowanie od pożyczkobiorców dokumentacji wydatkowania środków pożyczek lub zwrot odpowiedniej części lub całości kwoty pożyczki (ust. 30). Zatem za słuszne należy uznać obawy Zamawiającego uzasadniające konieczność wzięcia również pod uwagę ewentualnego ryzyka związanego z pogorszeniem się jakości udzielanych pożyczek lub wniosków na jakimś etapie realizacji projektu oraz słabą kondycją Pośredników Finansowych od których wykonawca przejmowałby portfel, co uzasadniałoby większy nakład pracy ze strony jego pracowników. Poza tym trafnie zwraca uwagę Zamawiający na kwestię zabezpieczeń umownych, gdzie Odwołujący również założył w swoich wyjaśnieniach istnienie tylko takiego rodzaju zabezpieczeń umownych, które akurat nie generują większych dodatkowych kosztów po stronie Pośrednika Finansowego. W ocenie Izby w okolicznościach niniejszej sprawy zaoferowanie ceny na poziomie tylko 1 gr za przejmowaną transakcję nie może pokrywać żadnych kosztów po stronie wykonawcy, w związku z tym taka cena jest niewiarygodna, a tym samym należy ją uznać za rażąco niską.

Natomiast w odniesieniu do zarzutu nr 3 odwołania dotyczącego naruszenia art. 239 ustawy PZP, to Odwołujący wiąże naruszenie tego przepisu z odrzuceniem jego oferty i w konsekwencji wyborem konkurenta. Brak jest powiązania naruszenia normy prawnej z kryteriami oceny ofert określonymi przez Zamawiającego w przetargu. Izba stoi na stanowisku, że aby skutecznie postawić zarzut naruszenia art. 239 ustawy PZP należy wykazać, że Zamawiający dokonał oceny ofert w postępowaniu niezgodnie z ustalonymi przez siebie kryteriami albo aby w sposób niewłaściwy zastosował wybrane przez siebie kryteria.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że zarzut nr 1 i nr 3 odwołania nie zasługuje na uwzględnienie, zaś decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny była prawidłowa.

W zakresie zarzutu nr 2 odwołania:

Izba uznała natomiast za uzasadniony zarzut nr 2 odwołania dotyczący odrzucenia oferty Odwołującego z powodu jej niezgodności z warunkami zamówienia.

Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy PZP Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP nie wskazał konkretnych postanowień dokumentacji postępowania, z którymi oferta Odwołującego miałyby być niezgodna. Próba takiego doprecyzowania nastąpiła dopiero na rozprawie. W zasadzie z uzasadnienia decyzji Zamawiającego wynika, że konieczność odrzucenia oferty Odwołującego na wskazanej podstawie prawnej wywiódł on z faktu, że wyjaśnienia Odwołującego z dnia 10 maja 2023 r. nie potwierdziły, że zaoferowane wynagrodzenie za przejęcie obsługi portfela pożyczek przejętego od innego Pośrednika Finansowego w wysokości 1 gr za przejmowaną umowę nie jest obciążone rażąco niską ceną. Niezgodności oferty z warunkami zamówienia Zamawiający upatrywał zatem nie w treści samej oferty Odwołującego, a w treści jego wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny i jednocześnie Zamawiający nie zidentyfikował konkretnych zapisów SWZ, z którymi treść oferty Odwołującego stałaby w sprzeczności.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała za zasadny zarzut odwołania dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP, ale z uwagi na to, że oferta Odwołującego i tak podlega odrzuceniu z powodu rażąco niskiej ceny, stwierdzenie zasadności tego jednego zarzutu nie ma wpływu na wynik sprawy i odwołanie jako takie podlega oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, tj. na podstawie art. 557, art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 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).

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczoneo jak w sentencji.

Przewodniczący:.....