

WYROK

z dnia 29 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysńska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 sierpnia 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: P. K., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą K&K Consulting P. K. w Krakowie i Armadeo.pl spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Małopolską Agencję Rozwoju w Krakowie

przy udziale wykonawcy Trappa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Olsztynie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: P. K., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą K&K Consulting P. K. w Krakowie i Armadeo.pl spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy), uiszczonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: P. K., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą K&K Consulting P. K. w Krakowie i Armadeo.pl spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: P. K., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą K&K Consulting P. K. w Krakowie i Armadeo.pl spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie na rzecz zamawiającego - Małopolskiej Agencji Rozwoju w Krakowie kwotę 578 zł 00 gr (słownie: pięćset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Małopolska Agencja Rozwoju w Krakowie (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług doradztwa biznesowego”.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017, poz. 1579 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 14 sierpnia 2018 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: P. K., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą K&K Consulting P. K. w Krakowie i Armadeo.pl spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie (dalej: Odwołujący) wnieśli odwołanie, w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów: „art. 7, art. 89 ust. 1 pkt. 2), art. 90 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt. 4), art. 91 względem czynności Zamawiającego nakazanych przepisami ustawy”. Odwołujący wskazał na „podnoszone wadliwe czynności Zamawiającego:

1. badania ofert - poprzez przyjęcie, że Nasza oferta podlega odrzuceniu a oferta

Wykonawcy

Trappa nie podlega odrzuceniu z postępowania,

2. oceny ofert - poprzez przyjęcie, że oferta wykonawcy Trappa podlega punktacji (ocenie) ofert a Nasza oferta nie podlega punktacji,

3. wskazanie wadliwego wyniku postępowania - na ofertę nie najkorzystniejszą lecz na ofertę nieważną w tym postępowaniu - ofertę firmy Trappa.”

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Odwołujący podał, że „Zarzuty Odwołującego dotyczą następujących czynności Zamawiającego:

1. badania ofert - poprzez przyjęcie, że Nasza oferta podlega odrzuceniu a oferta Wykonawcy Trappa nie podlega odrzuceniu z postępowania.

Wynikiem postępowania Zamawiający odrzucił Naszą ofertę z postępowania z podstawy prawnej art. 89 ust. 1 pkt. 2) ustawy, argumentując, że wskazaliśmy niezgodność naszej

oferty z zapisami wymagań siwz - w cenie oferty uwzględniliśmy koszty najmu pomieszczeń dla prowadzenia usługi objętej zamówieniem.”

Odwołujący nie zgodził się z powyższym i wskazał, że „W siwz brak jest jednoznacznych (jakichkolwiek) zapisów o tym, że to Zamawiający zabezpiecza pomieszczenia dla prowadzenia usługi doradztwa, które ma być realizowane w Krakowie i szerokiej okolicy.

Natomiast w formularzu ofertowym - załącznik nr 3 do siwz - Zamawiający ustanowił zapis: Oświadczam/y, że podana w ofercie cena obejmuje całość wynagrodzenia, które uwzględnia w szczególności spełnienie wszystkich wymagań zamawiającego określonych w SIWZ z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia.

Usługa będąca przedmiotem zamówienia zgodnie z przepisami prawa polskiego wymaga prowadzenia doradztwa w odpowiednich miejscach - pomieszczeniach - winno być

umożliwienie spotkań doradcy z uczestnikiem w pomieszczeniach gdzie obie strony będą mogły swobodnie i w niezakłócony sposób rozmawiać. Po tym uczestnik musi podpisać doradcy dokumenty niezbędne do potwierdzenia spotkania." Odwołujący nie przywołał żadnych przepisów, które nakazywałyby „prowadzenie doradztwa w odpowiednich miejscach - pomieszczeniach”, nie wskazał także przepisów, które zabraniałyby prowadzenia usług doradztwa zdalnie - za pośrednictwem środków umożliwiających komunikację na odległość (telefon, poczta elektroniczna itp.). Odwołujący nie zadał pytania do SIWZ odnośnie powyższych zagadnień.

Odwołujący przywoływał postanowienia projektu umowy w paragrafie 5 w pkt. 1 i pkt. 5 „Wykonawca zobowiązuje się do przeprowadzenia usługi w sposób warsztatowy, tzn. przy pełnej profesjonalnej wiedzy teoretycznej i praktycznej z zakresu objętego usługą.

Wykonawca zobowiązuje się przedłożyć Zamawiającemu podpisane przez Uczestnika projektu potwierdzenia wykonania doradztwa (Karta doradztwa - według wzoru stanowiącego załącznik numer 3 do umowy) w terminie do 15-go dnia każdego miesiąca za miesiąc poprzedni lub każdorazowo na żądanie Zamawiającego w terminie przez niego wyznaczonym". Z powyższego Odwołujący wywodził, że Zamawiający jednoznacznie wymaga prowadzenia usługi doradztwa w odpowiednich pomieszczeniach i osobistego kontaktu z beneficjentem końcowym. Miejsce spotkania z beneficjentem końcowym przez profesjonalnie postępującego wykonawcę nie może być pozostawione przypadkowi.

Odwołujący wielokrotnie, i w odwołaniu, i na rozprawie, podnosił, iż Zamawiający nie określił w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) i opisie przedmiotu zamówienia, że zabezpiecza pomieszczenia dla prowadzenia usługi i za te pomieszczenia będzie ponosił koszty. Fakt ten, w połączeniu z pojawianiem się odpowiednich zapisów (jednoznacznie informujących, że Zamawiający zapewnia sale na spotkania) w analogicznym postępowaniu przeprowadzanym przez Zamawiającego na przełomie 2016 i 2017 roku powinien skłaniać do co najmniej do rozważenia, że tym razem a contrario Zamawiający tych sal nie zabezpiecza.

Odwołujący podnosił, że opis przedmiotu zamówienia powinien odzwierciedlać rzeczywiste potrzeby zamawiającego jak również zgodnie z zasadą równego traktowania, zapewnia wszystkim wykonawcom rozumienie opisu przedmiotu zamówienia tak samo (wyrok KIO z dnia 8 kwietnia 2016r, sygn. akt. KIO 437/16, Lex nr 2019435).

Odwołujący powtarzał, że jeżeli Zamawiający zabezpiecza pomieszczenia, za które odrzucił jego ofertę, to w swoich wymaganiach w sposób jednoznaczny i nie budzący żadnych wątpliwości był obowiązany zapisać w siwz.

Odwołujący wnioskował, że „tym samym twierdzenie Zamawiającego, że złożyliśmy ofertę nieodpowiednią względem zapisów siwz jest wadliwe. Doliczenie do ceny oferty koszt ewentualnego najmu nie stanowi niezgodności treści złożonej oferty z zapisami siwz". Odwołujący ponadto podnosił, że „zgodnie z wyrokiem Sadu Okręgowego sygn. akt. V Ca 264/04, nieprecyzyjne zdefiniowanie wymaganych dokumentów i w konsekwencji konieczność ich doprecyzowywania przez komisję przetargową w trakcie badania ofert jest niedopuszczalne. W doktrynie i orzecznictwie wskazuje się, że przy ocenie ofert „muszą być stosowane procedury udzielania zamówień określone w dyrektywie. Znaczy to w szczególności, że powinny być podane zawczasu do wiadomości potencjalnym oferentom - w ogłoszeniu i w dokumentach przetargowych tak, żeby wszyscy oferenci byli ich świadomi podczas przygotowania swoich ofert” wyrok ETS z dnia 18 października 2001 r w sprawie C-19/00.

Dodatkowo Odwołujący przywoływał w odwołaniu, bardzo szeroko, orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w następujący sposób: „Sygn. akt: KIO 643/12, Wyrok KIO z dnia 16 kwietnia 2012 r.

Siwz (wraz z wyjaśnieniami) jest dokumentem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu o zamówienie publiczne. Z jednej strony określa wymagania, które mają spełniać wykonawcy i ich oferty, by uczynić zadość potrzebom zamawiającego, z drugiej zaś - granice, w jakich może poruszać się zamawiający dokonując oceny złożonych ofert. Z tego względu, badając i oceniając oferty, zamawiający zobowiązany jest interpretować siwz tak, jak wskazuje na to jej brzmienie i okoliczności. Trzeba bowiem podkreślić zasadnicze reguły, którymi zobowiązany jest kierować się zamawiający dokonując oceny ofert. Przede wszystkim nie wolno mu oceniać ofert w sposób dowolny, lecz jedynie na podstawie sformułowanych w siwz zasad i wymagań, co służy realizacji wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, a także związanej z nimi zasady transparentności postępowania. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione wyłącznie na podstawie kryteriów oceny ofert zawartych w siwz. Jednocześnie podkreślić trzeba, iż zamawiający nie jest uprawniony, aby na etapie oceny ofert nadawać postanowieniom siwz inne, niż pierwotnie

ustalone, znaczenie. Żeby stwierdzić, iż w okolicznościach danej sprawy zaktualizowała się przesłanka odrzucenia oferty wykonawcy określona w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (niezgodność treści oferty z treścią siwz niepodlegająca korekcie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp) zamawiający zobowiązany jest porównać treść siwz z treścią oferty (oświadczenie woli w rozumieniu art. 60 kc w zw. z art. 14 Pzp) i gdy stwierdzi niemożliwe do wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 Pzp oraz nie dające się poprawić w trybie art. 87 ust. 2 Pzp niezgodności, zobowiązany jest do odrzucenia oferty. Badanie i ocenę ofert powinien zamawiający prowadzić z uwzględnieniem zasady, iż wszelkiego rodzaju niedopowiedzenia, niejasności, niedoprecyzowania, zawarte w postanowieniach siwz, należy interpretować na korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Sygn. akt: KIO 656/12, Wyrok KIO z dnia 17 kwietnia 2012 r.

(...) zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również w treści załączników do niej nie przekazał jednoznacznego komunikatu o formie dokonywanej oceny ofert, pod kątem ich zgodności z s.i.w.z., bazując w większości na oświadczeniach wykonawców (np. oświadczenie o spełnieniu przez jednostkę centralną „urządzenia” wymagania wydajnościowego mierzonego w programie testującym (...)). Jeżeli zatem zamawiający, żądając spełnienia wymaganej funkcjonalności nie sprecyzował, w jaki sposób ta ocena będzie dokonywana, to nie może następnie obarczać wykonawcy negatywnymi konsekwencjami swojego zaniechania. Odwołujący odpowiadając na tak sformułowane żądania, zinterpretował je w sposób prawidłowy i bez znaczenia pozostaje w tym zakresie odmienna interpretacja zamawiającego, która nie została uszczegółowiona na etapie ogłoszenia o zamówieniu i publikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a przedstawiona została dopiero na etapie rozprawy. W powyższym zakresie rozstrzygającą pozostaje treść s.i.w.z. i załączników do niej, która nie budzi żadnych wątpliwości, co do sposobu jej rozumienia.

Sygn. akt: KIO 1295/12, Wyrok KIO z dnia 5 lipca 2012 r.

Oznacza to, że w niniejszym stanie faktycznym sporny dokument (kosztorys ofertowy) niewątpliwie nie był wymagany. Zamawiający nie zawarł bowiem w treści SIWZ jednoznacznych postanowień dotyczących obowiązku jego złożenia wraz z ofertą. Tym samym odrzucenie oferty wykonawcy, który tego rzekomego obowiązku nie wypełnił jest nieuprawnione.

Sygn. akt: KIO 2810/11, Wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2012 r.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z siwz ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obligatoryjnego poprawiania oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w siwz oraz zobowiązania oferowanego w ofercie tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczania ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie pomieszczane w siwz); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega - co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi i skwantyfikowanymi fragmentami czy normami siwz.

Sygn. akt: KIO 473/12, Wyrok KIO z dnia 22 marca 2012 r.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeśli treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Niezgodność, o której mowa w tym przepisie musi mieć charakter niezgodności merytorycznej, dotyczącej zaoferowanego świadczenia. Niezgodność formalna nie wpływa na treść oferty rozumianą jako oświadczenie woli wykonawcy co do zaoferowania przedmiotu zamówienia wypełniającego wszystkie wymagania zamawiającego opisane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający może zatem odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jedynie wówczas, gdy ustali w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewnia realizacji zamówienia, zgodnie z warunkami specyfikacji, a tym samym zaoferowane świadczenie nie odpowiada opisanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom. Sprzeczność treści oferty z treścią specyfikacji zachodzi w szczególności wówczas, gdy przedmiot zaoferowany w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia, a ponadto stwierdzone niezgodności dotyczą istotnych jego elementów.

Sygn. akt: KIO 1673/11, Wyrok KIO z dnia 18 sierpnia 2011 r.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, i nie było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego. Sygn. akt: KIO 1803/11, Wyrok KIO z dnia 6 września 2011 r.

Podając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy materialną podstawę prawną rozstrzygnięcia należy wskazać, iż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Wskazany art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp zaś stanowi, iż zamawiający poprawia w ofercie inne niż oczywiste omyłki pisarskie oczywiste omyłki rachunkowe, omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Powyższe sankcjonowane jest przez dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowiącą, iż odrzuca się ofertę wykonawcy, który w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3. Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby.

Sygn. akt: KIO 1941/11, Wyrok KIO z dnia 20 września 2011 r.

Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w zakresie parametrów zaoferowanego procesora. Izba ustaliła, że w myśl zapisu w specyfikacji istotnych warunków - Opis przedmiotu zamówienia - wykaz oferowanych urządzeń z parametrami

Sygn. akt: KIO 2154/11, Wyrok KIO z dnia 21 października 2011 r.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO, gdy z danego postanowienia SIWZ można wywieść więcej niż jedno logiczne, zgodne zasadami gramatyki i składni jego rozumienie, należy je zaakceptować i nie jest dopuszczalne odrzucenie oferty z powodu niegodności z treścią SIWZ. Wykonawcy nie mogą bowiem ponosić negatywnych konsekwencji braku precyzji sformułowań SIWZ, ponieważ nie mają oni obowiązku ustalać, co było intencją Zamawiającego, o ile ta intencja nie została jasno i czytelnie wyrażona.

Sygn. akt: KIO 2219/11, Wyrok KIO z dnia 2 listopada 2011 r.

samo odwołanie się do oczywistości danego wymogu, o ile równocześnie nie wynika on jednoznacznie z treści SIWZ, nie może być uznane za wystarczającą przesłankę uznania Oferty za niezgodną z treścią SIWZ.

Sygn. akt: KIO 2350/11, Wyrok KIO z dnia 14 listopada 2011 r.

Podkreślić należy, że ocena treści oferty pod względem zgodności z treścią siwz w procedurze postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może być dokonywana wyłącznie w oparciu o jednoznaczne i konkretne wymagania określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Brak podania w siwz określonych wymagań oznacza, że zamawiający nie może, opierając się na wyłącznie subiektywnej ocenie, domniemywać niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji.”.

Z powyższej przytoczonego orzecznictwa Odwołujący wywodził, że odrzucenie jego oferty, „za wskazanie w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny ewentualnego kosztu wynajmu pomieszczeń dla prowadzenia doradztwa jest niezgodne z przepisami prawa i w/w orzecznictwem. Wykonawca nie może ponosić skutków prawnych za nieprecyzyjne zapisy siwz Zamawiającego.”

Nadto Odwołujący podnosił, że „badając ofertę konkurencji firmy Trappa, Zamawiający nie wykazał się tak wielką skrupulatnością.

Na wezwanie Zamawiającego, podnoszony Wykonawca Trappa w celu wykazania, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, przedstawił lakoniczne wyjaśnienia bez załączenia żadnych środków dowodowych.

Zapis ustawy wymaga, żeby w wyjaśnieniach przedstawić środki dowodowe, które potwierdzą realność zaoferowanej ceny- Trappa nawet nie załączyła do wyjaśnień wstępnych umów z doradcami pokazującymi koszty obsługi.”

Odwołujący w tym zakresie również obszernie przywoływał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej:

„W wyroku Sygn. akt: KIO 1637/17, Sygn. akt: KIO 1673/17 z dnia 24 sierpnia 2017 r, Krajowa Izba Odwoławcza zgodnie z przyjętą linią orzecznictwa wskazuje: Za wyjaśnienia ogólnikowe, lakoniczne, niewypełniające treści wezwania, należy uznać takie wyjaśnienia,

które wskazują na okoliczności wpływające na cenę, ale nie ukazujące sposobu tego wpływu, jak również nie potwierdzające, że okoliczności te mają charakter szczególny i indywidualny dla tego konkretnego wykonawcy - wyrok KIO z 11.2.2016 r., KIO 121/16. W świetle art. 90 ust. 1 Pzp dowody są niezbędne na potrzeby weryfikacji oświadczeń złożonych przez wykonawcę. Przywołał wyrok KIO z 10.06.2015 r., KIO 1103/15, wyrok KIO z 13.08.2015 r., sygn. akt: KIO 1664/15, wyrok KIO z 14.05.2013 r., sygn. akt: KIO 960/13, wyrok KIO z 19.04.2013 r., sygn. akt: KIO 791/13 oraz wyrok KIO z 06.03.2017 r., sygn. akt: KIO 297/17.”.

Odwołujący podkreślał, że „Zamawiający nie jest uprawniony do domniemywania jakichkolwiek okoliczności, niestanowiących treści wyjaśnień, za pomocą których sam wykonawca nie opisuje własnej sytuacji i które pozostają nieudowodnione. Pogląd ten jest wielokrotnie powtarzany w orzecznictwie KIO (np. wyroki KIO o sygn. akt: KIO 267/15, KIO 2721/15, KIO 2813/15, KIO 2785/15, KIO 371/16, KIO 482/16, KIO 484/16, KIO 559/16, KIO 2406/15, KIO 818/15, KIO 925/15, KIO 1410/15, KIO 1415/15, KIO 422/17, KIO 416/17), a z jego treści wynika, iż wykonawca, jako podmiot profesjonalnie zajmujący się wykonywaniem umów zawartych w trybie Pzp, powinien dołożyć wszelkiej staranności, aby wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny były konkretne, rzetelne, zwięzłe i zawierające odpowiednie kalkulacje, a nie ogólne, uniwersalne, rozległe, bez przywołania niezbędnych dowodów. Przywołał wyrok KIO o sygn. akt: KIO 1363/13 oraz wyrok KIO o sygn. akt: KIO 239/14. Podkreślił, iż skład orzekający wyraźnie bierze pod uwagę zalecenia płynące wprost z treści art. 90 ust. 2 Pzp, który stanowi, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy. (...) Nadto, Zamawiający bagatelizuje kwestie wariantu (scenariusza) obniżenia o 50 % przedmiotu zamówienia mimo, że taki wymóg zawarł w SIWZ (okoliczność bezsporna między stronami), i nie przeczył, że wariant ten we wcześniejszych postępowaniach był niższy (na taka okoliczność wskazywał na rozprawie Odwołujący - potwierdziła powyższa okoliczność SIWZ załączona do złożonego na rozprawie pisemnego uzupełniającego stanowiska Odwołującego - § 2 ust. 4 zał. nr 4 do SIWZ - Wzór umowy /25%/), czyli w tym postępowaniu, z jakichś powodów dla Zamawiającego ta kwestia była istotna, skoro podwyższył pułap do 50 % /§ 2 ust. 3 zał. nr 4 do SIWZ - Wzór umowy/ w tym zakresie.

(...) Izba zwraca także uwagę Przystępującemu, że to na nim spoczywa ciężar dowodzenia. Jeśli więc twierdzi, że można wynająć salę w Krakowie za cenę wynikającą z drugich wyjaśnień winien to udowodnić. Twierdzenia w tym zakresie z rozprawy świadczą o braku po stronie Przystępującego znajomości istoty ciężaru dowodu na nim spoczywającym. W przedmiotowym zakresie nie mamy w żadnym wypadku do czynienia z „oczywistością”, a tezy i odsyłanie do „wyszukiwarki”, to nieporozumienie. Przystępujący nie złożył żadnych dowodów. Izba zwraca uwagę, że zgodnie z art. 190 ust. 1 a pkt 1 Pzp - ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. Powołując się w tym miejscu dodatkowo na regulację art. 14 Pzp należy wskazać, że do czynności podejmowanych przez Zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej; przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 i ust. 1 a Pzp. Postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania oraz Przystępujący (art. 190 ust. 1 a pkt 1 Pzp) i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodać określone skutki prawne. Przepis art. 6 Kc wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne: ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza). Tym samym w ocenie Izby, Przystępujący nie podolał ciężarowemu na nim obowiązkom. Podobnie w wyroku KIO z 29.04.2016 r., sygn. akt: KIO 596/16 - przy czym orzeczenie zostało w szczególności przywołane w kontekście kosztów wynajęcia sali w Krakowie: „W odniesieniu do obowiązku przedstawienia dowodów Izba wskazuje, że obowiązek ten spoczywa na wykonawcy w każdej sytuacji powołania się na okoliczności, w przypadku których możliwe jest przedłożenie dowodów. Poprzestanie w takiej sytuacji na oświadczeniu własnym wykonawcy jest niewystarczające i czyni wyjaśnienia gołosłownymi. W prezentowanej kalkulacji wykonawca nie przyjmuje w ogóle wariantu dla niego najbardziej niekorzystnego a również możliwego, czyli przypadku, kiedy 100% doradztwa ma charakter osobisty a nie zdalny. Powoływanie się w tym zakresie na przygotowanie doradców o niczym nie przesądza - aby bowiem mieć pewność przyjmowanych do wyjaśnień wariantów wykonawca musiałby mieć pewność co do przyszłych i niepewnych zachowań uczestników doradztwa - zamawiający w tym zakresie też żadnych gwarancji wykonawcom nie składał. Wykonawca nie przedstawił na potwierdzenie swoich tez żadnych dowodów zupełnie w ten sposób ignorując spoczywający na nim obowiązek dowodowy. W utajnionej, ze złamaniem prawa kalkulacji, nie uwzględnił między innymi kosztu najmu pomieszczeń dla prowadzenia usługi oraz kosztów dojazdów doradców. Nie uwzględnił również kosztów promienia odległości Olsztyn- Kraków i okolice do prowadzenia usługi doradztwa.

Elementy, na które wskazuje wyjaśniając cenę oferty są dostępne dla wszystkich pozostałych uczestników tego postępowania.

Wyjaśnienia te zgodnie z poniższym orzecznictwem, winny być uznane za nie wystarczające a oferta Trappa winna być odrzucona:

Sygn. akt: KIO 624/11, Wyrok KIO z dnia 11 kwietnia 2011 r.

Izba podzieliła w tym zakresie pogląd wyrażony przez Zamawiającego, iż to na Wykonawcy ciąży obowiązek wskazania, w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jakie elementy oferty miały wpływ na wysokość ceny i w jaki sposób dokonano ich kalkulacji, tak, aby udowodnić, że zaproponowana cena nie jest ceną rażąco niską. Wykonawca, składając wyjaśnienia na okoliczność kalkulacji ceny oferty, powinien również wykazać, że wskazana cena została ustalona zgodnie z prawem, na podstawie obiektywnych czynników, bez naruszania zasad uczciwej konkurencji. Natomiast Zamawiający, działając na podstawie art. 90 ust. 2 ustawy, zobowiązany jest we właściwy sposób ocenić złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia. W rozpatrywanym przypadku Odwołujący nie przedstawił wyczerpującego sposobu zgodnie, z którym dokonano kalkulacji elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wskazać należy, że aby uzasadnić możliwość zaproponowania niskich cen jednostkowych trzeba wskazać obiektywne czynniki umożliwiające zaoferowanie takich niskich cen. Jako profesjonalny podmiot, Odwołujący powinien posiadać wiedzę o tym, co powinny zawierać wyjaśnienia, aby Zamawiający mógł uznać je za prawidłowo sporządzone. Nie wykazał on jednak w sposób niebudzący wątpliwości, iż znajduje się on w jakiejś szczególnie sytuacji odróżniającej go w sposób wyraźny od innych występujących odpowiednio długo na rynku. Zasadnie wskazywał Zamawiający, iż na etapie wyjaśnień, Odwołujący nie wykazał szczególnie korzystnych cen oferowanych mu przez jego dostawców. Powołał się on na cenniki mu zaoferowane, nie przedłożył ich jednak Zamawiającemu.

Sygn. akt: KIO 227/18 WYROK z dnia 22 lutego 2018 r.

W ocenie Izby, złożone przez przystępującego wyjaśnienia są wyjaśnieniami lakonicznymi, sprzecznymi, nie zawierających konkretnych wyliczeń, rzeczywistych wartości wskazanych wyżej czynników umożliwiających obniżenie ceny. Wreszcie żaden z tych czynników nie jest czynnikiem wyjątkowym, dostępnym jedynie dla tego wykonawcy, uzasadniającym tak istotne obniżenie oferty przystępującego w stosunku do innych złożonych ofert w postępowaniu. Pozostali wykonawcy również są doświadczonymi, działającymi na rynku lokalnym podmiotami, korzystającymi z potencjału lokalnego (a nie zagranicznego), posiadającymi biura położone w niedalekiej odległości od miejsca realizacji inwestycji, a przede wszystkim wykonawcy ci korzystają z własnego doświadczenia, samodzielnie wykazują spełnianie warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do doświadczenia wykonawcy, co nie dubluje kosztów realizacji usługi.

W świetle orzecznictwa, podnoszona oferta Trappa podlega odrzuceniu z postępowania z art. 89 ust. 1 pkt. 4) względem art. 90 ust. 3 ustawy."

„2. oceny ofert - poprzez przyjęcie, że oferta wykonawcy Trappa sp. z o.o. podlega punktacji (ocenie) ofert a Nasza oferta nie podlega punktacji,

Tymczasem Nasza oferta winna mieć przyznane punkty oceny a oferta podnoszona (oferta firmy Trappa) z przyczyn wskazanych w pkt. 1-2 jest nie ważna i tym samym powinna otrzymać 0 pkt i nie powinna brać udziału rankingu ofert, zmierzającym do wyłonienia najkorzystniejszej oferty.

3. wskazania wadliwego wyniku postępowania poprzez brak oceny punktowej Naszej oferty i ocenianie oferty nie ważnej w tym postępowaniu - oferty firmy Trappa.

Wskazane wyżej czynności Zamawiającego naruszyły interes Odwołującego - Zamawiający w toku postępowania tego zamówienia publicznego zaniechaniem i swoimi wadliwymi czynnościami naruszył artykuły ustawy, co narusza zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania stron postępowania. Powyższe naraża Odwołującego na utratę sporych korzyści. To Nasza oferta jest ważna i najkorzystniejsza w tym postępowaniu.

Narusza to zasadę równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy, mogących zrealizować dane zamówienie publiczne zgodnie z prawnymi wymogami Zamawiającego oraz narusza zasadę obiektywizmu i bezstronności."

Dalej Odwołujący podnosił, że „z chwilą wejścia do Unii Europejskiej (UE) z dniem 01 maja 2004, władze Polski zobowiązały się do stosowania dyrektywy UE z dnia 21 grudnia 1989 r. nr 89/665/EWG dotyczącej koordynacji przepisów prawnych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane. Złożyły również deklarację, że polskie prawo jest zgodne z prawem UE. Z powyższego wynika, że dotychczasowa interpretacja interesu

prawnego wykonawcy w postępowaniu o zamówienie publiczne w zakresie jego działań prowadzących do przeciwdziałania udzielenia zamówienia publicznego podmiotowi nieuprawnionemu w konsekwencji naruszenia przepisów PZP, musi ulec zmianie i nie może być ograniczana do interesu prawnego uzyskania zamówienia w danym postępowaniu.

Art. 1 ust 3 Dyrektywy nr 89/665/EWG

Państwa członkowskie zapewnią, że środki odwoławcze, zgodnie ze szczegółowymi przepisami, które państwa członkowskie mogą wprowadzić, są dostępne co najmniej każdemu podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego na dostawę lub roboty budowlane, w przypadku, gdy taki podmiot doznał uszczerbku lub zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku domniemanego naruszenia przepisów. W szczególności, państwa członkowskie mogą wymagać od takiego podmiotu uprzedniego powiadomienia zamawiającego o domniemanym naruszeniu przepisów i o zamiarze skorzystania ze środków odwoławczych.

Jak widać z treści powyższego artykułu dyrektywa nie ogranicza dostępu do środków odwoławczych tylko w przypadku naruszenia interesu prawnego, ale umożliwia taki dostęp przy naruszeniu każdego interesu.”.

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. „powtórzenie czynności badania ofert - w następstwie której nastąpi przywrócenia Naszej oferty do postępowania i odrzucenie podnoszonej oferty Trappa z postępowania,
2. powtórzenie czynności oceny (punktacji ofert) - tj. przeprowadzenie tej czynności w odniesieniu tylko do ważnych ofert,
3. wskazanie wyniku postępowania na Naszą ofertę,
4. równe traktowanie wszystkich wykonawców ubiegających się o to zamówienie publiczne w sposób zachowujący zasady uczciwej konkurencji.”.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. W odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie wnosil o jego oddalenie. Wskazywał, że w postępowaniu KIO 1637/17 i 1673/17 był inny przedmiot zamówienia i powoływanie się na tę sprawę jest nieadekwatne dla niniejszego postępowania. Jeżeli Odwołujący miał jakiegokolwiek wątpliwości, to mógł złożyć pytania do SIWZ. Zamawiający wyjaśnia, że obaj wykonawcy złożyli wyjaśnienia rażąco niskiej ceny i oba wyjaśnienia zostały zaakceptowane pod kątem ceny, a jedynie z wyjaśnień Odwołującego Zamawiający wywiódł przyczynę odrzucenia oferty jako niezgodnej z SIWZ. Wynikało bowiem z wyjaśnień, że Odwołujący doliczył koszt, którego Zamawiający nie chciał i nie mógł ponosić.

Postępowanie jest dofinansowane z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego i Zamawiającego obowiązują regulacje odnośnie kwalifikacji kosztów.

Dodatkowo zauważa, że wydruki cenników innych sal w Krakowie załączone do wyjaśnień Odwołującego są bezprzedmiotowe, a sam Zamawiający zatroszczy się o komfort świadczenia usługi. Przedmiotem zamówienia jest jedynie usługa doradcza i można ją świadczyć zdalnie. Natomiast stawki wskazanej w wyjaśnieniach obu wykonawców za godzinę różniły się jedynie minimalnie.

Wobec treści zarzutów postawionych przez Odwołującego nie ma on w ocenie Zamawiającego interesu we wniesieniu odwołania, bowiem jego oferta i tak nie zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

Wyjaśnienia obu wykonawców odnośnie rażąco niskiej ceny zostały utajnione.

Zamawiający stwierdzał, że wyjaśnienia Przystępującego z 3 sierpnia 2018 r. były spójne, wystarczające i przekonujące, dotyczyły przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu. Ponadto podnosił, że Przystępujący świadczył już usługę podobną dla tego samego Zamawiającego w ramach innego projektu (usługa zakończyła się 2 tygodnie temu), co umożliwia Przystępującemu niejako ciągłość świadczenia tego rodzaju usług u Zamawiającego i dodatkowo stanowi potwierdzenie zasadności złożonych wyjaśnień.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Trappa spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Olsztynie, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Wbrew stanowisku Zamawiającego, Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły - wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia. Oferta Odwołującego została odrzucona - a gdyby nie została odrzucona, zajęłaby drugie miejsce w rankingu ofert. Aby oferta Odwołującego została uznana za najkorzystniejszą, musiałby on doprowadzić do tego, by oferta Przystępującego została odrzucona, a równocześnie, by oferta Odwołującego została uznana za niepodlegającą odrzuceniu. Izba, po analizie odwołania, uznała, że Odwołujący podnosił zarzuty zmierzające do osiągnięcia powyższego celu, a więc jego interes we wniesieniu odwołania nie budził wątpliwości.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołania nie można uwzględnić.

Na wstępie należy wskazać, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia (art. 192 ust. 2 Prawa zamówień publicznych). Aby Odwołujący wykazał wpływ podnoszonych zarzutów na wynik postępowania, musiałby doprowadzić do uznania zasadności zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego. Jeżeli bowiem Odwołujący nie przedstawi przekonujących argumentów, że oferta

Przystępującego powinna zostać odrzucona, to zasadność pozostałych zarzutów (zarzutu odnoszącego się do odrzucenia oferty Odwołującego) będzie irrelevantna dla wyniku postępowania. A więc nawet, gdyby okazało się po analizie zarzutów odwołania, że oferta Odwołującego została niesłusznie odrzucona, ale oferta Przystępującego nie podlega odrzuceniu (czyli potwierdziłby się jeden z zarzutów odwołania), to stwierdzenie powyższego nie miałoby wpływu na wynik postępowania - nie zmieniałoby tego wyniku, bowiem oferta Przystępującego pozostawałaby ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu.

Niezależnie od powyższej konstatacji, należy wskazać, że podstawą odwołania powinny być prawidłowo sformułowane zarzuty. Zarzut składa się z podstawy prawnej i skorelowanej z nim podstawy faktycznej. O ile podstawę prawną można wywieść z prawidłowo opisanej podstawy faktycznej, to Izba, rozpatrując odwołanie, nie może dodawać do niego zarzutów, które nie wynikają wprost z odwołania - Izba bada zarzuty jedynie w granicach zakreślonych w odwołaniu (zgodnie z art. 192 ust. 7 Prawa zamówień publicznych, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu). Dodatkowo trzeba zauważyć, że podniesione zarzuty winny być uzasadnione, a uzasadnienie nie powinno się składać wyłącznie z szeroko przytaczanego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. Tymczasem w uzasadnieniu odwołania Odwołujący cytował przypadkowe orzeczenia - w każdym razie nie wykazywał ich związku z rozpatrywaną sprawą. Przykładowo, na stronie 6 odwołania, Odwołujący cytował „Sygn. akt: KIO 1941/11, Wyrok KIO z dnia 20 września 2011 r.

Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w zakresie parametrów zaoferowanego procesora. Izba ustaliła, że w myśl zapisu w specyfikacji istotnych warunków - Opis przedmiotu zamówienia - wykaz oferowanych urządzeń z parametrami”, nie wyjaśniając, jaki związek ma przywołany fragment orzeczenia z zarzutami podnoszonymi we wniesionym odwołaniu.

Zarówno przesłanki odrzucenia oferty z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, jak i treść wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny nie budzą żadnych wątpliwości w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Jeżeli Odwołujący dostrzega wpływ przywoływanego przez siebie orzeczenia na rozstrzygnięcie podnoszonego przez niego zarzutu, powinien to wskazać, a nie obszernie cytować uzasadnienia wyroków dotyczących zbliżonej podstawy prawnej. Podsumowując, uzasadnienie odwołania nie powinno się składać wyłącznie z przywołanego i cytowanego orzecznictwa Izby.

W zakresie zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła co następuje:

1. Zgodnie z punktem 17 SIWZ, kryteriami oceny ofert były: cena - z wagą 60% i dodatkowi doradcy - z wagą 40%.
2. Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówieni kwotę 702 000 zł.
3. W postępowaniu złożono trzy oferty: oferta Przystępującego na kwotę 623 610 zł, oferta Odwołującego na kwotę 662 064 zł i oferta innego wykonawcy na kwotę 1 419 600 zł.
4. Przystępujący i Odwołujący zaoferowali po dwudziestu dodatkowych doradców biznesowych. W konsekwencji o rankingu ofert decydowała cena.
5. W odpowiedzi na pytanie składu orzekającego, które miejsce Odwołujący zająłby w rankingu, gdyby nie został odrzucony, ale dopuszczony do oceny punktowej, Zamawiający oświadczył na rozprawie, że Przystępujący zająłby drugie miejsce w rankingu. Powyższe stwierdzenie jest zgodne z ustaleniami Izby.
6. Wobec cen zaoferowanych w postępowaniu, Zamawiający wezwał zarówno Odwołującego, jak i Przystępującego do wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.
7. Obaj wykonawcy złożyli wyjaśnienia. Wyjaśnienia Przystępującego zostały złożone na 8 stronach, załączono do nich 8 załączników (dowodów). Przystępujący podał, że z racji świadczenia już usługi przez doradców, którymi dysponuje, na rzecz Zamawiającego, jest w stanie zaoferować korzystne stawki, zapewniając ciągłość pracy tym osobom. Opisał przewidywany przez siebie sposób organizacji pracy (wyjaśnienia zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa).
8. Odwołujący w swoich wyjaśnieniach wskazał, że w cenie oferty ujął koszt wynajmu pomieszczeń, nie wskazany w treści SIWZ, ale obowiązek ujęcia go w kosztach domniemał, porównując SIWZ w niniejszym postępowaniu z treści SIWZ w innym postępowaniu. Odwołujący w swoich wyjaśnieniach także wskazał wysokość zysku - po jego odjęciu od ceny jego oferty, cena zaoferowana przez Odwołującego byłaby znacznie niższa od ceny zaoferowanej przez Przystępującego.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego.

Zdaniem Odwołującego, oferta Przystępującego powinna być odrzucona, bo nie załączono do jego wyjaśnień żadnych dowodów. Na rozprawie Odwołujący powoływał się na zasadę równego traktowania wykonawców i wskazywał, że w innym postępowaniu Izba nakazała odrzucenie jego oferty z powodu niezłączenia dowodów do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Jedyne uzasadnienie faktyczne, jakie Odwołujący opisał w odwołaniu w odniesieniu do zaniechania odrzucenia oferty Odwołującego, to „Na wezwanie Zamawiającego, podnoszony Wykonawca Trappa w celu wykazania, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, przedstawił lakoniczne wyjaśnienia bez załączenia żadnych środków dowodowych. Zapis ustawy wymaga, żeby w wyjaśnieniach przedstawić środki dowodowe, które potwierdzają realność zaoferowanej ceny - Trappa nawet nie załączyła do wyjaśnień wstępnych umów z doradcami pokazującymi koszty obsługi.”

Na rozprawie Odwołujący podtrzymał argumentację dotyczącą oferty Przystępującego: jego wyjaśnienia w ocenie Odwołującego są zdawkowe (zauważał, że Odwołującemu znana jest treść wyjaśnień, ale tak zakreślona, że praktycznie nieczytelna), do wyjaśnień nie załączono żadnego dowodu. Nowe dowody składane w toku postępowania odwoławczego są spóźnione. Odwołujący przywoływał wyrok KIO 1637/17 i 1673/17, zapadły w sprawie postępowania toczącego przez tego samego Zamawiającego, gdzie Trappa był Odwołującym, a P. K. Przystępującym.

W ocenie Odwołującego, Przystępujący nie uwzględnił, zgodnie z SIWZ, wszystkich kosztów, w tym kosztów dojazdu.

Świadczenie przedmiotu zamówienia musi się odbywać, zdaniem Odwołującego, w odrębnym pomieszczeniu, co wynika chociażby z ustawy o ochronie danych osobowych i RODO (przy czym Odwołujący nie wyjaśnił, w jaki sposób przywołane przepisy uniemożliwiają świadczenie usług doradztwa na odległość).

Kwota 50 zł wskazana w wyjaśnieniach oraz inne kwoty - nie wiadomo, jak zauważał Odwołujący, czy są to kwoty brutto czy netto i czy uwzględniają koszty ewentualnych ubezpieczeń społecznych i innych. O wysokości stawek dowiedział się dopiero

z przystąpienia (Zamawiający odtajnił część wyjaśnień Przystępującego, i ujawnił je Odwołującemu, bez ujawniania cen, kosztów i stawek wskazanych w wyjaśnieniach przez Przystępującego).

Odwołujący podkreślał, że do wyjaśnień nie załączono żadnych dowodów, które wykazywałyby możliwość realizacji zamówienia po wskazanych przez Przystępującego stawkach.

Przystąpienie, w ocenie Odwołującego, opiera się na porównywaniu stawek Przystępującego i Odwołującego, co nie prowadzi do wykazania realności stawek Przystępującego.

Izba tak uzasadniony zarzut uznała za niepotwierdzony. Po pierwsze, zasada równego traktowania wykonawców dotyczy wykonawców w danym postępowaniu. Okoliczność, że w innym postępowaniu, wobec innej oferty, uznano wyjaśnienia wykonawcy za nieprzekonujące wobec braku dowodów, nie przesądza o naruszeniu zasad wynikających z art. 7 Prawa zamówień publicznych w tym postępowaniu. Naruszenie zasady równego traktowania wykonawców może nastąpić przez niejednakowe potraktowanie przez Zamawiającego wykonawców w danym postępowaniu. Zatem nie stwierdzono naruszenia art. 7 Prawa zamówień publicznych.

Okoliczność, że wykonawca do wyjaśnień nie załączył „wstępnych umów z doradcami”, do złożenia których Zamawiający go nie wzywał, również nie przesądza o tym, że wykonawca podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 Prawa zamówień publicznych. Zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych Odwołujący w ocenie Izby w ogóle nie uargumentował. Jak wskazano wcześniej, prawidłowo sformułowany zarzut składa się z podstawy prawnej i faktycznej, popartej uzasadnieniem. Uzasadnieniem nie może być wyłącznie przywołane orzecznictwo Izby, zapadłe w innych sprawach. Odwołujący oparł swoje odwołanie na przyjętym z góry założeniu, że usługa doradztwa będzie świadczona w pomieszczeniach wynajmowanych od Zamawiającego, i nie może być świadczona na odległość, a, co za tym idzie, Przystępujący powinien w ofercie uwzględnić koszty z tym związane - jednak taka argumentacja nie ma żadnego oparcia w postanowieniach SIWZ.

Ocena złożonych wyjaśnień odbywa się w kontekście całokształtu okoliczności, które miały miejsce w danym postępowaniu - wartości zamówienia, cen zaoferowanych w postępowaniu, treści wezwania Zamawiającego i wyjaśnień wykonawcy. W ocenie Izby wyjaśnienia Przystępującego (objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, o ujawnienie której Odwołujący nie wnosił) były przekonujące i wystarczające. W konsekwencji Przystępujący podał ciężarowi dowodu, wynikającemu z art. 90 ust. 2 Prawa zamówień publicznych. Porównywanie przez Przystępującego własnych stawek ze stawkami Odwołującego ma znaczenie dla powyższej oceny - stawki zaoferowane przez obu wykonawców, i ceny ich ofert były zbliżone. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, do wyjaśnień Przystępującego załączono dowody, lecz inne, niż postulował Odwołujący. Odwołujący również złożył wyjaśnienia odnośnie rażąco niskiej ceny - wynikało z nich, że po odjęciu deklarowanego zysku, oferta Odwołującego byłaby tańsza, niż oferta Przystępującego. Odwołujący nie argumentował w żaden sposób, że za cenę zaoferowaną przez Przystępującego nie da się wykonać zamówienia (trudno się w ogóle w odwołaniu dopatrzeć tak postawionego zarzutu). Jak wskazano powyżej, Izba bada odwołanie w granicach postawionych zarzutów. Reasumując, Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu odnoszącego się do zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego.

Ponadto, zdaniem Odwołującego, Przystępujący powinien złożyć ofertę wariantową, z założeniem „najbardziej niekorzystnego wariantu, czyli przypadku, kiedy 100% doradztwa ma charakter osobisty a nie zdalny” - jednak takich wariantów Zamawiający nie przewidział w SIWZ. Odwołujący, poza powyżej zacytowanym założeniem, zarzutów w odniesieniu do braku wariantowości w ofercie Przystępującego nie podniósł.

Konkludując, Izba nie dopatrzyła się okoliczności, przemawiających za odrzuceniem oferty Odwołującego z postępowania.

Zarzut nieprawidłowego odrzucenia oferty Odwołującego

Odwołujący podnosił, że Zamawiający nie określił w postanowieniach SIWZ i opisie przedmiotu zamówienia, że zabezpiecza pomieszczenia dla prowadzenia usługi i za te pomieszczenia będzie ponosił koszty. Z porównania postanowień SIWZ w niniejszym postępowaniu i w analogicznym postępowaniu przeprowadzanym przez Zamawiającego na przełomie 2016 i 2017 roku Odwołujący wywodził, że porównanie to powinno „skłaniać do co

najmniej do rozważenia, że tym razem a contrario Zamawiający tych sal nie zabezpiecza." Mimo, iż, jak twierdził Odwołujący, treść SIWZ w porównaniu z innymi postanowieniami SIWZ w innych postępowaniach powinna skłaniać do rozważenia ujęcia w ofercie dodatkowego, niewskazanego wprost w SIWZ kosztu, pytania w tym zakresie do SIWZ nie zadał. Odwołujący na rozprawie wskazywał, że Zamawiający mógłby go odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych, jednak tego nie uczynił (zgodnie z protokołem podnosił, że „Zamawiający mógłby ewentualnie zarzucać błędne obliczenie ceny, ale nie było to podstawą odrzucenia oferty Odwołującego.”).

Izba nie uwzględniła tak sformułowanego zarzutu. Jeżeli Odwołujący podnosi, że powinien być odrzucony z uwzględnieniem innej podstawy prawnej, niż wskazano w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, to może to prowadzić do wniosku, że Odwołujący nie ma interesu w podnoszeniu tak sformułowanego zarzutu. Niezależnie od powyższego, nawet gdyby decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania była wadliwa, to i tak nie miałoby to wpływu na wynik postępowania, ponieważ Odwołujący nie wykazał zasadności zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, która została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą.

Reasumując, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5

Przewodniczący: