

**Sygn. akt: KIO 2747/20**  
**Sygn. akt: KIO 2748/20**  
**Sygn. akt: KIO 2749/20**

**WYROK**

**z dnia 20 listopada 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Rams**

**Protokolant: Piotr Kur**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 listopada 2020 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **26 października 2020 r.** przez **Scorpii Capital Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Bank Gospodarstwa Krajowego, Warszawa,**

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołania.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Scorpii Capital Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 45 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Scorpii Capital Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie tytułem wpisów od odwołań.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt: KIO 2747/20**

**Sygn. akt: KIO 2748/20**

**Sygn. akt: KIO 2749/20**

## **UZASADNIENIE**

**Sygn. akt: KIO 2747/20 i KIO 2749/20**

W dniu 26 października 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły trzy odwołania wykonawcy SCORPII Capital sp. z o.o. (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając zamawiającemu w części III zamówienia naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2) i 8) PZP w zw. z art. 92 ust 1 pkt 3 PZP poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie i uznanie, że wystąpiły przesłanki odrzucenia oferty Odwołującego z powodu negatywnej oceny Odwołującego w zakresie przeprowadzonej wewnętrznej procedury weryfikacji i identyfikacji oraz oceny ryzyka związanego z działalnością i strukturą właścicielską Odwołującego, a także brak uzasadnienia i nie wskazanie przepisów, które były podstawą tego odrzucenia (część II i III zamówienia);
- 2) art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 3 PZP poprzez ich nieprawidłowe zastosowanie i uznanie, że Odwołujący złożył ofertę zawierającą rażąco niską cenę i w rezultacie odrzucenie oferty Odwołującego, a także nieprecyzyjne i lakoniczne uzasadnienie powodów odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę (część III zamówienia);
- 3) art. 7 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie zapewnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego (część II i III zamówienia).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołań w całości poprzez nakazanie Zamawiającemu nieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; nieważnienia czynności odrzucenia ofert Odwołującego; dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert Odwołującego, dokonanie wyboru ofert Odwołującego jako najkorzystniejszych w poszczególnych częściach zamówienia, zobowiązanie przez Krajową Izbę Odwoławczą Zamawiającego do przedłożenia na rozprawie dowodów, które potwierdzą, że wystąpiły przesłanki do odrzucenia oferty Odwołującego, a także wykazania za ich pośrednictwem, z jakimi

przepisami ustawy z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu, oferta odwołującego jest nie zgodna.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że w dniu 14.10.2020 r., Zamawiający opublikował wyniki postępowania o sygnaturze: DZZK/32/DIF/2020 dla części III Zamówienia, z których wynika, iż Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego oraz jednocześnie wskazał, iż wobec Odwołującego wystąpiły przesłanki odrzucenia oferty, o których mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2) i pkt 8) ustawy Pzp w związku z uwagą zamieszczoną w Rozdziale II pkt 10 SIWZ. Dowód: Wyniki postępowania z dnia 14.10.2020 r.

W odpowiedzi na wyniki postępowania dla cz. III Zamówienia, w dniu 15.10.2020 r. Odwołujący skierował do Zamawiającego pismo informujące o niemożliwości zgodzenia się z oceną Zamawiającego z uwagi na niewyczerpujące i zbyt lakoniczne uzasadnienie faktyczne powodów odrzucenia oferty Odwołującego wraz z informacją, iż z uwagi na to, że przedmiotowe postępowanie jest postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, w przypadku nie uzyskania wyczerpującego wyjaśnienia powodów odrzucenia Oferty, w celu wyjaśnienia sytuacji wniesie odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej. Nadto, Odwołujący przytoczył, iż uprzednio przystępując do postępowania przetargowego o sygnaturze DZZK/114/DIF/2020, Zamawiający wówczas również odrzucił ofertę Odwołującego, wskazując te same powody, które przesądziły o odrzuceniu oferty Zamawiającego. W przedmiotowym piśmie z dnia 15.10.2020 r. Odwołujący wskazał, iż w odniesieniu do postępowania przetargowego o sygnaturze DZZK/114/DIF/2020 Odwołujący również próbował uzyskać od Zamawiającego szersze informacje dotyczące faktycznego odrzucenia złożonej oferty, tj.: wszelkie podstawy decyzji, aby móc zapoznać się z motywami działania Zamawiającego oraz ewentualnie mieć możliwość zakwestionowania zasadności czynności odrzucenia oferty w ramach środków ochrony prawnej, a w odpowiedzi na żądanie Odwołującego w odniesieniu do przytoczenia merytorycznych powodów odrzucenia oferty w ramach postępowania przetargowego o sygnaturze DZZK/114/DIF/2020, Zamawiający w dniu 01.10.2020 r. poinformował, iż złożona przez Odwołującego oferta nie podlegała ocenie merytorycznej z uwagi na niespełnienie kryterium oceny formalnej na podstawie odrębnych przepisów, a w związku z ustawą z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu, Zamawiający jest zobowiązany do przeprowadzania weryfikacji tożsamości klientów i beneficjentów rzeczywistych, przed nawiązaniem stosunków gospodarczych lub przeprowadzeniem transakcji okazjonalnej, a informacje związane z prowadzonymi w tym zakresie analizami są objęte tajemnicą na mocy przywołanej wyżej ustawy. W związku z powyższym odmówiono Wykonawcy wówczas udostępnienia wyników analizy. Dowód: pismo Zamawiającego - wezwanie do wyjaśnień z dnia 15 września 2020 r.,

pismo z dnia 23.09.2020 r. dotyczące postępowania o sygnaturze DZZK/114/DIF/2020, odpowiedź Zamawiającego z dnia 1.10.2020 r.

*Zarzut z art. 89 ust. 1 pkt 2) i 8) ustawy Pzp w zw. z art. 92 ust 1 pkt 3 PZP oraz w związku z uwagą zamieszczoną w Rozdziale II pkt 10 SIWZ*

Odwołujący wskazał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem w obliczu przedstawionych okoliczności odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający przede wszystkim nie dopełnił swoich obowiązków względem Odwołującego, to jest nie przedstawił uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty. Odwołujący powołał się na orzeczenie KIO 796/20 oraz KIO 1557/20, KIO 716/20.

W ocenie Odwołującego, w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, bezspornie wystąpiło nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego ze wskazaniem przez Zamawiającego ogólnego powodu odrzucenia oferty Odwołującego, to jest poinformowanie, iż Odwołujący został negatywnie oceniony przez Zamawiającego w ramach wewnętrznych procedur Zamawiającego - procedury weryfikacji i identyfikacji oraz oceny ryzyka związanego z działalnością i strukturą właścicielską Odwołującego, które nie były warunkiem udziału w postępowaniu. Z uwagi na niezrozumiały dla Odwołującego charakter decyzji o odrzuceniu jego oferty oraz fakt, iż Zamawiający nie wywiązał się z nałożonego przez ustawodawcę obowiązku przedstawiania merytorycznych i wyczerpujących powodów odrzucenia, Odwołującemu uniemożliwiono poznanie podstaw podjętej decyzji przez Zamawiającego oraz pełnego ustosunkowania się do nich w niniejszym odwołaniu. Odwołujący powołał się na wyrok KIO 351/17.

Odwołujący wskazał, że w udostępnionych w dniu 14 października 2020 r. wyników postępowania dla części II i III zamówienia, wyraźnie wskazane jest, iż powodem odrzucenia jest wyłącznie negatywna ocena Odwołującego w aspekcie przeprowadzonej przez Zamawiającego wewnętrznej procedury weryfikacji i identyfikacji oraz oceny ryzyka związanego z działalnością i strukturą właścicielską Odwołującego. W ocenie Odwołującego, za błędne uznać należy, że Zamawiający jako instytucja obowiązana ma obowiązek przestrzegać przepisów ustawy z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (dalej: **AML**) oraz zgodnie z przyjętymi normami w ustawie Pzp i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ), a tym samym, iż jest on zobligowany do przeprowadzania identyfikacji i weryfikacji klienta, o której mowa w art. 36 oraz art. 37 AML. Zamawiający bowiem jest instytucją, która weryfikuje wszystkich swoich klientów zarówno pod kątem procedury Know Your Customer jak i procedury Anti-Money

Laundering, niemniej jednak w kontekście niniejszej sprawy - postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, które bezpośrednio określają przepisy ustawy Pzp, taka kontrola wydawać się może nieuprawniona, bowiem Odwołujący w istocie nie jest ani nie zamierzał być klientem Banku, a wyłącznie partnerem biznesowym lub kontrahentem. W ocenie Odwołującego, to Bank zamawiając zewnętrzne usługi staje się Klientem Odwołującego. Nadto, w odniesieniu do obowiązków banków wobec klientów przewidzianych w ustawie z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi, w rozumieniu przepisów ustawy, klientem banku jest podmiot, na rzecz którego ma być świadczona co najmniej jedna usługa, o której mowa w art. 69 ust. 2 lub ust. 4 przywołanej ustawy. Zgodnie z przytoczoną definicją, nie sposób przyjąć, iż Odwołujący mógłby być uznany za klienta banku Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego mając na uwadze powyższe, Zamawiający nie powinien eliminować Odwołującego poprzez negatywną ocenę w toku przeprowadzonej procedury wewnętrznej AML, a co najwyżej skonstruować stosowne warunki udziału w postępowaniu, jeśli chciał takiej oceny dokonywać. W przypadku wystąpienia wątpliwości, Zamawiający powinien zastosować odpowiednią procedurę wyjaśniającą i wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień, co nie nastąpiło. Odwołujący powołał się na orzecznictwo KIO i wskazał, że skierowanie wezwania, czy też powtórne wezwania możliwe są w uzasadnionych przypadkach i mogą dotyczyć przypadków, gdy pojawiają się u Zamawiającego wątpliwości, a taka sytuacja zdaje się mieć miejsce w przedmiotowym postępowaniu. Należy zauważyć, iż w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający dysponował wyłącznie informacjami i dokumentami wskazanymi w SIWZ, które zostały przekazane przez Odwołującego. Wnioskować można zatem, iż na podstawie ogólnych danych, takich jak odpis z Krajowego Rejestru Sądowego, formularza Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia czy informacji przedstawionych w Biznes Planie oraz innych załącznikach, Zamawiający ocenił Odwołującego negatywnie niejasnym i z niczego nie wynikającym aspekcie zagrożenia i zobligowania do nienawiązywania relacji gospodarczych.

Dalej Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 39 AML, instytucje obowiązane są weryfikować tożsamość swoich klientów przed nawiązaniem stosunków gospodarczych, a w przypadku osoby prawnej zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 2) AML identyfikacja polega na ustaleniu wyłącznie firmy, formy organizacyjnej, adresu siedziby, nr NIP oraz danych identyfikujących osoby reprezentujące osobę prawną, natomiast weryfikacja klienta polega na potwierdzeniu ustalonych danych identyfikujących na podstawie dokumentu zawierającego aktualne dane z wyciągu z właściwego rejestru, zatem w tym przypadku w oparciu o odpis z Krajowego Rejestru Sądowego. Odwołujący jest świadomy konieczności zapoznania się

Zamawiającego z charakterystyką działalności Odwołującego, niemniej jednak przeprowadzana weryfikacja przez Zamawiającego, winna opierać się na podstawach i w trybie związanym z udzieleniem zamówienia, to jest w zakresie i trybie przepisów ustawy Pzp, a nie z innych względów. Wyjątek od powyższego stanowią jedynie zamówienia sektorowe, co do których zgodnie z Dyrektywą 2014/25/UE, istnieje przyzwolenie do stworzenia dodatkowego katalogu wymogów ze strony Zamawiającego, które mogą być stosowane wobec potencjalnych wykonawców, niemniej jednak nie ma to zastosowania przy zamówieniach udzielanych w trybie przepisów ustawy Pzp. Z uwagi na powzięcie wątpliwości w zakresie zasadności weryfikowania Odwołującego przez Zamawiającego w aspekcie AML w kontekście przystąpienia do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, w szczególności z uwagi na fakt, iż ustawa Pzp w żaden sposób nie referuje do AML, jak również brak jest jakiegokolwiek kognicji Krajowej Izby Odwoławczej do czynienia ustaleń w tym zakresie, zdaniem Odwołującego owa weryfikacja w odniesieniu do AML nie powinna mieć w ogóle miejsca w przedmiotowym postępowaniu, a tym bardziej stanowić przesłankę odrzucenia oferty Odwołującego.

W ocenie Odwołującego przyjęcie stanowiska Zamawiającego za właściwe oznaczałoby konieczność weryfikacji pod kątem AML każdego podmiotu chcącego przystąpić do jakiegokolwiek współpracy z Zamawiającym, co wydaje się mało prawdopodobne do zrealizowania i z pewnością bank takowej nie stosuje. Odwołujący zwrócił uwagę na fakt poinformowania potencjalnych wykonawców o wymogach związanych z AML wyłącznie poprzez przekazanie ogólnej informacji, że w przypadku uzyskania negatywnej oceny potencjalnego wykonawcy w toku przeprowadzonej wewnętrznej procedury AML, Zamawiający zostanie zobligowany do nienawiązania relacji gospodarczej z potencjalnym wykonawcą oraz będzie to stanowić podstawę do odrzucenia oferty tego wykonawcy, znajduje się w Rozdziale II pn.: „Opis Przedmiotu Zamówienia, Prawo Opcji, Oferty Częściowe”, co w żaden sposób nie nawiązuje do tytułowych kwestii poruszanych w przywołanym rozdziale. Odwołujący wskazał, że Zamawiający w żadnym innym rozdziale oraz punkcie SIWZ nie odwołuje się, a tym bardziej nie statuuje informacji w zakresie ryzyka oraz nie przybliża zasad jego oceny, nie można uznać, iż stanowi to warunek tudzież element lub kryterium oceny potencjalnego wykonawcy od strony podmiotowej, pomijając ocenę oferty potencjalnego wykonawcy. Zdaniem Odwołującego postanowienia SIWZ mogą być interpretowane jako warunek dotyczący specyfiki potencjalnego wykonawcy, aczkolwiek z pewnością nie przedmiotu zamówienia, który potencjalny wykonawca miałby realizować. W ocenie Odwołującego uwaga umieszczona przez Zamawiającego w Rozdziale II pkt 10 SIWZ znajdowała się w postanowieniach dotyczących warunków udziału w postępowaniu, a nie w Opisie Przedmiotu Zamówienia, bowiem potencjalny wykonawca powinien mieć możliwość

dokonania wstępnej oceny i przed podjęciem decyzji o przystąpieniu do złożenia oferty o zamówienie publiczne, poznać wszystkie warunki konieczne do spełnienia wraz z ich zakresem.

Odwołujący wskazał, że nie ma dostępu ani nie zostały mu udostępnione przez Zamawiającego żadne wewnętrzne procedury, w tym zwłaszcza procedura na podstawie, której Zamawiający ocenił negatywnie Odwołującego, co stanowiło podstawę odrzucenia oferty Odwołującego. Brak rzeczowego i merytorycznego udowodnienia powodów odrzucenia oferty Odwołującego, wydaje się być naruszeniem zasad uczciwej konkurencji, a co więcej - swoistą manipulacją rynku wykluczającą nowych wykonawców chcących zaistnieć na rynku. Odwołujący powołał się na wyrok KIO 488/20 oraz KIO 1810/19.

Zdaniem Odwołującego jeśli ostatecznie można byłoby przyjąć w postępowaniu stosowanie oceny w zakresie AML do potencjalnych wykonawców, to w odniesieniu do negatywnej oceny dokonanej przez Zamawiającego w toku przeprowadzonego wewnętrznego procesu weryfikacji pod kątem AML, w aspekcie przytoczenia art. 81 ust. 1 pkt 2) i pkt 8) ustawy Pzp jako podstawy prawnej odrzucenia oferty Odwołującego, wskazał, iż w wyroku z dnia 26 lutego 2019 r. o sygnaturze: KIO 260/19, Krajowa Izba Odwoławcza wykazała wątpliwość, wobec którego postanowienia SIWZ, przedstawiona wówczas oferta odwołującego była niezgodna, gdyż o takiej niezgodności jest mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp. W odpowiedzi wskazano, iż ustalony stan faktyczny nawiązuje do niezgodności oferty z ustawą, a konkretnie z AML, co w konsekwencji Izba uznała za całkowicie bezzasadne. W przytoczonym wyroku, Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż aby uznać, że oferta powinna być odrzucona w sytuacji, gdy założenie takiej oferty narusza przepisy AML, należy wykazać konkretne dowody wskazujące, że przy przyjęciu oferty wystąpi zagrożenie prania pieniędzy lub finansowaniu terroryzmu. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała również, że aby móc orzec o odrzuceniu oferty tego wykonawcy, odpowiednie organy musiałyby ustalić, czy dany wykonawca dopuścił się czynu prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu. Krajowa Izba Odwoławcza opowiedziała się również, iż ustawa Pzp nie referuje do AML, a w orzecznictwie opiera się wyłącznie na wskazanej przez strony dokumentacji. Nawiązując zatem do stanu faktycznego, Odwołujący wskazał, że nie zostały mu przedstawione żadne dowody wskazujące, iż przy przyjęciu lub ewentualnej realizacji zamówienia wystąpiłoby jakiegokolwiek zagrożenie prania pieniędzy lub finansowaniu terroryzmu. Co więcej, wobec Odwołującego żaden organ, w tym zwłaszcza Minister Finansów lub Generalny Inspektor Informacji Finansowej nie wszczął lub nie wydał prawomocnej decyzji ani wyroku w zakresie naruszenia AML.



W ocenie Odwołującego z uwagi na fakt, że nie jest to pierwsza sytuacja dotycząca odrzucenia oferty Odwołującego przez Zamawiającego, bowiem Zamawiający odrzucił uprzednio dwie oferty Odwołującego w innych postępowaniach przetargowych zasłaniając się negatywną oceną wynikającą z przeprowadzenia wewnętrznej procedury pod kątem AML, Odwołujący chcąc wyjaśnić dokładne powody odrzucenia, kierował pisemne prośby do Zamawiającego, m.in. w odniesieniu do postępowania przetargowego o sygnaturze DZZK/114/DIF/2020 - w którym oferta Odwołującego została również odrzucona przez Zamawiającego, a na pisemną prośbę z dnia 23 września 2020 r. o wyjaśnienie powodów odrzucenia wraz z wyrażeniem pełnej gotowości do złożenia wszelkich wyjaśnień, Zamawiający w dniu 1 października 2020 r. poinformował Odwołującego na piśmie, iż złożona przez Odwołującego oferta nie podlegała ocenie merytorycznej z uwagi na niespełnienie kryterium oceny formalnej na podstawie odrębnych przepisów, a w związku z ustawą z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu, Zamawiający jest- w ocenie jedynie Banku - zobowiązany do przeprowadzania weryfikacji tożsamości klientów i beneficjentów rzeczywistych, przed nawiązaniem stosunków gospodarczych lub przeprowadzeniem transakcji okazjonalnej, a informacje związane z prowadzonymi w tym zakresie analizami są objęte tajemnicą na mocy przywołanej wyżej ustawy. W związku z powyższym odmówiono Odwołującemu wówczas udostępnienia wyników analizy, co stanowi utrudnienie dostępu do informacji, jak również - co wymaga podkreślenia, Zamawiający pominął procedurę wyjaśnienia swoich wątpliwości, a przystąpił od razu do odrzucenia oferty Odwołującego, pomimo pisemnej deklaracji złożenia wszelkich wyjaśnień przez Odwołującego.

Z uwagi na zasłonięcie się tajemnicą przez Zamawiającego i nie wyrażeniem zgody na przedstawienie wyników analizy procedury wewnętrznej na podstawie, której doszło do odrzucenia oferty Odwołującego, Odwołujący zażądał rzeczowego wyjaśnienia sytuacji oraz przedstawienia prawdziwych powodów i dowodów na ich poparcie, które są wyłącznie dyspozycji Zamawiającego, a których Odwołujący obiektywnie nie może przedstawić w niniejszym odwołaniu. Dodatkowo, Odwołujący zażądał zobowiązania Zamawiającego do wykazania konkretnie z jakiej podstawy prawnej wynika niemożliwość przedstawienia wyników analizy oraz poinformowanie Odwołującego, na jakiej podstawie owe wyniki analizy stanowią tajemnicę Zamawiającego. Niemniej jednak kluczowe wydaje się przedstawienie przez Zamawiającego przede wszystkim dowodów oraz wykazania konkretnych działań, w tym również podjętych przez odpowiednie organy, stanowiących podstawę odrzucenia oferty Odwołującego, to jest dowodów wskazujących, iż przy przyjęciu oferty wystąpi zagrożenie prania pieniędzy lub finansowaniu terroryzmu.

W ocenie Odwołującego, identyfikacja i weryfikacja Odwołującego mogła nastąpić wyłącznie w oparciu o informacje przekazane Zamawiającemu, które w dużej mierze stanowią informacje publicznie dostępne, a finalnie Zamawiający pominiawszy procedurę wyjaśnienia swoich wątpliwości w odniesieniu do Odwołującego, przystąpił do odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający nie reagował również na chęć złożenia wszelkich wyjaśnień oraz przedstawienia dokumentacji, w tym dokumentacji dotyczących transakcji Odwołującego, umów udzielanych pożyczek oraz wyrażenia pełnej gotowości do poddania się audytowi ze strony Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że nie kwestionuje faktu, iż jest podmiotem działającym na rynku stosunkowo niedługo, niemniej jednak jako nowy podmiot, buduje i wzmacnia bieżące aspekty codziennie prowadzonej działalności gospodarczej, w tym również powiększa zespół kadrowy, który tworzą specjaliści z różnych dziedzin, w tym m.in.: analitycy ryzyka, finansści, prawnicy, handlowcy, którzy posiadają duże doświadczenie zawodowe oraz niezbędne kwalifikacje, jak również Odwołujący pracuje na najnowszych systemach dla rynku finansowego oraz wdrożył system elektronicznej obsługi wniosków o pożyczkę oraz weryfikacji podmiotów. W aspekcie ewentualnych domysłów co do prawdziwych powodów odrzucenia Oferty Odwołującego, wskazuję, iż Odwołujący rozwinął swoją działalność pożyczkową j na terenie Rzeczypospolitej, a jednocześnie z uwagi na to, iż Zamawiający nie zweryfikował żadnej procedury, w tym procedury AML, procedury z zakresu kontroli, weryfikacji, windykacji, które są praktykowane u Odwołującego, niezasadne wydaje się negatywne ocenienie Odwołującego przez Zamawiającego bez uprzedniego zebrania całokształtu informacji i zastosowania procedury wyjaśniającej.

*Zarzut art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp (zarzut podniesiony wyłącznie w odwołaniu o sygn. akt: KIO 2747/20)*

Odwołujący wskazał, że w dniu 15 września 2020 r., Zamawiający skierował do Odwołującego wezwanie do złożenia wyjaśnień i wykazania, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W wezwaniu Odwołujący został zobowiązany do odniesienia się do ceny oferty w szczególności w zakresie: (i) oszczędności metody wykonania zamówienia, (ii) wybranych rozwiązań technicznych, (iii) wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, (iv) kosztów pracy ustalonych na podstawie odrębnych ustaw o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz (v) kosztów pracy wynikających z przepisów prawa pracy. Dowód: pismo Zamawiającego - wezwanie do wyjaśnień z dnia 15 września 2020 r.

Odwołujący w dniu 21 września 2020 r. złożył wyjaśnienia, w których zawarł opis poszczególnych kosztów oraz szczegółowe wyliczenie ceny oferty. W piśmie tym Odwołujący pokazał wiele pozycji cenotwórczych mających wpływ na całokształt oferty. Odniósł się do wielu czynników mających na to wpływ, pomimo, że wezwanie do złożenia wyjaśnień w swej treści było bardzo ogólne. Dowód: pismo wyjaśnienia Odwołującego z dnia 21 września 2020 r.

W piśmie z dnia 14 października 2020 r. zawierającym wyniki postępowania wskazując na przyczyny odrzucenia z postępowania oferty odwołującego wskazał 6 punktów, jednakże na kanwie każdego z nich nie wyjaśnił jakie konkretnie wątpliwości nim kierowały przy podejmowaniu decyzji o odrzuceniu oferty. Dowód: pismo wyniki postępowania cz. III zamówienia z dnia 14.10.2020 r.

#### Cena oferty

Odnosnie punktu pierwszego, Zamawiający nie wskazał jakich kosztów związanych z realizacją zamówienia nie uwzględnia oferta Odwołującego. Dodatkowo Zamawiający nie wziął pod uwagę, faktu, iż Odwołujący w swoim wyjaśnieniu do ceny z dnia 21 września 2020 r., w kosztach zmiennych uwzględnił pozycję „inne”, która zawiera inne pozycje kosztowe, które się mogą pojawić, a są trudne do oszacowania na etapie przygotowywania oferty.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący wskazał, że założenia kosztowe budował w oparciu o dotychczasowe doświadczenie wynikające z prowadzonej działalności gospodarczej tj. w ciągu 24 ostatnich miesięcy Odwołujący udzielił 133 pożyczek, czyli średnio powyżej 5 pożyczek miesięcznie. Przyjęte przez Odwołującego cele sprzedażowe dla przedmiotowego postępowania przetargowego, tj. udzielenie minimum 30 pożyczek w okresie 14 miesięcy oznacza przyjęcie, iż Odwołujący powinien udzielić co najmniej 2 dodatkowych pożyczek miesięcznie co stanowi, że w okresie budowy portfela Odwołujący będzie udzielał średnio od 7 do 8 pożyczek miesięcznie. Realizowanie postawionego celu sprzedażowego nie zastąpi bieżącej działalności Odwołującego, a ilość nowo udzielanych pożyczek wobec łącznej średniej ilości udzielonych przez Odwołującego pożyczek stanowi wyłącznie ok. 25% działalności Odwołującego, co Odwołujący wziął pod uwagę jako podstawową wartość zaangażowania przy wyznaczaniu kosztów dla projektu.

#### Koszty stałe związane z prowadzeniem biura

Jeżeli natomiast chodzi o wątpliwości Zamawiającego w zakresie przyjętego założenia w zakresie kosztów stałych w okresie budowy portfela w kontekście obowiązku prowadzenia

biura projektu na obszarze województwa kujawsko-pomorskiego przez 5 dni w tygodniu po 8 godzin dziennie przez co najmniej okres budowy portfela (koszty wynajęcia biura, koszty związane z zapewnieniem środków trwałych, zatrudnienia personelu), to Odwołujący oświadcza, że biorąc pod uwagę powyższe w pierwszej kolejności wzięto pod uwagę całkowity miesięczny koszt prowadzenia biura terenowego w województwie kujawsko-pomorskim - Odwołujący założył koszt 1000 zł brutto miesięcznie, co zostało wykazane w wyjaśnieniu ceny przez Odwołującego. Jest to kalkulacja poczyniona z pewnym zapasem, nawet przewyższająca rzeczywiste koszty. Rzeczywisty koszt wynajmu placówki wynosi 615 zł brutto, natomiast lokal przystosowany jest do prowadzenia działalności pożyczkowej. Rezerwa uwzględnia bezpieczeństwo Odwołującego na wypadek zwiększenia miesięcznego kosztu z tytułu rosnących stawek za media oraz możliwego zwiększenia czynszu za wynajem lokalu.

Poprzez przyjęty poziom zaangażowania w realizacji tego projektu tj. 25%, oszacowany łączny koszt wynajęcia biura tj. 1000 zł, który w rezultacie na potrzeby prowadzonego przetargu wyniósł 250 zł brutto. Wynika to z faktu, że Odwołujący poza działalnością na rzecz Zamawiającego w dalszym ciągu będzie prowadziła podstawową działalność. Dowody: umowa na wynajem biura w Toruniu ważna na dzień wyliczania ceny oraz składania Oferty.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający nie uwzględnił faktu, że zapewnienie środków trwałych pochodzi z dzierżawy, o czym Odwołujący informował w swoich wyjaśnieniach. Podobnie jak w przypadku biura w pierwszej kolejności ustalono w tym przypadku całkowity miesięczny koszt środków trwałych na poziomie 2500 zł brutto oraz wysokość zaangażowania uwzględniając bieżące prowadzenie działalności oraz ewentualne jej rozszerzenie na potrzeby wskazanego projektu.

Z uwagi na fakt, że Odwołujący planował dążyć do możliwie największego skrócenia okresu budowy portfela założył, że narzędzia pracy w pierwszym okresie mogą być wykorzystane w większym stopniu aniżeli biuro (tj. 25%), założył dla bezpieczeństwa 50% zaangażowania narzędzi we wskazanym projekcie.

Koszt dzierżawy poszczególnych środków trwałych uwzględnia poniższa tabela. Oferty potwierdzające wskazane ceny pozyskane przed złożeniem oferty do BGK stanowią załącznik do pisma. Jednocześnie Odwołujący pozyskał alternatywne oferty, celem udowodnienia realności zaoferowanych wcześniej cen. Te również stanowią załącznik do pisma.

Środek trwały	Czynsz miesięczny netto	Czynsz miesięczny brutto
Samochód Hyundai i30	949,00	1167,27
Telefon iPhone 11	150,00	184,50
Macbook Air 13"	239,00	293,97
Urządzenie wielofunkcyjne	59,00	72,57
Tablica interaktywna	479,00	589,17
Monitor	49,00	60,27
SUMA DZIERŻAWA	1 925,00	2 367,75
REZERWA BRUTTO		132,25

Dowody: Oferty na dzierżawę środków trwałych: oferta na Samochód, telefon, komputer; oferta na tablicę interaktywną; oferta na monitor oraz drukarkę; alternatywne oferty na Telefon iPhone 11, samochód, urządzenie wielofunkcyjne. Suma brutto miesięcznej dzierżawy środków trwałych służących jako wyposażenie handlowca (tj. pracownika biura) oraz wyposażenia biura wraz z przyjętą na potrzeby dodatkowych kosztów eksploatacyjnych rezerwą wynosi 2 500,00 zł brutto.

#### Koszty personelu

Odwołujący wskazał, że przyjął rzeczywiste koszty wynagrodzenia poszczególnych osób, biorąc pod uwagę ich zaangażowanie we wskazanym projekcie. Jako bazowe przyjęto wcześniej wyjaśnione zaangażowanie na poziomie 25%, które w zależności od pełnionego stanowiska zostało odpowiednio dostosowane na bazie dotychczasowego doświadczenia w udzielaniu pożyczek (tj. udzielenia 133 pożyczek w okresie ostatnich 24 miesięcy) oraz przyjętych założeń dotyczących pożyczek udzielanych w ramach tego projektu.

Poniższa tabela zawiera podział stanowisk zaangażowanych w okresie budowy portfela oraz rzeczywiste miesięczne koszty pracowników. Kolumna zaangażowanie obrazuje wielkość zaangażowania osób na poszczególnych stanowiskach wynikającej z wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla Odwołującego oraz wybranych rozwiązań technicznych pomagających w ich wykonywaniu. Wszystkie poniższe składowe zostały uwzględnione w kosztach projektu przy okazji wyjaśniania ceny wraz z informacją o wielkości zaangażowania.

LP	Rodzaj kosztu	Koszt	Wielkość zaangażowania
1	Wynagrodzenie specjalisty ds. sprzedaży	8 000,00	50,00%
2	Wynagrodzenie analityka ds. ryzyka i monitoringu	6 000,00	25,00%
3	Wynagrodzenie specjalisty ds. windykacja	5 500,00	15,00%
4	Wynagrodzenie Specjalisty ds. administracyjnych	4 500,00	20,00%

Kwoty wynagrodzeń poszczególnych stanowisk na potrzeby niniejszego odwołania potwierdzono danymi pochodzącymi z portalu internetowego wynagrodzenia.pl, który we współpracy z czołowymi serwisami internetowymi od 2003 roku prowadzi Ogólnopolskie Badanie Wynagrodzeń. Do tej pory wzięło w nim udział ponad 1,6 mln osób, dzięki czemu można poznać szczegółowe dane o zarobkach dla prawie 1000 stanowisk. Analiza każdego ze stanowisk stanowi załącznik do niniejszego pisma.

a) Specjalista ds. Sprzedaży

Według portalu internetowego wynagrodzenia.pl mediana wynagrodzeń na stanowisku specjalisty ds. sprzedaży opiewa na kwotę ok. 5 200 zł brutto, a minimalne wynagrodzenie to 4 000 zł brutto. Przyjęta przez Odwołującego rzeczywista miesięczna kwota wynagrodzenia to 8 000,00 zł brutto wynika z pełnionych obowiązków oraz rodzaju sprzedawanych produktów specjalisty ds. sprzedaży, a jego zaangażowanie Odwołujący założył na poziomie 50%,

Z uwagi na nowy produkt oraz chęć Odwołującego do skrócenia okresu budowy portfel, Odwołujący przyjął, że bazowe założenie 25% kosztów całościowych (tj. wynagrodzenie podstawowe handlowca, czyli 8 000 zł brutto) może być niewystarczające i dla bezpieczeństwa Odwołujący przyjął zaangażowanie na poziomie 50%, co w jego ocenie pozwoli na realizację celów sprzedażowy. Ponadto Odwołujący poza podstawowym wynagrodzeniem założył system motywacyjny dla handlowca wynagradzający go za sprzedaż produktu w realizowanym projekcie. Ten system motywacyjny jest systemem dodatkowym do obowiązującego systemu motywacyjnego. Dowód: Analiza obrazująca zarobki specjalisty ds. sprzedaży.

b) Analityk ds. ryzyka i monitoringu

Według wspomnianego wyżej portalu internetowego, wynagrodzeń na stanowisku specjalisty w obszarze analizy ryzyka oraz monitoringu opiewa na kwotę ok. 6 500 zł brutto, a minimalne wynagrodzenie to 5 150,00 zł brutto. Przyjęta przez Odwołującego rzeczywista miesięczna kwota wynagrodzenia to 6 000,00 zł brutto, a zaangażowanie pracownika w projekcie do oceny klienta oraz monitoringu Odwołujący założył na poziomie 25% zgodnie z ogólnym założeniem kosztów realizacji tego projektu wyjaśnionym powyżej (tj. Odwołujący powinien udzielić co najmniej 2 dodatkowych pożyczek miesięcznie co stanowi, że w okresie budowy portfela Odwołujący będzie udzielał średnio od 7 do 8 pożyczek miesięcznie). Dowód: Analiza obrazująca zarobki specjalisty do spraw analizy ryzyka.

c) Specjalista ds. windykacji

Powołując się na portal internetowy wynagrodzenia.pl, mediana wynagrodzeń na stanowisku specjalisty ds. windykacji opiewa na kwotę ok. 4 500 zł brutto, a minimalne wynagrodzenie to 3 700,00 zł brutto. Przyjęta przez Odwołującego rzeczywista miesięczna kwota wynagrodzenia to 5 500,00 zł brutto, a zaangażowanie pracownika w projekcie Odwołujący założył na poziomie 15%. Wynika to z faktu, że zgodnie z podstawowym założeniem koszty poszczególnych pracowników zaangażowanych w realizację projektu oszacowaliśmy na poziomie 25% (tj. Odwołujący powinien udzielić co najmniej 2 dodatkowych pożyczek miesięcznie co stanowi, że w okresie budowy portfela Odwołujący będzie udzielał średnio od 7 do 8 pożyczek miesięcznie) jednakże z uwagi na specyfikę produktu realizowanego w ramach projektu oraz założeń co do zabezpieczeń i celów pożyczek Odwołujący założył, że jakość portfela tych pożyczek będzie nieznacznie wyższa niż przeciętna jakość portfela wszystkich pożyczek udzielanych przez Odwołującego. Wynika to z faktu, że aktualnie przyjęta polityka zarządzania ryzykiem opiera się w dużym stopniu na dywersyfikacji ryzyka tj. niskie kwoty udzielonych pożyczek dla stosunkowo dużej liczby klientów i szybkim procesie windykacji (proces miękkiej i twardej windykacji jest u Odwołującego w pełni zautomatyzowany). W ramach realizacji projektu Odwołujący założył bardziej ostrożnościową politykę oceny klienta. W związku z powyższym, liczba spraw, które wynikają z realizacji tego projektu i będą wymagały zaangażowania specjalisty ds. windykacji będzie na niższym poziomie niż liczba spraw wynikająca z pozostałych udzielanych pożyczek przez Odwołującego. Dowód: Analiza obrazująca zarobki specjalisty do spraw windykacji.

d) Specjalista ds. administracyjnych

Wynagrodzeń na stanowisku specjalisty ds. administracyjnych opiewa na kwotę ok. 4 100,00 brutto, a minimalne wynagrodzenie to ok. 3 500,00 zł brutto. Przyjęta przez Odwołującego rzeczywista miesięczna kwota wynagrodzenia to 4 500,00 zł a zaangażowanie pracownika w projekcie założyliśmy na poziomie 20%. Wynika to z faktu, że zgodnie z podstawowym

założeniem koszty poszczególnych pracowników zaangażowanych w realizację projektu oszacowaliśmy na poziomie 25% (tj. Odwołujący powinien udzielić co najmniej 2 dodatkowych pożyczek miesięcznie co stanowi, że w okresie budowy portfela Odwołujący będzie udzielał średnio od 7 do 8 pożyczek miesięcznie) jednakże z uwagi na źródło środków finansowych, z których będą udzielane pożyczki, Odwołujący przyjął koszty pracownika na poziomie 20%. Z uwagi na źródła środków finansowych Odwołujący założył różne podejście do możliwych zmian w umowach pożyczek tj. zmian harmonogramów, aneksów, zabezpieczeń itd. Dotychczasowa działalność Odwołującego tj. udzielanie pożyczek ze środków własnych cechowało elastyczne podejście Odwołującego do zmian w umowach pożyczek. Odwołujący dla realizowanego projektu założył, że ilość zmian będzie niższa, ponieważ pożyczki udzielane ze środków przekazanych do realizacji projektu nie będą mogły być tak elastycznie zmieniane przez Odwołującego. Dowód: Analiza obrazująca zarobki specjalisty do spraw administracyjnych.

Rozbieżność pomiędzy ceną w ofercie i wyjaśnieniach

Rozbieżności pomiędzy ceną złożoną w ofercie przez Odwołującego dla cz. III Zamówienia tj. 570 600,00 zł, a założonymi kosztami realizacji zamówienia przedstawionymi w wyjaśnieniu ceny z dnia 21 września 2020 r. tj. 539 500,00 zł obrazują jedynie oczekiwaną przez Odwołującego marżę - zysk z realizacji projektu.

Wkład własny

Zamawiający podczas wyboru ofert wskazał, że wyliczenia dotyczące wkładu własnego Odwołującego ujęte w dodatkowych wyjaśnieniach są niespójne z deklaracją złożoną przez Odwołującego w Ofercie. Nie jest to brak spójności, a jedynie niezrozumienie ze strony Zamawiającego. Odwołujący zadeklarował w ofercie gotowość do wniesienia wkładu własnego na poziomie 22% tj. 1 980 000,00 zł i był gotowy do realizacji zamówienia z zadeklarowanym poziomem wkładu własnego. Biorąc pod uwagę, że we wskazanym projekcie udzielane są zarówno pożyczki wymagające jak i nie wymagające wkładu własnego Odwołujący, że realny wkład własny będzie niższy. Wynika to z faktu, że część środków obejmie pożyczki na potrzeby płynnościowe dla przedsiębiorstw w dobie pandemii, które wkładu własnego nie wymagają. Oszacowanie poziomu wkładu własnego było trudne przy okazji tworzenia celów sprzedażowych, a założenie poczynione przez Odwołującego było bardzo zapobiegawcze. Odwołujący w celu sprzedażowym założył udzielenie 25% całego limitu pożyczek na płynność, co oznacza, że wymagany wkład własny dla pozostałych 75% pożyczek wynosi 1 485 000,00. Do kosztów Odwołujący założył bardzo wysoki poziom bezpieczeństwa dla realnego wkładu własnego.



„Koszt wkładu własnego" - koszt utraconych korzyści

W zakresie tej pozycji nastąpił brak zrozumienia wyjaśnień Odwołującego przez Zamawiającego. Wartość przyjęta w tej pozycji to możliwa strata Odwołującego wynikająca z gotowości przetrzymywania wkładu własnego na rachunku przez cały okres budowy portfela. Należy pamiętać, że ten sam wkład mógłby w tym czasie posłużyć Odwołującemu w realizacji bieżącej działalności biznesowej. Odwołujący wykazał się rzetelnością przy wykazywaniu wszystkich kosztów i wzięt również pod uwagę utracone przychody, które mógłby zrealizować poprzez wykorzystanie zadeklarowanego wkładu własnego na bieżącą działalność biznesową.

Niedopuszczalny jest jednak sposób uzasadnienia rozumienia tej pozycji przez Zamawiającego. Informacja, że ta pozycja budzi wątpliwość w żaden sposób nie pozwala zweryfikować zasadności postępowania Zamawiającego, ani chcącemu dochodzić swoich praw wykonawcy, ani Krajowej Izbie Odwoławczej, badającej zaistniały stan faktyczny.

W przypadku dodatkowych wątpliwości o tę oraz pozostałe kwestie budzące wątpliwość, Zamawiający miał możliwość dopytać Odwołującego, przy czym nie stanowiłoby to prowadzenia dialogu czy niedopuszczanych negocjacji z wykonawcą, z uwagi na to, że były to kwestie, co do których jak rozumiemy wątpliwości u Zamawiającego pojawiły się w związku z dodatkowymi, zawartymi w złożonych wyjaśnieniach informacjami. Odwołujący podkreślił, że z uwagi na to, że wezwanie do wyjaśnień było również bardzo lakoniczne, to Odwołujący wskazał wszystkie elementy, które jego zdaniem były istotne i które są elementami kształtującymi cenę. Jeżeli po zapoznaniu się z nimi Zamawiającego zastanowiły jeszcze inne kwestie, o które uprzednio nie zapytał, a które Odwołujący sam pokazał w wyjaśnieniach, to aby uczynić zadość zasadom rzetelnie prowadzonego postępowania, należało o te kwestie dopytać. Przy okazji tej pozycji Zamawiający sam wskazał, że budzi ona wątpliwość-a dokładnie tak brzmi treść przepisu - jeżeli dana kwestia budzi wątpliwość Zamawiający zwraca się o jej wyjaśnienie, a ponieważ była to kwestia nie poruszana na gruncie pierwszego wezwania, takie wezwanie było prawnie dopuszczalne i wskazane. Skierowanie powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień możliwe jest w szczególnie uzasadnionych przypadkach i może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, np. gdy w świetle złożonych wcześniej wyjaśnień pojawiły się u Zamawiającego nowe wątpliwości - taka właśnie sytuacja miała miejsce w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający może domagać się dodatkowo wyjaśnienia wątpliwości, które powstały na tle wyjaśnień już złożonych przez wykonawcę. Ponadto jak już podkreślono, wyjaśnienia były zdecydowanie szersze niż treść wezwania do złożenia wyjaśnień. Wezwanie również nie może być ogólnikowe, ponieważ wówczas wykonawca chcący złożyć jak najpełniejsze wyjaśnienia, w zasadzie nie wie do czego konkretnie ma się odnieść i które elementy budzą

u Zamawiającego wątpliwość. Zamawiający w powodach odrzucenia oferty wskazał szerszy katalog kwestii o te, o które pytał w wezwaniu.

Ponadto Odwołujący wskazał, że odrzucenie oferty następuje wówczas, gdy jej cena lub koszt są rażąco niskie (nieadekwatne, nierealne, za które nie można wykonać zamówienia) w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. W zaistniałym stanie faktycznym nie można wywieść takiego wniosku, tym bardziej, że wiele czynników kształtujących cenę Odwołujący ma w swojej dyspozycji, dlatego ma możliwość poczynienia pewnych oszczędności. Odwołujący powołał się na orzeczenie KIO z dnia 28 sierpnia 2018 r. o sygn. akt: KIO 1563/18/ oraz z dnia 2 lutego 2018 r. o sygn. akt: KIO 115/18.

Odwołujący wskazał, że na cenę rynkową składa się bardzo wiele aspektów, które kształtują ostateczny poziom kosztów związanych zarówno ze świadczeniem określonych usług, jak i materiałów potrzebnych do ich realizacji. Odwołujący w większości bazuje na swoim potencjale i założeniach, ale przy uwzględnieniu - tak jak chciał tego w wezwaniu do złożenia wyjaśnień Zamawiający - ustaw i przepisów prawa pracy. W ostatecznym rozrachunku nie można mówić o nieopłacalności wykonywanego zamówienia za cenę zaoferowaną przez Odwołującego.

Zdaniem Odwołujący wskazał on elementy i obiektywne okoliczności mające wpływ na wysokość ceny i udowodnił, iż przyjęte przez niego kwoty mają pełne poparcie w realiach rynkowych lub są bezpośrednio związane z warunkami wykonania zamówienia. Zatem oferta złożona przez Odwołującego w niniejszym postępowaniu nie zawiera rażąco niskiej ceny.

#### *Zasada uczciwej konkurencji – naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp*

Zdaniem Odwołującego Zamawiający ma obowiązek przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. Jest on obowiązany także prowadzić postępowanie zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zasada uczciwej konkurencji jest naczelną zasadą udzielania zamówień publicznych, która jest punktem wyjścia przy udzielaniu każdego zamówienia publicznego. W ocenie Odwołującego, informacja, którą Zamawiający zamieścił w piśmie z dnia 14 października 2020 r., w którym poza wynikami postępowania, widnieje również informacja o odrzuceniu oferty Odwołującego z powodu uwagi zamieszczonej w Rozdziale II pkt 10 SIWZ, narusza zasadę uczciwej konkurencji w zamówieniach publicznych z dwóch powodów. Dowód: wyniki postępowania - cz. III zamówienia z dnia 14.10.2020 r.

Po pierwsze takie uzasadnienie odrzucenia oferty nie daje Odwołującemu możliwości ustosunkowania się do niej w jakimkolwiek zakresie ani co za tym idzie - tym bardziej do zweryfikowania przez Krajową Izbę Odwoławczą prawdziwości zaistnienia takiej przesłanki. Dodatkowo Zamawiający pisząc o przesłankach odrzucenia oferty nie wskazał ich literalnego brzmienia. Z Rozdziału II pkt 10 SIWZ wynika jedynie marginalna informacja, której Zamawiający nie nadał nawet prymatu oddzielnego warunku, że jeżeli ocena Zamawiającego w stosunku do wykonawcy będzie negatywna, to ma on prawo odrzucić jego ofertę, przy czym Zamawiający nie wskazuje z jakimi dokładnie przepisami oferta jest wówczas nie zgodna - wydaje się bowiem, że w każdym przypadku odnośnie różnych wykonawców mogą to być inne przepisy. Odwołujący jest więc niejako zmuszony do domyslenia się, z którym ewentualnie przepisem ustawy AML jego oferta jest niezgodna - o czym szerzej w zarzucie dotyczącym AML. Odwołujący powołał się na wyrok Izby z dnia 14 kwietnia 2015 r., sygn. akt: KIO 652/15. Zamawiający odrzucając ofertę wykonawcy winien szczegółowo przytoczyć w swoim uzasadnieniu okoliczności faktyczne, które zaważyły o odrzuceniu tej oferty. Brak należytego sporządzenia uzasadnienia faktycznego uniemożliwia prawidłową kontrolę tego rozstrzygnięcia. W zaistniałym stanie faktycznym, Odwołujący nie wie, dlaczego jego oferta została odrzucona, Zamawiający jak już zostało wspomniane, nie określił także z jakimi przepisami ustawy o AML oferta Odwołującego jest niezgodna.

Zdaniem Odwołującego postępowanie, w którym Zamawiający nie wskazuje co jest brane pod uwagę przy ocenie wykonawcy stanowi swoistą manipulację rynku i naruszenie zasad uczciwej konkurencji, a to dlatego, że powołując się jedynie na uwagę zawartą w SIWZ w taki sposób, w jaki zrobił to Zamawiający, jest on w stanie wyeliminować z postępowania każdego wykonawcę i uniemożliwić tym samym kontrolę takiej czynności. Jak nadmienione zostało we wcześniejszej części odwołania, Odwołujący nie ma możliwości dokonać swojej własnej weryfikacji i tego, czy ma możliwość uzyskać zamówienie, a tym samym czy w ogóle startować w przetargu i ponosić jego koszty, ponieważ Zamawiający nie udostępnia danych, w oparciu, o które zamierza badać wykonawców. Zachwiana więc zostaje także przejrzystość zamówień, ponieważ wykonawcy startujący w przetargu nie są w stanie zweryfikować, czy mają szansę uzyskać zamówienie przed przystąpieniem do postępowania. Bez postanowienia warunku w danym zakresie nie można dokonywać oceny wykonawcy, ponieważ nie zostały wskazane żadne kryteria.

**Sygn. akt: KIO 2748/20**

W dniu 26 października 2020 r. wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie Odwołującego w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego pn. „Wybór Pośredników Finansowych w celu zarządzania funduszem pożyczkowym w ramach Funduszu Dostępności”, w którym Odwołujący zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2) i 8) PZP w zw. z art. 92 ust 1 pkt 3 PZP poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie i uznanie, że wystąpiły przesłanki odrzucenia oferty Odwołującego z powodu negatywnej oceny Odwołującego w zakresie przeprowadzonej wewnętrznej procedury weryfikacji i identyfikacji oraz oceny ryzyka związanego z działalnością i strukturą właścicielską Odwołującego, a także brak uzasadnienia i nie wskazanie przepisów, które były podstawą tego odrzucenia;
- 2) art. 7 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie zapewnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o: unieważnienia czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania w zakresie Części I; unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego; dokonanie ponownej czynności badania i oceny oferty Odwołującego; dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że powziął informację o odrzuceniu jego oferty w dniu 16.10.2020 r. drogą elektroniczną, a więc niniejsze odwołanie składane jest z zachowaniem 10-dniowego terminu przewidzianego w PZP wyznaczonym w art. 182 ust. 1 pkt 1 PZP. Dowody: pismo Zamawiającego z dnia 16.10.2020 r.

W dniu 16.10.2020 r., Zamawiający skierował do Odwołującego pismo dot. postępowania sygnaturze: DZZK/97/DPE/2020 dla części I Zamówienia, z którego wynika, iż Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego oraz jednocześnie wskazał, iż wobec Odwołującego wystąpiły przesłanki odrzucenia oferty, o których mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2) i pkt 8) ustawy Pzp w związku z uwagą zamieszczoną w Rozdziale II pkt 10 SIWZ. W dniu 21.10.2020 r. Zamawiający opublikował informację, z której wynika, iż przedmiotowe postępowanie w zakresie części I zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Dowód: Pismo z dnia 16.10.2020 r. (informacja o odrzuceniu oferty dla cz. I Zamówienia), informacja z dnia 21.10.2020 r. (informacja o unieważnieniu postępowania w zakresie cz. I Zamówienia).

Odwołujący wskazał, że uprzednio przystępował do postępowania przetargowego o sygnaturze DZZK/114/DIF/2020 i Zamawiający wówczas również odrzucił Ofertę Odwołującego, wskazując te same powody, które przesądziły o odrzuceniu przedmiotowej oferty Zamawiającego. W odniesieniu do postępowania przetargowego o sygnaturze DZZK/114/DIF/2020 Odwołujący próbował uzyskać od Zamawiającego szersze informacje dotyczące faktycznego odrzucenia złożonej oferty, tj.: wszelkie podstawy decyzji, aby móc zapoznać się z motywami działania Zamawiającego oraz ewentualnie mieć możliwość zakwestionowania zasadności czynności odrzucenia oferty w ramach środków ochrony prawnej, a w odpowiedzi na żądanie Odwołującego w odniesieniu do przytoczenia merytorycznych powodów odrzucenia oferty w ramach postępowania przetargowego o sygnaturze DZZK/114/DIF/2020, Zamawiający w dniu 01.10.2020 r. poinformował, iż złożona przez Odwołującego oferta nie podlegała ocenie merytorycznej z uwagi na niespełnienie kryterium oceny formalnej na podstawie odrębnych przepisów, a w związku z ustawą z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu, Zamawiający jest zobowiązany do przeprowadzania weryfikacji tożsamości klientów i beneficjentów rzeczywistych, przed nawiązaniem stosunków gospodarczych lub przeprowadzeniem transakcji okazjonalnej, a informacje związane z prowadzonymi w tym zakresie analizami są objęte tajemnicą na mocy przywołanej wyżej ustawy. W związku z powyższym odmówiono Wykonawcy wówczas udostępnienia wyników analizy. Dowód: pismo z dnia 24.09.2020 r. dotyczące postępowania o sygnaturze DZZK/114/DIF/2020, odpowiedź Zamawiającego z dnia

W zakresie zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) i 8) ustawy Pzp w zw. z art. 92 ust 1 pkt 3 PZP oraz w związku z uwagą zamieszczoną w Rozdziale II pkt 10 SIWZ oraz zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, argumentacja Odwołującego jest zbieżna z argumentacją przedstawioną w odwołaniach o sygn. akt: KIO 2747/20 i KIO 2749/20, przedstawioną powyżej.

***Izba ustaliła co następuje:***

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, w rozumieniu § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. z 2018 r. poz. 1092).

W zakresie sprawy o sygn. akt: KIO 2747/20 oraz KIO 2749/20, Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Wybór

Pośredników Finansowych w celu wdrażania Instrumentu Finansowego Pożyczka na Zmianę Modelu Biznesowego w ramach Poddziałania 1.5.1 Pożyczki dla MŚP na nowe modele biznesowe Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Kujawsko - Pomorskiego na lata 2014 – 2020” (dalej „Zamówienie 1”).

Zamówienie 1 zostało podzielone na następujące części:

Część I – obejmuje świadczenie przez Wykonawcę usługi polegającej na utworzeniu, wdrożeniu i zarządzaniu Instrumentem Finansowym Pożyczka na Zmianę Modelu Biznesowego (zwana „PZMB”) o parametrach określonych w „Metryce Instrumentu Finansowego Pożyczka na Zmianę Modelu Biznesowego” w łącznej wysokości co najmniej 4 000 000,00 zł z wkładu finansowego wniesionego z Funduszu Funduszy przez Zamawiającego do utworzonego Instrumentu Finansowego, uzupełnionego o wkład własny Pośrednika Finansowego (dalej „PF”) w wysokości nie niższej niż 15%. Według stanu na połowę Okresu Budowy Portfela (założonego przez PF w Biznes Planie), co najmniej 40% ww. Limitu PZMB musi zostać wypłacone Ostatecznym Odbiorcom.

Część II – obejmuje świadczenie przez Wykonawcę usługi polegającej na utworzeniu, wdrożeniu i zarządzaniu Instrumentem Finansowym Pożyczka na Zmianę Modelu Biznesowego (zwana „PZMB”) o parametrach określonych w „Metryce Instrumentu Finansowego Pożyczka na Zmianę Modelu Biznesowego” w łącznej wysokości co najmniej 7 000 000,00 zł z wkładu finansowego wniesionego z Funduszu Funduszy przez Zamawiającego do utworzonego Instrumentu Finansowego, uzupełnionego o wkład własny Pośrednika Finansowego (dalej „PF”) w wysokości nie niższej niż 15%. Według stanu na połowę Okresu Budowy Portfela (założonego przez PF w Biznes Planie), co najmniej 40% ww. Limitu PZMB musi zostać wypłacone Ostatecznym Odbiorcom.

Część III – obejmuje świadczenie przez Wykonawcę usługi polegającej na utworzeniu, wdrożeniu i zarządzaniu Instrumentem Finansowym Pożyczka na Zmianę Modelu Biznesowego (zwana „PZMB”) o parametrach określonych w „Metryce Instrumentu Finansowego Pożyczka na Zmianę Modelu Biznesowego” w łącznej wysokości co najmniej 9 000 000,00 zł z wkładu finansowego wniesionego z Funduszu Funduszy przez Zamawiającego do utworzonego Instrumentu Finansowego, uzupełnionego o wkład własny Pośrednika Finansowego (dalej „PF”) w wysokości nie niższej niż 15%. Według stanu na połowę Okresu Budowy Portfela (założonego przez PF w Biznes Planie), co najmniej 40% ww. Limitu PZMB musi zostać wypłacone Ostatecznym Odbiorcom.

Izba ustaliła, że Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację poszczególnych części Zamówienia 1 następujące kwoty:

	Wartość wynagrodzenia od części podstawowej zamówienia	Wartość wynagrodzenia od prawa Opcji	Całkowita wartość wynagrodzenia (z uwzględnieniem praw Opcji)
Część I	320 000,00	320 000,00	640 000,00
Część II	560 000,00	560 000,00	1 120 000,00
Część III	720 000,00	720 000,00	1 440 000,00

Izba ustaliła, że w części III Zamówienia 1 zostały złożone następujące oferty:

Lp.	Firma (nazwa) lub nazwisko oraz adres wykonawcy	Cena oferty w PLN	Termin wykonania zamówienia/ Warunki płatności
1	Polska Fundacja Przedsiębiorczości ul. Monte Cassino 32 70-466 Szczecin	Łączne wynagrodzenie za realizację zamówienia cz. II 1 884 600,00 zł Stawka wynagrodzenia: 10,47 %	Zgodnie z SIWZ/ Zgodnie z IPU
2.	SCORPII CAPITAL Sp. z o.o. ul. Adama Branickiego 17 02-972 Warszawa	Łączne wynagrodzenie za realizację zamówienia cz. II 1 141 200,00 zł Stawka wynagrodzenia: 6,34 %	Zgodnie z SIWZ/ Zgodnie z IPU
3.	Towarzystwo Inwestycji Społeczno- Ekonomicznych SA (TISE SA) ul. Okopowa 56 01-042 Warszawa	Łączne wynagrodzenie za realizację zamówienia cz. II 2 610 000,00 zł Stawka wynagrodzenia: 14,50 %	Zgodnie z SIWZ/ Zgodnie z IPU

W części I nie złożone żadnych ofert.

Izba ustaliła, że Zamawiający w Rozdziale II Opis Przedmiotu zamówienia pkt 10 wskazał: „UWAGA: Zamawiający informuje, że zgodnie z wymogami wynikającymi z Ustawy z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu, zobowiązany jest, w stosunku do każdego z podmiotów, z którym nawiązuje stosunki

gospodarcze, do przeprowadzenia wewnętrznej procedury weryfikacji i identyfikacji oraz oceny ryzyka związanego z działalnością i strukturą właścicielską potencjalnego Wykonawcy. Powyższe działania, skutkujące negatywną oceną Wykonawcy, obligują Zamawiającego do nienawiązywania w takim przypadku relacji gospodarczych i będą stanowiły podstawę do odrzucenia oferty tego Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ) i 8) ustawy Pzp.”

Izba ustaliła, że Zamawiający w Rozdziale VI określił warunki udziału w postępowaniu. W pkt 6.9.2 SIWZ Zamawiający określił wymagania co do potencjału kadrowego wykonawcy, wskazując, że wykonawca wykaże, że posiada odpowiedni zespół zapewniający zdolność do realizacji zamówienia, tj. w skład zespołu oddelegowanego do realizacji zamówienia będą wchodzić co najmniej 4 osoby posiadające odpowiednie doświadczenie i wykształcenie, tj.:

- a) kierownik projektu – osoba z co najmniej 2 - letnim doświadczeniem na stanowisku kierowniczym, posiadająca wykształcenie wyższe;
- b) osoba, z co najmniej 2 - letnim doświadczeniem w zakresie obsługi projektów finansowanych ze środków europejskich o których mowa w ustawie o finansach publicznych (Dz.U. 2016 poz. 1870), posiadająca wykształcenie co najmniej średnie;
- c) osoba z co najmniej 3 - letnim doświadczeniem w zakresie analizy ryzyka kredytowego rozumianej jako analiza zdolności kredytowej/pożyczkowej przedsiębiorstw, posiadająca wykształcenie wyższe;
- d) osoba z co najmniej 3 - letnim doświadczeniem w obszarze kontroli, audytu, posiadająca wykształcenie co najmniej średnie;
- e) osoba z co najmniej 2 - letnim doświadczeniem w obszarze działań monitoringowych lub kontrolingowych, polegającym m.in. na opracowywaniu raportów, analiz z działalności sprzedażowej, posiadająca wykształcenie co najmniej średnie;
- f) osoba z co najmniej 2 - letnim doświadczeniem w zakresie sprzedaży produktów finansowych dla segmentu MŚP, posiadająca wykształcenie co najmniej średnie.

Izba ustaliła, że Załącznik nr 2 do SIWZ zawierał Istotne Postanowienia Umowy Operacyjnej. W § 20 Pozostałe obowiązki Pośrednika Finansowego, Zamawiający wskazał m.in., iż Pośrednik Finansowy zobowiązany jest do: 1) utrzymywania w całym Okresie realizacji Operacji minimum jednej filii, oddziału, placówki działającej na obszarze województwa kujawsko - pomorskiego, nie rzadziej niż pięć dni w tygodniu przez co najmniej 8 godzin dziennie, w której Pośrednik Finansowy będzie obsługiwał Ostatecznych Odbiorców, w tym w szczególności udzielał wszelkich informacji związanych z udzielaniem oraz obsługą Jednostkowych Pożyczek oraz przyjmował dokumenty związane z realizacją Operacji; 2) zapewnienia przy realizacji Operacji uczestnictwa osób wskazanych w Ofercie, a gdy w



przypadku zmian w składzie zespołu oddelegowanego do realizacji Operacji uczestnictwo niektórych lub wszystkich osób przy realizacji Operacji nie będzie możliwe, zobowiązany będzie niezwłocznie do zapewnienia, aby uzupełniony lub nowy zespół spełniał minimalne warunki dotyczące liczby osób w tym zespole oraz ich doświadczenia i wykształcenia określone w SIWZ, nie wykluczający możliwości oddelegowania przez Wykonawcę do realizacji zamówienia dodatkowych osób.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 15 września 2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie wyceny części III Zamówienia 1. Izba ustaliła, że pismem z dnia 21 września Odwołujący złożył wyjaśnienia. Odwołujący nie złożył żadnych dowodów wraz z wyjaśnieniami.

Pismem z dnia 14 października 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania. W zakresie części III Zamówienia 1, Zamawiający wskazał, że wobec Odwołującego wystąpiły przesłanki odrzucenia oferty, o których mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2) i 8) ustawy Pzp, w związku z Uwagą zamieszczoną w Rozdziale II pkt 10 SIWZ. Ponadto Zamawiający wskazał, że działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) Pzp Zamawiający odrzucił ofertę złożoną przez ww. wykonawcę. W odniesieniu do wyjaśnień złożonych przez SCORPII CAPITAL sp. z o.o. z dnia 21 września 2020 r. w przedmiocie „rażąco niskiej ceny” w ocenie Zamawiającego przedstawione informacje poddają w wątpliwość zdolność Wykonawcy do prawidłowej realizacji zamówienia, za cenę wskazaną w ofercie. Za powyższym stwierdzeniem przemawiają następujące okoliczności:

- 1) Cena oferty nie uwzględnia wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia;
- 2) Wątpliwości budzi przyjęte założenia w zakresie kosztów stałych w okresie budowy portfela w kontekście obowiązku prowadzenia biura projektu na obszarze województwa kujawsko-pomorskiego przez 5 dni w tygodniu po 8 godzin dziennie przez co najmniej okres budowy portfela (koszty wynajęcia biura, koszty związane z zapewnieniem środków trwałych, zatrudnienia personelu);
- 3) Rozbieżność pomiędzy ceną złożoną w ofercie Wykonawcy a informacjami dotyczącymi łącznych kosztów realizacji zamówienia wskazanych w dodatkowych wyjaśnieniach;
- 4) Wyliczenia dotyczące wkładu własnego Wykonawcy ujęte w dodatkowych wyjaśnieniach są niespójne z deklaracją złożoną przez Wykonawcę w Ofercie;
- 5) Wątpliwości budzi przyjęty sposób wyliczania kosztów realizacji zamówienia w kontekście przyjętego poziomu zaangażowania w projekt w odniesieniu do wykazanych całkowitych kosztów miesięcznych;

6) Wątpliwości budzi pozycja kosztowa „koszt wkładu własnego” – koszt utraconych korzyści (wartość, i opis tej pozycji).

W zakresie części II Zamówienia 1, podstawą odrzucenia stanowił zapis zawarty w Rozdziale II, pkt 10 SIWZ.

W zakresie odwołania o sygn. akt: KIO 2748/20, Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wybór Pośredników Finansowych w celu zarządzania funduszem pożyczkowym w ramach Funduszu Dostępności” (dalej „Zamówienie 2”). Zamówienie 2 zostało podzielone na następujące części:

Część I – Region I obejmujący województwa: warmińsko-mazurskie, podlaskie, mazowieckie, lubelskie – świadczenie na rzecz Zamawiającego usług polegających na zarządzaniu funduszem pożyczkowym w kwocie 15 000 000,00 zł;

Część II – Region II obejmujący województwa: łódzkie, małopolskie, świętokrzyskie, podkarpackie, opolskie i śląskie – świadczenie na rzecz Zamawiającego usług polegających na zarządzaniu funduszem pożyczkowym w kwocie 15 000 000,00 zł;

Część III – Region III obejmujący województwa: zachodniopomorskie, pomorskie, wielkopolskie, kujawsko-pomorskie, lubuskie, dolnośląskie – świadczenie na rzecz Zamawiającego usług polegających na zarządzaniu

Izba ustaliła, że w pkt 2.7 SIWZ Zamawiający zawarł następujący zapis: „Zamawiający informuje, że zgodnie z wymogami wynikającymi z ustawy z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu, zobowiązany jest, w stosunku do każdego z podmiotów, z którym nawiązuje stosunki gospodarcze, do przeprowadzenia wewnętrznej procedury weryfikacji i identyfikacji oraz oceny ryzyka związanego z działalnością i strukturą właścicielską potencjalnego Wykonawcy. Powyższe działania, skutkujące negatywną oceną Wykonawcy, obligują Zamawiającego do nienawiązywania w takim przypadku relacji gospodarczych i będą stanowiły podstawę do odrzucenia oferty tego Wykonawcy na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ) i 8) ustawy Pzp.

Do upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 24.09.2020 r. do godziny 12:00, złożono jedną ofertę tj. ofertę Odwołującego.

Izba ustaliła, że w zakresie części I Zamówienia 2, Zamawiający pismem z dnia 21 października 2020 r. poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania w zakresie części I na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp ponieważ nie złożone żadnej oferty

niepodlegającej odrzuceniu. Zamawiający wskazał, że w dniu 24 września 2020 r. dokonał otwarcia ofert, na część I – wpłynęła jednak oferta złożona przez Odwołującego. Zamawiający wskazał, że w dniu 16 października 2020 r. odrzucił ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 ustawy Pzp w związku z postanowieniami wynikającymi z rozdziału II pkt 2.7 SIWZ.

***Izba zważyła co następuje:***

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia. W przypadku zasadności podniesionych w odwołaniu zarzutów mogłoby dojść do wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W ocenie Izby odwołania nie zasługują na uwzględnienie. Nie potwierdziły się zarzuty podniesione przez Odwołującego. Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego.

*Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) i 8) w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 (zarzut wspólny dla wszystkich trzech odwołań – KIO 2747/20, KIO 2748/20 i KIO 2749/20)*

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeśli jej treść nie odpowiada SIWZ, z kolei w art. 89 ust. 1 pkt 8, ustawodawca wskazał, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeśli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający informuje niezwłocznie wykonawców, których oferty zostały odrzucone o powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności.

Mając na uwadze ww. przepisy Izba wskazuje po pierwsze, iż część argumentacji podniesionej przez Odwołującego w zakresie zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) i 8) w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stanowi próbę kwestionowania zapisów SIWZ, po upływie terminu na kwestionowanie takich zapisów. Odwołujący wskazuje w treści odwołania m.in.: „Błędne w tym miejscu wydawać się może przekonanie, o tym, że Zamawiający jako instytucja obowiązana przestrzegać przepisów ustawy z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (dalej: AML) oraz

zgodnie z przyjętymi normami w ustawie PZP i Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ), jest zobligowany do przeprowadzenia identyfikacji i weryfikacji klienta (...)", „(...) w kontekście niniejszej sprawy - postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, które bezpośrednio określają przepisy ustawy Pzp, taka kontrola wydawać się może nieuprawniona (...) „(...) Zamawiający nie powinien eliminować Odwołującego poprzez negatywną ocenę w toku przeprowadzonej procedury wewnętrznej AML, a co najwyżej skonstruować stosowne warunki udziału w postępowaniu, jeśli chciał takiej oceny dokonywać (...)" oraz m.in. „(...) weryfikacja w odniesieniu do AML nie powinna mieć w ogóle miejsca w przedmiotowym postępowaniu, a tym bardziej stanowić przesłankę odrzucenia oferty Odwołującego”.

Zdaniem Izby powyższe argumenty Odwołującego w swoim meritum sprowadzają się do kwestionowania zapisów SIWZ tj. zapisów zawartych w Rozdziale II, pkt 10 SIWZ. Należy wskazać, że Zamawiający w sposób jednoznaczny wskazał na etapie publikacji SIWZ, że zgodnie z wymogami wynikającymi z ustawy z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (dalej „**ustawa AML**”), zobowiązany jest, w stosunku do każdego z podmiotów, z którym nawiązuje stosunki gospodarcze, do przeprowadzenia wewnętrznej procedury weryfikacji i identyfikacji oraz oceny ryzyka związanego z działalnością i strukturą właścicielską potencjalnego wykonawcy. Powyższe działania, skutkujące negatywną oceną wykonawcy, obligują Zamawiającego do nienawiązywania w takim przypadku relacji gospodarczych i będą stanowiły podstawę do odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ) i 8) ustawy Pzp.” Nie ulega wątpliwości, że Odwołujący potwierdził znajomość i akceptację tych zasad m.in. w pkt 21 Formularza oferty, oświadczając: „AKCEPTUJEMY w pełni i bez zastrzeżeń, postanowienia SIWZ i załączników do niej uznajemy się za związanych określonymi w niej postanowieniami.” Zatem, podniesiona przez Odwołującego w treści odwołania argumentacja dotycząca zapisów zawartych w SIWZ, a odnoszących się do procedury weryfikacji wykonawcy w świetle wymogów ustawy AML, jest zdaniem Izby, argumentacją spóźnioną, a tym samym pozostaje ona bez znaczenia dla uznania zasadności naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 ustawy Pzp. Na etapie publikacji SIWZ Zamawiający jednoznacznie wskazał, iż będzie przeprowadzał w stosunku do wykonawców procedurę weryfikacji i identyfikacji klienta, o której mowa w ustawie AML. Skoro Odwołujący twierdzi obecnie, iż nie ma podstaw do przeprowadzenia takiej weryfikacji wykonawców, to zarzut taki winien sformułować na etapie publikacji SIWZ, kwestionując w tym zakresie wymogi wprowadzone przez Zamawiającego. Odwołujący takich działań nie podjął, zaakceptował treść SIWZ, łącznie z zapisem wskazanym w Rozdziale II pkt 10 SIWZ i kwestionowanie obecnie takich postanowień SIWZ, jest spóźnione.

Niezależnie od powyższego, Izba wskazuje, że Zamawiający jest instytucją obowiązani w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 1 ustawy AML. Zgodnie z art. 33, art. 34 i 35 ustawy AML, Zamawiający jako instytucja obowiązana ma obowiązek stosować wobec swoich klientów środki bezpieczeństwa finansowego podczas nawiązywania stosunków gospodarczych oraz podczas utrzymywania stosunków gospodarczych. Przepis art. 41 ustawy o AML jednoznacznie wskazuje, iż instytucja obowiązana nie nawiązuje stosunków gospodarczych w przypadku niemożności zastosowania środków bezpieczeństwa finansowego. Jednocześnie Izba wskazuje, że w art. 2 ust. 1 ustawy AML zawarta została definicja klienta. Ustawodawca wskazał w pkt 10, że za klienta uważa się osobę fizyczną, osobę prawną lub jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, której instytucja obowiązana świadczy usługi lub dla której wykonuje czynności wchodzące w zakres prowadzonej przez nią działalności zawodowej, w tym z którą instytucja obowiązana nawiązuje stosunki gospodarcze, lub na zlecenie której przeprowadza transakcję okazjonalną; w przypadku umowy ubezpieczenia przez klienta instytucji obowiązanej rozumie się ubezpieczającego. Tym samym każdy podmiot, z którym Zamawiający nawiązuje stosunku gospodarcze podlega weryfikacji, o jakiej mowa w ustawie AML. Zdaniem Izby, w ramach realizacji zamówienia obie strony umowy tj. Zamawiający, w ramach prowadzonej przez siebie działalności, jak i wykonawca są zobowiązane do wykonania wzajemnych świadczeń, a więc nawiązują ze sobą stosunki gospodarcze. W wyniku zawarcia umowy, wykonawca będzie dystrybuował środki finansowe w imieniu Zamawiającego. Tym samym, wykonawca podlega weryfikacji, o której mowa w SIWZ w zakresie procedury określonej w ustawie AML.

Dalej wskazać należy, że zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wymaga rozstrzygnięcia wzajemnych relacji pomiędzy przepisami ustawy Pzp, a ustawy AML. W przedmiotowej sprawie mamy bowiem do czynienia z sytuacją szczególną, w której Zamawiający realizując obowiązki wynikające z przywołanych powyżej przepisów ustawy AML, jednocześnie musi wypełnić te wynikające z ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności wynikające z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Nie ulega wątpliwości, że przepis art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp ma gwarantować dochowanie zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj.: jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji. Wynika z niego obowiązek podania wykonawcom faktycznych podstaw odrzucenia oferty jednocześnie z przekazaniem informacji o wyborze oferty, najkorzystniejszej, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania wiedzy na temat przyczyn odrzucenia oferty. Zdaniem Izby uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego jest bardzo lakoniczne. Zamawiający wskazał wyłącznie, iż wystąpiły przesłanki odrzucenia oferty, o których mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2) i 8) ustawy

Pzp, w związku z Uwagą zamieszczoną w Rozdziale II pkt 10 SIWZ, co zdaniem Izby należy interpretować w ten sposób, iż Zamawiający przeprowadził wewnętrzne procedury weryfikacji i identyfikacji oraz oceny ryzyka związanego z działalnością i strukturą Odwołującego, zgodnie z ustawą AML i wykonawca otrzymał negatywną ocenę. W konsekwencji, oceniać należało czy Zamawiający mógł przekazać Odwołujący wyniki takiej oceny. Zdaniem Izby zasada wynikająca z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp podlega ograniczeniom wynikającym z ustawy AML, z uwagi na specyficzny przedmiot działalności Zamawiającego i związany z tym przedmiot zamówienia.

Po pierwsze Izba wskazuje, że na gruncie SIWZ w przedmiotowym postępowaniu, biorąc pod uwagę specyfikę działalności Zamawiającego, podstawy odrzucenia związane z procedurą AML były znane wszystkim potencjalnym wykonawcom. Czynności prowadzone przez Zamawiającego oraz sposób weryfikacji informacji odnośnie wykonawców są prowadzone w oparciu o obowiązujące przepisy ustawy AML, o czym Zamawiający wprost poinformował wykonawców w SIWZ. Okoliczność, iż informacje te były opatrzone nazwą „Uwaga” czy też zamieszczone w SIWZ w nieprawidłowym miejscu, na co powoływał się Odwołujący, jest bez znaczenia dla sprawy. Obowiązkiem wykonawcy jest bowiem zapoznania się z całą SIWZ, co wykonawca potwierdził w treści oferty.

Po drugie wskazać należy, że zgodnie z art. 92 ust. 3 Pzp, Zamawiający może nie ujawniać informacji, o których mowa w ust. 1, jeżeli ich ujawnienie byłoby sprzeczne z ważnym interesem publicznym. W kontekście analizowanej sprawy, ten interes publiczny oraz narzędzia do jego realizacji został zdefiniowany przez ustawodawcę w ustawie AML. Ustawa AML określa zasady i tryb przeciwdziałania praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu, wskazując m.in. zakres obowiązków instytucji obowiązanych. W tym kontekście interes publiczny rozumieć należy jako ochrona obrotu gospodarczego przed wprowadzaniem do niego wartości majątkowych pochodzących z nielegalnych lub nieujawnionych źródeł. Ustawodawca określił narzędzia do realizacji takiego celu m.in. poprzez wprowadzenie w art. 54 ustawy AML obowiązku zachowania w tajemnicy przez instytucje obowiązane i ich pracowników informacji o prowadzonych analizach dotyczących prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu, co ma służyć właśnie realizacji i ochronie interesów publicznych określonych w ustawie AML. Ustawodawca w art. 54 ust. 2 ustawy AML określił krąg podmiotów, którym informacje takie mogą zostać przekazane. Odwołujący nie kwalifikuje się do żadnej z grup wskazanych w ust. 2 art. 54 ustawy AML. Zdaniem Izby umożliwienie przedsiębiorcom czy osobom fizycznym dostęp do wewnętrznych procedur i analiz przeprowadzanych przez instytucje obowiązane niweczyłoby cel jaki stawia ustawodawca tym instytucjom. Skoro podmioty zewnętrznie posiadałby wiedzę o zakresie prowadzonej

weryfikacji, narzędziach i procedurach stosowanych w instytucjach obowiązanych, jak również o stwierdzonych nieprawidłowościach, to z łatwością mogłyby wdrożyć nieprawidłowe praktyki prania brudnych pieniędzy, omijając *know how* instytucji obowiązanych. Zdaniem Izby powyższe interpretacja art. 54 ustawy AML znajduje potwierdzenie w art. 156 ustawy AML. W ust. 2 przywołanej regulacji ustawodawca wskazał, że karze podlega ten kto wbrew przepisom ustawy ujawnia osobom nieuprawnionym, posiadaczom rachunku lub osobom, których transakcja dotyczy, informacje zgromadzone zgodnie z ustawą lub wykorzystuje te informacje w sposób niezgodny z przepisami ustawy. Należy jednocześnie wskazać, że art. 54 ustawy AML nie zawiera wyjątku dotyczącego możliwości udzielenia informacji o prowadzonych analizach dotyczących prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu w ramach realizacji obowiązku zamawiającego wynikającego z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Możliwy zakres wymiany takich informacji został wskazany w ust. 2 i nie zawiera zapisu dotyczącego postępowania przetargowego.

Zdaniem Izby Odwołujący przystępując do przedmiotowego postępowania był związany z regułami ustalonymi w SIWZ, jako profesjonalista, winien mieć świadomość regulacji zawartych w ustawie AML i ograniczeń z niej wynikających. Zamawiający nie może w SIWZ wchodzić w rolę ustawodawcy i samodzielnie zmieniać bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa do jakich instytucje obowiązane muszą się stosować. Ponadto, Odwołujący nie kwestionował postanowień SIWZ w tym zakresie na etapie publikacji SIWZ. W ocenie Izby żądanie Odwołującego, aby nakazać Zamawiającemu przekazanie dowodów potwierdzających przesłanki odrzucenia jest nieuprawnione, gdyż stałoby w sprzeczności z ograniczeniami wynikającymi z ustawy AML i nałożonym przez ustawodawcę obowiązkiem zachowania w tajemnicy informacji dotyczących prowadzonych analiz w zakresie prania brudnych pieniędzy. Z uwagi na przedmiot zamówienia oraz status prawny Zamawiającego należy przyznać prymat przepisom ustawy AML i obowiązkom nałożonym na instytucje obowiązane. Zasada jawności postępowania nie jest zasadną absolutną, co potwierdził sam ustawodawca w art. 92 ust. 3 ustawy Pzp. Sposób realizacji interesu publicznego wynikającego z ustawy AML, a więc ochrony rynku gospodarczego przed nielegalnym obrotem pieniędzmi czy finansowaniem terroryzmu określi ustawodawca w ustawie AML m.in. poprzez zapisy art. 54 ustawy. Zdaniem Izby należy przyznać prymat interesowi publicznemu wynikającemu z ustawy AML i narzędziom służącym jego realizacji określonym w tej ustawie nad interesem indywidualnym wykonawcy wyrażającym się w prawie dostępu do szczegółowych informacji leżących u podstaw odrzucenia jego oferty. Zasada jawności postępowania przetargowego doznaje w tym zakresie ograniczenia. Stąd też, zdaniem Izby, Zamawiający zasadnie dokonał odrzucenia ofert Odwołującego w części I Zamówienia 2 oraz II i III Zamówienia 1. Zamawiający wprost wskazał w SWZ, że negatywna ocena

przeprowadzonej weryfikacji będzie skutkowało odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 ustawy Pzp. Zapisy te nie były kwestionowane przez Odwołującego na etapie publikacji SIWZ.

Izba wskazuje, że może budzić wątpliwości wskazana przez Zamawiającego w SIWZ podstawa odrzucenia tj. art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Ustawa AML nie przewiduje bowiem skutku nieważności. Zdaniem Izby, Zamawiający miał prawo odrzucić ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Izba stoi na stanowisku, iż niezgodność z ustawą o jakiej mowa w art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp dotyczy nie tylko niezgodności z ustawą Pzp, ale również z innymi powszechnie obowiązującymi ustawami. Ustawodawca nie zawęził analizowanego przepisu do „ustawy prawo zamówień publicznych”, jak również nie zawarł w art. 2 ustawy Pzp definicji „ustawy”. Tym samym brak jest podstaw do zawężania pojęcia „ustawy” w art. 89 ust. 1 pkt 1 wyłącznie do ustawy Prawo zamówień publicznych. W analizowanym stanie faktycznym, negatywna weryfikacja wykonawcy wynikająca z analizy do jakiej zobowiązana jest instytucja obowiązuje, że Zamawiający nie może nawiązać stosunków gospodarczych z Odwołującym. Nawiązanie takich stosunków poprzez wybór oferty Odwołującego powodowałoby sprzeczność z art. 41 ustawy AML.

Zdaniem Izby, uzasadnienie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego jest bardzo lakoniczne. Zamawiający odwołał się do przepisów ustawy AML. W tym zakresie, mógł Zamawiający sprecyzować przepisy ustawy AML na jakich oparł swoją decyzję, jak również powołać się na art. 92 ust. 3 ustawy Pzp, do którego referuje w odpowiedzi na odwołania. Powyższe uchybienia Zamawiającego pozostają jednak bez wpływu na zarzuty podniesione w odwołaniu. Odwołujący jako profesjonalista winien znać przepisy ustawy AML w zakresie procedury weryfikacji klienta i ograniczeń wynikających z art. 54 ustawy AML. Z treści odwołania wynika, że wykonawca takie regulacje zna, jednakże prezentuje ich odmienną interpretację, której Izba nie podziela. Powołanie się przez Izbę na art. 93 ust. 3 ustawy Pzp jest wynikiem przyjętej przez Izbę interpretacji obowiązków instytucji obowiązanych wynikających z ustawy AML.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała zarzut za niezasadny.

W konsekwencji, Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp jak również zarzut niezasadnego unieważnienia postępowanie w zakresie części I Zamówienia 2 (sprawa o sygn. akt: KIO 2748/20). W tej części zamówienia ofertę złożył tylko Odwołujący. Odrzucenie oferty Odwołującego skutkowało unieważnieniem postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.



*Zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy (dot. cz. III zamówienia, sygn. akt: KIO 2747/20)*

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Zgodnie ust. 2 obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Izba uznała, że treść złożonych przez Odwołującego wyjaśnień nie zawierała wystarczających informacji i dowodów na wykazanie realności zaproponowanej ceny za realizację zamówienia. Jak wykazał Zamawiający oświadczenia złożone przez Odwołującego w treści wyjaśnień były niekompletne, zaś informacje wskazane w treści odwołania w zakresie wykazania prawidłowości wyceny przedmiotu zamówienia wykazały szereg nieścisłości w stanowisku wykonawcy. Zdaniem Izby Zamawiający prawidłowo przyjął, iż wyjaśnienia złożone przez Odwołującego w piśmie z dnia 21 września 2020 r. nie pozwalały na dokonanie przez Zamawiającego oceny poziomu i realności zaoferowanej ceny, gdyż przygotowane zostały w sposób nierzetelny, ogólnikowy, niepoparty dowodami.

Jak wykazał Zamawiający, opisane przez Odwołującego założenia przy kalkulacji ceny oferty są niespójne ze sposobem realizacji zamówienia zadeklarowanym w ofercie, w tym dodatkowo z punktowanymi wymogami, których realizację również zadeklarował Odwołujący. Okolicznością bezsporną jest to, iż cena wskazana przez Odwołującego wynosi ok. 60% średniej ceny ofert, złożonych przez dwóch innych wykonawców. Przedkładając swoje wyjaśnienia Odwołujący zaznaczył na wstępie, iż wpływ na cenę miały m.in. następujące warunki zamówienia, tj.:

- a) korzystny podział wynagrodzenia wg proporcji 0,7 za wyniki sprzedażowe oraz 0,3 za wyniki w zakresie spłacalności pożyczek,
- b) niskie ryzyko realizacji zamówienia, tj. stosunkowo wysoki maksymalny dopuszczalny pułap szkodowości, tj. 25% wypłaconego Limitu Pożyczki w ramach udzielonych

jednostkowych pożyczek na cele związane z niwelowaniem skutków COVID-19 oraz 15 dla pożyczek udzielonych na inne cele,

c) brak konieczności wniesienia wkładu własnego Oferenta w przypadku pożyczek udzielanych na cele związane z COVID-19,

d) wysokie maksymalne wartości jednostkowych pożyczek, wynoszące odpowiednio 300 tys. zł oraz 1 mln zł,

e) możliwości udzielenia jednemu pożyczkobiorcy więcej, niż jednej pożyczki oraz uzależnienie łącznej kwoty pożyczek udzielonych temu samemu pożyczkobiorcy od wniesionego przez Zamawiającego wkładu do projektu, co zwiększa maksymalną kwotę pożyczki dla części zamówienia z największym Wkładem Funduszu i potencjalnie zmniejsza liczbę klientów do analizy.

Zdaniem Izby Odwołujący przedstawił w treści wyjaśnień w ogólnym ujęciu pozycje kosztowe, nie podając jednak szczegółowej kalkulacji powiązanej z poszczególnymi procesami realizacji zamówienia. Wyjaśnienia towarzyszące podanym wartościom są ogólnikowe, niedostateczne i co ważne, niespójne z założeniami złożonej oferty:

- a) miesięczny koszt zaangażowania personelu (na potrzeby realizacji pierwszego etapu zamówienia przyjęto łącznie koszt 1 etatu, wynoszący miesięcznie 5300,00 zł, na który składać się będą pracownicy co najmniej 8 stanowisk pracy/działów, a w ramach kolejnego etapu, polegającego na administrowaniu zbudowanym portfelem pożyczek — koszt ten wynosiłby ok. 60% w/w wynagrodzenia, tj. miesięcznie 3 050,00 zł). Odwołujący nie wskazał jakie proporcje czasu pracy w ramach jednego etatu zamierza przeznaczyć na realizację poszczególnych procesów zamówienia, w tym w ramach prowadzenia biura w regionie kujawsko-pomorskim, przez 5 dni w tygodniu, 8 godzin dziennie, przez co najmniej 14 miesięcy. Prowadzenie biura w regionie w podanym wymiarze, jest wymogiem zapisanym w Istotnych Postanowieniach Umowy. Niespójność wyjaśnień Odwołującego dotyczy także tego, że założył on, że klienci korzystać będą ze zdalnej formy kontaktu, co obniży koszty realizacji zamówienia. Uzupełnienie tych informacji w treści odwołania złożonego przez Odwołującego uznać należy za spóźnione. Co więcej, nawet gdyby uwzględnić dodatkowe informacje wskazane w treści odwołania, to oświadczenia Odwołującego z oferty oraz z wyjaśnień i odwołania pozostają ze sobą niespójne. Odwołujący w treści odwołania przedstawił koszty personelu dla osób, które nie zostały ujęte w potencjale kadrowym wykonawcy wskazanym w treści oferty. Ponadto jak wskazał Zamawiający, z treści odwołania wynika, że Odwołujący uwzględnił koszty

personelu dla 4 osób o łącznym zaangażowaniu 1,1 etatu. Biorąc zaś pod uwagę wymóg wskazany w SIWZ dotyczący obowiązku utrzymania biura w regionie w pełnym wymiarze czasu przez 5 dni w tygodniu, oznacza to zagospodarowanie 1 etatu. W tej sytuacji na pozostałe stanowiska i potrzeby pozostaje zaledwie 0.1 etatu. Zdaniem Izby takie założenie Odwołującego uznać należy za nieracjonalne. Sam zaś wykonawca nie wyjaśnił przyjętego założenia. Ponadto rozbieżne pozostają oświadczenia Odwołującego co do kosztów personelu. W treści wyjaśnień Odwołujący wskazał, że jest to kwota 5.300,00 miesięcznie w I etapie realizacji i kwota 3.050,00 miesięcznie w II etapie realizacji, zaś w treści odwołania Odwołujący wskazuje kwotę 7.225,00 miesięcznie.

- b) Wkład własny – Odwołujący zadeklarował w ofercie gotowość wniesienia wkładu własnego na poziomie 22%, co oznacza, że wartość ta winna wynieść 2.538.000 zł. Odwołujący otrzymał za swoje deklaracje określone dodatkowe punkty. W treści złożonych wyjaśnień Odwołujący wskazał kwotę 1.903.846,15, zaś z treści odwołania wynika kwota 1.485.000 zł. Nie można zgodzić się z Odwołującym, iż zakłada on, iż realny wkład własny będzie niższy, z uwagi na fakt, iż w ramach projektu przewidywane są pożyczki wymagające jak i niewymagające wkładu własnego wykonawcy. Oznaczałoby to, iż Odwołujący w oblicza inaczej koszty realizacji zamówienia na potrzeby oceny oferty i uzyskania dodatkowych punktów, a inaczej rzeczywiste koszty realizacji zamówienia. Takie założenie Odwołującego uznać należy za niedopuszczalne. Zadaniem wykonawcy jest obliczenia i wykazanie Zamawiającemu kosztów realizacji zamówienia. Przyjęcia przez wykonawcę dwóch odrębnych metod liczenia niweczyłoby cel weryfikacji ceny wykonawcy w świetle art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto zgodzić się należy z Zamawiającym, iż rozbieżne wyliczenia Odwołującego stanowi ryzyko niezapewnienia wymaganego montażu finansowego i realizacji projektu w założonym zakresie.
- c) łączny koszt realizacji zamówienia w okresie 7 lat jego realizacji - według wyjaśnień Odwołującego wynosi 530 312,90 zł, podczas gdy w ofercie wskazał on wartość 570 600,00 zł. W treści odwołania Odwołujący wskazuje, że ta różnica stanowi zysk wykonawcy, ale okoliczność tą pomija w treści złożonych wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, co czyni twierdzenia Odwołującego niewiarygodnymi.

- d) Obowiązkowy wskaźnik – Zamawiający wprowadził wymóg co najmniej 4 pożyczek dla firm wprowadzających zmiany organizacyjno – procesowe. Odwołujący w treści wyjaśnień zapewnił udzielenie co najmniej 3 pożyczek, co stoi w sprzeczności z wymaganiami Zamawiającego.

Należy wskazać, że Odwołujący zaangażowanie kadrowe w realizacji projektu na poziomie jedynie 1 osoby w całym okresie realizacji zamówienia, wyjaśnia rozwiązaniami technicznymi „redukującymi zaangażowanie osób w procesie obsługi i sprawozdawczości”. Odwołujący wskazał w swojej ofercie, że nie będzie korzystał z podwykonawców, co biorąc pod uwagę np. to, że Odwołujący nie przewidział w swojej ofercie użytkowania innych systemów, poza ewidencyjnym systemem LEO, który nie jest systemem księgowym, podważa możliwość realizacji wszystkich procesów związanych z zamówieniem. Jest to kolejny przykład braku należytej staranności Odwołującego w formułowaniu przedmiotowych wyjaśnień i braku zachowania spójności z ofertą.

W opinii Izby, wyjaśnienia złożone przez Odwołującego są niedostateczne i niespójne, a ponadto Odwołujący nie załączył żadnych dowodów na potwierdzenie okoliczności na jakie się powołuje i które rzekomo umożliwiają mu obniżenie kosztów realizacji zamówienia. Koszty personelu zostały opisany w sposób ogólny, bez podziału na potencjał kadrowy Odwołującego wskazany w ofercie, w zakresie kosztów stałych wynagrodzenia personelu Odwołujący w sposób ogólny oświadcza, że wynagrodzenie odpowiada zaangażowaniu danej osoby w realizacji zamówienia, bez jakiegokolwiek analizy czasowego zaangażowania w świetle wymagań zawartych w SIWZ. Wykonawca w żaden sposób nie wyjaśnia na czym opiera założenie, iż łączny koszt sprzedaży nie przekroczy kosztu zatrudnienia jednej osoby w okresie budowania portfela. Odwołujący w sposób ogólny powołuje się na rozwiązania techniczne, bez wskazania konkretnych rozwiązań, dostępnych wyłącznie wykonawcy, które to rozwiązania umożliwiają mu obniżenie kosztów, wykonawca odwołuje się do swojego doświadczenia w świadczeniu finansowania przedsiębiorcom, jednakże jak wskazał Zamawiający analiza danych bilansowych Odwołującego za rok 2019 pokazuje, że działalności takiej przed 2020 r. wykonawca nie prowadził.

W ocenie Izby oświadczenie Odwołującego złożone w toku postępowania co do poszczególnych pozycji kosztorysowych pozostaje ze sobą niespójne i już z tej przyczyny oferta wykonawca podlega odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że uzasadnienie decyzji Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy było lakoniczne, Zamawiający posłużył się określeniem „wątpliwości”, co oznacza, że mógł wyjaśnić owe wątpliwości z Odwołującym. Izba podkreśla, że gdyby decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp była dla Odwołującego niejasna lub zbyt lakoniczna, to wówczas wykonawca nie przedstawiłaby rozbudowanej argumentacji dotyczącej kosztów realizacji zamówienia na 8 stronach odwołania, odnosząc się do okoliczności wskazanych przez Zamawiającego w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego. Zamawiający dokonując analizy wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w świetle wymagań zawartych w SIWZ wskazał na okoliczności, które w jego ocenie nie zostały w sposób prawidłowy skalkulowane i budziły jego wątpliwości. Sam wykonawca w treści odwołania podjął kolejną próbę wyjaśnienia wątpliwości wskazanych przez Zamawiającego, jednakże, jak Izba wskazał powyżej, działanie takie uznać należy za spóźnione, a ponadto, oświadczenia te pozostają w sprzeczności z deklaracjami wykonawcy zawartymi w ofercie i w piśmie z dnia 21 września 2020 r. Izba nie podziela poglądu Odwołującego, że Zamawiający miał obowiązek wystosować kolejne wezwanie do Odwołującego w celu rozwiania wątpliwości dotyczących wyceny przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp na Zamawiający ciążył obowiązek wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień, zaś na wykonawcy, zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp ciążył obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, w tym złożenia dowodów. Za nieuprawnioną Izba uznaje argumentację Odwołującego, iż z powodu ogólnego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, przysługuje mu prawo do składania dodatkowych wyjaśnień, w odpowiedzi na bardziej precyzyjne wezwanie Zamawiającego. Zdaniem Izby, to wykonawca wycenia koszty realizacji zamówienia i to wykonawca wie jakie konkretne okoliczności i uwarunkowania wpłynęły na taką wycenę. Stąd też wykonawca składając wyjaśnienia winien szczegółowo odnieść się do takich indywidualnych uwarunkowań i wyliczeń oraz wykazać je odpowiednimi dowodami. Racjonalne jest bowiem założenie, że profesjonalny wykonawca przed złożeniem oferty takie właśnie wyliczenia zrobił. W sytuacji zaś w której wykonawca składa ogólne oświadczenia co do kosztów pracy, rozwiązań technicznych, bez dowodów, nie jest obowiązkiem Zamawiającego ponowne występowanie o uszczegółowienie pierwotnie złożonych wyjaśnień. Należy przyjąć, że wykonawca zna postanowienia SIWZ, wymagania Zamawiającego i wycena kosztów realizacji zamówienia będzie uwzględniać szczegółowy wynikające z tego dokumentu, w sposób rzetelny, spójny i całościowy, nie zaś wybiórczy i fragmentaryczny, z czym mamy do czynienia w analizowanym stanie faktyczny. W konsekwencji, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018, poz. 972 z zm.).

**Przewodniczący:** .....