

WYROK

z dnia 10 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Członkowie: Joanna Gawdzik-Zawalska

Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lutego 2023 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniach:

- A. 23 stycznia 2023 r. przez wykonawcę **Biłgorajska Agencja Rozwoju Regionalnego Spółka Akcyjna** z siedzibą w Biłgoraju, ul. Kościuszki 65, 23-400 Biłgoraj (KIO 193/23)
- B. 26 stycznia 2023 r. przez wykonawcę **Bank Polska Kasa Opieki Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie, ul. Grzybowska 53/57, 00-844 Warszawa (KIO 238/23)
- C. 27 stycznia 2023 r. przez wykonawcę **Bank Polska Kasa Opieki Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie**, ul. Grzybowska 53/57, 00-844 Warszawa (KIO 252/23)

w postępowaniu prowadzonym przez **Bank Gospodarstwa Krajowego** w Warszawie, Aleje Jerozolimskie 7, 00-955 Warszawa

przy udziale wykonawcy **Lubelska Fundacja Rozwoju** ul. Złota 59, 00-120 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 252/23

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 193/23 i nakazuje zamawiającemu dokonanie:

- 1.1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
- 1.2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego: **Biłgorajska Agencja Rozwoju Regionalnego Spółka Akcyjna** z siedzibą w Biłgoraju,
- 1.3. powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;

2. Oddala odwołania w sprawach sygn. akt: KIO 238/23 i KIO 252/23;

3. Kosztami postępowania w sprawie KIO 193/23 obciąża zamawiającego: Bank Gospodarstwa Krajowego w Warszawie, i:

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
- 3.2. zasądza od **Banku Gospodarstwa Krajowego** w Warszawie na rzecz **Biłgorajskiej Agencji Rozwoju Regionalnego Spółka Akcyjna** z siedzibą w Biłgoraju kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu uiszczonych przez odwołującego wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika strony wysokości 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy);

4. Kosztami postępowania w sprawach sygn. akt KIO 238/23 i KIO 252/23 obciąża odwołującego Bank Polska Kasa Opieki Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, i:

- 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisów od odwołań,
- 4.2. zasądza od **Banku Polska Kasa Opieki Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie na rzecz **Banku Gospodarstwa Krajowego** w Warszawie kwotę 7 200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika strony wysokości po 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) w każdej ze spraw.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 193/2 KIO 238/23 KIO 252/23

Uzasadnienie

Bank Gospodarstwa Krajowego (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych dalej: „ustawa Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Wybór przez BGK Pośredników finansowych na potrzeby realizacji instrumentu finansowego Pożyczka Płynnościowa POIR” – numer referencyjny: DZZK/35/DIF/2022. Zamówienie zostało podzielone na 16 części. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 23 września 2022 r. numer ogłoszenia: 2022/S 184-519848.

13 stycznia 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania w części nr 3, obejmującej województwo lubelskie – świadczenie na rzecz BGK usług polegających na wdrożeniu i zarządzaniu instrumentem finansowym w kwocie 25 000 000,00 zł i odrzuceniu oferty złożonej przez Biłgorajską Agencję Rozwoju Regionalnego S.A. z siedzibą w Biłgoraju (dalej: „Odwołujący BARR S.A.”), który wniósł odwołanie wobec tych czynności (sygn. akt KIO 193/23).

16 stycznia 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w części nr 15, obejmującej województwo mazowieckie – świadczenie na rzecz BGK usług polegających na wdrożeniu i zarządzaniu instrumentem finansowym w kwocie 40 000 000,00 zł i odrzuceniu oferty złożonej przez Bank Polska Kasa Opieki Spółka Akcyjna (dalej: „Odwołujący Bank PKO S.A.”), który wniósł odwołanie wobec tych czynności (sygn. akt KIO 238/23).

18 stycznia 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w części nr 7, obejmującej województwo wielkopolskie – świadczenie na rzecz BGK usług polegających na wdrożeniu i zarządzaniu instrumentem finansowym w kwocie 40 000 000,00 zł i odrzuceniu oferty złożonej przez Bank Polska Kasa Opieki Spółka Akcyjna (dalej: „Odwołujący Bank PKO S.A.”), który wniósł odwołanie wobec tych czynności (sygn. akt KIO 252/23).

Sygn. akt KIO 193/243

W części nr 3, Odwołujący BARR S.A. zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1)art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp poprzez wadliwą ocenę jego wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oferty i w konsekwencji błędne uznanie, że oferta ta podlega odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę, mimo że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, w wyniku czego doszło do zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;
- 2)art. 253 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp poprzez przedstawienie uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego BARR S.A. w sposób niepełny, niejasny i budzący wątpliwości interpretacyjne, a w konsekwencji prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i naruszający zasadę przejrzystości oraz proporcjonalności;
- 3)art. 255 pkt 2 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania z uwagi na fakt, że wszystkie złożone oferty podlegały odrzuceniu, w sytuacji, gdy oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu, a tym samym nie było podstaw do unieważnienia postępowania.

Odwołujący BARR S.A. wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty, dokonanie ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem jego oferty.

W uzasadnieniu Odwołujący BARR S.A. wskazał m.in., że przedmiotem zamówienia są zlecone przez BGK usługi polegające na wdrożeniu i zarządzaniu Instrumentem Finansowym Pożyczka Płynnościowa POIR, skierowanego na wsparcie przedsiębiorstw dotkniętych sytuacją gospodarczą związaną z pandemią COVID-19 lub rosyjską agresją wobec Ukrainy, do którego BGK wniesie wkład finansowy ze środków Funduszu Pożyczkowego Wsparcia Płynności MŚP POIR (FPWP POIR), z którego udzielane będą Jednostkowe Pożyczki oraz który będzie podlegał zwrotowi do BGK na

warunkach określonych w Umowie Operacyjnej. Wkład finansowy ze środków Funduszu Funduszy przypisany do każdej części stanowi odrębną część zamówienia, tj.: Część 3 - obejmująca województwo lubelskie – świadczenie na rzecz BGK usług polegających na wdrożeniu i zarządzaniu instrumentem finansowym w kwocie 25 000 000,00 zł. Zadanie będące przedmiotem zamówienia może być świadczone w odniesieniu do przedsięwzięć w zakresie przedstawionym w „Metryce Instrumentu Finansowego Pożyczka Płynnościowa POIR”, realizowanych przez Ostatecznych Odbiorców. BGK w ramach każdej Umowy Operacyjnej ma wносить w transzach wkład finansowy z Funduszu Funduszy do Instrumentu Finansowego Pożyczka Płynnościowa POIR. Wykonawca ma wnieść wkład własny w sytuacji, gdy zadeklarował jego wniesienie w swojej ofercie. Szczegółowe zasady przekazywania wkładu finansowego z Funduszu Funduszy w formie transz zostały określone w PPU.

Przez Wykonawcę (Pośrednika Finansowego) rozumiano podmiot, o którym mowa w art. 38(5) Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. spełniający wymogi określone w art. 7 Rozporządzenia Delegowanego Komisji nr 480/2014 z dnia 3 marca 2014 r. (dalej „Rozporządzenie Delegowane”) oraz inne kryteria wskazane w SWZ, wybranego przez Zamawiającego do realizacji zadania wdrożenia i zarządzania Instrumentem Finansowym, polegającej w szczególności na udzielaniu Jednostkowych Pożyczek. BGK powierzono rolę podmiotu wdrażającego Instrumenty Finansowe w formule Funduszu Funduszy.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z 2 września 2022 r. w zakresie części 3 zamówienia oferty złożyli:

1. Biłgorajska Agencja Rozwoju Regionalnego S.A. w Biłgoraju - Wynagrodzenie wynikające z części podstawowej zamówienia (WPODST.) - 450 000,00 PLN; Wynagrodzenie wynikające z Prawa Opcji (WOPCJA) - 450 000,00 PLN; Łączne wynagrodzenie dla danej części wynosi: 900 000,00; Oczekiwana stawka [p] wynagrodzenia dla Zamówienia wynosi: 1,8 %;
2. Polska Fundacja Ośrodków Wspomagania Rozwoju Gospodarczego "OIC Poland" z siedzibą w Lublinie oraz Fundacja Rozwoju Przedsiębiorczości w Suwałkach z siedzibą w Suwałkach - Wynagrodzenie wynikające z części podstawowej zamówienia (WPODST.) - 362 500,00 PLN Wynagrodzenie wynikające z Prawa Opcji (WOPCJA) - 362 500,00 PLN; Łączne wynagrodzenie dla danej części wynosi: 725 000,00; Oczekiwana stawka [p] wynagrodzenia dla Zamówienia wynosi: 1,45 %

Odwołujący oraz Agencja Rozwoju Regionalnego MARR S.A. w ramach konsorcjum, złożyli również ofertę w zakresie części 13 - obejmującej województwo świętokrzyskie – świadczenie na rzecz BGK usług polegających na wdrożeniu i zarządzaniu instrumentem finansowym w kwocie 20 000 000,00 zł. Część 3 i część 13 dotyczyły pożyczek o takich samych parametrach. W dniu 25 października 2022 r. Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia tj. 44 322 000,00 zł, w tym:

Nr części	Podstawowa wartość zamówienia	Wartość prawa Opcji	Całkowita wartość zamówienia
3	1 335 000,00 zł	1 335 000,00 zł	2 670 000,00 zł
13	1 068 000,00 zł	1 068 000,00 zł	2 136 000,00 zł

W piśmie z 16 listopada 2022 r. Odwołujący BARR S.A. przedłożył Wyjaśnienia. Tego samego dnia przedłożone zostały wyjaśnienia zarówno w zakresie części 3 jak i części 13. W dniu 14 grudnia 2022 r. Zamawiający wezwał Odwołującego BARR S.A. do przedłożenia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie części 13. Dnia 5 stycznia 2023 r. Zamawiający wybrał ofertę Konsorcjum BARR S.A. i ARR „MARR” S.A. jako najkorzystniejszą w zakresie części 13. W dniu 13 stycznia 2023 r. Konsorcjum otrzymało od Zamawiającego projekt umowy do weryfikacji i odesłania uwag do 17 stycznia 2023 r. Jednocześnie, tego samego dnia Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania w zakresie części 3 i odrzuceniu złożonych ofert. Zamawiający, na podstawie dyspozycji art. 255 pkt 2 ustawy Pzp, unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia, z uwagi na to, że wszystkie złożone oferty podlegały odrzuceniu. Zamawiający wskazał, iż po dokonaniu oceny wyjaśnień Odwołującego BARR S.A. stwierdził, że Wykonawca nie wskazał podstawy wynagrodzenia pracowników w kalkulacjach, a jedynie dodatek do wynagrodzenia. W ocenie Zamawiającego Wykonawca powinien uwzględnić podstawę wynagrodzenia poszczególnych pracowników, a następnie, jeśli dodatek występuje – to zsumować dodatek z podstawą wynagrodzenia. W związku z tym Zamawiający stwierdził, że Wykonawca nie wykazał istotnych kosztów potrzebnych do realizacji zamówienia. Ponadto, w ocenie Zamawiającego w przedłożonych wyjaśnieniach wskazany przez Wykonawcę poziom inflacji w latach 2026-2029 był mało realny. Obserwując sytuację makroekonomiczną, biorąc pod uwagę opinie ekspertów, a przede wszystkim prognozy Narodowego Banku Polskiego (w tym cel inflacyjny NBP na poziomie 2,5%), Zamawiający ma podstawę do stwierdzenia, że przyjęty przez Wykonawcę poziom wzrostu został zaniżony. Wykonawca w 2026 r. wskazał inflację średnio na poziomie 2%, a następnie zmniejszył w stosunku rok do roku o 0,5%. Zdaniem Zamawiającego, ważny jest fakt, że cena zadeklarowana przez Wykonawcę jest istotnie niższa niż przeszłe stawki referencyjne, tj. stawki deklarowane przez Wykonawców w postępowaniach z ostatnich lat w zakresie analogicznego

produktu i rynku. Do tego Wykonawca zaproponował ją w sytuacji sprzyjającej wzrostowi nakładów pracy lub kosztów wykonawców. Z jednej strony Zamawiający w przedmiotowym zamówieniu zmodyfikował specyfikę produktu (m.in. nowe przeznaczenie pożyczki i podstawy udzielania pomocy, zróżnicowanie warunków rozliczenia i kontroli pożyczek), a z drugiej – wysokiej inflacji, którą doświadczają wszystkie podmioty gospodarcze. Biorąc pod uwagę wszystkie ww. zastrzeżenia, w tym ewentualną korektę kosztów o podstawę wynagrodzenia personelu, niskie prognozy inflacji oraz skrajnie niską stawkę wynagrodzenia oferty, w opinii Zamawiającego istnieje wysokie ryzyko, że wynagrodzenie w wysokości zaproponowanej przez Wykonawcę nie pozwoli na prawidłowe i terminowe wywiązanie się ze wszystkich obowiązków nałożonych umową operacyjną, a tym samym nie daje Zamawiającemu gwarancji należytego wykonania zamówienia. W związku z powyższym, Zamawiający na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z 224 ust. 6 ustawy Pzp odrzucił ofertę Wykonawcy BARR S.A. wraz z jednoczesnym unieważnieniem postępowania.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego wadliwej oceny wyjaśnień oraz odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę, Odwołujący BARR S.A. m.in. wskazał, że Zamawiający bez głębszej analizy - o czym świadczy lakoniczne uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty i unieważnienia postępowania w zakresie części 3 - przyjął, iż wynagrodzenie w wysokości zaproponowanej przez Odwołującego nie pozwoli na prawidłowe i terminowe wywiązanie się ze wszystkich obowiązków nałożonych umową operacyjną, a tym samym nie daje Zamawiającemu gwarancji należytego wykonania zamówienia. Powyższe stanowisko Zamawiającego zostało oparte na błędnej oraz całkowicie arbitralnej analizie wyjaśnień ceny oferty. Ponadto Zamawiający całkowicie odmiennie ocenił analogiczne wyjaśnienia złożone przez Odwołującego dla część 13 zamówienia, uznając, że wykazują one brak rażąco niskiej ceny w ofercie.

Odwołujący BARR S.A. wskazał, że złożył wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny zarówno dla części 3 jak i części 13 zamówienia. Ich treść była analogiczna dla obydwu zakresów - różniły się jedynie tym, że te sformułowane dla części 13 rozszerzono o członka konsorcjum, co wyraźnie zostało ujęte w założeniach i obliczeniach. Zakładany zysk również został skalkulowany na podobnym poziomie, tj. w części 3 na poziomie 71 000,00 zł a w części 13 na poziomie 74 000,00 zł. Obydwie części zamówienia są porównywalne, część 3 zamówienia dotyczy zarządzania portfelem wielkości 25 000 000,00 zł wkładu Funduszu Funduszy, natomiast część 13 portfelem o wielkości 20 000 000,00 zł wkładu Funduszu Funduszy, obydwie części dotyczą sprzedaży pożyczek o takich samych parametrach. Wyjaśnienia ceny Odwołującego dla obu wskazaniach części opisują kalkulacje oparte na tych samych zasadach i założeniach, przez to w niektórych miejscach są wręcz identyczne. Mimo to, Zamawiający przyjął dla nich skrajnie różną ocenę. Nie wyjaśniono przy tym, dlaczego w części 13 zamówienia cena została uznana za skalkulowaną prawidłowo (oferta konsorcjum, którego członkiem był Odwołujący została wybrana jako najkorzystniejsza) natomiast w części 3 przeciwnie. Przedmiot zamówienia dla obu części obejmował ten sam produkt różniący się jedynie wielkością wkładu środków publicznych. Już sama ta okoliczność wskazuje na nierzetelność Zamawiającego w ocenie wyjaśnień Odwołującego złożonych dla części 3 zamówienia, a proces badania ceny oferty wymaga od Zamawiającego racjonalnej analizy samej ceny oferty, ale również wyjaśnień dotyczących jej wyliczenia, tylko bowiem przy takiej analizie można ocenić, czy za podaną w ofercie cenę można zrealizować przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego i należyłą starannością. Zamawiający nie dokonał racjonalnej i wszechstronnej oceny dwóch analogicznych wyjaśnień, gdyż za każdym razem doszedł do całkowicie różnych wniosków.

Zdaniem Odwołującego ww. zastrzeżenia Zamawiającego do jego kalkulacji ceny oferty nie znajdują odzwierciedlenia w złożonych wyjaśnieniach, zarzuty sformułowane przez Zamawiającego względem wyliczenia ceny oferty Odwołującego są gołosłowne, lakoniczne i wydają się być jedynie budowaniem argumentacji pod z góry ustaloną tezę. Zgodnie z wezwaniem Zamawiającego, wykonawca miał udowodnić, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, w związku z czym miał wyjaśnić m.in. zgodność z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowanie zamówienia; zgodność z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Ponadto przy kalkulacji ceny miał uwzględnić m.in. wynagrodzenia pracowników – podaniem zaangażowania godzinowego (miesięcznie) każdego pracownika w realizację zamówienia. Natomiast w ocenie Zamawiającego sformułowanej po ocenie wyjaśnień, wykonawca powinien uwzględnić podstawę wynagrodzenia poszczególnych pracowników, a następnie, jeśli dodatek występuje - to zsumować dodatek z podstawą wynagrodzenia. W związku z tym Zamawiający stwierdził, że Wykonawca nie wykazał istotnych kosztów potrzebnych do realizacji zamówienia.

Odwołujący zaznaczył, że szczegółowe wyjaśnienie kalkulacji poziomu wynagrodzeń zawarto w złożonych wraz z wyjaśnieniami ceny Założeniach w wierszu poziom wynagrodzeń, natomiast w dalszej części Założeń szczegółowo określono poziom czasowy zaangażowania każdego stanowiska pracy w realizację umowy – zaangażowanie godzinowe i miesięczne. Koszty pracy określono na zasadzie iloczynu liczby godzin koniecznych do zrealizowania umowy w ramach każdego stanowiska i przyjętej stawki godzinowej. W przypadku kosztów wynagrodzeń uwzględniono ich zwiększenie o

poziom inflacji (choć realnie wynagrodzenia nigdy nie rosną proporcjonalnie do wzrostu inflacji), z wyjątkiem roku 2023, ponieważ w przypadku kierownika projektu i komisji kwalifikacyjnej nie nastąpi w tym roku wzrost wynagrodzeń, a koszty wynagrodzeń pozostałego personelu przyjęto już na poziomie ustalonym w roku 2023 dla minimalnego wynagrodzenia za pracę. Inflację w przypadku kosztów wynagrodzeń uwzględniono więc od roku 2024. W Założeniach Odwołujący wyraźnie wskazał, iż dla każdego ze stanowisk pracy przewidzianych do realizacji projektu (za wyjątkiem kierownika projektu) przyjęto dodatek do wynagrodzenia na poziomie minimalnej stawki godzinowej. Nie obliczono wynagrodzenia na zasadach powyższego dodatku dla kierownika projektu, ponieważ zatrudniony jest on na podstawie kontraktu menedżerskiego. Odwołujący szczegółowo opisał w jaki sposób obliczył zaangażowanie czasowe poszczególnych specjalistów mających brać udział w realizacji zamówienia. Przywołując przykładowo fragment dokumentu Założenia odnoszący się do Specjalisty do spraw kontroli. Zdaniem Odwołującego BARR S.A. w wyjaśnieniach udowodniono, że przyjęta stawka godzinowa jest zgodna z przepisami i nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia. Ponadto stawka godzinowa wyliczona została jako stawka brutto wraz z kosztami pracodawcy, więc ujmuje w sobie wszelkie koszty z tym związane. Cena oferty w zakresie kosztów wynagrodzenia pracowników nie może być uznana za rażąco niską, gdyż zakłada wynagrodzenie godzinowe zgodne z przepisami dotyczącymi minimalnego wynagrodzenia za pracę i realnymi kosztami wykonawcy. Stawka jest wyższa zarówno od przeliczonego na pojedynczą godzinę minimalnego miesięcznego wynagrodzenia za pracę, jak również od minimalnej stawki godzinowej. Jednocześnie zaangażowanie czasowe pracowników opracowano rzetelnie i szczegółowo, działając na podstawie bogatych doświadczeń Odwołującego. Tym samym zaoferowana cena w odniesieniu do wynagrodzenia pracowników nie jest nierealistyczna czy niewiarygodna, wręcz przeciwnie jest uzasadniona i poparta odpowiednimi kalkulacjami. Całkowicie niezrozumiałym jest, dlaczego Zamawiający uznał, że dodatek do wynagrodzenia dotyczący realizacji tej konkretnej umowy nie stanowi wynagrodzenia. Tak sformułowany zarzut Zamawiającego stanowi wyraźny przejaw błędnej i nierzetelnej oceny przekazanych wyjaśnień ceny oferty. Pracownik zaangażowany w realizację umowy otrzyma dodatek do wynagrodzenia w wysokości łącznej szacowanej w wyjaśnieniach (stawka miesięczna będzie średnią łącznego dodatku i liczby godzin planowanych do przepracowania w ramach zamówienia). Pracodawca może przyznać pracownikowi dodatek celowy w związku z konkretnym zadaniem. Wówczas kosztem dla pracodawcy koniecznym do poniesienia w celu realizacji danego zadania będzie koszt równy temu dodatkowi do wynagrodzenia. Dany pracownik otrzymuje podstawę wynagrodzenia w związku z realizacją innych obowiązków, natomiast w związku z oceną wniosków pożyczkowych w ramach umowy operacyjnej, stanowiącej przedmiot przetargu, otrzyma dodatek do wynagrodzenia. W takim wypadku kosztem koniecznym do poniesienia w celu realizacji tej umowy będzie wyłącznie ten dodatek celowy. Zamawiający nie określił jakie ma być minimalne zaangażowanie godzinowe personelu wykonawcy przy realizacji przedmiotu zamówienia, w § 20 ust. 17 pkt 2 Projektowanych Postanowień Umowy wskazano jedynie, że obowiązkiem wykonawcy jest zapewnienia przy realizacji Umowy uczestnictwa osób wskazanych w Ofercie. Przyjmując tok rozumowania Zamawiającego, w przypadku pracownika X, którego podstawa miesięczna wynagrodzenia wynosi przykładowo 5000 zł brutto, należałoby doliczyć dodatek do wynagrodzenia, tytułem przykładu, 300 zł brutto i łączną kwotę wynagrodzenia w wysokości 5300 zł brutto podzielić przez liczbę godzin planowanych do wykonania w ramach tej umowy. Zauważyć jednak należy, że wówczas, do kosztów wykonania tej umowy doliczany jest koszt wynagrodzenia, który w ogóle nie wiąże się z realizacją przedmiotowej umowy. Taka kalkulacja byłaby więc nierzetelna i nie odpowiadała realnym kosztom ponoszonym przez wykonawcę w celu wykonania zamówienia. Zdaniem Odwołującego, istotnym kosztem jest dodatek do wynagrodzenia, który stanowi dodatek celowy w związku z realizacją wyłącznie tej umowy. Podstawa wynagrodzenia, która dotyczy realizacji innych obowiązków – nie związanych z realizacją tej umowy – nie ma znaczenia dla ceny oferty w postępowaniu. Odwołujący wskazał, że wyjaśnienia ceny złożone Zamawiającemu, wraz z załącznikami w postaci pism pn. Obliczenia oraz Założenia, w pełni uzasadniają cenę podaną w ofercie. Są jednocześnie szczegółowe, wyczerpujące i zawierają wszystkie elementy, które zostały wskazane w wezwaniu Zamawiającego. Całkowicie niezrozumiałym jest, w jaki sposób Zamawiający uznał, że Odwołujący nie wykazał istotnych kosztów potrzebnych do realizacji zamówienia w zakresie wynagrodzenia pracowników. Jeżeli po złożeniu precyzyjnych wyjaśnień Zamawiający miał wątpliwość co do ujęcia w kalkulacji wszystkich kosztów związanych z koniecznością zapewnienia personelu do realizacji umowy (co jednak nie powinno nastąpić z uwagi na wszechstronność wyjaśnień), to powinien był wezwać Odwołującego do dalszych wyjaśnień w tym zakresie. W wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny dla części 13 Odwołujący również przyjął do wyceny dodatek do wynagrodzenia i posłużył się identycznymi założeniami. Natomiast w tym przypadku Zamawiający nie miał wątpliwości co do ich poprawności, czego efektem był wybór oferty Konsorcjum, w skład którego wchodzi Odwołujący BARR S.A.

Następnie Odwołujący BARR S.A. wskazał, że Zamawiający w dokumentacji postępowania w ogóle nie określił żadny wytycznych co do wskaźników inflacji, które wykonawca konstruując ofertę winien uwzględnić. Należy domniemywać, że pozostawił wykonawcy w tym zakresie względną dowolność ograniczoną obiektywnymi czynnikami czy też prognozom Odwołujący przyjął prognozę inflacji na poziomie odpowiadającym najnowszym prognozom Narodowego Banku Polskiego. Twierdzenia Zamawiającego, co do opinii ekspertów i prognoz Narodowego Banku Polskiego są gołosłowne i nieoparte żadnymi konkretnymi dowodami. Zgodnie z bieżącą projekcją inflacji i PKB opublikowaną 14 listopada 2022 r. przez Narodowy Bank Polski inflacja ma osiągnąć następujący poziom: 2023 – 13,1%; 2024 – 5,9%; 2025 – 3,5%. Projekcje NBI dotyczą trzech kolejnych lat. NBP nie podaje projekcji na późniejsze lata, dlatego też poziom inflacji w kolejnych latach został przyjęty przez Odwołującego przy uwzględnieniu tendencji spadkowej, ukazanej w projekcji. Skoro według prognozy NBP spadek inflacji pomiędzy 2024 a 2025 rokiem wyniesie 2,4%, to założony przez Odwołującego pomiędzy rokiem 2024 a 2026 spadek nie wydaje się nadmierny. Ponadto pomiędzy kolejnymi latami Odwołujący przewidywał spadek ju mniejszy. Projekcje zawsze obarczone są pewnym marginesem błędu, przez to nawet prognozy przygotowane przez Narodowy Bank Polski zakładają pewne przedziały przy określonym stopniu prawdopodobieństwa. Zgodnie bowiem listopadową projekcją, przygotowaną przy założeniu niezmiennych stóp procentowych i uwzględniającą dane dostępne do 21 października br., inflacja znajdzie się z 50-procentowym prawdopodobieństwem w przedziale 14,4–14,5% w 2022 r. (wobec 13,2-15,4% w projekcji z lipca 2022 r.), 11,1 – 15,3% w 2023 r. (9,8-15,1%) oraz 4,1 – 7,6% w 2024 r. (2,2-6,0%) oraz 2,1 – 4,9% w 2025 r. (Dowody: Wydruk ze strony internetowej NBP-Projekcje inflacji i PKB–listopad 2022; Raport NBP o inflacji z listopada 2022 r.). Mając na uwadze powyższe, całkowicie niezasadnym jest obarczać wykonawcę obowiązkiem dokonania bezbłędnej prognozy wskaźnika inflacji, który dodatkowo miałby być zgodny z nieujawnionymi w SWZ i niepublicznie przewidywaniami Zamawiającego. Takie oczekiwanie Zamawiającego całkowicie wypaczałoby regulację art. 99 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. To na Zamawiającym ciąży obowiązek jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który pozwala wykonawcy prawidłowo wycenić przyszłe świadczenie. W sytuacji, w której Zamawiający nie przewidział w SWZ żadnych założeń co do wskaźników inflacji, nie może on na etapie badania realności ceny negocjować kalkulacji opartej, w zakresie inflacji, na prognozach Narodowego Banku Polskiego. Zamawiający powołał się na opinie ekspertów (bez jakiegokolwiek ich identyfikacji), twierdzących, że inflacja będzie wyższa, niż ta zakładana. Poglądy dotyczące poziomu inflacji w przyszłych latach są podzielone, nie można bowiem jednoznacznie przewidzieć sytuacji gospodarczej w przyszłości. Według prognozy Agencji Moody's - jednej z największych agencji ratingowych po koniec 2023 r. inflacja CPI w Polsce będzie wynosić 9,5 %. Z kolei według Agencji ratingowej Fitch główny wskaźnik inflacji osiągnie szczyt na poziomie około 21 % na początku 2023 r. i obniży się do około 13 % z końcem roku.

Nie wiadomo jakimi prognozami NBP kierował się Zamawiający, jednakże w zakresie Inflacji CPI w „Prognozach makroekonomicznych profesjonalnych prognostów” nr 3/2022 - Wyniki Ankiety Makroekonomicznej NBP Runda: wrzesień 2022 r. wskazano: *W 2024 r. inflacja CPI z bardzo dużym prawdopodobieństwem (84%) pozostanie powyżej górnej granicy odchyżeń od celu inflacyjnego NBP (3,5%). Tym niemniej, prognoza centralna i 50-procentowy przedział prawdopodobieństwa pokazują znaczny spadek inflacji w 2024 r. w porównaniu z latami 2022-2023. Typowe scenariusze dla inflacji w 2024 r. sugerują, że powinna się ona zawierać w przedziale 4,6-9,7%, przy prognozie centralnej równej 6,6%. Z kolei w opinii ekspertów AM NBP, zawartej w Prognozach makroekonomicznych profesjonalnych prognostów - Wyniki Ankiety Makroekonomicznej NBP Runda: grudzień 2022 r. jednoznacznie wskazano, iż w 2024 nastąpi znaczny spadek inflacji w porównaniu z latami 2022-2023. Typowe scenariusze dla inflacji w 2024 r. sugerują, że powinna się ona zawierać w przedziale 4,9%-9,2%, przy prognozie centralnej równej 6,8%. Instytut Prognoz i Analiz Gospodarczych w sto szesnastym kwartalnym raporcie oceniającym stan koniunktury gospodarczej w Polsce (III kwartał 2022 r.) oraz prognozach na lata 2022-2023 wskazał, iż „W 2023 roku tempo wzrostu cen konsumpcyjnych będzie nieco niższe, nadal jednak znacznie powyżej poziomu celu inflacyjnego NBP: inflacja średnioroczna wyniesie 14,1proc., a grudniowa może obniżyć się do 8,0 proc.” (Dowody: Prognozy makroekonomiczne profesjonalnych prognostów” nr 3/2022 - Wyniki Ankiety Makroekonomicznej NBP Runda: wrzesień 2022 r.; Prognozy makroekonomiczne profesjonalnych prognostów – Wyniki Ankiety Makroekonomicznej NBP Runda: grudzień 2022 r. Wobec powyższego, nawet przy założeniu, że Zamawiający rzeczywiście analizował jakiegokolwiek statystyki, z pewnością nie były to aktualne statystyki NBP. Wszystkie powyższe informacje budują przekonanie, że prognoza Odwołującego nie jest nierealistyczna. Należy jednak podkreślić, że opinie ekspertów to głównie przewidywania. Ostatnie lata doskonale pokazały jak szybko mogą zmienić się uwarunkowania ekonomiczne. Większość ekspertów zakładała 20% poziom informacji jeszcze na koniec 2022 roku, a ponad 20% na początku tego roku. Inflacja w grudniu natomiast wyniosła 16,6% i miała tendencję spadkową. Dlatego też próba uwzględnienia długoterminowych wahań inflacji, jakiej zapewne oczekiwał Zamawiający, jest niemalże niemożliwa. Odwołujący dołożył wszelkich starań, by przyjąć jak najbardziej realne poziomy inflacji, dlatego też w swoich kalkulacjach uwzględnił obiektywne i oficjalne prognozy.*

Odwołujący BARR S.A. wskazał, że biorąc pod uwagę brak możliwości przewidzenia sytuacji gospodarczej w nadchodzących latach, celem dostosowania wynagrodzenia wykonawcy do ewentualnych przyszłych wzrostów lub spadków wskaźnika inflacji służy odpowiednia klauzula waloryzacyjna zawarta w § 23 Projektowanych Postanowieniach Umowy. To właśnie ten mechanizm ma na celu urealnienie cen w toku trwania umowy. Waloryzacja wynagrodzenia, o

której mowa w art. 439 ustawy Pzp ma na celu zrównoważenie stron umowy o zamówienie publiczne. Klauzule określone w ww. przepisie umożliwiają przywrócenie stanu równowagi ekonomicznej stron umowy zachwianej określonymi zdarzeniami, które mogą mieć miejsce w trakcie jej realizacji. Waloryzacja to mająca umocowanie w art. 358¹ § 1 k.c zasada prawna, która określa, że w razie zmiany siły nabywczej pieniądza po powstaniu zobowiązania, wierzyciel powinien otrzymać równowartość ekonomiczną (wyższą lub niższą) wierzytelności z chwili jej powstania. To rolą waloryzacji umownej wskazanej w art. 439 Pzp jest urealnienie wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany cen materiałów lub kosztów. Odwołujący dochował wszelkich starań, żeby określić prognozowany stopień inflacji na poziomie odpowiadającym najnowszym ekspertyzom i badaniom rynkowym. W takiej sytuacji całkowicie nieuzasadnionym jest wymagać od wykonawcy, żeby ten bezbłędnie określił wskaźniki makroekonomiczne na przyszłość, taki imperatyw zdecydowanie wykracza poza stopień należytej staranności wymaganej od wykonawcy. Zachowaniem należytej staranności przez Odwołującego było oparcie się na prognozach Narodowego Banku Polskiego, które to wskazują na inflację na poziomie odpowiadającym wartością określonym w kalkulacji ceny oferty Odwołującego. W niniejszym przypadku próba uwzględnienia wahań inflacji i jej wpływu na cenę oferty w tak dalekiej perspektywie, niewątpliwie wykraczałaby poza podwyższoną staranność przedsiębiorcy.

W dalszej kolejności Odwołujący BARR S.A., powołując się na przywołane orzecznictwo, podał, że badanie wyjaśnień ceny oferty powinno uwzględniać specyfikę danego postępowania i nie abstrahować od indywidualnych uwarunkowań. Zamawiający powołuje się na przeszłe stawki z postępowań w ostatnich latach, zupełnie pomijając fakt, że każde postępowanie powinno oceniane być indywidualnie. Zamawiający w żaden sposób nie udowodnił, że zaproponowana cena jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych. Za kuriozalną należy uznać próbę porównania ceny oferty Odwołującego z cenami postępowań z ubiegłych lat. Jak powszechnie wiadomo sytuacja na rynku jest dynamiczna. Ponadto, nie można wykluczyć, że oferty, do których rzekomo Zamawiający porównywał ofertę Odwołującego, nie były zawyżone. Co więcej, nawet sam Zamawiający mógł nienależycie oszacować wartość przedmiotu zamówienia. Niezależnie od powyższego, Odwołujący przeanalizował szczegółowo podobne postępowania i stwierdził, że stawka jaką zaoferował w swojej ofercie wynosząca 1,80 % nie odbiega od stawek rynkowych. Odnosząc się do poprzednich postępowań na wybór Pośredników w zakresie wdrażania pożyczek płynnościowych (a więc analogiczny produkt i rynek) w przypadku województwa lubelskiego ceny podane w ofertach kształtowały się następująco: 3,0% opłaty za zarządzanie, 3,2% opłaty za zarządzanie (pozostałe były wyższe). Niemniej jednak stawki ofertowe zaoferowane w tym przetargu wynikają z tendencji rynkowych, które w oparciu o informacje z otwarcia ofert z ww. postępowań można było zauważyć w ostatnich przetargach, i tak w przypadku postępowania pn.:

- a), „Wybór Pośredników Finansowych w celu wdrażania Instrumentu Finansowego Pożyczka dla MŚP w ramach Funduszu Funduszy Województwa Świętokrzyskiego” (otwarcie ofert 30 listopada 2022) - Oferowane były m.in. stawka 1,90%;
- b), „Wybór przez BGK Pośredników finansowych na potrzeby realizacji instrumentu- finansowego Pożyczka Płynnościowa POIR” (przedmiotowy przetarg) (otwarcie ofert 24 października 2022) - oferowane były m.in. następujące stawki: 2%, 1,8%, 1,45%, 1,79%, 2,59%, 0,51%, 1,7%, 2,44%;
- c), „Wybór przez BGK Pośredników Finansowych na potrzeby realizacji instrumentu finansowego „Pożyczka Standardowa - Innowacyjna” w ramach Funduszu Funduszy Województwa Podkarpackiego (otwarcie ofert 8 sierpnia 2022) - Oferowane były m.in. następujące stawki: 2,5%, 2,01%, 2,0%, 1,89%;
- d), „Wybór Pośredników Finansowych w celu wdrażania Instrumentów Finansowych „Pożyczka mała” i „Pożyczka duża” w ramach Funduszu Funduszy Województwa Lubelskiego (otwarcie ofert 5 maja 2022) oferowane były m.in. następujące stawki: 2,23%, 2,20%, 2,09%.

Odwołujący zaznaczył, że postępowania z lit. c) oraz d) dotyczyły wyboru Pośredników Finansowych w celu wdrażania innego instrumentu finansowego, produktu nie analogicznego, lecz trudniejszego do sprzedaży biorąc pod uwagę wysoką stopę oprocentowania pożyczek na dzień wyboru Pośredników przez BGK i przeznaczenie pożyczek – (pożyczki inwestycyjne a nie płynnościowe). W przypadku tych pożyczek bardzo istotne jest to, że zazwyczaj wymagany jest wkład własny Pośrednika, w wysokości co najmniej 5% wartości wkładu Funduszu Funduszy, przez co z jednej strony do ceny należałoby uwzględnić straty na kapitale w przypadku, kiedy stopa oprocentowania wkładu własnego do pożyczek będzie niższa niż oprocentowanie lokat bankowych i szkodowość na kapitale własnym, co dodatkowo powinno podnosić zaoferowaną cenę przez wykonawców. BGK- co wynika z informacji z otwarcia ofert - wybierał następujące oferty:

- c) Wybór przez BGK Pośredników Finansowych na potrzeby realizacji instrumentu finansowego „Pożyczka Standardowa - Innowacyjna” w ramach Funduszu Funduszy Województwa Podkarpackiego.” Wybrane oferty:

-w części II – Krajowe Stowarzyszenie Wspierania Przedsiębiorczości – stawka wynagrodzenia – 2,0%, wynagrodzenie kwotowe – 220 000,00 zł bez prawa opcji, wartość koszyka (pożyczek do sprzedania) – 11 000 000,00 zł – przy założeniu, że koszyk byłby o wartości 25 000 000,00 zł wynagrodzenie wynosiłoby 500 000,00 zł i byłoby jedynie o 50 000,00 zł wyższe niż cena zaoferowana przez nas – min. 5% wkładu własnego. Ponadto umowa operacyjna nie

zawiera klauzul waloryzacyjnych.

- w części III – Lubelska Fundacja Rozwoju - stawka wynagrodzenia – 1,89%, wynagrodzenie kwotowe – 226 800,00 zł bez prawa opcji, wartość koszyka (pożyczek do sprzedania) – 12 000 000,00 zł – przy założeniu, że koszyk byłby o wartości 25 000 000,00 zł wynagrodzenie wynosiłoby 472 500,00 zł i byłoby jedynie o 25 200,00 zł wyższe niż cena zaofferowana przez nas – min. 5% wkładu własnego. Ponadto umowa operacyjna nie zawiera klauzul waloryzacyjnych.
 - w części IV - Lubelska Fundacja Rozwoju - stawka wynagrodzenia – 1,89%, wynagrodzenie kwotowe – 245 700,00 zł bez prawa opcji, wartość koszyka (pożyczek do sprzedania) – 13 000 000,00 zł – przy założeniu, że koszyk byłby o wartości 25 000 000,00 zł wynagrodzenie wynosiłoby 472 500,00 zł i byłoby jedynie o 25 200,00 zł wyższe niż cena zaofferowana przez nas – min. 5% wkładu własnego. Ponadto umowa operacyjna nie zawiera klauzul waloryzacyjnych.
- d) „Wybór Pośredników Finansowych w celu wdrażania Instrumentów Finansowych „Pożyczka mała” i „Pożyczka duża” w ramach Funduszu Funduszy Województwa Lubelskiego” Wybrane oferty:
- w części II – BARR S.A. – stawka wynagrodzenia – 2,09%, wynagrodzenie kwotowe – 292 600,00 zł bez prawa opcji, wartość koszyka (pożyczek do sprzedania) – 14 000 000,00 zł – przy założeniu, że koszyk byłby o wartości 25 000 000,00 zł wynagrodzenie wynosiłoby 522 500,00 zł i byłoby jedynie o 72 500,00 zł wyższe niż cena zaofferowana przez Odwołującego, przy czym wkład własny wynosił tutaj 10%, natomiast skalkulowany zysk na zamówieniu jedynie 25,7 tys. zł. Ponadto umowa operacyjna nie zawiera klauzul waloryzacyjnych.

Zdaniem Odwołującego biorąc pod uwagę stawki wynagrodzenia wskazane w ofertach wybieranych przez Zamawiającego w ww. postępowaniach, stawka nie może zostać uznana za zaniżoną bądź nierynkową. Okolicznością notoryjną jest to, że na cenę oferty ma wpływ cały szereg okoliczności i czynników indywidualnie dotyczących każdego przedsiębiorcy. Zestawienie wartości stanowiących różnicę w zaofferowanych cenach, czy przełożenie różnic cenowych na wartości procentowe, nie może stanowić jednoznacznego dowodu, że cena jednego przedsiębiorcy jest nierealna, a każda wyższa cena jest ceną rynkową. Różne podmioty, o odmiennej historii na rynku, różnej wiarygodności finansowej, różnych relacjach handlowych, właściwym dla siebie potencjale technicznym i zawodowym oraz własnym know-how, są w stanie zaofferować różne ceny ofertowe, co nie świadczy o rażąco niskiej cenie, a o prawidłowym działaniu konkurencyjnej gospodarki. Charakterystyczne i dedykowane okoliczności dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia są zindywidualizowane dla każdego wykonawcy. Nie ma bowiem jednego uniwersalnego wzorca czy to w zakresie kalkulacji ceny ofertowej czy też w zakresie treści składanych wyjaśnień. Właśnie tego typu odrębności powodują odmiennosc cen. Również dostępność do różnych elementów wpływających na realizację zamówienia, właściwych każdemu przedsiębiorcy oddzielnie, stanowią o konkurencyjności na rynku. Wyjaśniając indywidualne okoliczności dotyczące ceny oferty Odwołującego, Zamawiający pominął zupełnie fakt, iż Odwołujący posiada siedzibę na terenie województwa lubelskiego (a zatem tam, gdzie ma być realizowany przedmiot zamówienia), co bez wątplenia wpływa na zmniejszenie kosztów. Uszło uwadze również to, że w przypadku Części 3 Odwołujący złożył ofertę samodzielnie, a więc koszty realizacji inwestycji będą stosunkowo mniejsze niż w przypadku realizacji tej samej inwestycji w ramach konsorcjum. Nawet przy przyjęciu, że cena oferty nie odpowiada wiedzy Zamawiającego o cenie usługi proponowanej przez inne podmioty (co jak wskazano na przykładach innych postępowań nie znajduje potwierdzenia) ocena ceny oferty wykonawcy oraz wyjaśnień ceny powinna być indywidualna i nie może opierać się na kosztach, które Zamawiający ponosił w związku z świadczeniem usługi przez innego wykonawcę.

W podsumowaniu Odwołujący BARR S.A. stwierdził, że Zamawiający odrzucił jego ofertę mimo, iż złożone przez niego wyjaśnienia w pełni uzasadniały z czego wynikają konkretne koszty i zysk oraz stanowiły potwierdzenie, że zaofferowana cena jest ceną rynkową, oszacowaną z należytą starannością. Wyjaśnienia Odwołującego były konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia oraz uwzględniały wszelkie informacje, jakich żądał Zamawiający. Jeżeli Zamawiający miał wątpliwości w kwestii złożonych wyjaśnień, mógł ponownie zwrócić się do Odwołującego o udzielenie kolejnych wyjaśnień.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego niejasnego i lakonicznego uzasadnienia faktycznego oraz prawnego odrzucenia oferty oraz nieuzasadnionego nieważnienia postępowania Odwołujący BARR S.A. podał, że wypełnianie obowiązków informacyjnych przez zamawiającego jest jedną z najistotniejszych gwarancji transparentności postępowania, a także równego traktowania wykonawców. W niniejszym przypadku, mimo obszernych wyjaśnień i kalkulacji przedłożonych przez Odwołującego, Zamawiający w niezwykle krótki, zwięzły sposób przedstawił argumenty rzekomo przemawiające za odrzuceniem oferty. Już nawet sam fakt, że Zamawiający w ogóle nie odnosi się do wyjaśnień świadczy o tym, iż nie znalazł rzetelnych podstaw do stwierdzenia rażąco niskiej ceny. Swój wywód skoncentrował głównie w oparciu o prognozy inflacji, której oddziaływanie na realizację zamówienia Odwołujący winien uwzględnić w wynagrodzeniu, mimo, iż nie zawarto takiego obowiązku w dokumentacji postępowania. W ocenie Odwołującego Zamawiający wymaga od wykonawcy uwzględnienia ryzyka, które nie sposób oszacować. Za prawdziwością tego twierdzenia przemawia fakt, iż nawet Zamawiający w swoim uzasadnieniu nie był w stanie podać jakichkolwiek konkretnych danych, wskaźników etc. Co więcej, powołuje się na prognozy NBP, które nijak mają się do rzeczywistych

prognoz zawartych w raportach oraz uwzględnionych w obliczeniach Odwołującego. Zdaniem Odwołującego BARR S.A. Zamawiający bezzasadnie założył „ewentualną korektę kosztów o podstawę wynagrodzenia personelu”. Konieczność jej dokonania nie została bowiem poparta żadnymi konkretnymi wyliczeniami, które mogłyby obalić w jakikolwiek sposób szczegółowe rachunki wynagrodzeń przedstawione w wyjaśnieniach. Skrajnym przejawem irracjonalności odrzucenia oferty Odwołującego jest oparcie decyzji Zamawiającego na jego własnej opinii a nie rzetelnych podstawach. Zamawiający nie stwierdził jednoznacznie, że cena jest rażąco niska, lecz posłużył się sformułowaniem „istnieje wysokie ryzyko”, a zatem nie miał żadnej pewności, co do właściwości podjętej czynności. Jak natomiast wskazuje się w orzecznictwie, Zamawiający musi mieć pewność, że za cenę zaoferowaną przez Wykonawcę danego zamówienia nie da się prawidłowo wykonać lub musi ustalić, że skalkulowany koszt nie umożliwia pokrycia wydatków związanych z wykonaniem jakiegoś elementu zamówienia w sposób prawidłowy.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie wywiązał się z obowiązku wynikającego z art. 253 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp, bowiem udostępnione przez niego uzasadnienie odrzucenia oferty sformułowane zostało w sposób niepełny, niejasny, budzący wątpliwości interpretacyjne oraz nielogiczny. To zaś skutkowało prowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest dokonanie wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, lub - w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki - wynegocjowania postanowień takiej umowy. Bezpodstawne unieważnienie postępowania stanowi wypaczenie podstawowych zasad obowiązujących na gruncie Prawa zamówień publicznych oraz może skutkować naruszeniem dyscypliny finansów publicznych. Obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi na niego przez ustawę. Ponadto, Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, mają prawo oczekiwać, że złożone w postępowaniu oferty zostaną ocenione zgodnie z wymaganiami Zamawiającego wskazanymi w dokumentacji postępowania, z poszanowaniem wymogów stawianych przez powszechnie obowiązujące przepisy prawa, zaś Zamawiający wykona ciężące na nim ustawowe obowiązki, rzetelnego zbadania złożonych ofert, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. Ponadto, zasada równego traktowania wykonawców wskazuje na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców, bez ulg i przywilejów, zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami, jakie ustawodawca nakłada na Zamawiającego, w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, w tym dokonania starannej oceny złożonych ofert. Właściwa ocena wyjaśnień złożonych przez niego powinna skutkować wyborem jego oferty jako najkorzystniejszej. Zamawiający jednak podjął decyzję o jej odrzuceniu, uzasadniając swoje działanie bezpodstawnymi okolicznościami, nie podając jakichkolwiek danych, które mogłyby świadczyć o nierealności, nierynkowości zaproponowanej ceny. Działania Zamawiającego pozbawione są racjonalności bowiem zróżnicował sytuację niejako tego samego podmiotu - pomimo przedłożenia niemalże tych samych wyjaśnień oferta Odwołującego i jego konsorcjanta została uznana za najkorzystniejsza w części 13 postępowania natomiast oferta Odwołującego w części 3 została odrzucona. Tym samym, w jednym postępowaniu Zamawiający uznał, że np. wskaźnik inflacji prawidłowo skalkulowano, w drugim natomiast stwierdził, że został zaniżony, mimo, iż był oszacowany identycznie. Podobnie oceniono kwestię wynagrodzeń. Odrzucenie oferty drugiego Wykonawcy oraz błędna ocena wyjaśnień Odwołującego i odrzucenie również jego oferty skutkowało bezpodstawnym unieważnieniem postępowania w zakresie części 3. W przetargu nieograniczonym, postępowanie podlega unieważnieniu dopiero wtedy, gdy nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. W niniejszym przypadku, oferta Odwołującego nie zasługiwała na odrzucenie.

Z zarzutami omawianymi wcześniej koresponduje zarzut naruszenia art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, co polegało na pominięciu wiarygodnych wyjaśnień jakie zostały złożone przez Odwołującego oraz sformułowaniu uzasadnienia odrzucenia oferty w taki sposób, by znacząco utrudnić lub też uniemożliwić wykonawcy obronę swoich praw. Skoro Zamawiający żądał złożenia wyjaśnień dotyczących konkretnych aspektów, odrzucając ofertę winien odnieść się szczegółowo do uzyskanych informacji i wskazać obiektywne podstawy swojej decyzji a nie opierać ją wyłącznie o swoją własną ocenę i potencjalnym, nieuzasadnionym ryzyku. W świetle wyżej opisanego stanu faktycznego oraz argumentacji prawnej podanej dla uzasadnienia zarzutów, odwołanie jest w pełni uzasadnione i zasługuje na uwzględnienie w całości.

Do odwołania zostały załączone: Informacje z otwarcia ofert oraz informacje o wynikach postępowań; Wydruk ze strony internetowej NBP - Projekcje inflacji PKB–listopad 2022; Raport NBP o inflacji z listopada 2022 r.; Prognozy makroekonomiczne profesjonalnych prognostów” nr 3 / 2022 - Wyniki Ankiety Makroekonomicznej NBP Runda: wrzesień 2022 r.; Prognozy makroekonomiczne profesjonalnych prognostów – Wyniki Ankiety Makroekonomicznej NBP Runda: grudzień 2022 r.

W pisemnej odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m.in., że podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego BARR S.A. jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, uznając, że przedstawione przez wykonawcę wyjaśnienia ceny jednoznacznie wskazują na zaoferowanie ceny rażąco niskiej w tym postępowaniu, a opublikowana przez Zamawiającego informacja o odrzuceniu oferty zawiera wszystkie elementy wymagane prawem tzn. zarówno uzasadnienie faktyczne i prawne, a także w sposób konkretny, precyzyjny i jednoznaczny wskazuje na podstawy uznania zaoferowania przez Odwołującego rażąco niskiej ceny. Jednocześnie Zamawiający podał m.in. sposób rozumienia przez niego podstawy wynagrodzenia wskazując, że chodzi o część etatu, proporcjonalną do zaangażowania danego pracownika w realizację zamówienia oraz przedstawił symulację wysokości kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia przy założeniu liczby i wartości pożyczek spójnych z danymi historycznymi Wykonawcy w odniesieniu do maksymalnej kwoty pożyczek przewidzianej dla przedmiotowego zamówienia (założenia w tabeli 2 oraz wyniki wariant 2 w tabeli 3) oraz dodatkową symulację z uwzględnieniem trzech wariantów – tabela nr 4.

Do pisma załączono Fundusze Pożyczkowe w Polsce, Raport za 2021 Polskiego Związku Funduszy Pożyczkowych

Sygn. akt KIO 238/23 i KIO 252/23

Z uwagi na zbieżność zarzutów przedstawionych przez Odwołującego PKO S.A. w odwołaniach złożonych w części 15 (sygn. akt KIO 238/23) i w części 7 (sygn. akt 252/23) następuje ich wspólne przedstawienie i rozstrzygnięcie.

Odwołujący PKO S.A. zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1)art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na to, że rzekomo zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia pomimo tego, że złożone przez Odwołującego w dniu 15 listopada 2022 r. wyjaśnienia uzasadniają zaoferowaną w Postępowaniu cenę oraz potwierdzają możliwość wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, ewentualnie art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 2 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do dalszych wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny w sytuacji, gdy udzielone przez Odwołującego wyjaśnienia zrodziły dalsze, niewyrażone w pierwotnym wezwaniu, wątpliwości w zakresie zaoferowanej ceny oraz możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia;
- 2)art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy Polska Fundacja Przedsiębiorczości jako oferty najkorzystniejszych dla części 15 i oferty wykonawcy Lubelska Fundacja Rozwoju dla części 7, podczas gdy zgodnie z kryteriami oceny ofert obowiązującymi w postępowaniu za najkorzystniejszą powinna zostać uznana niepodlegająca odrzuceniu oferta złożona przez Odwołującego;
- 3)art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – w związku z naruszeniem ww. przepisów ustawy Pzp.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący PKO S.A. wniósł o merytoryczne rozpatrzenie odwołań oraz uwzględnienie ich w całości, jak również nakazanie Zamawiającemu w częściach 7 i 15:

- 1)unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 2)unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3)przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert,
- 4)wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej dla części, ewentualnie
- 5)w przypadku nieuwzględnienia zarzutu nr 1 – wezwanie Odwołującego do dalszych wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty.

W uzasadnieniu Odwołujący PKO S.A. (dalej również: „Pekao”)wskazał, że w części 7 i części 15, na które złożył oferty wkład finansowy ze środków Funduszu Funduszy przypisany do każdej części stanowiący odrębną część zamówienia, wynosi: Część 7 – obejmująca województwo mazowieckie – świadczenie na rzecz BGK usług polegających na wdrożeniu i zarządzaniu instrumentem finansowym w kwocie 40 000 000,00 zł; Część 15 – obejmująca województwo wielkopolskie – świadczenie na rzecz BGK usług polegających na wdrożeniu i zarządzaniu instrumentem finansowym w kwocie 40 000 000,00 zł. Zadanie będące przedmiotem zamówienia może być świadczone w odniesieniu do przedsięwzięć w zakresie przedstawionym w „Metryce Instrumentu Finansowego Pożyczka Płynnościowa POIR”, realizowanych przez Ostatecznych Odbiorców. BGK w ramach każdej Umowy Operacyjnej będzie wносił w transzach wkład finansowy z Funduszu do Instrumentu Finansowego Pożyczka Płynnościowa POIR. Wykonawca wnosí wkład własny w sytuacji, gdy zadeklaruje jego wniesienie w swojej ofercie. Odwołujący w obu częściach, na które złożył oferty nie zaoferował wniesienia wkładu własnego (co stanowiło dodatkowo punktowane kryterium oceny ofert).

Pismem z dnia 9 listopada 2022 r. Zamawiający wezwał Odwołującego PKO S.A. do wyjaśnień w zakresie rażąco

niskiej ceny (dalej jako: „Wezwanie”). Pismem z dnia 15 listopada 2022 r. Odwołujący odpowiedział na wezwanie Zamawiającego, udzielając stosownych wyjaśnień i załączając odpowiednie wyliczenia (dalej jako: „Wyjaśnienia RNC”). Pismem z dnia 16 stycznia 2023 r. Zamawiający poinformował o wynikach postępowania dla części 15, wskazując tym samym na wybór oferty najkorzystniejszej wykonawcy i odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Odwołujący stwierdził, że okoliczności, które Zamawiający winien był wziąć pod uwagę przy ocenie złożonych przez Pekao wyjaśnień ceny oferty – a które mając na uwadze treść uzasadnienia odrzucenia oferty w ocenie Odwołującego, zostały całkowicie pominięte. Po pierwsze, jak zostało to szeroko opisane w załączonym do oferty Biznes Planie (Załącznik nr 4 do SWZ (Załącznik nr 1 do umowy)) (dalej jako: „Biznes Plan”) – Odwołujący jest bankiem utworzonym na czas nieokreślony jako spółka akcyjna działająca na podstawie Statutu, Ustawy Kodeksu spółek handlowych i innych przepisów prawnych obowiązujących w Rzeczypospolitej Polskiej i jest upoważniony do prowadzenia operacji bankowych, w oparciu o fundusze powierzone bankowi. Wysokość kapitału zakładowego i kapitału wpłaconego Spółki wynosi 262 470 034 zł. Odwołujący w Biznes Planie wskazał również na szeroki zakres prowadzonej działalności bankowej i posiadane kompetencje. Nie bez znaczenia pozostaje również aktualna struktura organizacyjna Pekao, która składa się z Centrali i oddziałów (w tym 30 Centrów Korporacyjnych i 60 Centrów Biznesowych dedykowanych MSP oraz ponad 800 oddziałów detalicznych). Powszechną wiedzę stanowi również fakt, że od wielu lat Pekao utrzymuje pozycję drugiego (po PKO BP) największego banku w Polsce, zatrudniającego kilkanaście tysięcy osób (na koniec 2021 liczba pracowników przekraczała 13 000 osób). Powyższe informacje, zarówno w zakresie w jakim wynikały z oferty Odwołującego, Wyjaśnień RNC oraz z powszechnie znanych faktów dot. skali działalności banku Pekao – prowadzą do wniosku, że niemożliwe jest porównywanie sytuacji i oferujących wyższe wynagrodzenie w ujęciu procentowym. Pomioty konkurujące z PKO S.A. o udzielenie zamówienia, działają w niedającej się porównać niższej skali – co znajduje odzwierciedlenie w zakresie oferowanych usług, poziomie zysków, poziomie zatrudnienia, zakresie terytorialnym działania, a przede wszystkim w faktycznych możliwościach organizacyjnych. Dla Odwołującego świadczenie usług w ramach ww. części zamówienia sprowadza się do uruchomienia w ramach swojego portfolio oferowanych usług bankowych dodatkowej usługi, analogicznej, do wskazanych w Załączniku nr 6a do SWZ sześciu usług, które Odwołujący świadczył na rzecz BGK w latach 2020-2022. Doświadczenie zdobyte we współpracy z BGK (w skład, którego wchodziło m. in. stworzenie narzędzi do obsługi projektów Zamawiającego, które z perspektywy aktualnego postępowania nie wymagają żadnych dodatkowych nakładów pracy) pozwoliło precyzyjnie oszacować oferowaną w niniejszym postępowaniu marżę, która bezwzględnie zapewni należyte zrealizowanie Zamówienia. Zdobyte doświadczenie dało możliwość rzetelnej i precyzyjnej wyceny z minimalnym marginesem błędu.

Zamawiający pomija również fakt, że wszystkie dotychczasowe projekty realizowane na rzecz BGK zostały wykonane należyście. W ocenie Odwołującego PKO S.A. wyższe oferty konkurencyjnych wykonawców – pomimo nieporównywalnie mniejszych zasobów organizacyjnych – wynikały również ze względu na mniejsze doświadczenie w realizacji analogicznych projektów, a tym samym wykonawcy ci zmuszeni byli uwzględnić w ofercie większy margines ryzyka. Krajowa Izba Odwoławcza w zbliżonym stanie faktycznym sprawy wskazała „że wieloletnie doświadczenie w realizacji podobnych usług, w tym u tego samego Zamawiającego, ma takie znaczenie, że Wykonawca wykorzystując nabytą wiedzę potrafi precyzyjnie wyszacować faktyczne koszty wykonania zamówienia. W złożonych wyjaśnieniach Przystępujący przywołał umowy realizowane na rzecz Zamawiającego. Postępowanie odwoławcze także wykazało, że Przystępujący od lat realizuje analogiczne usługi dla Zamawiającego, dlatego też logicznym jest, że Wykonawca posiada niezbędną wiedzę odnośnie kosztów związanych z personelem, sprzętem, koniecznymi materiałami, a także kosztami pośrednimi i logistycznymi wykonania usługi. Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego, nieuprawniona jest obawa Zamawiającego wyrażona w uzasadnieniu odrzucenia oferty odnosząca się do stawek deklarowanych przez różnych wykonawców w postępowaniach z ostatnich lat, a dotyczących analogicznego produktu i rynku. Znając realne koszty realizacji zamówienia, poparte doświadczeniem z realizacji tożsamyh zamówień na rzecz BGK mógł wyliczyć realną stawkę wynagrodzenia, uwzględniającą i odnoszącą się również, jak podnosi Zamawiający, do „sytuacji sprzyjającej wzrostowi nakładów pracy lub kosztów wykonawców”, w tym inflacji.

W kontekście udzielonych Wyjaśnień RNC i faktycznych kosztów związanych z realizacją zamówienia w istocie nie spowoduje ponoszenia żadnych dodatkowych kosztów przez Pekao związanych z jego obsługą. Wszystkie bowiem świadczenia realizowane są w zakresie i granicach bieżącej działalności banku oraz kompetencji zatrudnionych w nim osób (brak konieczności zatrudniania dedykowanego personelu ani zlecania usług na zewnątrz). Fakt uzyskania zamówienia czy też brak jego uzyskania nie wpływa na koszty stałe ponoszone przez bank z tytułu bieżącej działalności operacyjnej. Powyższe oznacza przy skali prowadzonego biznesu, koszty, które winien był przedstawić w Wyjaśnieniach są kosztami w zdecydowanej większości niedającymi się wyliczyć – a praktyce działalności banku kosztami pomijalnymi. Uwaga ta dotyczy zarówno kosztów osobowych, jak i kosztów związanych z działaniami marketingowymi. Przykładowo w sytuacji, w której wykonanie zamówienia wymaga powierzenia osobie zatrudnionej na stałe w banku kolejnej czynności, rodzajowo identycznej, jak inne czynności wykonywane przez tą osobę w ramach stosunku pracy, niezwykle trudno jest

przyprządkować do realizacji tej czynności jakikolwiek koszt. W zależności od sprawności danej osoby czy rodzaju spraw obsługiwanych danego dnia, wykonanie danego zadania może zająć różną ilość czasu. Równocześnie, wynagrodzenie tej osoby nie jest w żaden sposób zależne od liczby czy rodzaju prowadzonych spraw. Nie sposób więc powiedzieć, czy i jaki procent wynagrodzenia pracownika banku, powinien być przypisany do realizowanych przez niego czynności, jako ich koszt. Nadto Pekao wprost i w sposób wyczerpujący odniosło się do wszystkich elementów wskazanych przez Zamawiającego w Wezwaniu. Systematyka odpowiedzi udzielanych przez Odwołującego literalnie odnosiła się do punktów zawartych w Wezwaniu. Jeżeli natomiast na gruncie udzielonych Wyjaśnień, które zakresowo odzwierciedlały treść Wezwania, Zamawiający powziął dodatkowe wątpliwości, niewynikające bezpośrednio z pierwszego Wezwania, był zobowiązany do wezwania Pekao do udzielenia dodatkowych wyjaśnień – czego w postępowaniu zaniechał.

Odwołujący PKO S.A. wskazał, że w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty Zamawiający wskazał w pierwszej kolejności, że Odwołujący przedstawił w Wyjaśnieniach RNC kalkulację kosztów osobowych według stawek bliskich minimalnego wynagrodzenia, co w ocenie Zamawiającego jest mało prawdopodobne biorąc pod uwagę poziom kompetencji jakich Zamawiający wymaga od Wykonawcy – przez co Odwołujący zdaniem Zamawiającego nie gwarantuje należytego wykonania Zamówienia. Zdaniem Odwołującego miernikiem rękojmi należytego wykonania zamówienia nie powinna wyłącznie być stawka godzinowa powołana w Wyjaśnieniach RNC, a doświadczenie, kompetencje i posiadane zasoby oraz infrastruktura – dopiero kompleksowa ocena wyjaśnień wykonawcy, jego doświadczenia i potencjału powinna stanowić podstawę ocenę przez Zamawiającego wystąpienia przesłanek z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. Gwarancja należytego wykonania zamówienia przez tego wykonawcę nie pozostawia wątpliwości. Co istotne, takich wątpliwości nie powinien mieć również sam Zamawiający, bowiem Pekao zrealizowało 6 analogicznych projektów na rzecz Zamawiającego w latach 2020-2022, co wynika wprost z załączonego do oferty wykazu usług Odwołującego (Załącznik nr 6a do SWZ). Zamawiający zatem błędnie wnioskuje, że stawki godzinowe wskazane w Wyjaśnieniach RNC podważają zdolność Pekao do realizacji Zamówienia. Wszyscy pracownicy Odwołującego są zatrudnieni na stawkach zgodnych z przepisami o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, czego Zamawiający w żaden sposób nie kwestionuje. Przedmiot zamówienia wpisuje się w bieżącą działalność operacyjną Pekao. Co więcej, Odwołujący realizując zamówienie korzystałby z własnych zasobów, w tym, własnego personelu, który poza realizacją zamówienia pełniłby również inne obowiązki związane z bieżącą pracą banku. Tym samym, wynagrodzenie osób dedykowanych do realizacji Zamówienia stanowi koszt prowadzenia działalności Odwołującego, a nie koszt realizacji zamówienia i nie zmienia się w przypadku jego uzyskania. Uśredniony wskaźnik produktywności pracownika zatrudnionego na pełny etat w Pekao nie wynosi 100% czasu pracy. Uzyskanie zamówienia i jego późniejsza obsługa nie wpłynie na konieczność zwiększenia zatrudnienia. Biorąc pod uwagę skalę działalności Odwołującego oraz liczbę zatrudnionych osób, precyzyjne określenie kosztów osobowych w związku z realizacją Zamówienia jest wprost niemożliwe. Niemniej jednak, aby uczynić zadość Wezwaniu, Odwołujący wskazał stawki minimalne, potwierdzając przy tym zgodność oferty z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Natomiast, gdyby Odwołujący miał wskazać koszty osobowe, które rzeczywiście ponieśe w związku realizacją Zamówienia, wskazałby wartość 0 zł. Mając jednak świadomość potencjalnego zarzutu niezgodności wartości 0 zł z przepisami o minimalnym wynagrodzeniu oraz literalne brzmienie Wezwania, Odwołujący powołał stawki minimalne oraz hipotetyczne, maksymalne wartości w odniesieniu do zakładanej liczby godzin roboczych. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia zarzuca również, że Odwołujący PKO S.A. nie przedstawił wyjaśnień i kalkulacji w zakresie ponoszenia kosztów ogólnych, podczas gdy odpowiedzi w tym zakresie udzielił – zgodnej z pozostałą treścią Wyjaśnień, w tym w pkt 4) lit. d Wyjaśnień RNC. Całkowicie nieuprawnione i niczym niepotwierdzone w tym wypadku jest twierdzenie Zamawiającego jakoby „Zasoby nie uwzględnione przez Wykonawcę w kalkulacji byłyby wykorzystywane również na potrzeby realizowanego zamówienia, a koszty które nie zostały uwzględnione w kalkulacji, zwiększają faktyczne koszty realizacji zamówienia”. Zdaniem Odwołującego nie jest również uprawnione twierdzenie, że Odwołujący w cenie oferty nie uwzględnił czasu na przygotowanie i realizację działań zadeklarowanych w biznesplanie (success stories, kampania outdoorowa). Zamawiający opiera się wyłącznie na własnych przypuszczeniach podnosząc, że te elementy wiążą się dla Odwołującego z dodatkowymi kosztami. Po pierwsze, Zamawiający nie wymagał w treści wezwania podania dokładnej kalkulacji dla tej części Zamówienia, wymagał wyłącznie, aby wyjaśnienia były „spójne z informacjami przedstawionymi w biznes planie” – i takie też zdaniem Odwołującego są Wyjaśnienia ceny oferty. Po drugie, realizacja zamówienia w zakresie działań marketingowych, wymienionych w pkt B.5. Biznes Planu, realizowana będzie przez wewnętrzny dział marketingu banku, realizujący zleczone w tym zakresie zadania w ramach własnego, globalnego budżetu marketingowego ustalonego na dany rok. Budżet ten w roku 2022 r. wyniósł ponad 100 mln zł, a sam zespół liczył 55 specjalistów. Podobnie jak w wypadku personelu realizującego obsługę wniosków i udzielanych kredytów, tak i zespół marketingowy jest kosztem własnym Odwołującego, niedającym się wyliczyć z perspektywy zamówienia tak niewielkiego w skali działalności banku i wewnętrznego budżetu banku na działalność marketingową. Wszelkie ewentualne koszty zewnętrzne są natomiast wliczone w budżet marketingowy, na podstawie umów ramowych z podmiotami, z

którymi Pekao stale współpracuje. Brak więc jest podstaw do twierdzenia, jakoby istniało ryzyko związane z brakiem realizacji tych działań, na co wskazuje Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty, szczególnie biorąc pod uwagę dotychczasową działalność marketingową Odwołującego, która jest widoczna i powszechnie znana na rynku.

Odwołujący PKO S.A. nie zgodził się również z twierdzeniem Zamawiającego jakoby w swoich kalkulacjach dotyczących oceny wniosków uwzględnił wyłącznie pełną analizę poprawnie złożonych wniosków o pożyczki, nie przewidział w wyjaśnieniach możliwości wystąpienia sytuacji w których wnioski mogą być niekompletne lub w wyniku oceny mogą otrzymać decyzję negatywną. W wyjaśnieniach (wiersz „Ocena merytoryczna wniosku zgodnie z dostępnością limitu i kolejnością wpływu wniosków”) odniósł się również do wniosków błędnych, bazując przy tym na doświadczeniach z wcześniejszych, analogicznych projektów, zgodnie z którymi najwięcej wniosków odrzucanych jest na etapie wstępnej analizy zdolności kredytowej klienta. Jeżeli natomiast wyjaśnienia te okazały się dla Zamawiającego niewystarczające, to i w tym wypadku mógł zwrócić się o dodatkowe wyjaśnienia. Nadto, wbrew twierdzeniu Zamawiającego, jakoby Wykonawca nie uwzględnił kosztów takich jak: „koszty dojazdu (paliwo, eksploatacja), ewentualne noclegi, diety dla pracownika itp.”, wyjaśnienia w tym zakresie znalazły się w szczególności w wierszu „Kontrola prawidłowości wydatkowania środków z pożyczki „na miejscu””. Realizacja zamówienia w zakresie kontroli prawidłowości wydatkowania środków jest wpisana w zakres kompetencji pracownika banku pracującego „w terenie”. Jak zostało to wskazane w wyjaśnieniach, osoba taka posiada samochód służbowy, a co za tym idzie kartę paliwową – wszystkie te koszty wliczane są do kosztów ogólnych banku, rozliczanych z dostawcami paliwa i leasingodawcami zbiorczymi fakturami i nie jest możliwe w tym zakresie wyliczenie kosztu paliwa czy pojazdu i jego eksploatacji, jak tego oczekuje Zamawiający stricte w zakresie realizacji przedmiotu Zamówienia. Nadto, z punktu widzenia ogólnopolskiej działalności banku i setek placówek w całym kraju, uwzględnianie i wyliczanie na potrzeby wyjaśnień kosztów noclegów w wypadku Odwołującego nie znajduje całkowicie uzasadnienia. Nawet gdyby Odwołujący wskazał wszystkie te szacunkowe koszty, jak domaga się tego Zamawiającego (co analogicznie jak zaznaczał Odwołujący w kontekście kosztów osobowych i marketingu, nie stanowi kosztu przypisanego do danego instrumentu finansowego i zaliczane jest do kosztów ogólnych banku) byłoby to wyliczeniem całkowicie pozornym. Z tych względów zdaniem Odwołującego nie sposób zgodzić się z konkluzją Zamawiającego, w myśl której złożone wyjaśnienia nie uzasadniały podanej w ofercie ceny. Jego zdaniem w złożonych Wyjaśnieniach kompleksowo wskazał na wszystkie okoliczności umożliwiające zaoferowanie ceny na poziomie 0,51%, potwierdził zgodność oferty z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego oraz potwierdził uwzględnienie w swojej ofercie wszystkich kosztów związanych z realizacją Zamówienia do których odniósł się w Wezwaniu Zamawiający. Uwaga natomiast Zamawiającego, że poziom cenowy zaoferowany przez Pekao jest jednym z najniższych odnotowanych przez Zamawiającego, zarówno w tym jak i innych prowadzonych postępowaniach w odniesieniu do Pekao jest całkowicie nieadekwatna – wszystkie bowiem okoliczności i wyliczenia wskazane w Wyjaśnieniach Odwołującego odnoszą się do sytuacji podmiotowej banku, jego możliwości biznesowych i organizacyjnych – co nie daje się porównać z żadnym innym podmiotem, który złożył ofertę w niniejszym postępowaniu. Wskazana w wyjaśnieniach oraz niniejszym odwołaniu skala działalności Pekao jest także istotnym czynnikiem wpływającym na brak uzasadnionych obaw o to, że Pekao nie wykona należycie przedmiotowego zamówienia. Tak więc także z punktu widzenia zasadniczego uzasadnienia aksjologicznego regulacji dotyczących rażąco niskiej ceny, jakim jest zabezpieczenie realności realizacji zamówienia, brak jest podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego.

Zamawiający w pisemnych odpowiedziach na odwołania wniósł o ich oddalenie.

W uzasadnieniu pisma Zamawiający w całości podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w informacji o odrzuceniu ofert Odwołującego z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny. Przedstawione przez wykonawcę wyjaśnienia jednoznacznie jego zdaniem wskazują na zaoferowanie ceny rażąco niskiej w tym postępowaniu. Opublikowana przez Zamawiającego informacja o odrzuceniu oferty zawiera wszystkie elementy wymagane prawem tzn. zarówno uzasadnienie faktyczne i prawne, a także w sposób konkretny, precyzyjny i jednoznaczny wskazuje na podstawy uznania zaoferowania przez Odwołującego rażąco niskiej ceny.

Według Zamawiającego treść wniesionego odwołania sprowadza się do próby wykazania, że Wykonawca nie jest w stanie, ze względu na rozmiar przedsiębiorstwa, oszacować wysokości kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia. Jednakże, przedmiotem odwołania nie jest wykazanie możliwości i kompetencji wykonawcy w zakresie szacowania ponoszonych przez niego kosztów. Odwołujący wniósł odwołanie na czynność zamawiającego odrzucenia jego oferty z powodu zawarcia w niej rażąco niskiej ceny. W konsekwencji Wykonawca powinien wykazać, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu.

Zamawiający podniósł, że kosztami związanymi z realizacją przedmiotu zamówienia, są nie tylko koszty związane z utworzeniem nowych miejsc pracy czy nabyciem nowych systemów informatycznych. Tymi kosztami są także koszty już posiadanych zasobów, które zostaną skierowane do realizacji konkretnego zamówienia. Odwołujący przyznaje, że koszty takie ponosi tylko nie potrafi przypisać ich do konkretnego zamówienia. Obowiązek należytego, rzetelnego skalkulowania oznacza uwzględnienie wszystkich kosztów, jakie poniesie wykonawca. Za niedopuszczalne należy uznać pokrywanie niedoborów w cenie ryczałtowej za jedną usługę nadwyżkami w obrębie ceny za drugą usługę (KIO 1123/17;

KIO 216/14). W odwołaniu jak i w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, Wykonawca potwierdził, że zaoferowana cena nie pokrywa wszystkich ponoszonych przez Wykonawcę kosztów związanych z realizacją zamówienia. W trakcie postępowania Wykonawca złożył określony biznes plan, w którym zaoferował wykonanie konkretnych czynności. Jak zostało wskazane w uzasadnieniu informacji o odrzuceniu oferty, cena zaproponowana przez Wykonawcę nie pokrywa kosztów związanych z realizacją zamówienia wynikających ze złożonego biznes planu. Co znamienne taką sytuację potwierdza Odwołujący, który nie twierdzi, że tych kosztów nie ponosi.

Zamawiający stwierdził, że nie powziął żadnych dalszych wątpliwości co do treści złożonych wyjaśnień. Sam Odwołujący w uzasadnieniu nie precyzuje jakie te wątpliwości Zamawiający powziął i powinien skierować w związku z nimi kolejne wezwanie do wyjaśnień. Złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia są jednoznaczne. Precyzyjnie wskazują które elementy zostały wycenione, a które nie i co składa się na cenę oferty. W złożonych wyjaśnieniach zostały także podane konkretne liczby i przyjęte założenia. Jakikolwiek wezwanie do dalszych wyjaśnień w zakresie objętym podstawą uznania ceny za rażąco niską musiałyby prowadzić do zmiany złożonych wyjaśnień, co jest niedopuszczalne. Brak umiejętności wyliczenia danych kosztów nie oznacza, że one nie są ponoszone, a co więcej nie świadczy o tym, że zaoferowana cena nie zawiera ceny rażąco niskiej. Wręcz przeciwnie, bezpośrednie przyznanie się Wykonawcy do braku w kalkulowaniu określonych kosztów w cenę oferty, świadczy bezpośrednio o braku możliwości realizacji tego konkretnego przedmiotu zamówienia za cenę zawartą w ofercie.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, ww. dowody załączone do złożonych przez strony pism oraz dowody złożone przez Odwołującego PKO S.A. na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska Stron i Przystępującego, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołania nie zawierają braków formalnych. Wpisy w prawidłowej wysokości zostały wniesione w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań, o których mowa w art. 528 ustawy Pzp.

W ocenie Izby Odwołujący legitymują się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały bowiem wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Z zachowaniem wymogów ustawowych wykonawca Lubelska Fundacja Rozwoju zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 252/23 stając się uczestnikiem postępowania.

Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu Polskiej Fundacji Ośrodków Wspomagania Rozwoju Gospodarczego OIC Poland w Lublinie, która zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 193/23 po stronie Odwołującego BARR S.A.

Zostało ustalone, że oferta złożona przez ww. Fundację została odrzucona przez Zamawiającego. Czynność ta nie została przez niego zaskarżona w ustawowym terminie, który upłynął przed zgłoszeniem przystąpienia. W związku z tym zgłoszenie przystąpienia zostało dokonane przez podmiot, który utracił status wykonawcy w postępowaniu. Tymczasem zgodnie z przepisem art. 525 ust. 1 ustawy Pzp uprawnienie zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przysługuje wykonawcy.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

Stosownie do części III SWZ:

1. *Przedmiotem zamówienia są zlecone przez BGK usługi polegające na wdrożeniu i zarządzaniu Instrumentem Finansowym Pożyczka Płynnościowa POIR, skierowanego na wsparcie przedsiębiorstw dotkniętych sytuacją gospodarczą związaną z pandemią COVID-19 lub rosyjską agresją wobec Ukrainy, do którego BGK wniesie wkład finansowy ze środków Funduszu Pożyczkowego Wsparcia Płynności MŚP POIR (FPWP POIR), z którego udzielane będą Jednostkowe Pożyczki oraz który będzie podlegał zwrotowi do BGK na warunkach określonych w Umowie Operacyjnej.*

2. *Wkład finansowy ze środków Funduszu Funduszy przypisany do każdej części stanowi odrębną część zamówienia, tj.:*

(...)

Część 3 – obejmująca województwa lubelskie – świadczenie na rzecz BGK usług polegających na wdrożeniu i zarządzaniu instrumentem finansowym w kwocie 25 000 000,00 zł;

(...)

Część 7 – obejmująca województwo mazowieckie – świadczenie na rzecz BGK usług polegających na wdrożeniu i zarządzaniu instrumentem finansowym w kwocie 40 000 000,00 zł;

(...)

Część 15 – obejmująca województwo wielkopolskie – świadczenie na rzecz BGK usług polegających na wdrożeniu i zarządzaniu instrumentem finansowym w kwocie 40 000 000,00 zł;

(...)

3. Zadanie będące przedmiotem niniejszego zamówienia może być świadczone w odniesieniu do przedsięwzięć w zakresie przedstawionym w „Metryce Instrumentu Finansowego Pożyczka Płynnościowa POIR”, realizowanych przez Ostatecznych Odbiorców.
4. BGK w ramach każdej Umowy Operacyjnej będzie wносił w transzach wkład finansowy z Funduszu Funduszy do Instrumentu Finansowego Pożyczka Płynnościowa POIR. Wykonawca wnosі wkład własny w sytuacji, gdy zadeklaruje jego wniesienie w swojej ofercie. Szczegółowe zasady przekazywania wkładu finansowego z Funduszu Funduszy w formie transz zostały określone w PPU.
5. Przez Wykonawcę (Pośrednika Finansowego) rozumie się podmiot, o którym mowa w art. 38(5) Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. spełniający wymogi określone w art. 7 Rozporządzenia Delegowanego Komisji nr 480/2014 z dnia 3 marca 2014 r. (dalej „Rozporządzenie Delegowane”) oraz inne kryteria wskazane w SWZ, wybrany przez Zamawiającego do realizacji zadania wdrożenia i zarządzania Instrumentem Finansowym, polegającej w szczególności na udzielaniu Jednostkowych Pożyczek.
6. BGK powierzono rolę podmiotu wdrażającego Instrumenty Finansowe w formule Funduszu Funduszy. Podstawą działania jest Umowa o Finansowaniu zawarta między BGK a Skarbem Państwa - Ministrem Funduszy i Polityki Regionalnej, działającym jako Instytucja Zarządzająca Programem Operacyjnym Inteligentny Rozwój 2014-2020.
7. Parametry udzielanych przez wykonawcę Jednostkowych Pożyczek zostały określone w „Metryce Instrumentu Finansowego Pożyczka Płynnościowa POIR” stanowiącej załącznik nr 2 do Projektowanych Postanowień Umowy (PPU).
8. Kody CPV: 66000000-0 – usługi finansowe i ubezpieczeniowe.
9. Termin wykonania zamówienia – do 31 grudnia 2032 r., przy czym:
 - 1) Udzielanie Jednostkowych Pożyczek nastąpi w okresie budowy portfela, zgodnie z definicją w PPU, przez okres nie dłuższy niż 12 miesięcy.
 - 2) Inne czynności, w szczególności: monitoring, kontrola, obsługa spłat pożyczek, windykacja, przechowywanie dokumentów wykonywane będą do dnia spłaty ostatniej udzielonej Jednostkowej Pożyczki, chyba że w zakresie poszczególnych czynności wskazanych w Umowie Operacyjnej określono inne terminy.Zgodnie z częścią IV SWZ:
 1. W celu realizacji przedmiotu zamówienia, dokonano jego podziału na 16 części odpowiadających wartości wkładów finansowych planowanych do wniesienia z Funduszu Funduszy do Instrumentu Finansowego utworzonego przez Pośredników Finansowych. Każdej części zamówienia przypisana została odpowiednia pula środków stanowiących Wkład Funduszu Funduszy do Instrumentu Finansowego oraz regionu, w ramach którego Pośrednik zobowiązany będzie do wdrożenia i zarządzania Instrumentem Finansowym. Jeden Wykonawca może ubiegać się o realizację maksymalnie dwóch części Zamówienia. Zamawiający nie dopuszcza składania ofert wariantowych.
 2. Środki udostępniane przez BGK na realizację zamówienia wynoszą:
 - 1) 415 000 000 zł w ramach podstawowej wartości alokacji,
 - 2) w ramach prawa opcji - do 415 000 000 zł - dotyczy potencjalnych i dodatkowych zwiększeń przewidzianych w PPU,
 - 3) łącznie do 830 000 000 zł.
 3. Zamawiający nie dopuszcza składania ofert wariantowych.
 4. Zamawiający przewiduje potencjalną możliwość skorzystania z prawa opcji obejmującego zlecenie usług w zakresie obsługi związanej z wkładem finansowym ze środków Funduszu Funduszy – do kwoty 415 000 000 zł na całość zamówienia. Zasady zastosowania Prawa Opcji zostały określone w PPU.
 5. Zamawiający przewiduje wymaganie, o którym mowa w art. 95 ust. 1 ustawy Pzp, tj. osoby wskazane w Ofercie pełniące rolę specjalisty ds. projektów finansowanych ze środków europejskich oraz specjalisty ds. analizy ryzyka kredytowego, zatrudnione będą przez Pośrednika Finansowego na podstawie umowy o pracę. Szczegóły w PPU.
 6. Zamawiający nie przewiduje udzielania zamówień o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie w sprawie KIO 193/23 podlega uwzględnieniu.

Odwołania w sprawach KIO 238/23 i 252/23 podlegają oddaleniu.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp *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.*

Z ww. przepisów wynika, że ocena czy oferta zawiera rażąco niską cenę winna się odnosić do przedmiotu zamówienia, który jest opisywany w dokumentach zamówienia. W razie powzięcia w tym zakresie wątpliwości, zamawiający występuje do wykonawcy o stosowne wyjaśnienia. W myśl bowiem przepisu 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.* Przepis ten nie precyzuje okoliczności, które mogą powodować po stronie zamawiającego wątpliwości, wskazuje natomiast na to, że w sytuacji, gdy takie powźmie, jest obowiązany zażądać od wykonawców wyjaśnień. Oznacza to, że Zamawiający mając m.in. na uwadze dokonaną przez siebie analizę cen na rynku, własne doświadczenie przy udzielaniu podobnych zamówień, ceny złożonych w postępowaniu ofert, a przede wszystkim specyfikę zamówienia, dokonuje oceny pozyskanych ofert m.in. w aspekcie możliwości należytego wykonania umowy za podane w nich ceny i - w razie powzięcia w tym zakresie wątpliwości - występuje do wykonawców o wyjaśnienia tych cen.

Wystosowanie przez zamawiającego wezwania do wyjaśnień ceny oferty wykonawcy skutkuje powstaniem domniemania istnienia w tej ofercie rażąco niskiej ceny, którego obalenie obciąża wykonawcę, co wynika z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym: *Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.*

W związku z tym, wyjaśnienia składane na takie wezwanie powinny uwzględniać oczekiwania zamawiającego w nim wskazane. Powinny być konkretne, wyczerpujące i w pełni uzasadniać podaną w ofercie cenę, nadto wykazywać, że jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę bez ponoszenia na straty na tym zamówieniu. Ze złożonych wyjaśnień powinno w szczególności wynikać, jakie koszty wykonawca uwzględnił w kalkulacji ceny oferty oraz jakie okoliczności właściwe dla danego wykonawcy umożliwiły obniżenie ceny jego oferty, jakie oszczędności mógł dzięki nim osiągnąć. Zgodnie z ukształtowanym orzecznictwem za cenę rażąco niską uznaje się cenę, która jest nierealistyczna, nierynkowa, nie pozwala na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, cenę wskazującą na zamiar wykonania zamówienia poniżej kosztów realizacji przedmiotu zamówienia.

Rozstrzygając spór co do zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, Izba ocenia czynność zamawiającego, polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień. Każdy przypadek rozpatrywany jest indywidualnie, przy czym zawsze punktem odniesienia do określenia istnienia w ofercie rażąco niskiej ceny jest przedmiot zamówienia. Izba bierze pod uwagę w szczególności treść wezwania do wyjaśnień ceny oferty, treść odpowiedzi wykonawcy oraz – w razie odrzucenia przez zamawiającego oferty z uwagi na rażąco niską cenę - treść uzasadnienia tej czynności. Izba nie uwzględnia dodatkowego uzasadnienia faktycznego podstaw odrzucenia oferty podanego już na etapie postępowania odwoławczego.

Przechodząc od powyższych rozważań na grunt analizowanej sprawy wskazania wymaga, że Zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 2 i 4 ustawy Pzp zażądał, aby Odwołujący BARR S.A. w części 3 oraz Odwołujący PKO S.A. w częściach 7 i 15 przedstawili wyjaśnienia ceny ofert obejmujące w szczególności:

- 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 (Dz.U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) 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:*
 - a. *wynagrodzenia pracowników – z podaniem zaangażowania godzinowego (miesięcznie) każdego pracownika w realizację zamówienia,*

- b. koszty usług zleczanych (jeżeli dotyczy - np. windykacja, obsługa prawna),
- c. koszty promocji pozyskania klienta,
- d. koszty ogólne (np. energia, obsługa biura, media, systemy informatyczne, placówki, licencje, transport, itp.)
- e. koszt utraconych korzyści z tytułu zaangażowania wkładu własnego oraz ryzyka strat na kapitale (jeżeli wykonawca wnosi wkład),
- f. inne koszty (jeżeli dotyczy),
- g. zysk;

Ponadto, Zamawiający wskazał, że oczekuje, że kalkulacja i wyjaśnienia Wykonawcy:

- 1) będą spójne z informacjami przedstawionymi w biznes planie,
- 2) będą uwzględniały specyfikę poszczególnych etapów realizacji Zamówienia, przede wszystkim Okres Budowy Portfela i Okres Wygaszania Portfela,
- 3) będą uwzględniały aktualne na dzień składania oferty prognozy zmiany cen i kosztów w okresie realizacji Zamówienia (inflację).

Odwołujący BARR S.A. w części 3 oraz PKO S.A. w częściach 7 i 15 złożyli wyjaśnienia, zastrzegając je jako tajemnicę ich przedsiębiorstwa. Zamawiający utrzymał poufność tych informacji.

W związku z tym uzasadnienie wyroku zostaje sporządzone z uwzględnieniem tej okoliczności, z zastrzeżeniem informacji przedstawionych w odwołaniach oraz w części jawnej rozprawy przez samych wykonawców, a także zawartych przez Zamawiającego w odpowiedziach na odwołania.

Sygn. akt KIO 193/23

W tej sprawie zwraca uwagę, że Zamawiający nie podniósł w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty, aby wyjaśnienia ceny złożone przez Odwołującego BARR S.A. były niekompletne, aby nie odpowiadały jego żądaniom. Jak słusznie stwierdził Odwołujący BARR S.A., złożył on wyjaśnienia ceny oferty odpowiadające wezwaniu wystosowanemu przez Zamawiającego do ich złożenia. Wyjaśnił kalkulację elementów wskazanych przez Zamawiającego w wezwaniu, w tym te wynikające z biznes planu, podał też założoną liczbę wniosków do rozpatrzenia, której Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty nie zakwestionował. Nie można zatem przyjąć, że podstawą odrzucenia oferty tego wykonawcy, miałyby być nieudzielenie wymaganych wyjaśnień.

Rozstrzygnięcia zatem wymaga, czy Zamawiający zasadnie uznał, że wyjaśnienia nie uzasadniają zaoferowanej przez Odwołującego BARR S.A. ceny.

Treść uzasadnienia czynności odrzucenia oferty złożonej Odwołującego wskazuje, że Zamawiający uznał, że Wykonawca nie wykazał istotnych kosztów potrzebnych do realizacji zamówienia, z uwagi na to, że wykonawca ten nie wskazał podstawy wynagrodzenia pracowników, a jedynie dodatek do wynagrodzenia. Nie chodzi zatem o brak uwzględnienia w ofercie Odwołującego BARR S.A., wynagrodzenia za pracę pracowników skierowanych przez niego do realizacji zamówienia, lecz o to, w jaki sposób je skalkulował.

W ocenie Zamawiającego wykonawca powinien uwzględnić podstawę wynagrodzenia poszczególnych pracowników, a następnie – jeśli dodatek występuje – zsumować dodatek z podstawą wynagrodzenia. Zamawiający jednak nie uzasadnił swojego stanowiska w tym zakresie, nie przedstawił argumentacji wskazującej jego zdaniem na to, że w okolicznościach tego postępowania, przyjęta przez Odwołującego BARR S.A. forma kalkulacji wynagrodzenia pracowników, oznacza np. naruszenie przepisów prawa, czy z innych względów jest całkowicie nie do zaakceptowania. Zgodzić się należy z Odwołującym, że uzasadnienie podane w tym zakresie przez Zamawiającego jest lakoniczne.

Nadto zauważenia wymaga, że uzasadnienie w tym zakresie może być różnie interpretowane. Odwołujący dał wyraz w odwołaniu, że zrozumiał treść uzasadnienia odrzucenia jego oferty w ten sposób, iż zdaniem Zamawiającego powinien uwzględnić całą podstawę wynagrodzenia danego pracownika, mimo, iż ten tylko w niewielkim zakresie byłby zaangażowany do wykonania przedmiotowego zadania, a w pozostałym zakresie realizowałby inne zadania. W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający tymczasem wskazał, że chodziło mu o część etatu/podstawy wynagrodzenia, proporcjonalną do zaangażowania danej osoby w zamówienie. Nie zostało to jednak przedstawione w uzasadnieniu, mimo, że na Zamawiającym ciążył obowiązek pełnego uzasadnienia swojej decyzji odrzucenia oferty wykonawcy, w tym jasnego przedstawienia okoliczności faktycznych i ich analizy oraz podania powodów, które doprowadziły do określonych rozstrzygnięć w postępowaniu.

Zwraca przy tym uwagę, że Zamawiający nie zakwestionował przedstawionego przez BARR S.A. w wyjaśnieniach ceny zaangażowania godzinowego poszczególnych pracowników w realizację zamówienia, nie podniósł, że czas ten jest niewystarczający dla należytego wykonania zamówienia. Jak natomiast stwierdził na rozprawie Odwołujący suma czasów

pracy niezbędnych dla analityków, księgowych i innych osób niezbędnych do realizacji programu nie wymaga utworzenia pełnego etatu w obrębie całego zadania. Nie zostało także przez Zamawiającego podniesione, że wysokość wynagrodzenia godzinowego przewidzianego przez BARR S.A., nie jest zgodna z przepisami dotyczącymi minimalnego wynagrodzenia za pracę i z minimalną stawką godzinową oraz z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, jak też, że nie obejmuje także kosztów pracodawcy.

W ocenie Izby, zważywszy na brak zastrzeżeń Zamawiającego co do skalkulowanego przez Odwołującego w ofercie czasu pracy pracowników, który jest stosunkowo niewielki w relacji do podstawowego wymiaru czasu pracy, wynikającego z przepisów z zakresu prawa, jak też brak wykazania, aby Zamawiający wymagał zatrudnienia osób wyłącznie na potrzeby realizacji tego zamówienia, wobec lakonicznego uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego należy uznać, że w okolicznościach analizowanej sprawy, zastosowana przez tego wykonawcę forma kalkulacji wynagrodzenia pracowników zaangażowanych w wykonanie przedmiotu umowy, nie może być uznana za wystarczający czynnik mający świadczyć o tym, że cena jego oferty jest nierealistyczna.

Jak wynika z prawidłowo przytoczonego powyżej w odwołaniu uzasadnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego BARR S.A., drugą okolicznością, jaką podniósł Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, było to, że jego zdaniem wykonawca ten wskazał mało realny poziom inflacji w latach 2026 – 2029. W tym zakresie Zamawiający ogólnikowo podał, że obserwacja sytuacji makroekonomicznej, opinie ekspertów oraz prognozy Narodowego Banku Polskiego (w tym cel inflacyjny na poziomie 2,5 %) dają podstawę do stwierdzenia, że przyjęty przez Odwołującego poziom wzrostu został zaniżony, podając wielkość założoną przez Odwołującego na 2026 r. i poziom jej zmniejszania w dalszych okresach.

Zamawiający zakwestionował prognozę co do inflacji w odległym okresie, odnosząc swoje twierdzenia nie tylko do nieuwjawnionych w SWZ przewidywań w tym zakresie, ale też nie wskazał przy tym jakie konkretnie opinie i których ekspertów ma na uwadze, jak też nie wskazał konkretnych prognoz NBP, jakie wzięł pod uwagę.

Jak natomiast wykazał Odwołujący BARR S.A. w powyżej przytoczonym odwołaniu, z powołaniem się m.in. na wskazane w nim prognozy NBP, swoje założenia co do poziomu inflacji przyjął w oparciu o stanowisko NBP w tym zakresie.

W ocenie Izby należy zgodzić się z Odwołującym BARR S.A., że w sytuacji, gdy Zamawiający w dokumentach zamówienia nie określił, na potrzeby sporządzenia ofert, poziomu zakładanej inflacji, pozostawiając w tej materii swobodę wykonawcom, trudno uznać, że przyjęcie przez wykonawcę założeń co do poziomu inflacji z uwzględnieniem prognoz NBP, stanowi podstawę do uznania, że jest to czynnik wpływający na decyzję o odrzuceniu oferty wykonawcy z uwagi na jej rażąco niską cenę. Tym bardziej, że jak słusznie zauważył Odwołujący BARR S.A. w odwołaniu, Zamawiający przewidział w umowie waloryzację wynagrodzenia.

W związku z tym należy uznać, że również ten element kalkulacji ceny oferty, złożonej przez Odwołującego BARR S.A. nie może być uznany za stanowiący podstawę do stwierdzenia, że wyjaśnienia nie uzasadniają zaoferowanej przez niego ceny.

W ocenie Izby nie zostało wykazane, aby za cenę oferty tego wykonawcy nie było możliwe należyte wykonanie zamówienia, a zatem aby była to cena nierealistyczna, nie występująca na danym rynku. Podnoszona przez Zamawiającego argumentacja, iż cena ta jest istotnie niższa niż wcześniejsze stawki deklarowane przez wykonawców w postępowaniach z ostatnich trzech lat w zakresie analogicznego produktu i rynku, nie jest w tym zakresie przekonującym argumentem.

Po pierwsze, jak sam wskazał Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego BARR S.A., w analizowanym postępowaniu zmodyfikował on specyfikę produktu. Po drugie, jak wskazał na rozprawie Odwołujący, obserwuje on tendencję spadkową stawek wynagrodzeń, a sam z uwagi na treść swojego statutu nie jest nastawiony na maksymalizację zysku. Nadto, nie jest sporne, że w części 13, w której Odwołujący złożył ofertę w ramach konsorcjum, Zamawiający uznał analogiczne, co do przyjętej metody kalkulacji, wyjaśnienia za obalające domniemanie istnienia w tej ofercie rażąco niskiej ceny.

W związku z tym należy uznać, że podane przez Zamawiającego okoliczności, które w jego ocenie zadecydowały o odrzuceniu oferty Odwołującego w części 3, nie pozwalają na uznanie, iż nie zostało obalone przez tego wykonawcę domniemanie istnienia w ofercie tego wykonawcy rażąco niskiej ceny. Analiza wyjaśnień prowadzi do wniosku, że zawierają one wszystkie elementy kalkulacji ceny oferty, na które zwrócił uwagę Zamawiający w wezwaniu oraz uzasadniają podaną w ofercie cenę.

Ubocznie należy wskazać, że Zamawiający dopiero w odpowiedzi na odwołanie odniósł się do liczby wniosków przyjętych przez Odwołującego BARR S.A. do kalkulacji ceny oferty. Nie jest przy tym sporne, że SWZ nie określa na potrzeby porównania ofert liczby wniosków do rozpatrzenia przez wykonawcę. Niezależnie zatem od momentu podniesienia tej okoliczności przez Zamawiającego, stwierdzenia wymaga, że dla zadania nr 3 budżet wynosi 25 mln zł, a

wysokość maksymalnej pożyczki wynosi 1,5 mln zł. W związku z tym, brak wykazania przez Zamawiającego, że w przedmiotowym postępowaniu, zważywszy na jego charakterystykę, przyjęta przez Odwołującego liczba wniosków jest zaniżona, nie pozwala na stwierdzenie, że nie jest możliwe osiągnięcie przez tego wykonawcę zysku na zamówieniu.

Mając powyższe na uwadze, wskazaną przez Zamawiającego podstawę odrzucenia oferty Odwołującego należy uznać za nieuzasadnioną.

W konsekwencji za uzasadniony należy uznać zarzut dotyczący unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy Pzp, który stanowi podstawę do unieważnienia postępowania, *jeżeli wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegają odrzuceniu.*

W sytuacji, gdy za potwierdzony należy uznać zarzut bezzasadnego odrzucenia oferty Odwołującego BARR S.A., nie występuje przypadek odrzucenia wszystkich złożonych ofert w części 3 postępowania, a zatem ww. przepis nie znajduje zastosowania.

Sygn. akt KIO 238/23 KIO 252/23

Treść uzasadnienia czynności odrzucenia oferty złożonej Odwołującego PKO S.A. wskazuje, że Zamawiający uznał, że wykonawca ten nie uwzględnił wszystkich elementów mających wpływ na cenę oferty, a tym samym złożone wyjaśnienia nie uzasadniają ceny oferty. W związku z tym istnieje ryzyko, że wynagrodzenie określone w ofercie nie pozwoli na prawidłowe i terminowe wywiązanie się ze wszystkich obowiązków wynikających z umowy.

Zamawiający w szczególności wskazał, że w złożonych wyjaśnieniach Wykonawca przedstawił kalkulację kosztów osobowych według stawek bliskich minimalnego wynagrodzenia, co jest mało prawdopodobne biorąc pod uwagę poziom kompetencji jakich Zamawiający wymagał w zakresie personelu realizującego przedmiot zamówienia, a Wykonawca ma siedzibę w Warszawie, gdzie stawki dotyczące wynagrodzenia pracowników znacznie odbiegają od minimalnego wynagrodzenia. Nadto nie przedstawił wyjaśnień i kalkulacji w zakresie ponoszenia kosztów ogólnych, które byłyby wykorzystywane również na potrzeby realizowanego zamówienia, a koszty które nie zostały uwzględnione w kalkulacji, zwiększają faktyczne koszty realizacji zamówienia. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach nie uwzględnił czasu na przygotowanie i realizację działań zadeklarowanych w biznesplanie (success stories, kampania outdoorowa). Z kolei w przypadku kampanii informacyjnej Wykonawca nie uwzględnił w kalkulacji zasobów (technicznych, ludzkich) niezbędnych do jej dystrybucji. Zgodnie z deklaracją PKO S.A. zawarłą w Biznes Planie ma on zrealizować następujące działania: kampania AdWords, kampania outdoorowa, ogłoszenie w artykule/gazecie, promocja w social mediach. W ocenie Zamawiającego pierwsze trzy działania wiążą się z dodatkowymi kosztami. Wykonawca nie uwzględnił w wyjaśnieniach, że będzie ponosił koszty promocji i pozyskania klienta, co wiąże się z ryzykiem związanym z brakiem realizacji tych działań. Wykonawca w swoich kalkulacjach dotyczących oceny wniosków uwzględnił wyłącznie pełną analizę poprawnie złożonych wniosków o pożyczki, a nie przewidział, że wnioski mogą być niekompletne lub w wyniku oceny mogą otrzymać decyzję negatywną. W zakresie kontroli Wykonawca nie uwzględnił takich pozycji kosztów jak: koszty dojazdu (paliwo, eksploatacja), ewentualnego noclegu, diety dla pracownika itp. Ponadto, ważny w ocenie Zamawiającego jest fakt, że cena zadeklarowana przez Wykonawcę jest istotnie niższa niż stawki deklarowane przez Wykonawców w postępowaniach z ostatnich lat, a dotyczące analogicznego produktu i rynku. Jednocześnie Wykonawca zaproponował ją w sytuacji sprzyjającej wzrostowi nakładów pracy lub kosztów wykonawców. Z jednej strony Zamawiający w przedmiotowym zamówieniu zmodyfikował specyfikę produktu (m.in. nowe przeznaczenie pożyczki i podstawy udzielania pomocy, zróżnicowanie warunków rozliczenia i kontroli pożyczek), a z drugiej – wysokiej inflacji, której doświadczają wszystkie podmioty gospodarcze.

W pierwszej kolejności zauważenia wymaga, że z treści złożonych przez Odwołującego PKO S.A. wyjaśnień oraz odwołania wynika, że wykonawca ten stoi na stanowisku, że z uwagi na skalę prowadzonej działalności nie był obowiązany skalkulować odrębnie ofert w częściach 7 i 15 i uwzględnić w kalkulacji wszystkich kosztów związanych z realizacją przedmiotowego zamówienia w tych częściach. Tymczasem zgodnie z zasadami obowiązującymi na gruncie zamówień publicznych, wykonawcy są obowiązani konkurować w postępowaniu z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji. W tym zakresie wskazania wymaga, że Odwołujący PKO S.A. na rozprawie wskazał, że Zamawiający poprzez dokonanie podziału zamówienia na 16 części i zastrzeżenie, że wykonawca może złożyć oferty tylko w dwóch częściach, zapobiegł naruszeniu tych zasad w postępowaniu. Odwołujący pomija jednak, że ocena ofert dokonywana jest w ramach poszczególnych części, co oznacza, że zasada ta odnosi się do konkurowania także w ramach tych części.

Jakkolwiek w ocenie Izby efekt skali może w określonych sytuacjach uzasadniać zmniejszenie kosztów związanych z realizacją zamówienia, to jednak nie zwalnia on z rzetelnej kalkulacji ceny oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w sposób pozwalający na stwierdzenie, że wykonawca nie będzie finansował jego realizacji z innych źródeł. Tymczasem trudno nie zauważyć, że Odwołujący PKO S.A., powołując się na marginalną wielkość kosztów związanych z realizacją zamówienia w relacji do całego zakresu swojej działalności i związane z tym trudności z ich wyodrębnieniem, zmierza do uchylecia się od obowiązku rzetelnego skalkulowania złożonych w postępowaniu ofert, do czego, tak jak każdy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, jest

zobowiązany.

W ocenie Izby analiza treści zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień ceny ofert złożonych przez Odwołującego PKO S.A. w częściach 7 i 15 potwierdza, że nie są one kompletne. Jakkolwiek można przyjąć, że formalnie odnoszą się do elementów wskazanych przez Zamawiającego w wezwaniu, to jednak w szeregu przypadków nie przedstawiają wymaganych informacji a jedynie wskazanie sugerujące, że dana pozycja go nie dotyczy, także w sytuacji, gdzie Zamawiający nie zastrzegł, że wykonawca może ich nie wyjaśnić, jeżeli go nie dotyczą. Wykonawca wskazywał przy tym ogólnikowo na powody, dla których ich nie skalkulował w ofertach. Tymczasem był obowiązany je uwzględnić w cenie ofert, nawet jeśli byłyby to jednostkowo niewielkie wartości, czy wiązałyby się z pewnymi trudnościami. Okoliczności takie nie wyłączają bowiem obowiązku prawidłowego skalkulowania ceny oferty. Dotyczy to np. wskazywanych przez Zamawiającego kosztów ogólnych. Wbrew stanowisku zaprezentowanemu w odwołaniu Odwołujący nie przedstawił kalkulacji w tym zakresie. Samo formalne przytoczenie w pkt 4 lit. d wyjaśnień wymogu z wezwania Zamawiającego bez przedstawienia poszczególnych informacji nie stanowi o wypełnieniu obowiązku wyjaśnienia kalkulacji ceny.

Zauważenia przy tym wymaga, że Odwołujący PKO S.A. nie neguje powstania określonych kosztów, np. systemu informatycznego, transportu, co do których na rozprawie przyznał, że występują, stwierdzając, że np. dla usprawnienia pracy przy rozpatrywaniu wniosków używa określonego narzędzia informatycznego, pomijając, że z jego wykorzystaniem wiążą się określone koszty. Podobnie odnosząc się do kosztów transportu przyznał, że część kontroli odbywa się w terenie. Jednak w kalkulacji ceny oferty nie uwzględnił kosztów związanych z dojazdem. W ocenie Izby podawana w odwołaniu okoliczność, iż pracownicy korzystają z samochodów służbowych i dysponują kartą paliwową nie oznacza, że z ich wykorzystaniem nie wiążą się określone koszty. Na rozprawie Odwołujący PKO S.A. przyznał, że nie uwzględnił w wyjaśnieniach ceny ogłoszeń w gazecie czy w prasie, zastrzegając jednocześnie, że jest to niewielka wartościowo pozycja, która nie stanowi o rażąco niskiej cenie oferty. Jak natomiast powyżej zostało podniesione, oferty składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinny zawierać cenę skalkulowaną z uwzględnieniem wszystkich kosztów jakie się wiążą z wykonaniem przez wykonawcę przedmiotu zamówienia, także wówczas, gdy zdaniem wykonawcy dana pozycja nie przesądza o istnieniu rażąco niskiej.

To, że jednostkowe koszty przypisane do danego zamówienia byłyby niewielkie w skali całej działalności wykonawcy, nie oznacza, że nie pozostają one w związku z jego realizacją. Rolą wykonawcy wezwanego do wyjaśnień ceny jest wykazanie, że jest w stanie za zaoferowaną cenę należycie wykonać zamówienie. W miejsce tego wykonawca nie może wykazywać, że jest w stanie wykonać zamówienie, finansując jego wykonanie np. z innych zleceń.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego PKO S.A. zawartym w odwołaniu, Zamawiający nie był zobowiązany do wystąpienia do niego z kolejnym wezwaniem do wyjaśnień ceny oferty. Skierowane do wykonawcy wezwanie było rzeczowe i jasno określało oczekiwania Zamawiającego. Odwołujący PKO S.A. złożył niekompletne wyjaśnienia. W związku z tym ewentualne ponowne wezwanie zmierzałoby nie tyle do wyjaśnienia już przedstawionych treści, lecz do przedstawienia nowych, tym razem pełnych, wyjaśnień, co nie jest dozwolone. Profesjonalny wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego winien dochować należytej staranności przy sporządzaniu wyjaśnień składanych na wezwanie zamawiającego.

Zauważenia wymaga również, że na rozprawie Odwołujący PKO S.A. stwierdził, że może być pewna niespójność w jego wyjaśnieniach dotycząca tego czy konkretne osoby pracują za konkretne pieniądze przy realizacji zadań. W wyjaśnieniach przedstawił symulację obejmującą hipotetyczną liczbę godzin przy założeniu, że pracę wykonują hipotetyczne osoby zarabiające minimalne wynagrodzenie. Nie jest to rzeczywisty opis jak będzie realizowane przez niego zamówienie. W wyjaśnieniach wskazał, że wszystkie czynności są wykonywane przez wszystkich pracowników banku. Nie jest natomiast sporne, że Zamawiający wymagał, aby zamówienie było realizowane przez wskazanych specjalistów.

W związku z tym, w okolicznościach analizowanej sprawy należy uznać, że zaistniały podstawy do odrzucenia ofert złożonych przez tego wykonawcę PKO S.A. w częściach 7 i 15.

Rolą wykonawcy wezwanego do złożenia wyjaśnień ceny jego oferty jest obalenie domniemania istnienia w jego ofercie rażąco niskiej ceny. W związku z tym wyjaśnienia powinny dać możliwość uznania, że wykonawca jest w stanie wykonać zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę, bez konieczności jego finansowania z innych źródeł. W związku z tym wyjaśnienia nie mogą być pozorne, lecz powinny w pełni uwzględniać elementy wskazane przez zamawiającego w wezwaniu do ich złożenia, winny być wyczerpujące, konkretne i przekonujące. Nie chodzi zatem jedynie o formalny aspekt udzielenia odpowiedzi i przedstawienie ogólnikowych informacji, czy przytoczenie oczekiwanego przez Zamawiającego elementu wyceny, bez jego wyjaśnienia co do sposobu skalkulowania, lecz o rzeczywiste wyjaśnienie kosztów elementów oferty, mających wpływ na wysokość jej ceny.

Z przepisu art. 224 ust. 6 ustawy Pzp wynika, że podstawą do odrzucenia z uwagi na rażąco niską cenę jest m.in. brak złożenia przez wezwanego wykonawcę wymaganych wyjaśnień ceny, przy czym złożenie niepełnych, ogólnikowych wyjaśnień, nie pozwalających na uznanie, że odpowiadają one wezwaniu do ich złożenia, jest uznawane za

równoznaczne z brakiem ich złożenia.

W związku z tym w ocenie Izby Zamawiający zasadnie uznał, że oferty Odwołującego PKO S.A. złożone w częściach 7 i 15 podlegają odrzuceniu. W związku z tym oferty te nie mogły zostać uznane za najkorzystniejsze w tych częściach postępowania.

Nie potwierdziły się zatem pozostałe zarzuty odwołań. Nie zostało bowiem wykazane, aby na skutek odrzucenia ofert Odwołującego Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w częściach 7 i 15 z naruszeniem przepisu art. 239 ustawy Pzp, zgodnie z którym: 1. *Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.* 2. *Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.*

Nie zostało także wykazane, aby naruszył zasady określone w art. 16 ustawy Pzp.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.*

W sprawie KIO 193/23 stwierdzono naruszenie przepisów Pzp, mające wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować uwzględnieniem odwołania.

W sprawach KIO 238/23 i KIO 252/23 nie stwierdzono naruszenia przepisów Pzp, mającego wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować oddaleniem odwołań.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp, orzeczono jak w pkt 1 i 2 sentencji.

Zgodnie z art. 557 Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.*

W sprawie KIO 193/23 Izba uwzględniła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Zamawiający. W sprawach KIO 238/23 i KIO 252/23 Izba oddaliła odwołania. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania odpowiedzialność ponosi Odwołujący PKO S.A.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b 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).

Z tych względów orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....