

Sygn. akt: KIO 524/20

WYROK
z dnia 24 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 marca 2020 r. przez wykonawcę Eduline Sp. z o.o. w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Ministerstwo Funduszy i Polityki Regionalnej przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum Wielkopolska Grupa Prawnicza K., M., S. i Wspólnicy Sp. k. w Poznaniu i Europejska Grupa Szkoleniowo-Doradcza Sp. z o.o. w Kuńkowcach przystępujących do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddała odwołanie,
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę Eduline Sp. z o.o. w Poznaniu i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Eduline Sp. z o.o. w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od Eduline Sp. z o.o. w Poznaniu na rzecz Ministerstwa Funduszy i Polityki Regionalnej kwotę 3 600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) 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:

.....

U z a s a d n i e

wyroku z dnia 24 czerwca 2020 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 524/20

Zamawiający – Ministerstwo Funduszy i Polityki Regionalnej, ul. Wspólna 2/4, 00-926 Warszawa – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Wykonanie maksymalnie 330 analiz wniosków o płatność w zakresie finansowym realizowanych w Działaniu 4.1 PO WER oraz maksymalnie 210 analiz pogłębionych wydatków, kontrola maks. 45 postępowań o udzielenie zamówienia publicznego w trybie Ustawy Pzp realizowanych w Działaniu 2.19, 4.1 i 4.2 PO WER”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 listopada 2019 r. pod numerem 2019/S 231-566552, zwane dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie na usługę, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) zwanej dalej jako „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 12 marca 2020 r. środek zaskarżenia wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wniósł wykonawca Eduline Sp. z o.o., ul. Głogowska 31/33 60-702 Poznań (dalej zwany jako „odwołujący”). W odwołaniu postawiono zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych - poprzez dokonanie nieprawidłowej oceny oferty Odwołującego w ramach kryterium „Analiza studium przypadku” oraz przez przyznanie ofercie Odwołującego punktacji w sposób odbiegający od zasad określonych SIWZ, tj. przez przyznanie zbyt małej liczby punktów ofercie Odwołującego, odbiegającej od skali określonej w rozdz. XIII, pkt 13.4 SIWZ,
2. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych - przez akceptację niewiarygodnych oświadczeń Konsorcjum w składzie: Wielkopolska Grupa Prawnicza K., M., S. i Wspólnicy sp. k. oraz Europejska Grupa Szkoleniowo-Doradcza spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej zwane: konsorcjum wgp) co do możliwości zrealizowania przez tego wykonawcę zamówienia zgodnie z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej w uzasadnieniu również „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”), podczas gdy Zamawiający zobowiązany jest prowadzić postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, co oznacza konieczność odrzucenia oferty konsorcjum wgp,
3. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 oraz 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych - przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez

konsorcjum wgp, pomimo że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, czego skutecznie nie zakwestionował wykonawca w swoich ogólnikowych wyjaśnieniach,

4. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych poprzez: błędne wyliczenie przez konsorcjum wgp godzinnego kosztu pracy poprzez wyliczenie średniej z wynagrodzenia trzech osób - w sytuacji, gdy w realizację zamówienia musi być zaangażowanych 5 osób,
5. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych poprzez: pominięcie przy wyliczeniu godzinnego kosztu pracy wynagrodzenie kierownika odpowiedzialnego za wynik i ostateczny kształt list sprawdzających, którym zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia powinien być radca prawny i poprzestanie na określeniu w wyjaśnieniach, że radcy prawni są współnikami spółki będącej liderem konsorcjum i ich praca nie stanowi kosztu wykonawcy, tylko zysk - co w sposób nieprawidłowy zaniża ostateczną wysokość oferty,
6. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych poprzez: brak wykluczenia konsorcjum wgp, który w wyniku co najmniej niedbalstwa przedstawiło błędną informację dotyczącą ilości czasu niezbędnego na analizę pogłębioną wniosku (6 godzin) w sytuacji gdy czynności składające się na analizę pogłębioną wniosku nie są możliwe do wykonania we wskazanym czasie, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w tym postępowaniu,
7. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych - przez brak odrzucenia oferty konsorcjum wgp, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania oraz nie podlega poprawieniu.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonania ponownego badania i oceny ofert, w tym wykluczenia konsorcjum Wielkopolskiej Grupy Prawniczej K., M., S. i Wspólnicy Sp. k. w Poznaniu i Europejskiej Grupy Szkoleniowo-Doradczej Sp. z o.o. w Kuńkowcach (dalej zwanego jako „konsorcjum WGP”), ewentualnie odrzucenia oferty konsorcjum WGP, unieważnienia czynności oceny oferty odwołującego w ramach kryterium „analiza studium przypadku”, dokonanie ponownej oceny oferty odwołującego w tym kryterium i przyznanie wyższej liczby punktów. Ponadto wniesiono o zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał co następuje. Oferta złożona przez odwołującego zajęła drugie miejsce w rankingu ofert w postępowaniu, natomiast wykonawca, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą podlega wykluczeniu z przetargu z uwagi na

wprowadzenie zamawiającego w błąd odnośnie istotnych elementów oferty oraz jego oferta zawiera rażąco niską cenę.

Oferta konsorcjum WGP opiewa na cenę mniejszą niż 70% szacowanej kwoty zamówienia, zatem wykonawca został wezwany do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. W ocenie odwołującego konsorcjum, w toku składania wyjaśnień, wprowadziło zamawiającego w błąd, ponieważ wadliwie przyjęło, że pogłębioną analizę wniosku o płatność wykonuje się w przeciągu 6 godzin. Zdaniem odwołującego czas ten jest znacząco zaniżony, nawet przy przyjęciu, że wniosek o płatność obejmuje tylko jedną pozycję, która poddana została pogłębionej analizie. Czas, jaki potrzebuje oceniający na wykonanie analizy pogłębionej takiego wniosku obejmuje co najmniej: przygotowanie dokumentu dołączonego do oferty, zapoznanie się z dokumentami dotyczącymi szacowania wartości zamówienia (w tym w szczególności wysłane zapytanie do potencjalnych wykonawców, otrzymane oferty, lub oferty zamieszczone na stronach internetowych oraz protokół z przeprowadzonego szacowania), sprawdzenie ofert, sprawdzenie zastosowanych wyliczeń, zapoznanie się z zapytaniem zamieszczonym na bazie konkurencyjności, sprawdzenie czy przedmiot zamówienia zgadza się pod względem merytorycznym z wnioskiem, zapoznanie się z ewentualnymi pytaniami od wykonawców i odpowiedziami zamawiającego, zapoznanie się ze zmianami zastosowanymi w zapytaniu, sprawdzenie ofert otrzymanych od wykonawców (w tym w szczególności sprawdzenie czy oferta została podpisana przez upoważnioną osobę, czy każdy wykonawca spełnił warunki udziału w postępowaniu, czy nie podlega wykluczeniu, w przypadku wniesienia wadium - czy zostało wpłacone do terminu składania ofert, w przypadku próbek - czy próbki spełniają postawione wymagania, czy zamawiający poprawnie przyznał punkty oferentom, sprawdzenie czy oferty wpłynęły do terminu składania ofert), sprawdzenie ewentualnej korespondencji z wykonawcami (wezwań do wyjaśnień i wyjaśnień wykonawców), sprawdzenie protokołu postępowania, sprawdzenie czy został ogłoszony wynik postępowania, sprawdzenie zawartej umowy i czy umowa jest zgodna z zapytaniem ofertowym oraz z wnioskiem.

Odwołujący wskazał dalej, że konsorcjum WGP wyliczyło godzinny koszt pracy poprzez średnią z wynagrodzenia dwóch osób pracowników lidera konsorcjum i osoby zaangażowanej na podstawie umowy zlecenia, kiedy do realizacji zamówienia musi być zaangażowanych minimum 5 osób. Do tego, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, funkcję kierownika odpowiedzialnego za wynik i ostateczny kształt list sprawdzających winien pełnić radca prawny. Konsorcjum WPG nie wzięło tego kosztu pod uwagę, ograniczając się do wskazania, że radcy prawni są współnikami i ich praca nie stanowi kosztu wykonawcy, tylko zysk - co zdaniem odwołującego jest błędem - praca współników jest również kosztem.

Następnie odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub

niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jak wskazuje się w orzecznictwie, w przeciwieństwie do hipotezy dawnego art. 24 ust. 2 pkt 4 p.z.p., art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p. nie obejmują przesłanki rzeczywistego wpływu złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych, czyli wprowadzających w błąd informacji, na wynik postępowania prowadzonego przez zamawiającego. W przypadku sytuacji uregulowanej w art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. wystarczające jest stwierdzenie, że wprowadzające w błąd informacje zaliczają się do kategorii takich, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Zdaniem odwołującego niewątpliwie informacje podawane na potrzeby ustalenia, czy oferta spełnia parametry opisu przedmiotu zamówienia należy zaliczyć do tej kategorii (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 25 czerwca 2019 r., sygn. akt KIO 1036/19). Błędne wskazanie czasu niezbędnego na przygotowanie analizy pogłębionej wniosków, pominięcie wynagrodzenia kierownika projektu, niewątpliwie wpłynęły na wysokość ceny podawanej przez konsorcjum, prowadząc do jej rażącego zniżenia. Ponadto wskazane w wyjaśnieniach parametry oferty miały istotny wpływ na decyzję zamawiającego, z uwagi na fakt, iż cena była głównym kryterium wyboru oferty. Prawidłowa analiza oferty konsorcjum WGP oraz złożonych wyjaśnień powinna prowadzić do wykluczenia konsorcjum z przetargu.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości oraz o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożoną fakturą VAT.

Ponadto, skład orzekający stwierdził spełnienie przesłanek art. 185 ust. 2 i 3 p.z.p. i dopuścił do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców zgłaszających przystąpienie po stronie zamawiającego konsorcjum Wielkopolskiej Grupy Prawniczej K., M., S. i Wspólnicy Sp. k., ul. Grudzieniec 64, 60-601 Poznań i Europejskiej Grupy Szkoleniowo-Doradczej Sp. z o.o., Kuńkowce 93, 37-700 Przemyśl (dalej zwanych jako „przystępujący”).

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedstawioną przez zamawiającego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, złożonymi ofertami i korespondencją prowadzoną w toku postępowania przetargu oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający ustalił, że odwołanie mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p., zostało wniesione przez podmiot uprawniony, a także dotyczy materii określonej w art. 180 ust. 1 p.z.p., zatem podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej. Izba ustaliła dalej, że odwołanie podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 187 ust. 1 p.z.p. i nie została wypełniona żadna z przesłanek o których mowa w art. 189 ust. 2 p.z.p., a których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania *meritum* sprawy. Izba stwierdziła również, że odwołujący posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 179 ust. 1 p.z.p.

Stan faktyczny rozpoznawanej sprawy nie był pomiędzy stronami sporny, sporna była ocena prawna złożonych ofert, dokonana przez zamawiającego. Postawione przez odwołującego zarzuty środka ochrony prawnej sprowadzały problematykę sprawy do weryfikacji wyników oceny i badania ofert, gdzie w zakresie własnej oferty odwołujący zarzucił zamawiającemu przyznanie zbyt małej liczby punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert pn. analiza studium przypadku, zaś w zakresie oferty przystępującego zarzucano, iż jest ona niezgodna z treścią SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.) i zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p.), zatem powinna zostać odrzucona. Dalej odwołujący zarzucił, że przystępujący winien zostać wykluczony z postępowania, w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., bowiem wprowadził zamawiającego w błąd.

Krajowa Izba Odwoławcza dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Skład orzekający – uwzględniając materiał dowodowy zgromadzony w sprawie, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, złożone oferty, korespondencję prowadzoną w toku przetargu pomiędzy zamawiającym a przystępującym, zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu – stwierdził, że sformułowane przez odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby całość zebranego materiału procesowego wskazuje, w sposób niebudzący wątpliwości, że zamawiający prawidłowo zbadał i ocenił ofertę przystępującego jako ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu.

W zakresie zarzutu nr 1 z *petitum* odwołania – naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p., poprzez dokonanie nieprawidłowej oceny oferty odwołującego w ramach kryterium analiza studium przypadku oraz przez przyznanie ofercie odwołującego punktacji w sposób odbiegający od zasad określonych SIWZ, tj. przez

przyznanie zbyt małej liczby punktów ofercie odwołującego, odbiegającej od skali określonej w rozdz. XIII, pkt 13.4 SIWZ – Izba stwierdziła co następuje.

Skład orzekający ustalił, iż w pozacenowym kryterium oceny ofert pn. analiza studium przypadku odwołujący uzyskał 22 punkty na 33 punkty możliwe do zdobycia, zgodnie z brzmieniem opisu kryteriów, którymi zamawiający będzie kierował się przy wyborze oferty w przetargu (pkt 13.4 rozdziału 13 SIWZ). Punktacja ta została przyznana w sposób opisany w karcie oceny oferty odwołującego, znajdującej się w aktach postępowania, która została odwołującemu udostępniona. Przy czym Izba zauważa, że analiza odwołującego została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa. Skład orzekający stwierdził dalej, że sposób oceny oferty odwołującego w sposób formalny wprost odpowiada sposobowi przyznania punktacji wskazanemu w treści SIWZ, zatem trudno podzielić pogląd o nieprawidłowościach w tym zakresie. Natomiast w zakresie oceny merytorycznej odwołujący nie zdecydował się na przybliżenie jakichkolwiek okoliczności, które Izba mogłaby ocenić w ramach rozpoznawanego zarzutu. Odwołanie w tym zakresie jest merytorycznie puste, odwołujący nie wskazał żadnego uzasadnienia dla swojego stanowiska o zaniżonej punktacji.

Jeżeli odwołujący nie zgadza się z liczbą przyznanych mu punktów w kryterium powinien wskazać za co w jego ocenie zostały punkty zaniżone czy nieprzyznane. Zatem dla wywiedzenia skutecznego zarzutu, obciążony ciężarem dowodu odwołujący, winien wskazać konkretnie w czym upatruje błąd zamawiającego – czego zamawiający nie uwzględnił, co ocenił merytorycznie nieprawidłowo, co zostało ocenione niezgodnie z SIWZ, czyli wykazać na czym polega naruszenie w zakresie oceny oferty w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert. Tymczasem w rozpoznawanej sprawie żadne okoliczności – czy to wynikające z dokumentacji postępowania, czy wskazywane przez odwołującego – do takiej odmiennej punktacji oferty odwołującego nie mogły doprowadzić. Odwołujący zakwestionował ocenę zamawiającego i w istocie nic konkretnego jej nie zarzucał, ograniczając się do twierdzenia, że – w oparciu o swoje przekonanie, którego podstawy nie zostały Izbie ujawnione – on własnej ofercie przyznałby więcej punktów.

W konsekwencji powyższego, wobec braku podjęcia próby wykazania zasadności twierdzeń przez odwołującego, Izba uznała tak postawiony zarzut za bezpodstawny i jako niewykazany zarzut ten został przez Izbę oddalony.

W ocenie składu orzekającego nie potwierdziły się również zarzuty nr 3, 4 i 5 z *petitum* odwołania – naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, pomimo że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., poprzez błędne wyliczenie przez przystępującego godzinnego kosztu pracy, wyliczenie średniej z wynagrodzenia trzech osób, w sytuacji, gdy w realizację zamówienia musi być zaangażowanych 5 osób, a także poprzez pominięcie wynagrodzenie kierownika odpowiedzialnego za wynik i ostateczny kształt

list sprawdzających, którym zgodnie z OPZ powinien być radca prawny i poprzestanie na określeniu w wyjaśnieniach, że radcy prawni są współnikami spółki będącej liderem konsorcjum i ich praca nie stanowi kosztu wykonawcy, co w sposób nieprawidłowy zaniża ostateczną wysokość oferty.

Skład rozpoznający spór ustalił, iż w wyniku wezwania zamawiającego z dnia 15 stycznia 2020 r., pismem z dnia 20 stycznia 2020 r. przystępujący złożył wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny wraz z licznymi dowodami. Izba dokonała weryfikacji prawidłowości czynności zamawiającego, polegającej na ocenie złożonych przez przystępującego wyjaśnień wraz z przedłożonymi dowodami, w korelacji z treścią wezwania do złożenia wyjaśnień, w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia i podnoszonych przez odwołującego okoliczności odwołania, które w jego ocenie powodują, że oferta ta powinna zostać odrzucona.

Wyjaśnieniom tym odwołujący zarzucił wyliczenie kosztu pracy, poprzez uzyskanie średniej z wynagrodzenia dwóch pracowników lidera konsorcjum WGP i osoby zaangażowanej na podstawie umowy zlecenia, kiedy do realizacji umowy wymagane jest minimum pięć osób (warunki udziału w postępowaniu, pkt 5.2.3.2 rozdziału 5 SIWZ). Izba stwierdziła, że założenie odwołującego nie znajduje potwierdzenia w treści wyjaśnień przystępującego, gdzie na str. 2 wskazano, iż „zamówienie będzie realizowane za pomocą osób współpracujących z wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia oraz współników. Wspólnikami realizującymi zamówienie są radcy prawni: B.K., M. M., P.S. (...) osoby współpracujące z wykonawcą, które zostały wyznaczone do realizacji zlecenia to D.C. i M.K. (...) Ponadto, do realizacji zamówienia zostanie również zaangażowany na podstawie umowy zlecenia Pan M.G.”, co spełnia wymóg odpowiedniego potencjału kadrowego, określonego w dokumentacji postępowania. Izba stwierdziła dalej, że fakt, iż na str. 2 wyjaśnień wskazano uśredniony koszt godziny pracy D.C., M.K. i M.G. w wysokości 36,40 zł netto, nie powoduje, że koszt pracy przyjęty przez przystępującego zawiera wyłącznie tę kwotę. Jak wskazał przystępujący wspólnicy otrzymują wynagrodzenie z zysku, który został ujęty w cenie (w wysokości 422 397,20 zł netto), a który nie stanowi kosztu. W tym zakresie skład orzekający podzielił trafne stanowisko zamawiającego, który podnosił, że umknęło uwadze odwołującego, iż wskazani radcowie prawni są współnikami spółki komandytowej, zatem zgodnie z kodeksem spółek handlowych mają prawo do udziału w zyskach, co potwierdza wyjaśnienia przystępującego. Natomiast praca własna współnika nie stanowi kosztu uzyskania przychodów, co jedynie dodatkowo potwierdza przedłożony przez przystępującego bilans spółki. Kwota zysku jest znacząco wyższa niż minimalny poziom wynagrodzenia określony w powszechnie obowiązujących przepisach prawa, a co mogłoby *ex lege* świadczyć o zaniżeniu ceny. Odwołujący nie podważał wysokości tej kwoty, stwierdzono jedynie, że wykonawca nie wziął pod uwagę kosztu pracy współników, co w ocenie Izby nie wynika z treści wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny przystępującego, chociaż zdanie o koszcie

pracy można byłoby sformułować w sposób czytelniejszy. Zarzut ten mógłby doprowadzić do ewentualnego dopytania przystępującego o tę okoliczność, gdyby nie wyjaśnienie zamawiającego, które powoduje, że w ustalonym stanie rzeczy nie byłoby ku temu podstaw. Mając na uwadze treść wyjaśnień i wyżej wskazane okoliczności, trudno doszukać się zasadności stanowiska o braku przedmiotowego kosztu w cenie oferty przystępującego.

Konkludując, dokonana przez skład orzekający kontrola czynności zamawiającego skutkowałą stwierdzeniem, iż zamawiający prawidłowo ocenił złożone przez wykonawcę wyjaśnienia i dowody, zaś zarzuty stawiane w tym zakresie przez odwołującego są bezzasadne i jako takie nie zasługują na uwzględnienie. Stanowisko odwołującego o ogólnych wyjaśnieniach, bez udowodnienia realności zaoferowanej ceny przez jego konkurencję, nie znajduje oparcia w ustalonym stanie sprawy. Postępowanie wyjaśniające zostało przeprowadzone przez zamawiającego prawidłowo i doprowadziło do wykazania, że przystępujący rzetelnie skalkulował cenę, w oparciu o szczególne, indywidualne uwarunkowania, które zostały wykazane odpowiednimi środkami dowodowymi, wobec czego uczyniono zadość obowiązkowi określonemu w art. 90 ust. 2 p.z.p. Zatem zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 p.z.p., został przez Izbę oddalony.

Dalej skład orzekający wskazuje, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Pierwszą przesłanką stwierdzenia, że zastosowanie znajdzie sankcja połączona z wyczerpaniem hipotezy art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. jest wprowadzenie zamawiającego w błąd, które polega na przedstawieniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, czyli zaistnienia sprzeczności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez wykonawcę, a rzeczywistością. Stan ten zaistnieje, gdy przedstawione zostaną informacje niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, który ma znaczenie dla danego postępowania. Na skutek podania takich informacji zamawiający zostaje wprowadzony w błąd, czyli nabiera mylnego wyobrażenia o stanie faktycznym, lub też skutkuje to po jego stronie brakiem jakiegokolwiek wyobrażenia o nim.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt postępowania zainicjowanego odwołaniem należy zaznaczyć, że odwołujący powiązał zarzuty wprowadzenia zamawiającego w błąd z zarzutami dotyczącymi wad wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny przystępującego, które nie znalazły potwierdzenia w materiale procesowym. Wobec braku wykazania podnoszonych przez odwołującego „nieprawidłowości” obliczenia ceny, nie został także uwzględniony zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., bowiem uniwersalną obroną, i przez to *a priori* eliminującą możliwość kwalifikacji postępowania przystępującego poprzez omawianą normę, jest stwierdzenie, że podane przez przystępującego informacje są prawdziwe, a zatem, że

stan błędu po stronie zamawiającego nie powstał i nie mógł powstać. Innymi słowy, nie potwierdziło się, że przystępujący założył w ofercie niezgodną z SIWZ ilość pracowników, czy aby nie wliczono w cenę kosztu wynagrodzenia radców prawnych, więc nie mogło dojść do wprowadzenia zamawiającego w błąd, co powoduje, że nie doszło do naruszenia prawa w postaci art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. i zarzuty te, jako niepotwierdzone w ustalonym stanie rzeczy zostały przez skład orzekający oddalone.

W zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., poprzez brak wykluczenia przystępującego, który w wyniku co najmniej niedbalstwa przedstawiło błędną informację dotyczącą ilości czasu niezbędnego na analizę pogłębioną wniosku (6 godzin), w sytuacji, gdy czynności składające się na analizę pogłębioną wniosku nie są możliwe do wykonania we wskazanym czasie, tj. zarzutu nr 6 z *petitum* odwołania Izba wskazuje jak niżej.

Odwołujący zarzucił zaniżenie czasu, jaki przystępujący przyjął do analizy wniosku o płatność. W ocenie odwołującego zakładane 6 godzin pracy nad jedną pogłębioną analizą wniosku o płatność jest niewystarczające. W uzasadnieniu zarzutu odwołujący przytoczył czynności, które składają się na taką analizę, tym niemniej nie wskazano jaki wymiar czasu byłby w ocenie odwołującego prawidłowy, ani nie podano żadnych argumentów przemawiających za zasadnością tezy wykonawcy odwołującego. Sprowadzenie zarzutu do samego wyliczenia czynności składających się na analizę wniosku nie spowoduje, że Izba będzie mogła poddać weryfikacji przyjęte przez odwołującego założenie o zaniżeniu czasu przez przystępującego. Innymi słowy, wypisanie czynności, bez chociażby przybliżenia, ile one, w ocenie strony, zajmują czasu i bez podania chociażby ogólnych podstaw przyjętych założeń, powoduje istotny brak odwołania. Odwołujący uzupełnił swoje stanowisko na posiedzeniu, składając zestawienia własne z wyliczeniem poszczególnych czynności, które należy wykonać i z uwzględnieniem wymiaru czasu, jakiego jego zdaniem one wymagają, co znacząco wykracza poza treść odwołania. Skład orzekający wskazuje, że twierdzenia te powinny znaleźć się w treści odwołania wraz ze stosownymi wnioskami dowodowymi. Zgodnie bowiem z art. 180 ust. 3 p.z.p. odwołanie powinno wskazywać okoliczności faktyczne uzasadniające wniesienie środka zaskarżenia. Dowodzenie w procesie przed Izbą należy utożsamiać z czynnościami strony, zmierzającymi do przekonania składu rozpoznającego spór o prawdziwość przedstawianych twierdzeń faktycznych, a nie do uzupełniania podstawowej treści odwołania. Odwołujący nie wskazał także na żadne okoliczności, które powodowałyby brak możliwości podania wszystkich okoliczności faktycznych w terminie zawitym na wniesienie środka zaskarżenia.

Dalej Izba stwierdziła, że wymiaru czasu na analizę wniosków nie uregulowano w treści dokumentacji postępowania, zamawiający pozostawił w tym zakresie swobodę wykonawcom, którzy jako profesjonalni uczestnicy rynku zamówień publicznych poczynili własne założenia.

Przystępujący w wyjaśnieniach sposobu kalkulacji ceny szczegółowo argumentował, iż przyjęta ilość godzin na analizę wniosku wynika z jego doświadczenia, w tym wykonywania kontroli na rzecz administracji rządowej od 2016 r., z wyszczególnieniem ministerstw i ilości kontroli, które przeprowadzono (*vide* str. 1 wyjaśnień z 20.01.2020 r.), co potwierdzono załączonymi protokołami odbioru. Natomiast odwołujący nie poparł swojego twierdzenia żadnymi przekonującymi dowodami, ani też nie zwrócił się do zamawiającego, na etapie przed złożeniem ofert, o uregulowanie tej kwestii w dokumentacji postępowania. Wykonawca kwestionujący prawidłowość czynności zamawiającego – w postaci oceny, jako prawidłowych i wystarczających, wyjaśnień przystępującego – nie może ograniczyć się do polemiki z rezultatami tej czynności, a winien chociażby podjąć próbę wskazania wady w postępowaniu zamawiającego, dopiero to bowiem umożliwiłoby Izbie ocenę zachowania zamawiającego w zestawieniu z modelem prawidłowego postępowania, odtworzonym na podstawie dokumentacji postępowania i przepisów prawa. Odwołujący czynności zamawiającego nic w zasadzie nie zarzucał, oprócz stanowiska, że on wyjaśnienia konkurencji oceniłby inaczej. W szczególności, że przedmiotem zamówienia są usługi intelektualne, zatem czas jaki będzie niezbędny na ich wykonanie w głównej mierze zależy od zdolności zawodowych wykonawcy, czyli jego *know-how* i posiadanej kadry, która będzie wnioski oceniać. Wyjaśnienia przystępującego są wiarygodne i spójne, zaś z doświadczenia życiowego wynika, że przedsiębiorca, który wielokrotnie wykonywał czynności składające się na przedmiot umowy, a także posiada zespół specjalizujący się w danych czynnościach – po pierwsze, jest w stanie oszacować jaki wymiar czasu będzie niezbędny na ich wykonanie, a po wtóre będzie wykonywał je w krótszym czasie, niż wykonawca, który takiego zaplecza nie posiada. Natomiast odwołujący oparł zarzut na własnych doświadczeniach i potencjale, co powoduje, że trudno przyjąć, aby miało to świadczyć o wadliwej ofercie innego wykonawcy.

W konsekwencji powyższego skład orzekający uznał tak postawiony zarzut za bezzasadny, w szczególności, iż przystępujący w sposób przekonujący i wiarygodny uzasadnił przyjęte przez siebie 6 godzin na pogłębioną analizę wniosku, zaś odwołujący nie udowodnił okoliczności przeciwnej.

W zakresie zarzutów nr 2 i nr 7 z *petitum* odwołania, dotyczących naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., poprzez brak odrzucenia oferty przystępującego, kiedy nie odpowiada ona treści SIWZ, skład orzekający zauważa, iż zastosowanie dyspozycji wskazanej normy, jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, znajduje szerokie omówienie w doktrynie oraz w orzecznictwie Sądów Okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej. Krótko podsumowując zawarte tam interpretacje przedmiotowego przepisu należy przypomnieć, że odrzucenie oferty wykonawcy nastąpi w przypadku stwierdzenia materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie, z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje, zgodnie

z postanowieniami dokumentacji postępowania. Innymi słowy, aby doszło do wypełnienia hipotezy 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. musi dojść do niezgodności w sferze merytorycznego zobowiązania określonego w SIWZ z tym, co w swojej ofercie zaoferował wykonawca.

Zastosowanie sankcji odrzucenia oferty na kanwie 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. wymaga jednoznacznego wykazania na czym zarzucana niezgodność oferty polega – poprzez klarowne wskazanie w ofercie tego, co jest sprzeczne z dokumentacją postępowania i w jaki sposób ta niezgodność występuje, w konfrontacji z wyraźnie określonymi i ustalonymi fragmentami SIWZ, dotyczącymi kwantyfikowalnych właściwości przedmiotu zamówienia. Odwołujący takiej wady oferty przystępującego nie wykazał, w uzasadnieniu zarzutów odwołania podnoszono nieprawidłowość przyjętego wymiaru czasu analizy wniosku (czego zamawiający w SIWZ nie uszczegółowił, zatem w tym zakresie *a priori* do niezgodności z treścią SIWZ nie mogło dojść) oraz podnoszono nieprawidłową „akceptację niewiarygodnych oświadczeń konsorcjum WGP, co do możliwości zrealizowania przez tego wykonawcę zamówienia zgodnie z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia”, bez przybliżenia i udowodnienia, na czym te rzekomo wadliwe oświadczenia polegają. Natomiast inne, podnoszone w uzasadnieniu nieprawidłowości się nie potwierdziły i nie zostały wykazane (o czym szerzej we wcześniejszej części uzasadnienia orzeczenia, w zakresie poszczególnych zarzutów odwołania). Rekapitulując, z powodu braku udowodnienia jakiegokolwiek wady oferty przystępującego w korelacji z treścią dokumentacji postępowania, zarzuty zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy przystępującego, w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. jako nieposiadające uzasadnionych podstaw zostały przez Izbę oddalone.

Ponadto, skład orzekający wskazuje, że nie mógł zostać również uwzględniony zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 p.z.p., bowiem powiązany z pozostałymi, oddalony przez Izbę zarzutami, zarzut ten został niepotwierdzony w ustalonym stanie rzeczy. Nie wykazano, żeby wybór oferty najkorzystniejszej był nieprawidłowy, czy aby doszło do naruszenia naczelných zasad p.z.p.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 p.z.p. Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. § 3 pkt 2 lit. b 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), obciążając odwołującego jako stronę przegrywającą kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego, zasądzonymi na podstawie złożonej faktury VAT.

Przewodniczący:

.....