

WYROK
z dnia 20 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 czerwca 2020 r. przez wykonawcę: **Agencja Leasingu i Finansów S.A., ul. Piłsudskiego 13, 50-048 Wrocław**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Dolnośląski Fundusz Rozwoju Sp. z o.o., ul. Duńska 9 (WPT budynek „Delta”), 54-427 Wrocław**

przy udziale wykonawcy: **”Sudeckie Stowarzyszenie Inicjatyw Gospodarczych” w Świdnicy, ul. Armii Krajowej 29/8, 58-100 Świdnica**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: Agencja Leasingu i Finansów S.A., ul. Piłsudskiego 13, 50-048 Wrocław, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Agencja Leasingu i Finansów S.A., ul. Piłsudskiego 13, 50-048 Wrocław – tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy: Agencja Leasingu i Finansów S.A., ul. Piłsudskiego 13, 50-048 Wrocław na rzecz zamawiającego: Dolnośląski Fundusz Rozwoju Sp. z o.o., ul. Duńska 9 (WPT budynek „Delta”), 54-427 Wrocław kwotę 821 zł 08 gr (słownie: osiemset dwadzieścia jeden złoty osiem groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego z tytułu noclegu (266,10 zł) i dojazdu na wyznaczone posiedzenie Izby (554,98 zł).

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Dolnośląski Fundusz Rozwoju Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie przez Wykonawców usługi pośrednictwa finansowego polegającej na udzielaniu i kompleksowej obsłudze pożyczek w ramach „Pakietu pożyczek 2RPH/2DRPI/2RPO” ze środków Zamawiającego” – Usługa I, nr referencyjny Pakiet/1/2019, na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej „ustawa Pzp”, „Pzp” lub „ustawa”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 grudnia 2019 r. pod numerem 2019/S 246-606104.

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołujący – Agencja Leasingu i Finansów S.A. z siedzibą we Wrocławiu – wniósł odwołanie w zakresie części nr 1 (Usługa I) od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy.

Czynności lub zaniechania czynności Zamawiającego, którym Odwołujący zarzucił niezgodność z przepisami ustawy to:

- 1) czynność wyboru jako oferty najkorzystniejszej w zakresie części numer 1 oferty wykonawcy Sudeckie Stowarzyszenie Inicjatyw Gospodarczych z siedzibą w Świdnicy, dalej „SSIG”;
- 2) zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy SSIG w zakresie części numer 1;
- 3) czynność wezwania wykonawcy SSIG do wyjaśnień zaoferowanej ceny pismem z dnia 19 maja 2020 r. oraz pismem z dnia 1 czerwca 2020 r.;
- 4) czynność prowadzenia postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

Czynnościom i zaniechaniom czynności przez Zamawiającego, Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 91 ust. 1 przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy SSIG jako najkorzystniejszej w zakresie części numer 1, podczas gdy oferta tego wykonawcy nie jest ofertą najkorzystniejszą;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy SSIG w zakresie części numer 1, podczas gdy wykonawca ten nie przedstawił wyczerpujących wyjaśnień zaoferowanej ceny, w tym wykonawca nie udzielił wyjaśnień w

zakresie wątpliwości, na które uwagę zwróciła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 6 marca 2020 r. wydanym w sprawie sygn. akt KIO 355/20;

- 3) art. 90 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 przez wezwanie wykonawcy SSIG do wyjaśnień zaofertowanej ceny pismem z dnia 19 maja 2020 r. oraz pismem z dnia 1 czerwca 2020 r., podczas gdy wykonawca SSIG był zobowiązany do udzielenia kompleksowych wyjaśnień już w odpowiedzi na wcześniejsze wezwanie z dnia 29 kwietnia 2020 r., a późniejsze wezwania wystosowane wobec tego wykonawcy dotyczące tych samych okoliczności stanowią naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 4) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej w zakresie części numer 1 oferty wykonawcy SSIG;
 - 2) odrzucenia oferty wykonawcy SSIG w zakresie części numer 1;
 - 3) dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert w zakresie części numer 1;
- oraz:
- 4) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania odwoławczego prowadzonego przed Krajową Izbą Odwoławczą sygn. akt KIO 355/20;
 - 5) obciążenie kosztami postępowania Zamawiającego oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwoty 15.000 zł stanowiącej koszty poniesione z tytułu wpisu, a także kwoty wskazanej przez Odwołującego na rozprawie według przedłożonych na niej dokumentów.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, jak niżej.

I. Okoliczności faktyczne, wskazał:

Przedmiot zamówienia, wartość zamówienia (1.073.270 zł.), cenę oferty SSIG (693.000 zł.). Różnicę procentową ceny oferty w stosunku do wartości zamówienia - *cena jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia (w tym przypadku nie występuje podatek od towarów i usług, ponieważ usługi będące przedmiotem zamówienia podlegają zwolnieniu z tego podatku).*

Czynności Zamawiającego:

Zamawiający pismem z dnia 31 stycznia 2020 r. wezwał wykonawcę SSIG do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaofertowanej ceny. Wykonawca SSIG udzielił odpowiedzi na wezwanie (pismo nie zostało opatrzone datą).

W dniu 12 lutego 2020 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty wykonawcy SSIG jako najkorzystniejszej w zakresie części numer 1.

W dniu 20 lutego 2020 r. Odwołujący złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby

Odwoławczej podnosząc między innymi zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty SSIG, podczas gdy oferta zawiera rażąco niską cenę. Postępowanie prowadzone było przez Krajową Izbą Odwoławczą sygn. akt KIO 355/20.

Krajowa Izba Odwoławcza wydała w dniu 6 marca 2020 r. wyrok w sprawie. Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym ponowne wezwanie wykonawcy SSIG do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W uzasadnieniu wyroku Izba szczegółowo odniosła się do kwestii zawartych w wyjaśnieniach wykonawcy SSIG, które budzą wątpliwości i powinny zostać wyjaśnione. Najistotniejszymi spośród nich były:

1) Izba szczegółowo odniosła się do skalkulowania przez wykonawcę SSIG czasu pracy pracownika dostępnego w punkcie obsługi klienta. Wykonawca SSIG w złożonej ofercie zadeklarował, że zapewni dostępność punktu obsługi klienta w okresie budowy i wygaszania portfela w wymiarze 40 godzin tygodniowo (5 dni w tygodniu). Zgodnie z postanowieniami SIWZ w okresie wygaszania portfela przez zadeklarowany przez wykonawcę czas w punkcie musi być dostępny pracownik pełniący funkcję doradcy ds. pożyczek. Tym samym wykonawca, kalkulując cenę, powinien uwzględnić wynagrodzenie tego pracownika w zakresie 176 godzin miesięcznie (22 dni robocze w miesiącu). Wykonawca SSIG przyjął jednak w kalkulacji czas pracy pracownika na poziomie zaledwie 2 godzin miesięcznie. Argumentował to faktem, że - jego zdaniem - w okresie wygaszania portfela zapotrzebowanie klientów na konsultacje w punkcie obsługi klienta jest mniejsze i że pracownik będzie dostępny w punkcie, ale w tym czasie będzie wykonywał pracę w innym zakresie, niezwiązanym z zamówieniem. Izba zwróciła uwagę, że takie wyjaśnienia nie zwalniają go od właściwego wyjaśnienia oraz wskazania podstaw, które przyjął do wyliczenia ceny za obsługę punktu, premiowaną w kryterium oceny ofert. Ponadto, aby uznać wskazane wyjaśnienia, zamawiający musiałby zbadać, czy w istocie sposób organizacji pracy przyjęty przez wykonawcę SSIG jest faktycznie możliwy do realizacji - to znaczy, czy wykonawca SSIG ma możliwość „utrzymania” pracownika z innych kontraktów, zapewniając jego obecność w wymiarze 40 godzin tygodniowo, z których jedynie część jest finansowana z tego zamówienia (a w domyśle - reszta jest finansowana z innych kontraktów).

2. Izba odniosła się do przedstawionej przez wykonawcę SSIG listy płac. Wynika z niej, że każdy z pracowników otrzymuje premię regulaminową, w tym jedna z osób (pozycja nr 4), dopiero po otrzymaniu premii uzyskała wynagrodzenie na minimalnym ustawowym poziomie. Izba zwróciła uwagę, że Zamawiający nie wezwał wykonawcy SSIG do wskazania czy, i ewentualnie w jaki sposób, składnik premiowy został uwzględniony w wyliczeniu kosztów wynagrodzenia, w szczególności dla osoby, która zgodnie z listą płac dopiero po

uwzględnieniu premii uzyskała minimalne wynagrodzenie za pracę ustalone na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018 r. poz. 2177). Izba zwróciła uwagę, że brak wyjaśnienia zasad przyznawania dodatkowego składnika wynagrodzenia, którego nie wyjaśniono w kalkulacji ceny, powoduje obiektywne wątpliwości ponieważ brak premii, czy premia na niższym poziomie, niż w styczniu 2020 r. (data listy płac wykonawcy SSIG) może spowodować, że pracownik nie uzyska minimalnego wynagrodzenia za pracę.

3. Izba zwróciła również uwagę, że wykonawca SSIG nie wyjaśnił również kosztów obsługi prawnej, jakie powstaną w toku realizacji zamówienia. Zdaniem składu orzekającego umowa z kancelarią prawną, którą przedstawił wykonawca SSIG, nie dotyczy realizacji zamówienia, o które wykonawca SSIG się ubiega.

Pismem z dnia 28 kwietnia 2020 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert.

W dniu 29 kwietnia 2020 r. Zamawiający wezwał wykonawcę SSIG do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny. Wykonawca SSIG udzielił wyjaśnień w dniu 11 maja 2020 r.

W dniu 11 maja 2020 r. Zamawiający wystosował kolejne wezwanie w tym zakresie. Wykonawca SSIG odpowiedział na wezwanie pismem z dnia 26 maja 2020 r.

Kolejne wezwanie w wyjaśnieniu zaoferowanej ceny (trzecie po wydaniu wyroku w sprawie o sygnaturze akt KIO 355/20, a czwarte ogółem) miało miejsce w dniu 1 czerwca 2020 r. Wykonawca SSIG odpowiedział na wezwanie pismem z dnia 5 czerwca 2020 r.

W dniu 8 czerwca 2020 r. (pismem datowanym na dzień 5 czerwca 2020 r., a podpisanym elektronicznie w dniu 7 czerwca 2020 r.) Zamawiający poinformował Odwołującego o wynikach postępowania, w tym o dokonaniu ponownego wyboru oferty wykonawcy SSIG jako najkorzystniejszej w zakresie części numer 1.

II. Okoliczności prawne

Pomimo udzielenia aż trzech dodatkowych wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, wykonawca SSIG nie wyjaśnił kwestii, na które uwagę zwróciła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 6 marca 2020 r. wydanego w sprawie sygn. akt KIO 355/20.

Kalkulacja wynagrodzenia pracownika dostępnego w punkcie obsługi klienta w okresie wygaszania portfela

Zgodnie z rozdziałem XI punkt 2 podpunkt 2) litera b) SIWZ Zamawiający postawił warunek zgodnie z którym wykonawca ma zapewnić posiadanie punktu obsługi klienta usytuowanego na terenie województwa dolnośląskiego, czynnego pięć dni w tygodniu przez co najmniej dwadzieścia godzin tygodniowo, z minimalną obsadą personalną w Okresie Budowy Portfela: Analityk ryzyka kredytowego oraz Doradca ds. pożyczek oraz minimalną obsadą personalną w Okresie Wygaszania Portfela: Doradca ds. pożyczek. Dodatkowo

dostępność punktu obsługi klienta stanowiła kryterium oceny ofert o wadze 20%. Za zapewnienie dostępności punktu obsługi klienta na terenie obszaru województwa dolnośląskiego, w którym zapewnione będzie merytoryczne wsparcie dla pożyczkobiorców przez obsadę personalną Pośrednika Finansowego w składzie co najmniej: w okresie budowy portfela: Analityka ryzyka kredytowego i Doradcę ds. pożyczek w okresie wygaszania portfela: Doradcę ds. pożyczek, powyżej 20 godzin tygodniowo zostanie przydzielony punkt za każdą dodatkową godzinę w tygodniu, przy czym nie więcej niż 20 punktów (rozdział XXIV punkt 4 SIWZ).

Wykonawca SSIG w ofercie zadeklarował 40 godzin w tygodniu dostępności punktu obsługi klienta. Oznacza to konieczność oddelegowania jednego pracownika (Doradcę ds. pożyczek) do przebywania w punkcie obsługi klienta przez cały okres wygaszania portfela. Należy zwrócić uwagę, że okres wygaszania portfela to okres 120 miesięcy, co powoduje, że koszt oddelegowania pracownika na tak długi okres czasu jest znaczącą pozycją kosztową wpływającą na wycenę całego zamówienia.

Dokonując kalkulacji wykonawca SSIG przyjął jednak w tym zakresie koszt, tak jakby pracownik wykonywał pracę zaledwie 2 godziny w miesiącu. Zdaniem wykonawcy SSIG pracownik, w czasie gdy będzie dostępny w punkcie obsługi klienta, będzie wykonywał inne obowiązki, w ramach innych kontraktów, co zostało przez Zamawiającego dopuszczone poprzez pozytywną odpowiedź na wniosek o wyjaśnienie SIWZ (wyjaśnienia do specyfikacji istotnych warunków zamówienia z dnia 24 stycznia 2020 r., pytanie i odpowiedź numer 2).

Wykonawca SSIG w żadnym z wyjaśnień nie wskazał jednak, jakie konkretnie obowiązki będzie wykonywał pracownik (Doradca ds. pożyczek). Wykonawca nie przedstawił zanonimizowanej kopii umowy o pracę lub innego dokumentu, z którego wynikałby zakres obowiązków zawodowych tego pracownika, co pozwoliłoby wykazać, że pracownik faktycznie będzie miał możliwość wykonywać inne czynności, w czasie gdy będzie dostępny w punkcie obsługi klienta przez 8 godzin dziennie przez 5 dni w tygodniu. Brak również wskazania przy jakim dokładnie innym kontrakcie będzie wykonywał czynności pracownik i na czyje zlecenie ten kontrakt będzie wykonywany. Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach ograniczył się wyłącznie do kilkukrotnego wyjaśnienia, co oznacza słowo „dostępny” oraz złożenia ogólnej i gołosłownej deklaracji, że jest w stanie zapewnić inne zadania dla pracownika. Wykonawca nie wykazał również, że zakres pracy pracownika w całym okresie wygaszania portfela będzie faktycznie wynosił zaledwie 2 godziny miesięcznie.

Według wiedzy Odwołującego, który działa na tym samym rynku i obszarze, co wykonawca SSIG, wykonawca ten realizuje obecnie wyłącznie trzy kontrakty, z których każdy jest w okresie wygaszania portfela. W związku z tym wykonawca SSIG nie posiada zadań, które wymagałyby zaangażowania pracownika o kompetencjach właściwych dla Doradcy ds. pożyczek. W związku z tym, że okoliczność ta ma charakter negatywny, Odwołujący nie jest

w stanie przedstawić w tym zakresie dowodu. Inicjatywa dowodowa w tym zakresie powinna spoczywać po stronie wykonawcy SSIG.

Czas dostępności punktu obsługi klienta był kryterium oceny ofert, za które wykonawca SSIG otrzymał maksymalną możliwą do uzyskania liczbę punktów. Kryterium posiadało wagę 20%. Uzyskanie maksymalnej liczby punktów w tym kryterium pozwoliło uzyskać wykonawcom przewagę względem wykonawców, którzy zadeklarowaliby podstawową dostępność punktu. Tym samym Zamawiający powinien z większą uwagą sprawdzić, czy wykonawca, dokonując kalkulacji ceny, faktycznie prawidłowo oszacował wynagrodzenie, jakie będzie musiał uiścić na rzecz pracownika, który będzie dostępny w tym punkcie.

Ustalenie, czy pracownik będzie w stanie w czasie dostępności w punkcie obsługi klienta wykonywać inne czynności oraz wykazanie tego wiarygodnymi dowodami było bardzo istotne w kontekście realności kalkulacji wykonawcy SSIG. Jeżeli bowiem wykonawca SSIG nie będzie w stanie zapewnić pracownikowi innego zadania - a okoliczność przeciwna nie została udowodniona - to musi doliczyć koszt pracy pracownika do swojej kalkulacji. Pracownik ten będzie bowiem świadczył pracę na rzecz wykonawcy poprzez pełnienie dyżurów w punkcie i za tę pracę będzie należało mu się wynagrodzenie. Bez znaczenia dla wynagrodzenia pracownika będzie okoliczność, że pracownik będzie tylko dostępny w punkcie, a nie będzie wykonywał żadnej innej merytorycznej pracy. W związku z tym koszty wykonawcy SSIG wzrosną o kwotę 534,319,20 zł ((176 realnych miesięcznych godzin pracy - 2 miesięczne godziny zadeklarowane przez wykonawcę) * 120 miesięcy trwania okresu wygaszania portfela * 25,59 stawka godzinowa pracownika). W konsekwencji cała kalkulacja wykonawcy staje się nierealna.

Minimalne wynagrodzenie za pracę

Zgodnie z § 1 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 1778) minimalne wynagrodzenie za pracę wynosi obecnie 2.600 zł brutto.

W wyjaśnieniach wykonawca SSIG wskazał wynagrodzenie pracowników oraz przedstawił listę płac. Wynika z niej, że pracownik oznaczony pod pozycją numer 4 otrzymuje wynagrodzenie zasadnicze w wysokości 2.400 zł brutto. Jest to wynagrodzenie niższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę. Jednocześnie z listy płac wynika, że osoba ta otrzymała premię regulaminową w wysokości 200 zł brutto. Dopiero więc razem z premią regulaminową pracownik ten jest w stanie uzyskać minimalne wynagrodzenie za pracę.

Wykonawca SSIG nie przedstawił zanonimizowanych kopii umów o pracę. W konsekwencji nadal istnieją obiektywne wątpliwości - ponieważ brak premii, czy premia na niższym poziomie może spowodować, że pracownik nie uzyska minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Zgodnie z normą prawną wynikającą z art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp wartość kosztów pracy przyjętych do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Znajduje to również potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok KIO z dnia 15 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 199/17).

Wykonawca SSIG nie udowodnił, że zatrudniany przez niego pracownik w każdym miesiącu otrzyma przynajmniej minimalne wynagrodzenie za pracę. Przeciwnie, z przedstawionych przez niego listy płac wynika, że pracownik otrzymuje wynagrodzenie zasadnicze niższe niż minimalne. Tylko premia, którą otrzymał, spowodowała, że otrzymał wynagrodzenie za pracę w minimalnej wysokości. Jednocześnie może się zdarzyć, że w kolejnym miesiącu pracownik nie otrzyma premii, a w konsekwencji jego wynagrodzenie wyniesie mniej niż pensja minimalna. Wykonawca, pomimo wezwania Zamawiającego o przedstawienie wyjaśnień w zakresie pensji zasadniczej poniżej minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz pomimo zwrócenia na ten fakt uwagi przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku, nie udzielił przekonujących wyjaśnień, w tym nie przedstawił kopii umów o pracę.

Wykonawca przedstawił wprawdzie regulamin premiovania obowiązujący w jego przedsiębiorstwie. W regulaminie jednak jest wyraźnie napisane, że wysokość premii jest określona w umowie o pracę. Bez możliwości zaznajomienia się z treścią umowy o pracę Zamawiający nie jest w stanie zweryfikować, ile wynosi premia każdego z pracowników.

Przedmiot zamówienia ma stosunkowo skomplikowany charakter. Osoby, które będą z ramienia wykonawcy wykonywać zamówienie, muszą posiadać odpowiednie wykształcenie oraz doświadczenie, zgodnie z warunkami udziału w postępowaniu postawionymi przez Zamawiającego (Rozdział XI, punkt 2 podpunkt 2) litera c) SIWZ). Jednocześnie wykonawca SSIG deklaruje, że zatrudnia te osoby za stosunkowo niskie wynagrodzenie (w tym jedną osobę za pensję zasadniczą niższą od minimalnego wynagrodzenia za pracę). Okoliczność ta tym bardziej determinuje fakt, że dołączenie do wyjaśnień zaoferowanej ceny kopii umów o pracę było konieczne, żeby móc wykazać, że faktycznie wykonawca jest w stanie zapewnić pracę doświadczonych osób za wynagrodzenie znacząco odbiegające od stawek rynkowych.

Brak wskazania kosztów obsługi prawnej

Kolejną kwestią, na którą zwróciła uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku wydanym w sprawie sygn. akt KIO 355/20 i która nie została ostatecznie wyjaśniona przez wykonawcę, jest wysokość kosztów obsługi prawnej. Wykonawca zadeklarował, że współpracuje z kancelarią prawną, która otrzymuje miesięczne wynagrodzenie w wysokości 500 zł netto (615 złotych brutto) za wszystkie sprawy, z jakimi zwróci się do kancelarii wykonawca. W konsekwencji wykonawca przyjął w kalkulacji koszt 615 zł brutto miesięcznie oraz dodatkowo 50 zł kosztu usługi prawnej, przypisanego do każdej pożyczki.

Deklaracje te nie korespondują jednak z treścią umowy, jaką dołączył wykonawca SSIG do złożonych wyjaśnień. Z umowy wynika, że jej przedmiotem są „konsultacje prawne ustne, telefoniczne lub drogą elektroniczną dotyczące prowadzonych spraw; przedmiotem zlecenia jest związany w szczególności z bieżącą obsługą korporacyjną SSIG oraz przygotowywanie wszelkich niezbędnych dokumentów związanych z przedmiotem działalności SSIG”. Z treści umowy nie wynika jednak, że jej przedmiot dotyczy pomocy prawnej w zakresie realizacji zamówienia, o które wykonawca SSIG się ubiega. W zakres pomocy prawnej niezbędnej przy realizacji zamówienia wchodzi następujące czynności:

1) przygotowanie bądź zaopiniowanie pod względem prawnym przygotowanych wcześniej umów zawieranych z pożyczkobiorcami oraz regulaminów; 2) przygotowanie bądź zaopiniowanie pod względem prawnym przygotowanych wcześniej dokumentów dotyczących zabezpieczeń; 3) prowadzenie sądowego dochodzenia należności, reprezentowanie w czasie postępowania egzekucyjnego lub upadłościowego; 4) bieżące monitorowanie zmian przepisów prawa.

Zamawiający nie postawił w warunkach udziału w postępowaniu wymogu, żeby wykonawca dysponował przy realizacji zamówienia osobą posiadającą uprawnienia radcy prawnego bądź adwokata oraz posiadającą odpowiednie doświadczenie. Nie oznacza to, że udział takiej osoby nie jest konieczny. Wykonawca SSIG w składanych wyjaśnieniach deklaruje, że nie przekroczy limitu szkodowości 10%. Jednocześnie wynik taki trudno osiągnąć bez profesjonalnego wsparcia prawnego na etapie sądowego dochodzenia wierzytelności, a następnie prowadzenia egzekucji bądź udziału w postępowaniu upadłościowym. Zapewnienie profesjonalnego wsparcia prawnego znacznie zmniejsza ryzyko, że wierzytelność nie zostanie odzyskana, a w konsekwencji, że nie zostanie przekroczony limit szkodowości 10%, co spowodowałoby, że zgodnie ze wzorem umowy wykonawca będzie musiał zwrócić kwotę pobranych środków (§ 17 ust. 4 lit. b wzoru umowy stanowiącego załącznik do SIWZ).

Podobnie sprawa wygląda w zakresie przygotowania dokumentów, to znaczy umów z pożyczkobiorcami, regulaminów. W ramach realizacji zamówienia zawierane będą trzy rodzaje umów - umowy oznaczone jako „2RPH”, „2DRPI” oraz „2RPO”. Zamawiający stawia szczegółowe wymagania w zakresie postanowień, jakie muszą zawierać umowy zawarte z pożyczkobiorcami. Wymagania zostały określone w § 8 ust. 5 wzoru umowy stanowiącego załącznik do SIWZ. Jednocześnie za naruszenie tego obowiązku przewidziana została kara umowna w wysokości - w zależności od rodzaju umowy, której dotyczy naruszenie - od 10.000 zł do 30.000 zł (§ 22 ust. 4 pkt 4 wzoru umowy stanowiącego załącznik do SIWZ). Branża pożyczkowa, ze względu na jej wrażliwy charakter, cechuje się bardzo dużą ilością regulacji. Przygotowanie bądź przynajmniej zaopiniowanie umowy przez kancelarię prawną posiadającą doświadczenie w zakresie obsługi instytucji pożyczkowych nie było wprawdzie wymogiem SIWZ, jednak bez takiego wsparcia ryzyko naliczania kar umownych, jak również

odpowiedzialności prawnej za naruszenie powszechnie obowiązujących przepisów zdecydowanie wzrasta. Trudno wymagać od osób, które posiadają wykształcenie ekonomiczne - a takie zostały skierowane przez wykonawcę SSIG do realizacji zamówienia - żeby były w stanie, oprócz swoich normalnych obowiązków, poznać skomplikowane przepisy prawa na tyle dogłębnie, żeby być w stanie przygotować dokumenty zgodne ze wszystkimi regulacjami. Jest to na tyle istotne, że wykonawca nie przewidział w swojej kalkulacji żadnej rezerwy na ewentualne kary umowne, które będzie musiał ponieść.

Odnosząc się do deklaracji wykonawcy SSIG odnośnie twierdzeń, że w zakres umowy z kancelarią, którą to umowę wykonawca przedstawił, wchodzi wszelkie sprawy, z którymi wykonawca zwróci się do Kancelarii, w tym również obsługa prawna zamówienia, Odwołujący wskazał na rozbieżności. Wbrew twierdzeniom wykonawcy umowa nie zawiera postanowień, zgodnie z którymi określone wynagrodzenie miałoby być wynagrodzeniem ryczałtowym. Ponadto, wykonawca powołuje się na regulacje art. 692 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2019 r. poz. 1145, z późn. zm.; dalej: „k.c.”). Jest to regulacja dotycząca wyłącznie umowy o dzieło. Tymczasem umowa, jaką wykonawca zawarł z kancelarią prawną jest umową o świadczenie usług, do której na podstawie art. 750 k.c. stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu.

Podsumowując Odwołujący stwierdził, że wykonawca nie przedstawił dowodu, że założone przez niego w kalkulacji koszty obsługi prawnej są na realnym poziomie. Umowa przedstawiona przez wykonawcę nie dotyczy usług pomocy prawnej, które będą niezbędne przy realizacji zamówienia. Wykonawca nie przedstawił żadnego wiarygodnego dowodu, żeby udowodnić okoliczność przeciwną (brak chociażby oświadczenia kancelarii, że w ramach tej umowy i określonego w niej wynagrodzenia zapewnią wsparcie prawne w ramach zamówienia).

Te wszystkie wskazane okoliczności były przedmiotem wcześniejszych rozważań Krajowej Izby Odwoławczej i nie zostały przez wykonawcę SSIG wyjaśnione. Odwołujący wskazał, że poza okolicznościami, na które uwagę zwróciła Krajowa Izba Odwoławcza, w wyjaśnieniach wykonawcy znajduje się również szereg innych niezgodności.

Koszty zapewnienia zastępstwa w czasie nieobecności pracowników

Wykonawca SSIG zadeklarował 40 godzin w tygodniu dostępności punktu obsługi klienta. Zgodnie z postanowieniami SIWZ punkt musi być dostępny pięć dni w tygodniu. Nie zostały przewidziane żadne przerwy w czasie dostępności punktu. Jednocześnie wykonawca zobowiązany jest oddelegować do punktu pracowników spełniających określone warunki udziału w postępowaniu. Pracownicy są zatrudnieni na podstawie umowy o pracę, co oznacza, że przysługuje im urlop wypoczynkowy w wymiarze 26 dni w roku. Mogą również nie świadczyć pracy w czasie, gdy przebywają na zwolnieniu chorobowym, bądź z wielu innych przyczyn uregulowanych w kodeksie pracy.

Jednocześnie wykonawca SSIG nie przewidział w swojej kalkulacji kosztów zastępstwa, jakie będzie musiał ponieść w momencie, gdy pracownik nie będzie dostępny. Przyjmując założenie, że pracownik wykorzysta w roku kalendarzowym cały urlop wypoczynkowy w wymiarze 26 dni oraz, że przez 4 dni w roku będzie nieobecny z innych powodów (na przykład choroby - co jest jednak założeniem aż nazbyt optymistycznym), to wykonawca powinien skalkulować również koszty zastępstwa w okresie budowy portfela: 30 dni nieobecności pracownika x 2 lata okresu budowy portfela 60 dni nieobecności pracownika = 480 godzin nieobecności pracownika. 480 godzin nieobecności pracownika x 25,59 zł deklarowane przez wykonawcę godzinowe wynagrodzenie pracownika 12.283,20 zł Takie dodatkowe wynagrodzenie powinien uwzględnić wykonawca tylko w okresie budowy portfela. Dodatkowo należy uwzględnić dodatkowe wynagrodzenie w okresie wygaszania portfela, które będzie jeszcze wyższe z uwagi na dłuższy okres wygaszania portfela. Dodatkowe wynagrodzenie w okresie wygaszania portfela nie jest przez Odwołującego wyliczane z uwagi na niedostateczne oszacowanie w tym zakresie podstawowych kosztów przez wykonawcę SSIG (co wyjaśniono wyżej).

Premia należna pracownikom

W kontekście premii regulaminowej, wątpliwości może wzbudzić również następująca okoliczność. Zamawiający nie zna wysokości premii, jaka zgodnie z umową przysługuje pracownikom. Tym samym nie można ustalić, czy (1) premie, jakie pracownicy otrzymali w miesiącach, za które wykonawca przedstawił listę płac, to maksymalna wysokość premii, jaka przysługuje pracownikom, czy też (2) zgodnie z umową pracownicy posiadają wyższe premie, lecz z jakich powodów w tych miesiącach uzyskali prawo do premii w niższych wysokościach. Zamawiający dysponuje wyłącznie informacją, że zgodnie z przedstawionym regulaminem premiowania, wysokość premii nie może być wyższa niż 40% zasadniczego wynagrodzenia minimalnego. Jednocześnie premia ma charakter regulaminowy, co oznacza, że w przypadku gdy zostaną spełnione przesłanki do jej wypłaty, to pracownik nabywa wobec pracodawcy roszczenie o wypłatę premii.

Jeżeli zgodnie z umową pracownicy posiadają wyższe premie, lecz z jakich powodów w miesiącach, za które wykonawca przedstawił listę płac, uzyskali prawo do premii w niższych wysokościach, to może zdarzyć się, że w kolejnych miesiącach pracownicy uzyskają prawo do premii w wyższej wysokości. A w takim przypadku wzrosną koszty, jakie wykonawca SSIG będzie musiał przeznaczyć na wypłatę wynagrodzeń. W konsekwencji wszystkie wyliczenia zawarte w wyjaśnieniach wykonawcy staną się błędne. Wszystkie te wątpliwości wykonawca mógłby wyjaśnić przedstawiając zanonimizowaną kopię umów o pracę, co pozwoliłoby Zamawiającemu zweryfikować, jaka jest faktyczna wysokość regulaminowych premii poszczególnych pracowników i tym samym zweryfikować realność założeń w kalkulacji dotyczących kosztów wynikających z wynagrodzenia pracowników.

Koszty związane z zapewnieniem ochrony danych osobowych

W wezwaniu z dnia 29 kwietnia 2020 r. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy SSIG o wyjaśnienie między innymi kosztów związanych z koniecznością zapewnienia właściwej ochrony danych osobowych, w tym wynagrodzenia osoby odpowiedzialnej za ochronę danych osobowych. W odpowiedzi, w tym zakresie, wykonawca SSIG wskazał, że koszt ten jest na tyle nieistotny, że nie uwzględnił go w ogóle w kalkulacji. Wykonawca sprowadził czynności związane z ochroną danych osobowych do drobnych czynności wykonywanych przez każdego pracownika na bieżąco, takich jak schowanie segregatorów do szafy i posprzątanie biurka.

Takie stanowisko wskazuje, że wykonawca nie ma w ogóle świadomości, jakie obowiązki związane z ochroną danych osobowych ciążyą na nim, jako na administratorze danych osobowych, jaką ilość czasu zajmuje spełnienie tych obowiązków, a w dalszej kolejności, jakie są w tym zakresie koszty osobowe. Wymaga zauważenia, że od dnia 25 maja 2018 r. obowiązuje Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) Dz. Urz. UE. L 2016 Nr 119, str. 1; dalej: „RODO”, które wprowadziło szereg obowiązków. Najważniejsze i podstawowe z nich to: 1) obowiązek prowadzenia oraz bieżącego aktualizowania analizy ryzyka naruszenia danych osobowych; 2) obowiązek prowadzenia oraz bieżącego aktualizowania rejestru czynności przetwarzania danych osobowych; 3) obowiązek przygotowania oraz bieżącego aktualizowania obowiązku informacyjnego, wobec osób, których dane dotyczą; 4) rozważenie powołania Inspektora Ochrony Danych oraz ewentualne powołanie inspektora (w przypadku gdy zgodnie z RODO inspektora należy powołać, bądź też, jeżeli pomimo braku prawnego obowiązku wykonawca uzna powołanie inspektora za celowe); 5) bieżące odpowiedzi na wnioski osób dotyczące danych osobowych, w tym wnioski w zakresie sprostowania, ograniczenia bądź usunięcia danych; 6) bieżące szkolenie pracowników z przepisów dotyczących ochrony danych osobowych. Jeżeli wykonawca zawarłby umowę z Zamawiającym, to wszystkie te obowiązki musiałyby zostać zaktualizowane, ponieważ wykonawca rozpocząłby przetwarzanie danych osobowych zupełnie nowych kategorii, z którymi wiążą się nowe ryzyka.

Stanowisko wykonawcy zaprezentowane w wyjaśnieniach wskazuje, że wykonawca w ogóle nie ma świadomości, jakie obowiązki leżą po jego stronie zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa oraz jakie są koszty w tym zakresie. Krajowa Izba Odwoławcza słusznie w wyroku wskazała, że obowiązki dotyczące ochrony danych osobowych mogą być wykonywane przez pracowników wykonawcy. Pracownicy muszą mieć jednak przynajmniej podstawową wiedzę na temat ochrony danych osobowych, w tym świadomość, jakie obowiązki ciążyą na administratorze danych osobowych. Nie można

utożsamiać wszystkich obowiązków związanych z ochroną danych wyłącznie do zamknięcia szafy i posprzątania biurka, trzeba uwzględnić również czas pracy (a w konsekwencji również jego koszty) dotyczące realizacji obowiązków przewidzianych w RODO. Nie bez znaczenia pozostaje fakt, że w ramach realizacji zamówienia wykonawca przetwarzałby dużą ilość danych, w tym dane dotyczące historii kredytowej, których ujawnienie mogłoby spowodować daleko idące konsekwencje. Tym większą uwagę w związku z tym wykonawca powinien poświęcić i skalkulować koszty z tym związane.

Koszt wyjazdów służbowych

Wykonawca SSIG w zakresie wyjaśnień dotyczących kosztów wyjazdów służbowych przedstawił wyłącznie gołosłowne twierdzenia, że nie posiada własnego (służbowego) środka transportu, a do realizacji zadań służbowych wykorzystuje prywatne pojazdy pracowników. Wykonawca pominął jednak, że zgodnie z § 1 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 25 marca 2002 r. w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy (Dz. U. z 2002 r. Nr 27, poz. 271) zwrot kosztów używania przez pracownika w celach służbowych dojazd lokalnych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy następuje na podstawie umowy cywilnoprawnej, zawartej między pracodawcą a pracownikiem, o używanie pojazdu do celów służbowych, na warunkach określonych w rozporządzeniu. Wykonawca nie przedstawił umów cywilnoprawnych zawartych z pracownikami. Tym samym nie udowodnił, że jest uprawniony do wykorzystywania prywatnych samochodów pracowników do celów służbowych, jak również nie udowodnił, że jego pracownicy dysponują samochodami, które mogą przez wykonawcę zostać wykorzystane.

Brak kalkulacji pozostałego czasu i kosztów w zakresie realizacji zamówienia

Wykonawca w wyjaśnieniach pominął również następujące koszty: 1) czas poświęcony przez pracowników na promocję projektu (prowadzenie strony www, zamieszczania materiałów, informacji o warunkach udzielania wsparcia, przygotowanie, zamieszczanie i monitorowanie kampanii promocyjnej); wykonawca oszacował wyłącznie sam koszt kampanii, bez kosztów czasu pracy pracowników w tym zakresie; 2) czas poświęcony przez pracowników na opracowanie wzorców dokumentów (regulaminy, umowy, procedury), formularzy (wniosków o pożyczkę, oświadczeń, zasad rozliczania), dokumentów zabezpieczeń, monitorowanie zmian w prawie, aktualizacja dokumentów w wyniku zmian w prawie; 3) koszt narzędzi do prowadzenia działalności pożyczkowej, w tym abonament BIK/BIG/KRD, abonament Wolters Kluwer/Moje Państwo umożliwiający badanie powiązań pomiędzy podmiotami; 4) czas poświęcony przez pracowników na udzielanie informacji i wyjaśnień z potencjalnymi kredytobiorcami, którzy ostatecznie nie złożą wniosku o udzielenie pożyczki (wykonawca uwzględnił wyłącznie czas pracy przy wnioskach, które zostaną

odrzucone, nie przewidział jednak, że wielu potencjalnych kredytobiorców ostatecznie rezygnuje, ale należy poświęcić czas na ich obsługę); 5) kosztów wypłaty pożyczki, sporządzenia harmonogramu, aktualizacji harmonogramów w przypadku zmiany stop procentowych; 6) czas poświęcony przez pracowników na ustanawianie, monitorowanie, weryfikację wartości zabezpieczeń, odnowienia zabezpieczeń (np. polis ubezpieczeniowych), zmiana zabezpieczeń na wniosek kredytobiorcy lub po utracie bądź zmniejszeniu ich wartości; 7) koszt należnego podatku od osób prawnych.

Powyższe koszty stanowią istotną część składową zaoferowanej ceny i pominięcie ich przez wykonawcę świadczy o nierzetelności kalkulacji oraz o fakcie, że wykonawca kalkulując cenę nie przewidział wszystkich kosztów, z jakimi wiąże się realizacja zamówienia.

Podsumowując Odwołujący stwierdził, że pomimo złożenia wyjaśnień przez wykonawcę SSIG w aż czterech pismach nadal nie zostały wyjaśnione istotne okoliczności dotyczące zaoferowanej ceny. Wykonawca nie wyjaśnił tych okoliczności pomimo wezwań Zamawiającego w tym zakresie oraz pomimo zwrócenia na te wątpliwości uwagi Krajowej Izby Odwoławczej. Tym samym oferta wykonawcy SSIG podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp – np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 grudnia 2019 r., sygn. akt KIO 2454/19).

Kolejne wezwania do złożenia wyjaśnień

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ukształtował się jednolity pogląd w zakresie możliwości wystosowania wobec wykonawcy kolejnego wezwania do wyjaśnień zaoferowanej ceny - wyroki: z dnia 14 października 2019 r., sygn. akt KIO 1928/19; z dnia 21 sierpnia 2019 r., sygn. akt KIO 1524/19.

Kolejne wyjaśnienia wykonawcy SSIG nie wnosiły do sprawy nic nowego, miały tylko pozornie sprawiać wrażenie, że wykonawca udziela nowych wyjaśnień. Nowe wyjaśnienia stanowiły w zasadzie sparafrazowanie wcześniej udzielonych wyjaśnień, bądź wchodzenie w polemikę, z Zamawiającym odnośnie zasadności wezwania do wyjaśnienia szczegółowych kwestii. Wykonawca SSIG poświęcił również dużo miejsca na kwestionowanie stanowiska Odwołującego wyrażonego podczas postępowania odwoławczego w sprawie sygn. akt KIO 355/20. Kolejne wyjaśnienia merytorycznie nie wnoszą jednak nic nowego. W tym wykonawca nie odpowiada wprost na konkretne wątpliwości Zamawiającego, czy też na kwestie, na które zwróciła wcześniej uwagę Krajowa Izba Odwoławcza.

Wykonawca SSIG stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego prowadzonego w sprawie sygn. akt KIO 355/20. Wykonawca brał czynny udział w posiedzeniu i w rozprawie, otrzymał również odpis wyroku. Wiedział więc, jakie dokładnie kwestie zawarte w pierwotnie złożonych wyjaśnieniach Izba uznała za niedostatecznie wyjaśnione bądź budzące wątpliwości. W tych okolicznościach powinien udzielić wyczerpujących wyjaśnień już w

odpowiedzi na ponowne wezwanie Zamawiającego do przedstawienia wyjaśnień (to znaczy w odpowiedzi na wezwanie z dnia 29 kwietnia 2020 r.), czego jednak zaniechał.

Konsekwencją tego powinno być podjęcie przez Zamawiającego decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy SSIG. Kolejne wezwanie przez Zamawiającego wykonawcy SSIG do wyjaśnień (wezwanie z dnia 19 maja 2020 r. oraz wezwanie z dnia 1 czerwca 2020 r.) nie prowadziły bowiem do wyjaśnienia pewnych nowych kwestii, które ujawniły się dopiero w ramach późniejszych wyjaśnień, ale stanowiły *de facto* danie wykonawcy kolejnej szansy na udzielenie wyjaśnień, co jest niedopuszczalne w świetle cytowanego wyżej orzecznictwa.

Mimo że wykonawca SSIG otrzymał łącznie cztery szanse na złożenie wyjaśnień, to do tej pory jego wyjaśnienia zawierają braki i wątpliwości, w tym braki i wątpliwości, na które uwagę zwróciła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku wydanym w sprawie sygn. akt KIO 355/20. W tym stanie rzeczy nie jest możliwe wystosowanie wobec wykonawcy kolejnego wezwania do wyjaśnień. Co więcej, już wezwania z dnia 19 maja 2020 r. oraz z dnia 1 czerwca 2020 r. należy uznać za wystosowane z naruszeniem przepisów.

III. Kwestie formalne

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia. Gdyby Zamawiający nie zaniechał czynności odrzucenia oferty wykonawcy SSIG, to oferta Odwołującego z bardzo dużym prawdopodobieństwem zostałaaby wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Tym samym, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący może ponieść szkodę.

Zamawiający, w odpowiedzi na odwołanie wniósł o zbadanie okoliczności, o których mowa w art. 189 ust. 2 pkt 4 i 5 Pzp, a tym samym zweryfikowanie wystąpienia zasadności odrzucenia odwołania. Z ostrożności procesowej, gdyby KIO uznała, że nie zachodzą ww. przesłanki, wniósł o oddalenie odwołania w całości z uwagi na bezzasadność zarzutów Odwołującego podniesionych w odwołaniu.

Ponadto, wniósł o przeprowadzenie dowodów z dokumentów:

1) z prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj.: -Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz załącznikami, -oferty wykonawcy Sudeckie Stowarzyszenie Inicjatyw Gospodarczych z siedzibą w Świdnicy (dalej: SSIG), -zawiadomienia o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie Usługi I oraz o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert z dnia 28.04.2020 r., -wezwania Zamawiającego do złożenia wyjaśnień z dnia 29.04.2020 r., 11.05.2020 r., 1.06.2020 r., -odpowiedzi SSIG z dnia 11.05.2020 r., 26.05.2020 r., 5.06.2020 r. wraz z załączonymi dokumentami, -odwołania z dnia 18 lutego 2020 r., odpowiedzi na odwołanie z dnia 28 lutego 2020 - na okoliczność ich treści, w szczególności: dokonywania czynności Zamawiającego

zgodnie z dokumentacją przetargową i przepisami ustawy Pzp, a w konsekwencji na okoliczność braku podstaw do odrzucenia oferty SSIG złożonej na część 1 zamówienia z uwagi na zgodność treści oferty z opisami SIWZ oraz na okoliczność braku wystąpienia rażąco niskiej ceny w ofercie SSIG i braku naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

2) zestawienia projektów (uwzględnione w treści odpowiedzi na odwołanie str. 18) wraz z ich danymi dotyczącymi m.in. windykacji realizowanych przez Odwołującego i SSIG w ramach projektu „Dolnośląski Fundusz Powierniczy” Inicjatywa Jeremie (produkt Pożyczka Globalna) na okoliczność ich treści, w szczególności: realizowania przez SSIG zamówienia publicznego o podobnym zakresie i wynagrodzeniu w sposób należyty i zgodny z warunkami Zamawiającego, a także na okoliczność wykazania, że cena niższa nie oznacza rażąco niskiej ceny, co widać na przykładzie przedmiotowego postępowania i wcześniejszych kontraktów prowadzonych przez Zamawiającego.

Wniósł także o zasądzenie od Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego na rzecz Zamawiającego, w tym obciążenie Odwołującego kosztami zastępstwa według norm przepisanych.

W uzasadnieniu pisma Zamawiający wskazał, jak niżej.

W dniu 12 lutego 2020 r. Zamawiający opublikował i przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, zaś w dniu 18 lutego 2020 r. odwołanie od czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu wniósł Odwołujący. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie w dniu 28 lutego 2020 r. Wyrokiem z dnia 6.03.2020 r., sygn. akt KIO 355/20 Izba uwzględniła odwołanie w części i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym ponowne wezwanie wykonawcy „Sudeckie Stowarzyszenie Inicjatyw Gospodarczych” w Świdnicy (dalej: „SSIG”) do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p., w pozostałym zakresie odwołanie oddalono.

Zamawiający w dniu 28 kwietnia 2020 r. dokonał unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie Usługi I oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert. Następnie w procedurze badania i oceny ofert dokonał następujących wezwań wykonawcy Sudeckie Stowarzyszenie Inicjatyw Gospodarczych do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny zaproponowanej w ofercie:

I. dnia 29 kwietnia 2020 r., SSIG wyjaśnienia złożyło w dniu 11 maja 2020 r.,

II. dnia 19 maja 2020 r., SSIG wyjaśnienia złożyło w dniu 26 maja 2020 r.,

III. dnia 1 czerwca 2020 r., SSIG wyjaśnienia złożyło w dniu 5 czerwca 2020 r.

Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, wybierając ofertę złożoną przez SSIG, o czym Zamawiający poinformował wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w dniu 8 czerwca 2020 r. (także w tym dniu zawiadomienie zostało

zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego).

Zamawiający nie zgodził się z zarzutami przedstawionymi w odwołaniu z 15 czerwca, z uwagi na wskazane poniżej argumenty:

Ad Zarzut 1 - naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy SSIG jako najkorzystniejszej w zakresie części numer 1, podczas gdy oferta tego wykonawcy nie jest ofertą najkorzystniejszą

Zamawiający dokonał wyboru oferty SSIG, ponieważ spełnia ona warunki udziału w postępowaniu, zaś ponowne postępowanie wyjaśniające i procedura badania i oceny ofert wykazała, że przedmiotowa oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a tym samym nie podlega odrzuceniu i jest najkorzystniejsza. Odwołujący zaś w odwołaniu nie wykazał okoliczności przeciwnej do czego był zobowiązany na mocy przepisów powszechnie obowiązujących, w tym art. 6 Kodeksu cywilnego czy art. 190 ust. 1 Pzp. Samo oświadczenie Odwołującego o słuszności własnych twierdzeń nie jest wystarczające do uznania za skuteczne. Konieczne jest przedstawienie przekonujących, wyczerpujących i nie budzących wątpliwości dowodów na ich poparcie, czego w odwołaniu zabrakło.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że (cyt.) „koszty wykonawcy SSIG wzrosną o kwotę 534 319,20 zł (176 realnych miesięcznych godzin pracy - 2 miesięczne godziny zadeklarowane przez wykonawcę)*120 miesięcy trwania okresu wygaszania portfela *25,59 stawka godzinowa pracownika). W konsekwencji cała kalkulacja wykonawcy staje się nierealna” (punkt 26 odwołania). Zamawiający z całą stanowczością podkreślił, że twierdzenia Odwołującego oparte są na błędnym rozumowaniu, zgodnie z którym ewentualny brak możliwości SSIG zapewnienia pracownikowi innych zadań niż zadania związane z realizacją przedmiotowego zamówienia i Okresem Wygaszania Portfela jest równoważny konieczności sfinansowania i tym samym doliczenia do ceny oferty w zakresie Usługi I większej ilości godzin pracownika dostępnego w Punkcie Obsługi Klienta niż wynika to z przedstawionej przez SSIG oferty.

Zamawiający nie podzielił powyższego stanowiska. SSIG - jak zauważył Odwołujący w uzasadnieniu odwołania w punkcie 24 obecnie realizuje trzy kontrakty, z których każdy jest w okresie wygaszania portfela. Pracownik dostępny w Punkcie Obsługi Klienta (dalej: „POK”) - Doradca ds. pożyczek stanowiący obsadę personalną w Okresie Wygaszania Portfela jest zatrudniony na podstawie umowy o pracę. Dokonując obliczeń wpływających na wysokość ceny, SSIG miał prawo uwzględnić jako koszt część wynagrodzenia pracownika w wysokości odpowiadającej 2 godzinom jego pracy miesięcznie. Odwołujący dokonał błędnej interpretacji stwierdzeń zawartych przez KIO w uzasadnieniu wyroku z dnia 6 marca 2020 r., sygn. akt KIO 355/20, zrównując wskazaną przez KIO konieczność wyjaśnienia przez SSIG oraz wskazania podstaw, które SSIG przyjęło do wyliczenia ceny za obsługę POK - zarówno w Okresie Budowy, jak i Wygaszania Portfela - ze wskazaną przez KIO koniecznością zbadania przez

Zamawiającego „czy w istocie sposób organizacji pracy przyjęty przez przystępującego jest faktycznie możliwy do realizacji - to znaczy, czy przystępujący ma możliwość „utrzymania” pracownika z innych kontraktów, zapewniającego obecność w wymiarze 40 godzin tygodniowo, z których jedynie część jest finansowana z tego zamówienia” (s. 19 uzasadnienia wyroku KIO z dnia 6 marca 2020 r.).

W wyroku z dnia 6 marca 2020 r. KIO wskazała na konieczność wykazania przez Wykonawcę, a następnie zbadania przez Zamawiającego, czy Wykonawca jest w stanie utrzymać pracownika z innych kontraktów. Tymczasem Odwołujący mylnie podkreślił konieczność wykazania przez SSIG i zbadania przez DFR, czy SSIG zapewnia pracownikowi dostępnemu w POK także inne zadania niezwiązane z realizacją zamówienia w ramach niniejszego postępowania. Pracownicy SSIG dostępni w POK są zatrudnieni w oparciu o umowę o pracę, a dla wysokości ich wynagrodzenia i finansowania ich wynagrodzenia nie ma znaczenia, czy w trakcie godzin pracy poświęcają się oni całkowicie wypełnianiu zadań w ramach innych kontraktów, czy też cały swój czas pracy poświęcą na wykonywanie zadań w ramach niniejszego zamówienia. Wskazani przez Odwołującego pracownicy są pracownikami SSIG i w związku z tym należy im się wynagrodzenie od SSIG niezależnie od czasu pracy poświęconego na realizację konkretnych zadań.

Nie ma podstaw - zarówno prawnych, jak i gospodarczych - uzasadniających postulowane niejako przez Odwołującego rozbijanie kosztów wynagrodzenia i doliczanie ich do cen zaproponowanych w ofertach przez Wykonawców zależnie od ilości czasu faktycznie poświęconej lub ilości czasu, który hipotetycznie może być poświęcony na wykonywanie zadań w ramach poszczególnych kontraktów.

W związku z powyższym, wskazana przez Odwołującego konieczność zapewnienia pracownikowi „innego zadania” - a w przeciwnym wypadku konieczność doliczenia kosztu pracy pracownika do swojej kalkulacji - jest niezasadna. Opisany zarzut Odwołującego nie powinien zostać uwzględniony, tym bardziej, że w żadnym z pozostałych punktów odwołania Odwołujący nie wykazał, aby oferta SSIG nie była ofertą najkorzystniejszą, poprzestając jedynie na wskazaniu powyżej opisanej wątpliwości dot. wynagrodzenia pracowników dostępnych w POK, która w żadnym wypadku nie uzasadnia uznania oferty SSIG za ofertę nie będącą ofertą najkorzystniejszą.

Ad Zarzut 2 - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy SSIG w zakresie części numer 1, podczas gdy wykonawca ten nie przedstawił wyczerpujących wyjaśnień zaoferowanej ceny, w tym wykonawca nie udzielił wyjaśnień w zakresie wątpliwości, na które uwagę zwróciła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 6 marca 2020 r. wydanym w sprawie sygn. akt KIO 355/20

Powyższy zarzut jest również nieuzasadniony. W punkcie II Odwołania pt. „Okoliczności prawne” Odwołujący wskazał, że SSIG nie wyjaśniło następujących kwestii, na

których konieczność wyjaśnienia zwróciła uwagę KIO w wyroku z dnia 6 marca 2020 r., a które Odwołujący podzielił na:

-kalkulacja wynagrodzenia pracownika dostępnego w punkcie obsługi klienta w okresie wygaszania portfela, -minimalne wynagrodzenie za pracę, -brak wskazania kosztów obsługi prawnej, -koszty zapewnienia zastępstwa w czasie nieobecności pracowników, -premia należna pracownikom, -koszty związane z zapewnieniem ochrony danych osobowych.

Do zarzutów Odwołującego, Zamawiający odniósł się we wskazanej powyżej kolejności.

Ad kalkulacja wynagrodzenia pracownika dostępnego w Punkcie Obsługi Klienta w Okresie Wygaszania Portfela

Odwołujący stwierdził, że brak wskazania przez SSIG w wyjaśnieniach złożonych w postępowaniu „jakie konkretne obowiązki będzie wykonywał pracownik (Doradca ds. pożyczek)” oraz brak wykazania, że „pracownik faktycznie będzie miał możliwość wykonywać inne czynności, w czasie gdy będzie dostępny w punkcie obsługi klienta przez 8 godzin dziennie przez 5 dni w tygodniu” jest równoznaczny z brakiem przedstawienia wyczerpujących wyjaśnień przez SSIG, w szczególności w zakresie wskazanym przez KIO w ww. wyroku. Jak wykazano w punkcie niniejszej odpowiedzi odnoszącym się do zarzutu 1 Odwołującego, KIO wskazała na konieczność zbadania przez Zamawiającego „czy w istocie sposób organizacji pracy przyjęty przez przystępującego jest faktycznie możliwy do realizacji - to znaczy, czy przystępujący ma możliwość „utrzymania” pracownika z innych kontraktów, zapewniając jego obecność w wymiarze 40 godzin tygodniowo, z których jedynie część jest finansowana z tego zamówienia.”

Nie powtarzając argumentów wskazanych powyżej, Zamawiający podkreślił, że ani dla wysokości kosztów wykonawcy, ani dla sposobu ich rozliczania nie ma znaczenia, czy SSIG może zapewnić konkretnemu pracownikowi - a więc w tym przypadku osobie zatrudnionej na podstawie umowy o pracę, której zgodnie z umową należy się płatne comiesięcznie wynagrodzenie w ustalonej wysokości, w tym za czas przebywania w POK, nawet, gdy faktycznie nie wykonuje zadań w ramach danego kontraktu inne zadania. Z punktu widzenia wyroku KIO z dnia 6 marca 2020 r. istotne było wykazanie przez SSIG, że jest w stanie „utrzymać pracownika z innych kontraktów”, co SSIG wykazało przedstawiając zarówno listę pracowników za kwiecień 2020 r. oraz wskazując w wyjaśnieniach z dnia 26 maja 2020 r. (przedłożonych na wezwanie z dnia 19 maja 2020 r.), że pracownicy nie są utrzymywani z jednego kontraktu, a SSIG posiada możliwość utrzymania pracownika w pełnym wymiarze czasu pracy wynikającym z umowy o pracę, tj. 40 godz./tygodniowo. Ponadto, wbrew twierdzeniom Odwołującego, w żadnym punkcie wyroku KIO nie wskazała konieczności wykazania przez wykonawcę, że w czasie pozostałym od świadczenia zadań na rzecz umowy będącej przedmiotem niniejszego zamówienia, pracownik SSIG dostępny w

POK będzie miał inne obowiązki - zgodnie z KIO SSIG miało jedynie wykazać możliwość „utrzymania” tego pracownika z innych kontraktów, co niewątpliwie Wykonawca uczynił. Co więcej, SSIG wskazało także, że w 2020 r. wpływy ze wszystkich źródeł finansowania wyniosą 600 000 zł, a SSIG dąży do pozyskiwania kolejnych zamówień, z których opłaca także koszty wynagrodzeń.

Biorąc pod uwagę powyższe, tj. przedstawione przez SSIG wyjaśnienia wraz z dowodami oraz wymogi postawione w wyroku KIO, należy uznać za nieuzasadniony postawiony przez Odwołującego zarzut nieudzielenia przez Wykonawcę wyjaśnień w zakresie wskazanym przez KIO w wyroku z dnia 6 marca 2020 r. a dotyczącym kalkulacji wynagrodzenia pracownika dostępnego w Punkcie Obsługi Klienta w Okresie Wygaszania Portfela.

Ad minimalne wynagrodzenie za pracę

W uzasadnieniu ww. zarzutu Odwołujący wskazał, że zgodnie z § 1 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej od dnia 1 stycznia 2020 r. minimalne wynagrodzenie za pracę wynosi 2600 zł. Odwołujący następnie uznał, że z informacji zawartych w liście płac przedstawionej przez SSIG wynika, iż pracownik oznaczony numerem 4 otrzymuje wynagrodzenie zasadnicze w wysokości 2400 zł brutto, co - zdaniem Odwołującego - oznacza, że ww. pracownik otrzymuje wynagrodzenie niższe niż minimalne. W powyższym zarzucie Odwołujący bezzasadnie pominął fakt, że ten pracownik otrzymuje także premię regulaminową w wysokości 200 zł, która podlega zaliczeniu przy ustalaniu wysokości wynagrodzenia pracownika - wynika to *a contrario* z art. 6 ust. 5 ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, w którym wskazano katalog zamknięty składników wynagrodzenia niepodlegających uwzględnieniu przy obliczaniu wysokości wynagrodzenia pracownika. Premia regulaminowa jest składnikiem wliczanym do wynagrodzenia zasadniczego, co oznacza, że ww. pracownik otrzymuje wynagrodzenie w wysokości zgodnej z przepisami prawa.

Odwołujący uczynił zarzut z okoliczności, że ww. pracownik uzyskuje minimalne wynagrodzenie za pracę po doliczeniu do wynagrodzenia zasadniczego premii regulaminowej. Zamawiający wskazuje, że SSIG jako pracodawca jest do tego uprawniony, a premia regulaminowa jest jednym z wielu składników i świadczeń wliczanych do tzw. minimum ustawowego.

Ad brak wskazania kosztów obsługi prawnej

Zdaniem Odwołującego współpraca Wykonawcy z kancelarią prawną, która otrzymuje wynagrodzenie w wysokości 500 zł netto (615 zł brutto) za obsługę prawną przy wszelkich sprawach, z jakimi zwróci się do niej SSIG nie jest wystarczająca dla zapewnienia prawidłowej realizacji zamówienia, a Zamawiający powinien odrzucić jego ofertę. Przy formułowaniu tego

zarzutu Odwołujący bezzasadnie pominął treść postanowień umowy zawartej przez SSIG z Kancelarią Radców Prawnych dr P. B., dr K. S.-K. sp.p., w szczególności § 2 umowy, który w sposób następujący określa zakres czynności wchodzących w zakres wykonania zlecenia, tj. konsultacje prawne - ustne, telefoniczne lub drogą elektroniczną dotyczące prowadzonych spraw, a „przedmiotem zlecenia będą w szczególności związane z bieżącą obsługą korporacyjną Zleceniodawcy oraz przygotowywanie wszelkich niezbędnych dokumentów związanych z przedmiotem działalności Zleceniodawcy”.

Zamawiający podkreślił, że w SIWZ nie postawił wymogu dysponowania przez wykonawców umową z kancelarią prawną opiekującą na świadczenie czynności doradczych lub pomocniczych związanych z przedmiotem zamówienia lub wykonywania czynności windykacyjnych. Tym samym Zamawiający podkreślił, że ewentualna doraźna pomoc prawna świadczona przez Kancelarię Radców Prawnych dr P. B., dr K. S.-K. sp. p. a związana z przedmiotowym zamówieniem jest objęta zakresem przedstawionej umowy o świadczenie usług, co czyni zarzut Odwołującego całkowicie bezzasadnym. Ponadto, SSIG ujęło w zaproponowanej cenie dodatkowy uśredniony koszt w wysokości 50 zł przypisany do każdej pożyczki. To działanie SSIG należy uznać za wykraczające poza wymagania postawione przez Zamawiającego, tym bardziej, że nie każda z udzielonych pożyczek będzie wymagała opiniowania lub wsparcia prawnego innego rodzaju.

Postawione przez Odwołującego w odwołaniu dywagacje na temat konieczności zaangażowania osoby posiadającej uprawnienia radcy prawnego bądź adwokata i posiadającej odpowiednie doświadczenie z uwagi na zadeklarowany przez SSIG limit szkodowości w wysokości nie większej niż 10% są całkowicie bezpodstawne. Biorąc pod uwagę kompetencje SSIG oraz doświadczenie należy uznać, że SSIG mając na względzie nie tylko okoliczności prawne, ale także faktyczne nie jest zobowiązane do korzystania z pomocy prawnej we wskazanym przez Odwołującego zakresie. Być może przy formułowaniu zarzutów Odwołujący oparł się na własnym doświadczeniu i własnym zakresie kompetencji, który wymaga stałego wsparcia radców prawnych bądź adwokatów, ale Odwołujący nie może na podstawie subiektywnych odczuć przenosić tych wymagań na pozostałych wykonawców składających oferty i czynić im zarzutów, które w istocie mogą wynikać z bardziej profesjonalnego i samodzielnego przygotowania pozostałych wykonawców.

Ad koszty zapewnienia zastępstwa w czasie nieobecności pracowników

Zarzut Odwołującego wskazujący na brak ujęcia w cenie oferty przez SSIG kosztów zapewnienia zastępstwa w czasie nieobecności pracowników, który Odwołujący wyliczył na 12 283,20 zł jest niezasadny, jako że całkowicie nie uwzględnia, że SSIG w „Informacjach generalnych do kalkulacji” przewidział rezerwę w wysokości 80 000 zł do rozdysponowania na ponadinflacyjny wzrost kosztów pracy oraz rezerwę w wysokości 72 602,26 zł przeznaczoną na ewentualny wzrost inflacji o 30%. Łączna kwota przewidzianych rezerw to 152 602,26 zł.

Tym samym wskazana przez Odwołującego suma może znaleźć pokrycie w rezerwie przewidzianej na „ponadinflacyjny wzrost kosztów pracy”. Ponadto, Odwołujący nie wziął pod uwagę istotnej kwestii w zakresie zastępstwa, a mianowicie faktu, że SSIG tworzy wieloosobowy zespół pracowników, zaś ewentualna konieczność zastępstwa będzie realizowana w ramach stałych umów z pozostałymi pracownikami a obowiązki pracownika nieobecnego w pracy zostaną przejęte przez pozostałych pracowników, co nie wiąże się dla SSIG z dodatkowymi kosztami, które rzekomo powinny zostać ujęte w kalkulacji.

Ad premia należna pracownikom

Wraz z wyjaśnieniami na wezwanie z dnia 19 maja 2020 r. SSIG załączyło regulamin pracy, regulamin premiowania pracowników SSIG. Zgodnie z § 1 ust. 1 regulaminu premiowania premia zawarta w umowie o pracę nie może być wyższa niż 40% zasadniczego wynagrodzenia minimalnego, a w ust. 2 przewidziano okoliczności skutkujące możliwością potrącenia przez pracodawcę premii w całości lub w części. Jak wskazało SSIG w wyjaśnieniach przyjęcie w kalkulacji kosztu godziny pracy pracowników wraz z premią oraz w wysokości brutto nie narusza przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. W związku z powyższym Zamawiający przyjął wyjaśnienia tej kwestii za wystarczające i nienaruszające art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Ad koszty związane z zapewnieniem ochrony danych osobowych

Jak Odwołujący wskazał w punkcie 47 odwołania „Krajowa Izba Odwoławcza słusznie w wyroku wskazała, że obowiązki dotyczące ochrony danych osobowych mogą być wykonywane przez pracowników wykonawcy”, wymogu przeciwnego Zamawiający nie przewidział także w SIWZ. W związku z powyższym nie jest uzasadnione czynienie przez Odwołującego Zamawiającemu zarzutu sprowadzającego się w istocie do braku zwiększenia przez DFR wymagań w zakresie obowiązków związanych z ochroną danych osobowych na etapie wzywania SSIG do złożenia wyjaśnień. Zamawiający po otrzymaniu wyjaśnień od wykonawcy w zakresie kosztów związanych z zapewnieniem ochrony danych osobowych uznał je za spełniające wymagania SIWZ oraz za mieszczące się w zakresie obowiązków pracowniczych, a więc za niepociągające za sobą kosztów przekraczających koszt wynagrodzenia pracowników.

Ad koszt wyjazdów służbowych

Na wezwanie Zamawiającego z dnia 29 kwietnia 2020 r. SSIG przedstawiło kalkulację kosztów podróży służbowych i delegacji, wskazując ponadto, że z dziesięcioletniego doświadczenia w realizacji projektów wynika, że 60-70% udzielanych pożyczek ulokowanych jest na terenie powiatu świdnickiego, a pozostała część we Wrocławiu oraz powiatach graniczących z powiatem świdnickim. W związku z tymi informacjami SSIG przedstawiło wyliczenie, zgodnie z którym koszt wyjazdów powinien zostać zawarty w kwocie 2780 zł. Mimo powyższego SSIG w kalkulacji ceny przewidziało kwotę wyższą wynoszącą 4000 zł oraz

przekazało Zamawiającemu informację, że nie dysponuje własnym środkiem transportu, a do podróży związanych z zadaniami służbowymi wykorzystuje pojazdy prywatne pracowników. Zamawiający podkreślił, że SSIG wskazał, że podstawą prawną dla dokonania powyższych rozliczeń jest rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 25 marca 2020 r. w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy. Zgodnie z § 1 ust. 1 ww. rozporządzenia zwrot kosztów używania przez pracownika w celach służbowych samochodów osobowych następuje na podstawie umowy cywilnoprawnej zawartej między pracodawcą a pracownikiem o używanie pojazdu do celów służbowych. Zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 12 grudnia 2012 r., sygn. III AUa 766/12 „Rozporządzenie nie wymaga dla skuteczności i ważności umowy formy pisemnej”. Tym samym Zamawiający nie byłby uprawniony do żądania przedstawienia przez SSIG umowy w formie pisemnej, a zarzut Odwołującego nieprzedstawienia przez SSIG umowy w formie pisemnej jest sprzeczny z wymaganiami co do formy ww. umowy wynikającymi z rozporządzenia Ministra Infrastruktury. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający nie może na etapie badania i oceny ofert stawiać wykonawcom wymogów nieprzewidzianych ani przez przepisy prawa, ani przez postanowienia SIWZ.

W związku z powyższym, niniejszy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Ad brak kalkulacji pozostałego czasu i kosztów w zakresie realizacji zamówienia

Zamawiający w odniesieniu do zarzutów zawartych w punkcie 49 odwołania w całości popiera argumentację SSIG zawartą na s. 9-11 „Zgłoszenia przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego” z dnia 22 czerwca 2020 r. złożonego przez SSIG. Tytułem skrótu Zamawiający wskazał, że zarzuty zawarte przez Odwołującego w podpunktach 1, 2, 4-6 są bezzasadne, gdyż SSIG zawarło wyliczenia ww. kosztów w przedłożonych wyjaśnieniach, a zarzut braku zawarcia w wyliczeniu ceny kosztu abonamentów np. Wolters Kluwer jest bezzasadny z uwagi na fakt, iż Zamawiający nie wymagał korzystania przez wykonawców z jakichkolwiek baz danych, obowiązek taki nie wynika także z przepisów prawa, tym samym Zamawiający nie jest uprawniony do wzywania wykonawców do poniesienia i wykazania takich kosztów. SSIG jako podmiot posiadający status stowarzyszenia jest podmiotem zwolnionym z obowiązku podatkowego od osób prawnych. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 6 marca 2020 r. ustawodawca nie ograniczył stowarzyszeniom dostępu do rynku zamówień publicznych co prowadziło do uznania przez KIO, że nie można „uznać, że złożenie oferty przez przystępującego jest działaniem sprzecznym z prawem”. Ponieważ SSIG jest podmiotem zwolnionym z ww. obowiązku podatkowego, tym samym Zamawiający słusznie nie wymagał przedstawienia kalkulacji w tym przedmiocie.

Ad Zarzut 3 - naruszenie art. 90 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez ponowne wzywanie SSIG do złożenia wyjaśnień oraz

Ad Zarzut 4, tj. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców

Ww. zarzuty są całkowicie nieuzasadnione i opierają się na subiektywnej ocenie „pierwszych” wyjaśnień SSIG (tj. wyjaśnień na wezwanie z dnia 29 kwietnia 2020 r.) jako wyjaśnień ogólnych, które nie udzielają odpowiedzi na konkretne wątpliwości Zamawiającego. Wyjaśnienia złożone przez SSIG na wezwanie z dnia 29 kwietnia 2020 r. były wyjaśnieniami obszernymi, odpowiadającymi na wątpliwości wskazane przez Zamawiającego w wezwaniu z dnia 29 kwietnia 2020 r. Po ich analizie, Zamawiający uznał, że pewne kwestie wymagają dalszego wyjaśnienia, tym samym skierował wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 19 maja 2020 r., w których wskazał elementy wymagające uszczegółowienia. Zamawiający podkreślił jednak, że te kwestie pojawiły się na tle wyjaśnień złożonych na wezwanie z dnia 29 kwietnia 2020 r., a tym samym Zamawiający był uprawniony do ponownego wezwania wykonawcy.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 23 czerwca 2015 r., sygn. akt 1143/15 „Uwzględniając normę z art. 55 ust. 2 dyrektywy klasycznej, w szczególności użyty w niej zwrot ”konsultacje”, uznać należy, iż działania zamawiającego zmierzające do wyjaśnienia ”rażąco niskiej ceny” nie mogą ograniczać się do jednorazowej czynności, tj. jednokrotnego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, w przypadku, gdy okoliczności przedstawione w już złożonych wyjaśnieniach wymagają w ocenie zamawiającego dalszego usuwania powstałych wątpliwości”. Podobnie także Sąd Okręgowy w Olsztynie w wyroku z dnia 9 grudnia 2010 r., sygn. akt V Ga 122/10 wskazał na brak przeszkód do ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli pierwotne wyjaśnienia zamawiającego nie rozwiąły wątpliwości zamawiającego związanych z ”rażąco niską ceną”. Wątpliwości Zamawiającego, które stanowiły podstawę do ponownych wezwań do złożenia wyjaśnień z dnia 19 maja 2020 r. oraz 1 czerwca 2020 r. wynikły na tle wyjaśnień złożonych przez SSIG.

Na wezwanie z dnia 29 kwietnia 2020 r. wykonawca przedstawił obszerne wyjaśnienia, do których załączył także „Informacje generalne do kalkulacji” oraz szereg dokumentów, dla udowodnienia wysokości wskazanych kosztów. Wyjaśnienia te były szczegółowe, odnosiły się do każdej z kwestii wskazanej przez Zamawiającego w wezwaniu z dnia 29 kwietnia 2020 r. Po ich analizie Zamawiający powziął wątpliwości co do kwestii wykazanych w wyjaśnieniach. Tym samym nie można zgodzić się z Odwołującym, że kolejne wezwania służyły temu, aby wykonawca otrzymał kolejną szansę na złożenie wyjaśnień. Wykonawca przedstawił szczegółowe wyjaśnienia, na których tle po stronie Zamawiającego powstały kolejne wątpliwości.

Zamawiający zauważył, że w temacie ponownych wezwań do wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny wypowiadał się niejednokrotnie Urząd Zamówień Publicznych, który nie widzi przeszkód dla wielokrotnego wzywania wykonawcy do udzielania wyjaśnień związanych z wyliczeniem ceny realizacji zamówienia. Zamawiający może żądać doprecyzowania lub

poszerzenia informacji przekazanych przez wykonawcę w uprzednio przedstawionych wyjaśnieniach. Powyższe potwierdza orzecznictwo KIO. Przykładowo w wyroku z dnia 23 marca 2017 r. sygn. akt KIO 416/17. Podobne stanowisko przedstawiono w wyroku KIO z dnia 6 sierpnia 2015 r. (sygn. akt KIO 1490/15).

Ponadto, zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 14 października 2019 r., sygn. akt KIO 1928/19: „Sytuacja prawna wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w ogóle ich nie złożył oraz wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólnikowe i niepoparte dowodami, jest taka sama. W obu bowiem przypadkach oferta wykonawcy podlega odrzuceniu”. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, który wskazuje na konieczność odrzucenia oferty SSIG, wykonawca na wezwanie z dnia 29 kwietnia 2020 r. nie złożył wyjaśnień „ogólnikowych i niepopartych dowodami”. Wykonawca przedstawił szereg dokumentów, a także w sposób szczegółowy wykazał sposób kalkulacji ceny. W związku z powyższym Zamawiający nie miał podstaw prawnych do odrzucenia oferty wykonawcy w sytuacji, gdy na tle tak sformułowanych wyjaśnień powstały u Zamawiającego kolejne wątpliwości. Zamawiający w takiej sytuacji był zobowiązany do kontynuowania procedury badania oferty i wezwania do złożenia kolejnych wyjaśnień.

Do wyjaśnień złożonych na wezwanie z dnia 29 kwietnia 2020 r. SSIG dołączyło „Informacje generalne do kalkulacji”, które pierwotnie były złożone jako wyjaśnienia na wezwanie z dnia 31 stycznia 2020 r. W wyroku z dnia 6 marca 2020 r. KIO wskazała, że te „wyjaśnienia przystępującego odpowiadają żądaniu zamawiającego, jednakże jedynie zapoczątkowały one proces mogący w przyszłości doprowadzić do pełnego wyjaśnienia zaoferowanej przez przystępującego ceny i dokonania jej kwalifikacji jako ceny rażąco niskiej lub jako ceny realnej (...) istnieje potrzeba doprecyzowania elementów składających się na kalkulację ceny oferty przystępującego i wobec treści wyjaśnień, w ocenie składu orzekającego, zamawiający był zobowiązany do kontynuowania procesu weryfikacji sposobu obliczenia ceny”. W odwołaniu z dnia 15 czerwca 2020 r. Odwołujący uczynił więc Zamawiającemu w istocie zarzut postąpienia zgodnie z wyrokiem KIO, co jest niedopuszczalne.

Ponadto, to postąpienie przez DFR zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 6 marca 2020 r. ma - zdaniem Odwołującego - stanowić naruszenie nie tylko art. 90 ust. 1, ale także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp jako stanowiące przesłankę prowadzenia postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Nie można uznać, że na gruncie przepisów ustawy Pzp istnieje sprzeczność, zgodnie z którą Zamawiający jest obowiązany do wzywania do złożenia wyjaśnień w okolicznościach określonych w art. 90 ust. 1, a wypełnienie tego obowiązku będzie wiązać się z zarzuceniem Zamawiającemu działania niezgodnie z innym przepisem ustawy, w tym wypadku art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Podmioty występujące w roli zamawiających muszą mieć bowiem pewność działania w postępowaniu, obawa narażenia się na zarzut naruszenia - bądź art. 90 ust. 1, bądź art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - będzie prowadziła do

powstrzymania się zamawiających od działań, a tym samym do naruszenia praw wykonawców uczestniczących w postępowaniach.

Przede wszystkim, zarzut prowadzenia postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji nie został przez Odwołującego należycie wykazany. Zamawiający wskazał, że zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 11 maja 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 532/09 „aby można było mówić o wystąpieniu czynu nieuczciwej konkurencji, należy zidentyfikować trzy podstawowe przesłanki, które muszą zająć kumulatywnie, tj. 1) związek czynu z działalnością gospodarczą, 2) sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami, 3) oraz zagrożenie lub naruszenie przez to działania interesu innego przedsiębiorcy”.

Zamawiający podkreślił, że to na Odwołującym spoczywa ciężar udowodnienia naruszenia zasad uczciwej konkurencji (art. 6 k.c. oraz art. 190 ust. 1 ustawy Pzp), który w odwołaniu ograniczył się jedynie do ogólnikowych twierdzeń. Odwołujący nie może poprzestać na wskazaniu, że zaproponowana cena jest poniżej rzeczywistych kosztów, ale zobowiązany jest także do udowodnienia, że zaproponowanie jej w konkretnej wysokości jest sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami oraz że określone działanie zostało podjęte w celu eliminacji pozostałych przedsiębiorców z rynku lub utrudnienia im dostępu, a ponadto, że - zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 22 grudnia 2015 r., sygn. akt KIO 2681/15 - jest to „działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy”.

Odwołujący nie udowodnił żadnej z powyższych okoliczności, w związku z czym zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców nie powinien zostać uwzględniony.

Z uwagi na fakt, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie Usługi I Odwołujący ponownie złożył odwołanie od czynności lub zaniechania czynności Zamawiającego, Zamawiający uważa za stosowne odniesienie się także do kwestii „rażąco niskiej ceny” zaproponowanej przez SSIG. Zamawiający po analizie przedstawionych przez SSIG wyjaśnień uznał, że oferta SSIG nie zawiera łażąco niskiej ceny, a tym samym nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi na wskazane poniżej argumenty.

Szczegółowa kalkulacja przedstawiona przez SSIG stanowi dowód racjonalnie wyliczonej ceny usługi. Zamawiający nie ma wątpliwości co do zaproponowanej ceny, co wynika ze zrozumienia przez Zamawiającego podejścia SSIG do kalkulacji ceny - m.in. w związku ze specyficznym rodzajem podmiotu jakim jest SSIG. SSIG wyjaśniło swój status przy okazji odnoszenia się do zarzutu m.in. nieuczciwej konkurencji i zarzut ten postawiony przez Odwołującego w poprzednim odwołaniu został oddalony przez KIO.

W celu zrozumienia przesłanek jakimi kierował się Zamawiający przy wyborze najkorzystniejszej oferty należy również dokonać jego charakterystyki. Zamawiający jest spółką z o.o., której w 100% właścicielem jest Samorząd Województwa. Został powołany w celu realizacji misji Marszałka Województwa zawartej w strategii województwa, tj. wsparcia rozwoju MŚP w regionie dolnośląskim. Zamawiający zarządza środkami zwróconymi z unijnego projektu „Dolnośląski Fundusz Powierniczy” Inicjatywa Jeremie (środki unijne z RPO WD 2007 - 2013). Projekt ten polega na wspieraniu rozwoju dolnośląskich MŚP poprzez pożyczki i poręczenia ze środków projektu oferowane przez Pośredników Finansowych wybranych przez ówczesnego Menadżera (BGK). Zamawiający kontynuuje realizację ww. misji przez oferowanie pożyczek i poręczeń dla MŚP, ze środków publicznych, poprzez wybranych w przetargach Pośredników Finansowych.

Zamawiający ma obowiązek gospodarować środkami publicznymi zgodnie m.in. z zasadą celowego i racjonalnego wydatkowania środków czy zasadą przestrzegania dyscypliny finansów publicznych co oznacza, iż wydatki muszą być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad: a) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, b) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów.

Podobne przesłanki powstania i wieloletniej działalności towarzyszą Wykonawcy SSIG jako stowarzyszeniu. Inaczej ma się rzecz z Odwołującym, który jako spółka akcyjna podlega wymaganiom prawa i rynku, a jej nadrzędnym celem jest maksymalizacja zysków dla akcjonariuszy, a nie realizacja celów społecznych. Kalkulacja ceny musi więc zawierać element znacznej marży (zysku) - czyli przesłanki, która nie występuje w sposób nadrzędny w przypadku stowarzyszeń czy spółek samorządowych. Odwołujący dysponując środkami prywatnymi może w dowolny sposób kształtować politykę płacową i kosztową w firmie i jest ograniczony tylko wolą i zasobnością akcjonariuszy.

Różnica w wysokości blisko 300 000 zł między ceną zaproponowaną przez Odwołującego oraz przez SSIG wynika m.in. z odmiennych podejść do oczekiwanych efektów realizacji usługi. Należy tutaj wyraźnie pokazać, że nie bez przyczyny więc Odwołujący jest wyjątkiem wśród Pośredników Finansowych realizujących zadania Pośrednictwa Finansowego ze środków Zamawiającego. Do przetargów organizowanych przez Zamawiającego startują fundacje, stowarzyszenia, agencje - jednostki publiczne tj. m.in.: Agencje Rozwoju Regionalnego AGROREG, Agencje Rozwoju Regionalnego ARLEG, Dolnośląska Agencja Wsparcia Gospodarczego, Karkonoska Agencja Rozwoju Regionalnego, Dolnośląski Park Innowacji i Nauki, Wrocławska Agencja Rozwoju Regionalnego, które mają cele statutowe skupione na szeroko pojętym wsparciu przedsiębiorczości, a nie maksymalizację zysku. To w oczywisty sposób wpływa na poziom cenowy oferowanych usług, przy jednoczesnym zachowaniu wysokiego poziomu jakości usług. Ponadto, Pośrednik Finansowy nie może generować dodatkowych przychodów na

poziomie MŚP, gdyż obowiązuje go zakaz pobierania jakichkolwiek opłat od MŚP w procesie przyznawania pożyczki. Oznacza to, że jedynym obszarem dla Wykonawcy do realizacji odpowiedniej marży jest wynagrodzenie za realizację usługi.

W związku z powyższym, obok szczegółowej analizy wyjaśnień przedstawionych przez SSIG, Zamawiający nie widzi w ofercie SSIG znamion rażąco niskiej ceny, a racjonalną, rzetelną wycenę usługi oferowaną przez doświadczonego i wieloletniego Pośrednika Finansowego.

Po drugie, Zamawiający nie uznał za przekonujące tak mocno akcentowane zarzuty „zaniżonej” wyceny obsługi prawnej i windykacyjnej mające rzekomy wpływ na cenę zaproponowaną przez SSIG. Analizując dane historyczne wydaje się, że rzekomo konieczne (z punktu widzenia Odwołującego) wysokie koszty obsługi prawnej wynikać mogą z niższych kompetencji w tym obszarze prezentowanych przez Odwołującego w porównaniu do SSIG, czego dowodem jest zestawienie projektów wraz z ich danymi dotyczącymi m.in. windykacji realizowanych przez Odwołującego i SSIG w ramach wspomnianego wcześniej projektu „Dolnośląski Fundusz Powierniczy” Inicjatywa Jeremie (produkt Pożyczka Globalna), z których wynikają następujące fakty:

1. Odwołujący realizował 3 Umowy Operacyjne Pożyczka Globalna, w ramach których zawarł 160 umów pożyczkowych z MŚP na łączną kwotę 17 000 000 zł. Na koniec I kwartału 2020 r. posiada niespłacony kapitał z tytułu udzielonych MŚP pożyczek na łączną kwotę 1 030 177,39 zł (6,06% portfela);
2. SSIG realizował 6 Umów Operacyjnych Pożyczka Globalna, w ramach których zawarł 302 umowy pożyczkowe z MŚP na łączną kwotę 25 500 000 zł. Na koniec I kwartału 2020 r. posiada niespłacony kapitał z tytułu udzielonych MŚP pożyczek na łączną kwotę 13 121,20 zł (0,0515% portfela).

Dowód: Zestawienie projektów wraz z ich danymi dotyczącymi m.in. windykacji realizowanych przez Odwołującego i SSIG w ramach wspomnianego wcześniej projektu „Dolnośląski Fundusz Powierniczy” Inicjatywa Jeremie (produkt Pożyczka Globalna)

Nie bez znaczenia dla oceny zaproponowanej ceny i wskazanych przez SSIG kosztów jest fakt, że Zamawiający posiada rozeznanie oraz wiedzę ekspercką z obszaru świadczenia usług objętych przetargiem. Z analizy przedstawionych danych można zatem wyraźnie wywnioskować, że SSIG w sposób wzorcowy realizował umowy, świetnie radząc sobie z kwestią odzyskiwania środków publicznych i posiada tak pożądane we tym obszarze. Co więcej oznacza to także, że stosowana polityka płacowa (krytykowana przez Odwołującego) pozwala na zatrudnienie kompetentnych pracowników, doskonale radzących sobie z analizą ryzyka i windykacją środków bez ponoszenia wysokich (co rzekomo jest niezbędne wg Odwołującego) kosztów prowadzenia windykacji przez zewnętrzną kancelarię prawną.

Zamawiający wskazał więc, że nie można stawiać zarzutu o jakoby złej wycenie jednego

z obszarów koniecznej aktywności jednego Wykonawcy porównując w sposób zero-jedynkowy własne uwarunkowania, które mogą wynikać z pozostałych czynników, w tym m.in. z ewentualnie niższych kompetencji w danym obszarze, a zatem generujących wyższe koszty.

Podsumowanie

Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z dyspozycją art. 91 ustawy Pzp. Wszelkie zrealizowane przez Zamawiającego czynności w toku prowadzonego postępowania, w tym w zakresie ponownego badania i oceny ofert - wynikającym z uzasadnienia wyroku sygn. akt KIO 355/20 zostały przeprowadzone prawidłowo, w szczególności z poszanowaniem zasad udzielania zamówień publicznych, w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, o których mowa w art. 7 ustawy Pzp.

W toku prowadzonego postępowania wyjaśniającego (wskutek pierwszego postępowania odwoławczego), z uwagi na powstałe wątpliwości Zamawiającego w zakresie określonych oświadczeń i kalkulacji ceny w ofercie Wykonawcy SSIG, Zamawiający wezwał na mocy art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień. Wezwanie do złożenia wyjaśnień było w rzeczowy i konkretny sposób przedstawione, tak by z jednej strony, w wyniku przedstawionych odpowiedzi Wykonawcy, Zamawiający miał pewność co do zawartych w ofercie treści oraz, by nie sugerować Wykonawcy odpowiedzi w treści samego zapytania (wezwania) - z drugiej strony.

Wezwania kolejne (drugie i trzecie przy powtórzonym postępowaniu wyjaśniającym) oraz wyjaśnienia Wykonawcy nie były, jak błędnie twierdzi Odwołujący próbą ratowania oferty Wykonawcy, nie były też negocjacjami czy zmianą treści oferty, a jedynie wyjaśnieniami w zakresie rażąco niskiej ceny (w terminie i w zgodzie z przepisami prawa oraz warunkami określonymi przez Zamawiającego), które w przedmiotowej sprawie, na podstawie ugruntowanego orzecznictwa KIO - Zamawiający miał nie tylko prawo, ale wręcz obowiązek skierować do Wykonawcy.

Zamawiający wykazał się więc należyłą starannością we wnikliwym podejściu do analizy ofert.

Celem zobrazowania specyfiki przedmiotu zamówienia i wykazania zasadności wyboru oferty SSIG jako najkorzystniejszej Zamawiający wskazał następujące okoliczności:

1. przedmiotem zamówienia jest świadczenie przez wykonawcę usługi pośrednictwa finansowego polegającej na udzielaniu i kompleksowej obsłudze pożyczek, tak więc przedmiotem zamówienia są usługi. W związku z powyższym przy dokonywaniu oceny zaproponowanej przez SSIG ceny i porównywaniu jej z ofertami pozostałych wykonawców należy mieć na względzie specyficzny charakter ustalania przez wykonawców kosztów i następnie ceny za zrealizowanie przedmiotu zamówienia. Wynika to z faktu, że duże znaczenie należy nadać indywidualnym dla każdego wykonawcy możliwościom. Wynikają one

z odmiennych polityk wyceniania, które zależą choćby od doświadczenia zdobytego w zakresie przedmiotu zamówienia, które z kolei wpływa na *know-how* każdego z wykonawców, a te z kolei na indywidualne możliwości obniżenia kosztów. Ponieważ przedmiotem zamówienia są usługi, różnice w zaproponowanych przez wykonawców cenach należy uznać za typowe i oczywiste.

Usługi są bowiem tym rodzajem zamówień publicznych, w którym liczba wariantów i czynników mających wpływ na cenę jest największa. Co za tym idzie, w jednym postępowaniu (szczególnie przy usługach o charakterze umysłowym/miękkim), kilku wykonawców może zostać wezwanych do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, a każdy z tych wykonawców może przedstawić inne elementy determinujące zaoferowaną wartość. Co więcej, istnieje prawdopodobieństwo, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę, który zaoferował najniższą cenę, mogą okazać się na tyle konkretne, że zamawiający je uzna, co nastąpiło w przedmiotowym postępowaniu. Jak podkreśliła KIO w wyroku z dnia 24.04.2013 r., sygn. akt KIO 804/13, KIO 808/13, „w przypadku, gdy przedmiotem zamówienia są usługi, kwestia wykazania, że cena nie jest rażąco niska, jest utrudniona”, gdyż „decydujący wpływ na koszt realizacji zamówienia ma czynnik ludzki, który u różnych wykonawców może być różnie oceniany”. Zamawiający zwrócił uwagę na fakt, że „cenę należy odnosić do konkretnego przedmiotu zamówienia, jego specyfiki oraz tynku danego rodzaju usług” (wyrok KIO z dnia 16.01.2008 r., sygn. akt KIU/UZP 6/1/08). W innym wyroku, z dnia 17.08.2011 r., sygn. akt KIO 1665/11, Izba wskazała zaś, że „wyliczenia i wskazanie faktów musi dotyczyć konkretnego wykonawcy, a nie tylko konkretnego postępowania”. Każdy z wykonawców, pomimo że funkcjonuje podobnie jak inni wykonawcy na podobnym rynku usług, to jednak zwykle każdy z nich ma inne możliwości ustalenia ceny zakupu danych przedmiotów, urządzeń czy surowców. Każdy z nich prowadzi własną politykę kadrowo-płacową, posiada inne koszty administracyjno-biurowe itd. Dlatego też należy mieć na uwadze, że rażąco niską cenę oferty należy odnosić do całości zaoferowanej ceny oferty, całości przedmiotu zamówienia oraz konkretnego wykonawcy. Tym samym nie zawsze zaoferowanie przez jednego z wykonawców ceny ofertowej niższej od innych ofert w postępowaniu musi wskazywać na rażąco niską cenę tej oferty. Możliwa jest sytuacja, że złożona oferta w tym samym postępowaniu, z dużo wyższą ceną, dla innego wykonawcy będzie ceną rażąco niską.

2. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, treść złożonych przez SSIG wyjaśnień jest rzeczowa, logiczna i spójna, poparta załączoną dokumentacją stanowiącą dowód twierdzeń zawartych w treści wyjaśnień. W wyjaśnieniach SSIG przedstawiło zarówno wysokość poszczególnych kosztów, jak też sposób ich obliczenia, który Zamawiający mógł prześledzić i zbadać. Pozwoliło to Zamawiającemu na poznanie sposobu działania SSIG oraz przekonanie, iż SSIG jest wykonawcą, który należycie zrealizuje przedmiot zamówienia. Na wezwania Zamawiającego SSIG udzielało odpowiedzi odnoszącej się do wskazanych wątpliwości oraz

przedstawiając stosowną dokumentację, co - po zbadaniu twierdzeń SSIG - pozwoliło Zamawiającemu uznać, że oferta SSIG nie zawiera rażąco niskiej ceny, a różnica w cenach SSIG i pozostałych wykonawców wynika z posiadanego przez SSIG doświadczenia, *know-how*, a tym samym z możliwości obniżenia kosztów, które z kolei Odwołujący uznaje za niezbędne, co może wynikać z mniejszego doświadczenia Odwołującego lub z braku odpowiednich procedur wykonywania zamówień.

Obowiązujące przepisy nie zawierają podstawy prawnej pozwalającej na odrzucenie oferty, w przypadku, gdy wyjaśnienia są złożone, nie są lakoniczne ale pozostaje pewien niedosyt informacyjny lub gdy wraz z wyjaśnieniami nie złożono żadnych dowodów. Jeżeli ze złożonych wyjaśnień nie wynika, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, nie wolno wyciągać wniosku, iż oferta zawiera rażąco niską cenę istniejące podstawy prawne, w tym art. 89 ust. 1 pkt. 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp jako przepisy restrykcyjne winny być interpretowane ściśle i na ich podstawie nie można tworzyć nowej przesłanki odrzucenia oferty. Jeśli więc doświadczony w realizacji określonych przedsięwzięć wykonawca oferuje wykonanie zamówienia za określoną cenę, złożone wyjaśnienia uprawdopodobniają poprawność tej kalkulacji, należy przyjąć, że zaoferowana cena jest ceną realną.

3. Jak wskazano powyżej, SSIG jest doświadczonym pośrednikiem finansowym, jak zauważył Odwołujący obecnie realizuje trzy kontrakty będące na etapie wygaszania portfela, a w okresie od 5 czerwca 2017 r. do 1 grudnia 2019 r. SSIG zakończyło pięć umów (2.1/2010/DFP/4/021, 2.2./2011/DFP/5/42, 2.3/2012/DFP/4/088, 2.4/2013/DFP/4/140, 2.6/2014/DFP/7/169), których łączna wartość wynosiła 20 500 000 zł. Wg poniższego zestawienia w SSIG wykazuje się praktycznie brak utraty środków z projektu (brak potencjalnej szkodowości). Z kolei Odwołujący w terminach: 10 kwietnia 2019 r., 17 grudnia 2019 r., 10 grudnia 2019 r. zakończył trzy umowy, w których potencjalna szkodowość wynosi odpowiednio: 4,74%, 5,49%, 8,17% - co przedstawia poniższa tabela (Zestawienie informacji na temat postępu w realizacji Umów Operacyjnych Pożyczka Globalna dla SSIG i ALIF SA w ramach Projektu "Dolnośląski Fundusz Powierniczy" Inicjatywa Jeremie (Regionalny Program Operacyjny dla Województwa Dolnośląskiego 2007 - 2013) - narastająco, na 31.03.2020 r.) – zamieszczona tabela.

Zarzuty Odwołującego sprowadzające się do niższych kosztów SSIG są bezzasadne jako wynikające z subiektywnej opinii Odwołującego i możliwe gorszych rezultatów tego Wykonawcy (co wynika z ww. tabeli), a tym samym uznaje za konieczne koszty, których SSIG jako doświadczony pośrednik finansowy może uniknąć.

4. Uwzględnienie zarzutów i twierdzeń Odwołującego prowadziłoby w istocie do konieczności stosowania automatyzmu w odrzucaniu ofert wykonawców, mimo że składają oni najkorzystniejszą ofertę i dają gwarancję należytego wykonania zamówienia. Jest to niedopuszczalne w świetle przepisów prawa i orzecznictwa, w tym wyroku KIO z dnia 6 marca 2020 r. i wskazaną w jego uzasadnieniu konieczność prawidłowego i wyczerpującego

przeprowadzenia postępowania weryfikującego cenę przez należycie działającego Zamawiającego. KIO uznała wprost, że Zamawiający przedwcześnie zakończył proces weryfikacji i badania ceny SSIG, co prowadziło do braku możliwości uznania, iż cena nie jest rażąco niska. W związku z tym, po unieważnieniu czynności wyboru oferty, Zamawiający dokonał ponownego badania i oceny ofert oraz weryfikacji ceny SSIG w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, mając na względzie obowiązujące przepisy oraz kierunek interpretacyjny wyznaczony przez KIO. Nie można więc czynić zarzutu Zamawiającemu, który w istocie sprowadza się do postąpienia zgodnie z ustawą Pzp oraz wyrokiem KIO.

W orzecznictwie wskazuje się na dopuszczalność możliwości więcej niż jednokrotnego wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, szczególnie, gdy ma ono postać dalszego, doprecyzowującego ustalenia okoliczności poruszonych w wyjaśnieniach. Podkreślenia bowiem wymaga, że żaden przepis ustawy ani przepisy dyrektyw europejskich nie pozwalają na postawienie tezy, że zwrócenie się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy ma charakter wyłącznie jednorazowy. Jeśli więc udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia wymagają doprecyzowania i dalszego wyjaśnienia przez zamawiającego, zamawiający jest uprawniony do dalszego zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień. Podzielono w tej mierze rozważania zawarte w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 października 2013 r. w spr. XXIII Ga 1388/13, zgodnie z którymi: „o naruszeniu fundamentalnej zasady równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, można przede wszystkim mówić w sytuacji gdyby wykonawca ZSK w ogóle nie złożył wyjaśnień, pomimo skierowania do niego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a zamawiający w dalszym ciągu prowadziłby postępowanie wyjaśniające wobec ceny zwartej w złożonej przez niego ofercie, wzywając do składania kolejnych wyjaśnień.” W każdym więc przypadku zamawiający wyjaśniając, czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska, powinien odpowiedzieć sobie na pytanie: czy za zaproponowaną kwotę wykonawca jest w stanie zrealizować zamówienie. W procesie oceny oferty wykonawcy pod kątem zaoferowania rażąco niskiej ceny uzyskanie odpowiedzi na tak zadane pytanie ma kluczowe znaczenie.

5. Zamawiający jest spółką której jedynym właścicielem jest Samorząd Województwa. Został powołany w celu realizacji misji Marszałka Województwa zawartej w strategii województwa, tj. wsparcia rozwoju MŚP w regionie dolnośląskim. Zamawiający zarządza środkami zwróconymi z unijnego projektu „Dolnośląski Fundusz Powierniczy” Inicjatywa Jeremie (środki unijne z RPO WD 2007 - 2013). Zamawiający dysponuje więc środkami publicznymi, z których także ma być finansowany przedmiot zamówienia. Skutkiem powyższego Zamawiający jest zobligowany do dysponowania środkami publicznymi zgodnie z zasadami wynikającymi z przepisów prawa, w szczególności z ustawy o finansach publicznych. Nie ma uzasadnienia dla odrzucenia przez Zamawiającego oferty, która jest najkorzystniejsza - także w zakresie ceny - oraz która została złożona przez wykonawcę, który z uwagi na swoje doświadczenie,

przedmiot umowy wykona należycie, bez straty dla środków publicznych. Co oczywiste, Odwołujący - którego oferta nie została uznana za najkorzystniejszą, a drugą w kolejności - jest niezadowolony z wyniku postępowania i twierdzi, że oferta SSIG została wybrana niezgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, opierając się przy tym na niepotwierdzonych argumentach. Wbrew tym twierdzeniom cena zaproponowana przez SSIG jest realna, gdyż - po pierwsze - zawiera wszelkie wymagane prawem koszty (jak np. wynagrodzenie pracowników w wysokości co najmniej minimalnego wynagrodzenia). Po drugie, różnica w cenie oferty SSIG i Odwołującego wynika z oszczędności metody, doświadczenia, Znajomość specyfiki rynku i posiadanie *know-how* pozwala SSIG pominąć lub znacząco obniżyć koszty takie jak np. koszt obsługi prawnej. Po trzecie, SSIG jako podmiot zwolniony z opodatkowania nie uwzględnia w cenie także sum potrzebnych na opłacenie podatku dochodowego od osób prawnych, do czego zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 6 marca 2020 r. jest uprawniony i co nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji.

6. Przedłużanie przez Odwołującego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie Usługi I poprzez ponowne składanie odwołania od czynności Zamawiającego nie powinno prowadzić do nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty SSIG nie tylko ze względu na bezzasadność argumentacji Odwołującego, ale także z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia. Niniejsze postępowanie ma na celu wyłonienie wykonawcy, który będzie świadczył usługę pośrednictwa finansowego dla MŚP. Zwłaszcza w stanie epidemii wsparcie MŚP jest konieczne, MŚP oczekują na uruchomienie programu i powstanie możliwości otrzymania pożyczek. Z uwagi na powyższe, nie ma uzasadnienia dla ponownego sprawdzania złożonych ofert, gdyż Zamawiający na podstawie otrzymanej dokumentacji i wyjaśnień oraz doświadczenia SSIG jest pewny, że przedmiot umowy zostanie przez wybranego wykonawcę należycie zrealizowany.

Załączniki:

-wydruk informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców KRS Zamawiającego,
-dokumenty z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie przez Wykonawców usługi pośrednictwa finansowego polegającej na udzielaniu i kompleksowej obsłudze pożyczek w ramach „Pakietu pożyczek 2RPH/2DRPI/2RPO” ze Środków Zamawiającego” Usługa I, nr referencyjny Pakiet/1/2019, (przesłane KIO w dniu 22.06.2020 r.) tj.: 1) Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia wraz załącznikami, 2) oferta Wykonawcy Sudeckie Stowarzyszenie Inicjatyw Gospodarczych z siedzibą w Świdnicy (dalej: SSIG), 3) zawiadomienie o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie Usługi I oraz o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert z dnia 28.04.2020 r., 4) wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień z dnia 29.04.2020 r., 11.05.2020 r., 1.06.2020 r., 5) odpowiedzi SSIG z dnia 11.05.2020 r., 26.05.2020 r., 5.06.2020 r. wraz z

załączonymi dokumentami, 6) odwołanie z dnia 18 lutego 2020 r., odpowiedź na odwołanie z dnia 28 lutego 2020 r.

Wykonawca: "Sudeckie Stowarzyszenie Inicjatyw Gospodarczych" z siedzibą w Świdnicy, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (Przystępujący), wniósł o oddalenie odwołania w całości i przeprowadzenie dowodów wskazanych szczegółowo w treści zgłoszenia oraz poniżej:

-Odpowiedź na wezwanie z dnia 31 stycznia 2020 r., w tym opracowanie pt. Informacje generalne do kalkulacji - dowód nr 1; -Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego z dn. 24.02.2020 r. - dowód nr 2; -Odpowiedź z dnia 11 maja 2020 r. na wezwanie z dnia 29 kwietnia 2020 r. - dowód nr 3; -Odpowiedź z dnia 26 maja 2020 r. na wezwanie z dnia 19 maja 2020 r. - dowód nr 4; - Odpowiedź z dnia 4 czerwca 2020 r. na wezwanie z dnia 1 czerwca 2020 r. - dowód nr 5.

Przystępujący wskazał: Oferta przystępującego spełnia warunki udziału w postępowaniu, zostały złożone wszelkie dokumenty i oświadczenia wymagane w SIWZ oraz wyjaśnienia w toku postępowania wyjaśniającego. Przystępujący przedstawił precyzyjne wyjaśnienie w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość przyjętej ceny.

W uzasadnieniu pisma Przystępujący przedstawił następującą argumentację:

W ocenie Przystępującego, zarzuty stawiane przez Odwołującego nie znajdują oparcia w stanie faktycznym i prawnym sprawy, w szczególności nie ma podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę w trybie art. 90 ust. 3 Pzp, ponieważ nie zostały spełnione określone w tym przepisie przesłanki odrzucenia oferty.

Teza: Kolejne wezwania do złożenia wyjaśnień (str. 15 odwołania)

Stanowisko Przystępującego: wezwanie wykonawcy do złożenia dalszych wyjaśnień dopuszczalne.

Wykonawca złożył wyjaśnienia, które były szczegółowe, precyzyjne oraz w sposób niebudzący wątpliwości wykazywały, że złożona przez niego oferta umożliwia realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego, po cenie w niej wskazanej.

Z przytoczonego przepisu jednoznacznie wynika, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wyjaśnienia nie zostaną przez wykonawcę złożone w ogóle bądź z dokonaniem przez zamawiającego negatywnej oceny złożonych wyjaśnień. Na taką wykładnię wskazał również Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dn. 23 maja 2018 r., sygn. XXIII Ga 209/18 - „Normy zawarte w tych przepisach dopełniają się, tzn. dopiero negatywna ocena wyjaśnień (art. 90 ust. 3 Pzp) skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp”. Podstaw odrzucenia oferty nie należy interpretować rozszerzająco - dopuszczalne jest jej odrzucenie, jeżeli zaoferowana cena nie pozwala na przyjęcie, że realizacja zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego przy obraniu zaoferowanej ceny jest realna i ekwiwalentna. W

przedmiotowej sprawie taka argumentacja nie może zasługiwać na uwzględnienie z uwagi na odniesienie się przez Przystępującego do wszystkich pytań i wątpliwości Zamawiającego określonych w wezwaniach, jak również ze względu na precyzję oraz stopień szczegółowości udzielonych wyjaśnień.

Nie może również zostać pozytywnie oceniony zarzut poczyniony przez Odwołującego w zakresie braku możliwości wezwania wykonawcy do złożenia dalszych wyjaśnień oraz dokonanie przez Zamawiającego ponownego wezwania, jako naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Przystępujący wskazał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 25 czerwca 2019 r., sygn. KIO 1059/19, w którym KIO nie tylko potwierdziła dopuszczalność ponownego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, ale również wskazała, w jakich sytuacjach ponowne wezwanie wykonawcy nie stanowi naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W orzeczeniu wskazano: „Odrębną przesłanką decydującą o tym, czy zasadne jest powtórne wezwanie wykonawcy do wyjaśnienia, jest treść udzielonych przez niego pierwotnie wyjaśnień. Zamawiający mają bowiem prawo ponowić wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, ale mają też obowiązek mieć na uwadze treść art. 7 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, który przewiduje podstawowe zasady udzielania zamówień, tj. zachowanie przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W świetle tych zasad zamawiający może ponownie wezwać wykonawcę do wyjaśnień sprawie rażąco niskiej ceny, ale jedynie wtedy, kiedy wykonawca już za pierwszym razem udzielił konkretnych wyjaśnień, które tylko w niektórych kwestiach wymagają doprecyzowania czy uzupełnienia. Natomiast nie można ponownie wzywać do wyjaśnienia wykonawcy, który jedynie dla formalności udzielił zamawiającemu odpowiedzi, ale którego pierwotne wyjaśnienia z uwagi na ich ogólnikowość i lakoniczność w żaden sposób nie tłumaczą skąd wynika taka a nie inna cena oferty. Udzielenie takich wyjaśnień (ogólnych i lakonicznych, nic niewnoszących do sprawy) należy uznać w istocie za brak udzielenia wyjaśnień, zaś ponowienie prośby o ich złożenie - za naruszające art. 7 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych „danie wykonawcy drugiej szansy”.”

Wskazując na powyższe tezy Przystępujący nie podzielił też przedstawianych przez Odwołującego, jakoby ponowne wezwanie Przystępującego do złożenia wyjaśnień naruszało przepisy Pzp, wskazał, że nie można w żadnych okolicznościach uznać, że przedłożone w dniu 11 maja 2020 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dn. 29 kwietnia 2020 r. wyjaśnienia złożone były jedynie dla formalności bądź też cechowały się ogólnikowością czy lakonicznością. Przystępujący w przedłożonych wyjaśnieniach nie tylko operował konkretnymi kwotami, ale również wskazywał na przyczyny i uzasadnienie przyjęcia danych kwot oraz na ich wpływ na ostateczną cenę oferty. Tym samym wyjaśnienia Przystępującego miały wszystkie elementy, które zgodnie z ugruntowaną linią orzeczniczą KIO powinny się w nich

znaleźć - wyrok KIO z dn. 13 czerwca 2019 r., sygn. KIO 990/19: „Składane przez wykonawcę wyjaśnienie powinno zawierać konkretne dane liczbowe i wskazywać poczynione założenia, które miały wpływ na wyliczenie ceny, tj. kalkulację wraz z jej uzasadnieniem oraz z dowodami na jej poparcie. Ponadto wyjaśnienie winno wskazywać, czy istnieją konkretne uwarunkowania i obiektywne czynniki, jakie towarzyszyć będą realizacji zamówienia, które wpłynęły na wysokość oferowanej ceny wraz ze wskazaniem opisu tych czynników i skali ich wpływu na wysokość zaofertowanej ceny”.

Przystępujący zwrócił uwagę, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w przypadku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie przewidzianym w art. 90 ust. 1 Pzp treść wezwania determinuje treść udzielonych wyjaśnień i nie można uznać za nierzetelne wyjaśnień, w których nie uwzględniono kwestii, o jakie zamawiający nie pytał w sposób jasny i klarowny, bądź nie pytał w ogóle (wyrok KIO z dn. 6 marca 2020 r. w sprawie sygn. KIO 355/20).

W tym kontekście Przystępujący ponownie wskazał na cytowane już orzeczenie KIO z dn. 25 czerwca 2019 r., sygn. KIO 1059/19: „zamawiający może sformułować wezwanie do wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny w sposób szczegółowy i zadać wykonawcy pytania dotyczące konkretnych kosztów czy okoliczności wpływających na cenę oferty, to z pewnością jednak zamawiający nie ma obowiązku zawierać w wezwaniu do wykonawcy takich szczegółowych pytań odnoszących się do ceny jego oferty, gdyż z żadnego przepisu ustawy - Prawo zamówień publicznych obowiązek taki nie wynika. Zamawiający może zatem ograniczyć się w wezwaniu do przytoczenia treści art. 90 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, jednakże powinien wówczas liczyć się z tym, że wykonawca może nie uznawać za istotne tych samych kosztów czy okoliczności, które uznaje za istotne zamawiający i w konsekwencji jego wyjaśnienia w zakresie określonym mogą być nie wystarczające, zatem w konkretnych okolicznościach może uznać za konieczność powtórzenia wezwania ze wskazaniem wybranych elementów, które budzą wątpliwości zamawiającego.”

W wezwaniu z dn. 29 kwietnia 2020 r. Zamawiający wskazał wprawdzie na pewne elementy, co do których oczekiwał wyjaśnień, jednakże użyte przez niego sformułowania miały charakter ogólny. Mimo daleko idącej ogólności, Przystępujący udzielił wyczerpujących i konkretnych wyjaśnień, które wzbudziły jednak dalsze wątpliwości Zamawiającego, stąd w świetle cytowanego orzeczenia uprawnione i uzasadnione stało się ponowne wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień - tym razem na konkretnie sformułowane pytania i wątpliwości Zamawiającego. W ocenie Przystępującego nie można mówić o jakimkolwiek naruszeniu przepisów postępowania, w tym zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, również w kontekście wezwania z dn. 1 czerwca 2020 r. i udzielonej na nie odpowiedzi w dn. 5 czerwca 2020 r., dlatego że przedmiotem zastrzeżeń Zamawiającego były drobne niedokładności rachunkowe (nieprzekraczające 4 złote na niekorzyść Zamawiającego,

a wynikające z nieprawidłowego zaokrąglenia), a nie jakiegokolwiek dalsze wątpliwości merytoryczne.

Wobec powyższego należy dojść do przekonania, że podnoszony przez Odwołującego zarzut jest w całości chybiony.

TEZA: Kalkulacja wynagrodzenia pracownika dostępnego w punkcie obsługi klienta w okresie wygaszania portfela (str. 6 odwołania)

Dostępność usługi doradztwa nie jest tym samym, co faktyczny, efektywny czas pracy poświęcony na doradztwo. Dostępność oznacza pełną wymaganą gotowość jej świadczenia, natomiast faktyczny czas jej świadczenia to zupełnie inna sprawa. Do kalkulacji ceny usługi Przystępujący przyjął faktyczny czas, jaki będzie doradztwu poświęcony. Było to szczegółowo i wielokrotnie wyjaśniane - dowód nr 1 (rozdz. 0 KOSZTY DORADZTWA); dowód nr 2 (ad 2, s. 4); dowód nr 3 (1 koszty doradztwa, s. 2-5); dowód nr 4 (Odpowiedź na pytania 4; 4a; 4b s. 3 - 8).

W życiu gospodarczym, ale nie tylko, dostępność różnorodnych usług, których komponentem jest dostępność, występuje bardzo często. Dla zobrazowania Przystępujący przywołał jedną z nich, tj. usługę transportową taksówką. Taksówkarz jest dostępny na postój np. 10h, nie oznacza to, że przez 10h, w każdej minucie, nieprzerwanie wozi pasażerów. Z owych 10h usługa przewozowa faktycznie zajmuje np. 5h, czas pozostały to dostępność (oczekiwanie na klienta).

Nie oznacza to, że obciąża klienta kosztem swojej dostępności. Klient płaci tylko i wyłącznie za ilość przejechanych kilometrów, choćby taksówkarz oczekiwał na niego 1h czy 3h.

Analogicznie wygląda dostępność usługi doradztwa. Klientem jest Zamawiający tę usługę tj. Dolnośląski Fundusz Rozwoju. Dlatego też kalkulacja SSIG oparta jest na realnych i faktycznych nakładach czasu pracy niezbędnych do realizacji zadania. Żaden zamawiający czy to w sferze publicznej czy prywatnej nie będzie płacił za fikcję. Wszak istotą zlecenia wykonania każdej usługi pozostaje wymóg, by była wykonana dobrze i niedrogo.

Zamawiający rozróżnia te dwa stany, tj. pełną dostępność i rzeczywisty czas, jaki doradztwu będzie poświęcony. Stąd w wyjaśnieniach do SIWZ Zamawiający jednoznacznie stwierdza, że w czasie dostępności pracownik może wykonywać inne czynności nawet nie związane z projektem (odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 2, udzielona w wyjaśnieniach do SIWZ w dniu 24.01.2020 r.)

Racjonalność rozstrzygnięcia Zamawiającego wynika, jak można się domyślać, nie tylko ze znajomości materii spraw związanych z udzielaniem pożyczek, lecz także z troski o finanse publiczne, którymi zawiaduje. Przystępujący przywołał art. 44 ust. 2 ustawy o finansach publicznych - Zasady ponoszenia wydatków publicznych wskazując. Że ma on zastosowanie w relacji Zamawiający – Wykonawca wybrany do realizacji zamówienia.

Wobec tego także wykonawca, ubiegający się o status realizatora zamówienia, kalkulując

cenę usługi winien planować wydatki w sposób uwzględniający zasady wydatkowania środków publicznych. Chcąc dysponować środkami publicznymi nie może tracić z pola widzenia wymogu m.in. celowego i oszczędnego wydatkowania oraz uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, a także optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów.

Tymi zasadami kierował się Przystępujący sporządzając rozsądną i uczciwą kalkulację.

Zamawiający zaś, lekceważąc wspomniane wyżej zasady, musiałby zaakceptować fikcję prawną i faktyczną zakładającą, że doradztwo będzie trwało, jak chce tego Odwołujący (w pkt 26 s. 7): "176 realnych miesięcznych godzin pracy * 120 miesięcy trwania okresu wygaszania portfela * 25,59 stawka godzinowa pracownika", co prowadzi go do wniosku, że: "W związku z tym koszty wykonawcy SSIG wzrosną o kwotę 534,319,20 zł", czyli że już po zawarciu umów, wypłacie środków przedsiębiorcy, nadal należy doradzać 10 lat, miesiąc w miesiąc, poświęcając 21 120 roboczo-godzin w sprawie pożyczek już udzielonych! Przy zakładanych przez Przystępującego 64 pożyczkach wynosiłoby to 330h na jedną pożyczkę tj. 41,25 dni roboczych doradztwa na rzecz jednego pożyczkobiorcy, który pożyczkę już nawet wydatkował na cele prowadzonej działalności gospodarczej. Realizacja tej fikcyjnej koncepcji miałaby kosztować aż 534,319,20 zł.

TEZA: Minimalne wynagrodzenie za pracę (str. 8 odwołania) oraz premia należna pracownikom (str. 12 odwołania)

Odnosząc się do zarzutów dot. naruszenia przepisów rozporządzenia Rady Ministrów z dn. 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r., Przystępujący wskazał, że zarzuty Odwołującego są bezpodstawne. To, że pracownik oznaczony pozycją nr 4 otrzymuje zgodnie z przedstawioną listą płac wynagrodzenie zasadnicze w wysokości 2.400 zł brutto, w żaden sposób nie może stanowić podstawy do uznania, że pracownikowi jest wypłacane wynagrodzenie poniżej wynagrodzenia minimalnego. W tym zakresie Przystępujący wskazał na treść art. 6 ust. 5 ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, w którym w przepisie enumeratywnie wymienione zostały składniki wynagrodzenia, które nie podlegają uwzględnieniu przy obliczaniu, czy pracownik otrzymuje wynagrodzenie co najmniej minimalne. Są to: nagroda jubileuszowa; odprawa pieniężnej przysługująca pracownikowi w związku z przejściem na emeryturę lub rentę z tytułu niezdolności do pracy; wynagrodzenie za pracę w godzinach nadliczbowych; dodatek do wynagrodzenia za pracę w porze nocnej; dodatek za staż pracy.

Kierując się zatem regułą wykładni *a contrario* Przystępujący stwierdził, że przy obliczaniu minimalnego wynagrodzenia pracodawca jest uprawniony do wliczenia do niego otrzymywanej przez pracownika premii, co prowadzi do konkluzji, że podnoszony przez Odwołującego zarzut jest bezpodstawny i nie znajduje odzwierciedlenia w rzeczywistości. Co

istotne, i co było podkreślane przez Przystępującego w wyjaśnieniach oraz udowodnione przedłożonym regulaminem premiowania u Przystępującego, zasadą jest wypłacanie pracownikom premii w wysokości do 40% zasadniczego wynagrodzenia minimalnego. Sam regulamin premiowania nie przewiduje przesłanek pozytywnych nabycia premii, a jedynie przesłanki częściowego jej obniżenia, bądź przyczyny uzasadniającej odmowę jej wypłacenia. Podkreślenia wymaga jednak fakt, że regulamin przewiduje możliwość, a nie obowiązek obniżenia premii i jak już było wskazywane, do takich sytuacji dochodzi w przypadkach skrajnych, jednostkowych. Przedstawione przez Przystępującego wyliczenia dot. kosztów wynagrodzeń są zatem rzetelne, zgodne z przepisami prawa i nie ma podstaw do ich kwestionowania.

Z powodów powyższych za nietrafne należy również uznać zarzuty Odwołującego, co do naruszania przez Przystępującego przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz kwestionowanie wyliczeń dot. premii należnej pracownikom. Nie można również stwierdzić, że doszło do naruszenia normy wynikającej z art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp, która stanowi o tym, że wartość kosztów pracy przyjętych do ustalenia ceny nie może być niższa niż minimalne wynagrodzenie za pracę, bądź minimalna stawka godzinowa ustalone na podstawie przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, ponieważ Przystępujący przy ustalaniu ww. kosztów wziął pod uwagę również przysługującą pracownikowi premię, która - co ponownie podkreślił - podlega zaliczeniu podczas ustalania, czy pracownikowi wypłacane jest wynagrodzenie przynajmniej w wysokości, co najmniej minimalnego wynagrodzenia za pracę. W konsekwencji dopuszczalne jest, aby pracownik otrzymał minimalne wynagrodzenie dopiero po wypłacie premii.

Konkludując, zarzut Odwołującego, że pracownik nie uzyska minimalnego wynagrodzenia jest bezprzedmiotowy z dwóch powodów. Po pierwsze, jak już wskazano wcześniej w wyjaśnieniach - 1 dow. nr 1, założenia oraz pkt 0-VI; dow. nr 4 Odpowiedź na pytanie 5) s. 12, kalkulacja w całym projekcie zawiera koszt pełnego minimalnego wynagrodzenia wraz z premią. Kolejno, Przystępujący jest w pełni świadomy ciężających na nim obowiązków w zakresie konieczności wypłaty, co najmniej minimalnego wynagrodzenia, jak również sankcji w przypadku postępowania wbrew tego rodzaju przepisom.

TEZA: Brak wskazania kosztów obsługi prawnej (str. 9 odwołania)

Koszty obsługi prawnej - zakres świadczonych usług

Odnosząc się do zarzutów dotyczących kosztów obsługi prawnej - w ocenie Przystępującego również są one nie trafne. Z przedłożonej do wyjaśnień umowy na obsługę prawną jednoznacznie wynika otrzymywane przez kancelarię wynagrodzenie jest ryczałtowe i opiewa na kwotę 500 zł netto (615 zł brutto), a fakt błędnego wskazania w wyjaśnieniach art. 632 § 1 k.c. nie ma znaczenia przy dokonywaniu oceny wyjaśnień Przystępującego w tym zakresie. Odwołujący dokonał wybiórczej interpretacji postanowień przedłożonej jako dowód

umowy na obsługę prawną. Przedmiot umowy został określony w § 1 umowy i obejmuje: „prowadzenie obsługi prawnej Sudeckiego Stowarzyszenia Inicjatyw Gospodarczych”. Przystępujący ponownie podkreślił, że wykazane przez niego koszty obsługi prawnej wskazane zostały w rzeczywistej i realnej wysokości za doraźną pomoc prawną, a umowa wiążąca go z kancelarią nie obejmuje prowadzenia czynności mających na celu doradztwa związanego z przedmiotem zamówienia, ani też wykonywania czynności windykacyjnych związanych z ewentualnym dochodzeniem roszczeń z tytułu obsługi projektu.

Dla celów kalkulacji uśredniony koszt usługi prawnej na pożyczkę (uśredniony, gdyż nie każda pożyczka będzie podlegała opiniowaniu), SSIG przyjął do projektu zasadę płacenia za sprawę, przeciętnie uśrednioną na każdą planowaną pożyczkę. W praktyce realizacyjnej większość z nich nie będzie wymagała obsługi prawnej, co *notabene* wyraźnie podniesie wynagrodzenie za te, które faktycznie będą poddane obsłudze prawnej. Niezależnie od tego, w swoich kalkulacjach Przystępujący uwzględnił dodatkową rezerwę w zakresie obsługi prawnej w kwocie po 50 zł na każdą pożyczkę (dow. nr 1 rozdz. VIII USŁUGI PRAWNE; dow. nr 2, Ad. 2 s. 3-4; dow. nr 3, 13) kosztów obsługi prawnej dotyczącej realizacji zamówienia s. 18).

Niezależnie od powyższego Przystępujący wskazał, że przedłożona do Informacji generalnych do kalkulacji umowa dot. obsługi prawnej, miała jedynie na celu zobrazowanie kosztów, jakie Przystępujący ponosi w związku z doraźną obsługą prawną, czy też konsultacjami prawnymi.

Abstrahując od powyższego, jak podkreślił sam Odwołujący - Zamawiający nie stawiał wymogu posiadania przez wykonawców profesjonalnej obsługi prawnej. Zarówno kompetencje wykonawcy, jak również proponowane przez niego świadczenia należy oceniać mając na uwadze określone przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania (w szczególności w SIWZ i ogłoszeniu). Jeżeli, jak już zostało podkreślone, wymagania takie nie zostały sformułowane, w ocenie Przystępującego nie ma podstaw do formułowania przez Odwołującego twierdzenia: „Nie oznacza to jednak, że udział takiej osoby (radcy prawnego bądź adwokata) nie jest konieczny” ani do wyliczania czynności wymagających pomocy prawnej w zakresie realizacji zamówienia. Odwołujący nie może na podstawie własnego subiektywnego przekonania stwierdzić, że Przystępujący będzie potrzebował pomocy prawnej w ww. zakresie, gdyż po pierwsze, jedynie Zamawiający jako „gospodarz postępowania” uprawniony jest do formułowania wymogów, według których należy oceniać złożoną przez Przystępującego ofertę oraz posiadane przez niego kompetencje, a po wtóre, żadne przepisy powszechnie obowiązujące nie nakładają na Przystępującego obowiązku korzystania z pomocy prawnej w tym zakresie (nie obowiązuje w tym zakresie przymus adwokacko-radcowski). Konkludując, miarą oceny wyjaśnień Przystępującego nie mogą być subiektywne refleksje Odwołującego dot. sposobu i czynności koniecznych do prawidłowego

wykonania zamówienia, jak również - dla przykładu, hipotezy Odwołującego dot. potencjalnego wzrostu szkodowości (mimo wskazania przez Przystępującego, że aktualny poziom jego szkodowości po 10 latach prowadzenia działalności związanej z udzielaniem pożyczek to 0%) i wzrostu ryzyka naliczenia kar umownych w przypadku braku zaangażowania radców prawnych czy adwokatów. Jedyne na marginesie Przystępujący podkreślił, że jako podmiot profesjonalny, mający wieloletnie doświadczenie w wykonywaniu czynności będących przedmiotem zamówienia oraz zatrudniający wykwalifikowany personel, zna specyfikę branży i wymagania stawiane mu przez Zamawiającego.

Odnosząc się bezpośrednio do zarzutów, że z przedłożonej umowy nie wynika, że wynagrodzenie jest wynagrodzeniem ryczałtowym, Przystępujący zwrócił uwagę, że w ww. umowie w § 3 wprost wskazano, że wynagrodzenie wynosi 500 zł netto, a faktura będzie wystawiona na koniec każdego miesiąca. Spełniona jest zatem definicja ryczałtu, tj. z góry ustalonej kwoty określonych wydatków, bez rozbicia na poszczególne pozycje czy czynności.

TEZA: Koszty zapewnienia zastępstwa w czasie nieobecności pracowników (str. 11 odwołania)

Zdaniem Przystępującego zarzut jest bezprzedmiotowy z kilku zasadniczych powodów. Po pierwsze, w kalkulacji w pkt 0-VI (dow. nr 1) koszty nakładów pracy przy wykonaniu niezbędnych zadań wynoszą 242 007,54 zł. Dodatkowo do tych kosztów doliczono łącznie 152 602, 26 zł rezerwy na ew. wzrosty kosztów pracy z różnych niedających się do końca przewidzieć lub nieuwzględnionych w kalkulacji odchyleń. Wobec tego koszt zastępstwa podany przez Odwołującego w wys. 12.283,20 zł w zupełności mieści się w rezerwie.

TEZA: Koszty związane z zapewnieniem ochrony danych osobowych (str. 12 odwołania)

Ochrona danych osobowych, to koszty wykonawcy.

Przystępujący wskazał, że koszty nie zostały uwzględnione w kalkulacji, ponieważ każdy z pracowników zobowiązany jest do wykonywania obowiązków wynikających z powszechnie obowiązujących przepisów dot. ochrony danych osobowych, w tym w szczególności z RODO, jak również z polityki prywatności, zasad i wytycznych obowiązujących u Przystępującego. Krajowa Izba Odwoławcza w swoich orzeczeniach wskazywała, że powierzenie pracownikom obowiązków z zakresu ochrony danych osobowych jest dopuszczalne, co zresztą przyznał sam Odwołujący. Przystępujący podkreślił, że jest w pełni świadomy ciężących na nim obowiązków w zakresie ochrony danych osobowych, a jego pracownicy są w tym zakresie przeszkoleni, jak również zobowiązani do przestrzegania wszelkich procedur. Przytoczone przez Przystępującego czynności związane z uporządkowaniem dokumentów i stanowisk pracy miały jedynie za zadanie wskazanie na przykładowe zobowiązania pracowników w zakresie ochrony danych osobowych - tzw. „politykę czystego biurka” i nie mogą posłużyć, jako wskaźnik dot. poziomu wiedzy Przystępującego o obowiązkach z zakresu ochrony danych osobowych. Odwołujący nie może

zostać uznany za podmiot mający wiedzę i kompetencję do oceny wdrożonych procedur ochrony danych osobowych i poziomu ich zabezpieczenia u Przystępującego. Jednocześnie podkreślił, że Odwołujący nie posłużył się żadnym merytorycznym argumentem w tym zakresie poza prostym zanegowaniem wiedzy Przystępującego o obowiązkach ciążyących na administratorze danych osobowych. Jednocześnie założył, ponownie nie mając na ten temat wiedzy, że pracownicy nie mają wiedzy i świadomości ww. kwestii. Stąd poczynione w tym zakresie zarzuty nie mogą zasługiwać na uwzględnienie.

TEZA: Koszty wyjazdów służbowych (str. 13 odwołania)

Przystępujący nie zgodził się ze stwierdzeniem Odwołującego, że wyjaśnienia dot. ww. kwestii oparte są jedynie na gołosłownych twierdzeniach, podczas gdy Przystępujący w tym zakresie przedstawił szczegółowe wyliczenia (dow. nr 2 s. 6-7; dow. nr 3 s. 14-16; dow. nr 4 s. 12-14), uzasadnił poczynione założenia oraz wskazał, że w zakresie tego rodzaju rozliczeń opiera się na rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 25 marca 2020 r. w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy. Strona Odwołująca wskazała na wynikający z ww. rozporządzenia obowiązek zawarcia umowy oraz wskazała, że przedmiotowe umowy nie zostały przedłożone Zamawiającemu. Odwołującemu jednak umyka, że przepisy prawa nie nakładają w tym zakresie zawarcia umowy w jakiegokolwiek formie szczególnej, czy choćby w formie pisemnej. Dopuszczalne i w pełni skuteczne jest, zatem zawarcie umowy użyczenia pojazdu prywatnego na cele służbowe w formie ustnej. Ponownie wskazał, że Odwołujący w TYM zakresie nie przytoczył żadnych merytorycznych argumentów odnoszących się do poprawności sporządzonych kalkulacji, *notabene* opartych na przepisach powszechnie obowiązujących, a jedyny zarzut dotyczący braku przedłożenia umowy w formie pisemnej nie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na to, że braku umowy w formie pisemnej nie można utożsamiać z brakiem umowy w ogóle z przyczyn wskazanych powyżej. Przystępujący również wskazał, że w swoich kalkulacjach uwzględnił wszystkie koszty, jednocześnie jednakże stwierdził, że Odwołujący wybiórczo dobierał argumenty mające uzasadnić jego zarzut. Delegacja pracownika to podróż służbowa, realizowana na polecenie pracodawcy poza miejscowością, w której znajduje się jego siedziba. Jeśli w trakcie podróży pracownik poniósł koszty (np. dojazdu, noclegu, wyżywienia), to należy mu się rekompensata (zwrot kosztów). Jeśli pracownik odbywa podróż służbową własnym samochodem, rozliczenie kosztów odbywa się na podstawie tzw. kilometrówki, którą przystępujący uwzględnił w swoich wyjaśnieniach. Koszty delegacji rozlicza się zgodnie z rozporządzeniem Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 29 stycznia 2013 r. w sprawie należności przysługujących pracownikowi zatrudnionemu w państwowej lub samorządowej jednostce sfery budżetowej z tytułu podróży służbowej (Dz.U. 2013 poz. 167), które odpowiednio na podstawie art. 77⁵ Kodeksu pracy stosuje się również

do innych pracowników. Przystępujący zaznaczył jednak, że ze względu na to, że w praktyce podróże służbowe nie będą trwać dłużej niż 8 godzin, nie będzie konieczności wypłaty pracownikom diet, ani ponoszenia kosztów noclegu, co zostało szczegółowo uzasadnione w wyjaśnieniach (dow. nr 3 str. 14-16, dow. nr 4 str. 12-14).

TEZA: Brak kalkulacji pozostałego czasu 1 kosztów w zakresie realizacji zamówienia

Zarzut, że wykonawca w złożonych wyjaśnieniach pominął również następujące koszty:

1) czas poświęcony przez pracowników na promocję projektu (prowadzenie strony www, zamieszczania materiałów, informacji o warunkach udzielania wsparcia, przygotowanie, zamieszczanie i monitorowanie kampanii promocyjnej); wykonawca oszacował wyłącznie sam koszt kampanii, bez kosztów czasu pracy pracowników w tym zakresie.

Przystępujący stwierdził, że zarzut jest chybiony, gdyż koszty te znajdują się w:

- koszt obsługi strony internetowej i udostępniania usług poczty elektronicznej w wys. - 2400 zł (dow. nr 1 - rozdz. XII INNE)
- koszt promocji w kalkulowano w wys. 25 000 zł. (dow. nr 1 - rozdz. VII). Treść opisująca wydatki ma charakter poglądowy i służy w kalkulacji by nie pominąć gł. wydatków na ten rodzaj działania składających się. Jest rzeczą oczywistą, że struktura wewnętrzna wydatków jest elastyczna i podlega w trakcie realizacji kształtowaniu zgodnie z rzeczywistymi potrzebami projektu.

Zarzut: 2) czas poświęcony przez pracowników na opracowanie wzorców dokumentów (regulaminy, umowy, procedury), formularzy (wniosków o pożyczkę, oświadczeń, zasad rozliczania), dokumentów zabezpieczeń, monitorowanie zmian w prawie, aktualizacja dokumentów w wyniku zmian w prawie.

Zarzut ten Przystępujący uważa za nietrafiony gdyż:

- działając kilkanaście lat w obszarze udzielania pożyczek posiada całe *know-how* w zakresie wyżej podnoszonym przez Odwołującego, a drobne i mało czasochłonne czynności dostosowawcze nie stanowią istotnego kosztu, który należałoby osobno wyodrębnić w kalkulacji. Niemniej przewidziano odchylenia od założeń kalkulacji w pkt 0-VI (dowód nr 1) planując 152 602, 26 zł rezerwy na ew. wzrosty kosztów pracy z różnych niedających się do końca przewidzieć lub nieuwzględnionych w kalkulacji odchyleń.

Zarzut: 3) koszt narzędzi do prowadzenia działalności pożyczkowej, w tym abonament BIK/BIG/KRD, abonament Wolters Kluwer/Moje Państwo umożliwiające badanie powiązań pomiędzy podmiotami.

Zarzut chybiony gdyż:

- SIWZ nie wymaga posiadania takich baz danych
- nie ma żadnego obowiązku prawnego korzystania z wymienionych baz danych.

Zarzut: 4) czas poświęcony przez pracowników na udzielanie informacji i wyjaśnień z

potencjalnymi kredytobiorcami, którzy ostatecznie nie złożą wniosku o udzielenie pożyczki (wykonawca uwzględnił wyłącznie czas pracy przy wnioskach, które zostaną odrzucone, nie przewidział jednak, że wielu potencjalnych kredytobiorców ostatecznie rezygnuje, ale należy poświęcić czas na ich obsługę).

Zarzut chybiony, jako że Odwołujący chyba nie zapoznał się dokładnie z kalkulacją i wyjaśnieniami. "Udzielanie informacji i wyjaśnień z potencjalnymi kredytobiorcami" jest właśnie elementem doradztwa w sprawie pożyczek, na które przeznaczono 8h dziennie przez 24 m-ce (Okres Budowy Portfela) i wykalkulowano na kwotę 108 096,24 zł. (dow. nr 1 - rozdz. 0 KOSZTY DORADZTWA). Natomiast czas i koszt rozpatrzenia wniosków odrzuconych dotyczy negatywnego rozpatrzenia wniosków już złożonych a nie potencjalnych.

Zarzut: 5) kosztów wypłaty pożyczki, sporządzenia harmonogramu, aktualizacji harmonogramów w przypadku zmiany stop procentowych

Zarzut chybiony, gdyż koszty te znajdują się w:

- kosztach przelewów i prowadzenia rachunków bankowych - 1656 zł - (dow. nr 1 rozdz. XII INNE)

- kosztach 57 292,08 zł (dow. nr 1 - rozdz. V MONITORING SPŁAT, WINDYKACJA, I EGZEKUCJA)

Zarzut: 6) Czas poświęcony przez pracowników na ustanawianie, monitorowanie, weryfikację wartości zabezpieczeń, odnowienia zabezpieczeń (np. polis ubezpieczeniowych), zmiana zabezpieczeń na wniosek kredytobiorcy lub po utracie bądź zmniejszeniu ich wartości

Zarzut chybiony, gdyż koszty te znajdują się w:

- kosztach 57 292,08 zł (dow. nr 1 - rozdz. V MONITORING SPŁAT, WINDYKACJA, I EGZEKUCJA)

Zarzut: koszt należnego podatku od osób prawnych.

Zarzut chybiony

SSIG jest zwolnione z podatku od osób prawnych. Kwestię tę szczegółowo, obszernie oraz w oparciu o przepisy prawa wyjaśniono dowód nr 2 (Ad 4 s. 8 - 9); dowód nr 3 (8 zysku oraz podatku dochodowego, s. 13-14)

Przystępujący poczynił generalną uwagę, że kalkulacja zawiera w każdym swym gnieździe kosztowym rezerwy na sytuacje nieprzewidziane i odchylenia od założeń (dowód nr 1 pkt-y 0 - XIII). Łączna kwota rezerw w projekcie stanowi ponad 240 000 zł.

Reasumując wszystkie wyjaśnienia, szczegółowe kalkulacje oparte na obiektywnych danych oraz przedłożone dowody nie dają zdaniem Przystępującego podstaw do uznania jego oferty, jako przejawu rażąco niskiej ceny.

Załączniki: 5. Dowody:

a) Wyjaśnienia Odpowiedź na wezwanie z dnia 31 stycznia 2020 r. pt. Informacje generalne do kalkulacji - dowód nr 1

- b) Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego z dn. 24.02.2020 - dowód nr 2
- c) Odpowiedź z dnia 11 maja 2020 r. na wezwanie z dnia 29 kwietnia 2020 r. - dowód nr 3
- d) Odpowiedź z dnia 26 maja 2020 r. na wezwanie z dnia 19 maja 2020 r. - dowód nr 4

e) Odpowiedź z dnia 4 czerwca 2020 r. na wezwanie z dnia 1 czerwca 2020 r. - dowód nr 5.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na posiedzeniu z udziałem stron i wykonawcy: "Sudeckie Stowarzyszenie Inicjatyw Gospodarczych" z siedzibą w Świdnicy, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, Izba uznała, że w wyniku skutecznego przystąpienia (art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp), wykonawca ten stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego (Przystępującym).

Nie wystąpiły przesłanki odrzucenia odwołania (art. 189 ust. 2 pkt 4 i 5 ustawy Pzp), ponieważ Zamawiający dokonał nowej czynności – powtórzenia badania oferty Przystępującego z zastosowaniem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp (przesłanka rażąco niskiej ceny oferty), oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. Ponowny wybór oferty jest nową czynnością Zamawiającego, która może być kwestionowana w granicach zmian wskazanych przez Izbę w wyroku z dnia 6 marca 2020 r. sygn. akt KIO 355/20.

Odwołujący jest legitymowany do wniesienia odwołania w świetle przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Na podstawie akt sprawy (dokumentów związanych z prowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. z 2018 r. poz. 1092 i 1992) stanowią akta sprawy odwoławczej (§ 8 ust. 1. *Odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub dokumentacja postępowania w postaci elektronicznej, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem, stanowią akta sprawy odwoławczej.*), akt sprawy sygn. KIO 355/20 (w zakresie niezbędnym do rozpoznania odwołania), wyjaśnień stron i uczestnika postępowania odwoławczego

– Izba ustaliła i oceniła, jak niżej.

Odwołanie aktualnie rozpoznane spowodowało drugie postępowanie odwoławcze między tymi samymi stronami i tym samym Przystępującym, którego oferta została dwukrotnie wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego.

W odwołaniu z dnia 20 lutego 2020 r. (po wyborze oferty Przystępującego w dniu 12 lutego 2020 r.) Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 przez zaniechanie odrzucenia oferty niezgodnej z SIWZ, w sytuacji gdy Sudeckie Stowarzyszenie Inicjatyw Gospodarczych z siedzibą w Świdnicy (SSIG) nie złożyło wraz z ofertą wymaganych dokumentów podwykonawców (JEDZ),
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 przez zaniechanie odrzucenia oferty niezgodnej z SIWZ, w sytuacji gdy SSIG nie wykazało zdolności technicznych i zawodowych koniecznych do realizacji zamówienia,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 przez zaniechanie odrzucenia oferty SSIG złożonej w ramach Zamówienia w sytuacji, gdy wskazana w ofercie cena jest rażąco niska,
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 90 ust. 3 przez zaniechanie odrzucenia oferty SSIG złożonej w ramach zamówienia w sytuacji, gdy jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienie czynności wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty SSIG, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp oferty SSIG, dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu,
ewentualnie
- b) odrzucenie oferty SSIG jako niezgodnej z SIWZ oraz zawierającej oraz zawierającej rażąco niską cenę,
- c) przeprowadzenie ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty w ramach zamówienia spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania na rozprawie, wyrokiem z dnia 6 marca 2020 r. sygn. akt KIO 355/20, orzekła:

1. uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym ponowne wezwanie wykonawcy „Sudeckie Stowarzyszenie Inicjatyw Gospodarczych” w Świdnicy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p.,
2. w pozostałym zakresie oddaliła odwołanie.

W uzasadnieniu wyroku, w streszczeniu stanowiska Odwołującego przedstawionego w odwołaniu, Izba wskazała odnośnie do zarzutu 1 i 2, m.in.: umowę o obsługę prawną i umowę dotyczącą usług księgowych i kadrowych, personel posiadający odpowiednie kwalifikacje, wykształcenie i doświadczenie w prowadzeniu postępowań sądowych i egzekucyjnych, zabezpieczenie profesjonalnego pełnomocnika, wysokość środków przeznaczonych na rezerwę.

Odnośnie do zarzutu 3 (powtórzonego w aktualnie rozpoznawanym odwołaniu jako zarzut 2), Izba wskazała:

Odwołujący przywołał przedmiot zamówienia i wskazał, że zamawiający nie określił w jakim wymiarze czasu pracy powinien być dostępny każdy z pracowników, stąd należy przyjąć, że dla zapewnienia obsady POK co najmniej jeden z pracowników powinien być dostępny w POK stale. Zgodnie z deklaracją wykonawcy SSIG będzie on utrzymywał POK przez 40 godzin w tygodniu przez 24 miesiące okresu budowy portfela oraz 120 miesięcy okresu wygaszania portfela. Odwołujący dodał, że informacje generalne do kalkulacji zostały sporządzone nieczytelnie, zawierają liczne nieścisłości i niekonsekwencje, niemniej pozwalają na zapoznanie się ze składnikami i wartościami kosztów ponoszonych przez SSIG. Według odwołującego w wyjaśnieniach sposobu kalkulacji ceny wykonawcy nie uwzględniono:

- a) zakładanych w punkcie 0 informacji generalnej do kalkulacji kosztów doradztwa (114 237,84 zł) ponieważ nie zostały one opisane szczegółowo przez SSIG i odwołujący nie był w stanie zweryfikować ich zasadności, niemniej zgodnie z oświadczeniem SSIG wyliczenie powinno być o te kwoty powiększone;
- b) kosztów wynagrodzenia pozostałych pracowników dedykowanych do realizacji zamówienia, których wynagrodzenie jest istotnie wyższe w stosunku do specjalisty ds. pożyczek II dla którego przedstawiono wyliczenie w punkcie 1 tabeli (prezes 42,60 zł/h, pozostali 25,59 zł/h). Należy mieć także na uwadze treść ppkt i) pkt 2 ust. 2 rozdziału XI SIWZ, zgodnie z którym „zamawiający dopuszcza, aby ta sama osoba, została wykazana do pełnienia maksymalnie dwóch funkcji, pod warunkiem, że spełnia niezależnie każdy z ww. warunków w zakresie doświadczenia i wykształcenia (z wyłączeniem możliwości łączenia funkcji analityka ryzyka kredytowego z doradcą ds. pożyczek), poza zarządzającym, który może pełnić tylko tę jedną funkcję.” Tym samym najniżej wynagradzany pracownik (17,80 zł/h) specjalista ds. pożyczek i analiz I (który w zakresie obowiązków ma ocenę wniosków) jest zobowiązany dzielić czas pracy w POK ze specjalistą ds. organizacji i promocji (25,59 zł/h, zajmującym się sprzedażą produktów pożyczkowych, przyjmowaniem wniosków, doradztwem na rzecz klientów). Z powodu braku możliwości oszacowania udziału czasu pracy poszczególnych pracowników do obliczeń przyjęto niższe wynagrodzenie;
- c) kosztów wynagrodzeń zespołów kontrolnych, o których SSIG pisze w kwestionariuszu (lp. ad 1). Żaden z członków zespołu w zakresie obowiązków nie ma wykazanych działań kontrolnych;
- d) kosztu wynagrodzenia osoby odpowiedzialnej za ochronę danych osobowych, o czym SSIG pisze w kwestionariuszu (lp. ad 3). Zgodnie z § 13 ust. 5 umowy o finansowanie „zarówno fundusz jak i pośrednik finansowy są odrębnymi administratorami wobec przetwarzanych danych pożyczkobiorców”;

- e) *realnych kosztów dochodzenia należności. Przy założeniu, że na drogę sądową zostaną skierowane pożyczki odpowiadające 5% wartości zamówienia (22 000 000,00 *5% = 1 100 000,00 zł, co odpowiada jednej pożyczce o maksymalnej wartości), wartość wpisów sądowych w postępowaniach z weksla może wynosić 55 000,00 zł, dodatkowo konieczne będzie poniesienie opłat egzekucyjnych oraz wysokich kosztów egzekucji z nieruchomości w przypadku pożyczek hipotecznych, kiedy SSIG założył 27 300,00 zł rezerwy;*
- f) *realnej rezerwy na ryzyko związanej z przekroczeniem limitu szkodowości lub utratą poniesionych, a nie wyegzekwowanych kosztów windykacji, szczególnie w kontekście § 10 ust. 4 umowy o finansowanie, zgodnie z którym „Pośrednik finansowy ponosi koszty dochodzenia wierzytelności, w tym opłaty sądowe i egzekucyjne oraz koszty zastępstwa procesowego i zastępstwa w postępowaniu egzekucyjnym. W przypadku odzyskania powyższych kosztów od MŚP nie podlegają one przekazaniu na rzecz funduszu. Pośrednik finansowy może pobrać koszty i opłaty wskazane w zdaniu poprzedzającym w ostatniej kolejności tj. po pełnym zaspokojeniu wierzytelności głównej, odsetek oraz innych należności ubocznych z tytułu pożyczki.”;*
- g) *wzrostu cen wynagrodzeń oraz towarów i usług, w tym wynagrodzenia specjalisty ds. pożyczek II, którego wynagrodzenie obecnie odpowiada stawce minimalnego za pracę wynagrodzenia, a które to wynagrodzenie jest corocznie waloryzowane;*
- h) *zysku oraz podatku dochodowego. Wykonawca posiada status stowarzyszenia i jednocześnie przedsiębiorcy. Jest wpisany do Rejestru Przedsiębiorców KRS i jako przedsiębiorca jest również podatnikiem VAT o statusie VAT - zwolniony. W ramach zamówienia SSIG może występować wyłącznie w charakterze przedsiębiorcy, ponieważ polega ono na odpłatnym świadczeniu usług. W ocenie odwołującego nie ma znaczenia, że SSIG jest stowarzyszeniem nie działającym dla zysku, ponieważ oznaczałoby to, że działa wyłącznie w celu zapewnienia zatrudnienia swoim pracownikom, co pozostaje w oczywistej sprzeczności z celami statutowymi SSIG. Działalność gospodarcza wykonawcy SSIG, jako przedsiębiorcy, powinna więc generować zysk, który następnie powinien zostać przeznaczony na cele statutowe. Jednak działalność wykonawcy nie powinna być prowadzona poniżej kosztów, a więc generować strat, co zdaniem odwołującego zachodzi w przypadku zamówienia.*

Natomiast w zakresie elementów kosztów wskazanych przez wykonawcę SSIG według Odwołującego należy zauważyć, że:

- a) *koszty wynagrodzeń - lista płac zawiera element premia regulaminowa, kiedy SSIG nie okazał umów o pracę, ani regulaminu premiowania, a zamawiający nie wezwał do okazania tych dokumentów. Tym samym wykonawca nie wykazał od czego zależy premia przyznawana pracownikom zespołu projektowego, w szczególności, że premia nie będzie*

miała związku z ewentualnym podjęciem realizacji zamówienia i nie spowoduje wzrostu wynagrodzeń w stosunku do stycznia 2020 r. (lista płac);

- b) koszty delegacji - SSIG oszacował koszty na 4000,00 zł w ciągu 12 lat (punkt XII inne informacje generalne do kalkulacji), kiedy na podstawie § 8 umowy „Pośrednik Finansowy w celu weryfikacji informacji zawartych w operacie szacunkowym jest zobligowany, przed zawarciem umowy 2RPH, do przeprowadzenia wizji lokalnej na nieruchomości, która ma zostać nabyta ze środków pochodzących z 2RPH oraz sporządzenia z wizji lokalnej dokumentacji, w tym dokumentacji fotograficznej. Do przeprowadzenia wizji lokalnej Pośrednik Finansowy może wyznaczyć jedną z osób z POK, w którym dana Umowa 2RPH ma zostać zawarta.” Zgodnie z szacunkami SSIG zamierza on zawrzeć 20 pożyczek hipotecznych (RPH), których dotyczy ww. zapis SSIG nie przedstawił informacji czy dysponuje własnym środkiem transportu, czy zamierza korzystać z pojazdów należących do członków zespołu. Niezależnie jednak od przyjętego rozwiązania, koszty delegacji są, zdaniem odwołującego, zaniżone. Wymieniona kwota odpowiada podróżom służbowym w wysokości 5000 kilometrów (250 km na pożyczkę dla 20 pożyczek RPH, 166 km dla 30 RPH) - jest to wyłącznie ustawowy koszt użytkowania prywatnego samochodu o pojemności powyżej 900 cm³ przez pracownika, bez diet i dodatkowych kosztów). Siedziba SSIG zlokalizowana jest w Świdnicy, co może wiązać się z koniecznością odbywania podróży służbowych powyżej 100 km w jedną stronę (np. Góra, Milicz czy Głogów). Nie uwzględniono kosztów dostarczenia dokumentów do biura rachunkowego. Umowa z kancelarią prawną zawiera zapisy dotyczące zwrotu kosztów przejazdów (§ 4). Nie uwzględniono kosztów dojazdów na rozprawy sądowe, wizyt monitoringowych i innych koniecznych dla prawidłowej realizacji umowy. Nie uwzględniono diet pracowniczych związanych z podróżami służbowymi oraz kosztów utrzymania w trakcie podróży (odpowiednio do stosownych przepisów);
- c) koszty usług pocztowych - SSIG zaniżył istotnie koszty usług pocztowych. Z doświadczeń odwołującego wynika, że 2 listy na pożyczkę jest ilością zbyt niską, ponieważ jednak jest to kwestia szacunków, odwołujący wskazuje jedynie na brak ujęcia w kosztach przesyłek koniecznych wydatków związanych ze sprawozdawczością: 144 sprawozdań (miesięcznych i kwartalnych, dla listu poleconego z potwierdzeniem odbioru) * 8,50 zł = 1224,00 zł (lub 144*5,90=849,60 zł w przypadku listu poleconego);
- d) koszty materiałów biurowych - 2500,00 zł podzielone na 144 miesiące daje 17,36 zł, co jest kwotą wystarczającą na zakup 1 rzyzy papieru miesięcznie i nie uwzględnia innych materiałów, koniecznych dla sprawnego funkcjonowania biura, takich jak tonery, segregatory, teczki, koszulki na dokumenty, przeglądy i konserwację sprzętu biurowego. Umowa o finansowanie w § 7 określa warunki jakie musi spełniać POK „Punkt Obsługi Klienta mieści się w kondygnacji nadziemnej i jest wyposażony w: co najmniej jedno

stanowisko biurowe wyposażone w komputer ze stałym dostępem do Internetu, drukarkę i skaner, dwa adresy e-mail, dwa telefony kontaktowe; system komputerowy do obsługi udzielania i rozliczania pożyczek”.

W opinii odwołującego zsumowanie kosztów wskazanych przez wykonawcę SSIG oraz dodatkowe, wyżej wymienione argumenty dotyczące poszczególnych składników ceny, wskazują, że obliczenia wykonawcy są błędne i zaniżone, a zamawiający nie dokonał ich rzetelnej oceny, czym naruszył p.z.p. W Ocenie odwołującego wykonawca SSIG nie wykazał również istotnych z punktu ustawy elementów, tj. oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy. Żaden z elementów kosztotwórczych nie odbiega charakterem od powszechnie stosowanych, za wyjątkiem posiadania przez SSIG własnej siedziby, co niweluje konieczność ponoszenia opłat z tytułu czynszu najmu - oszczędność ta nie jest jednak tak istotna, aby stanowiła uzasadnienie dla obniżenia ceny o ponad 37% w stosunku do średniej ceny pozostałych ofert i ponad 35% w stosunku do szacunków zamawiającego.

Odwołujący wskazał dalej, że realizacja umowy w zakresie windykacji bez udziału profesjonalnego pośrednika stanowi istotne zagrożenie dla jej prawidłowego wykonania i nie może być uznana za oszczędność metody. Wycena usług kancelarii prawnej (w przedmiocie usług doradczych) na 3200,00 zł w toku 12 lat (22,00 zł/miesiąc) oraz brak zapewnienia udziału profesjonalnego pełnomocnika dla egzekucyjnych spraw sądowych (ewentualnie osoby z odpowiednim doświadczeniem zawodowym) narusza § 14 pkt 1 umowy o finansowanie. Koszt usług prawnych według cen rynkowych waha się od 100,00 - 500,00 zł/h netto, zależnie od regionu. Uwzględnienie tej stawki w kosztach realizacji zamówienia znacząco wpływa na jego cenę, natomiast brak uwzględnienia tego elementu i powierzenie działań windykacyjnych pracownikowi wynagradzanemu według stawki 25,59 zł/h, bez potwierzonego doświadczenia, znacząco wpływa na cenę oferty SSIG, co jednak stanowi istotne naruszenie zasad konkurencyjności. Przyjmując stawki godzinowe, ustalone z kancelarią z której usług SSIG korzysta obecnie, koszt realizacji zamówienia należało by powiększyć o kwotę 88 560,00 zł (500,00 zł netto * 144 miesiące + VAT).

Według odwołującego wykonawca SSIG założył udział w projekcie czterech pracowników, z których specjalista ds. analiz i pożyczek I jest zatrudniony w oparciu o najniższe wynagrodzenie ustalone stosownymi przepisami. Jednak na liście płac za styczeń 2020 r. wykazano, że każdy z pracowników otrzymał premie regulaminową. Składnik premiowy nie został uwzględniony w wyliczeniach kosztów wynagrodzeń, przynajmniej w przypadku specjalisty ds. analizy i pożyczek, dla którego przyjęto stawkę minimalną przy pełnym wymiarze czasu pracy. Tym samym wyliczenia dotyczące kosztów wynagrodzeń zostały przez

SSIG zaniżone w stosunku do rzeczywiście ponoszonych.

Dalej odwołujący zauważył, że wynagrodzenie wykonawcy zależy od rodzajów pożyczek i ich warunków wnioskowanych przez klientów (MŚP), najkorzystniejsze są pożyczki obrotowe (bez karencji, krótki okres spłaty), najmniej korzystne pożyczki hipoteczne (karencja w spłacie kapitału, długi okres spłaty). SSIG nie dokonał analizy wrażliwości przyjętych założeń, biorąc pod uwagę rozkład wynagrodzenia zależny od rodzaju pożyczek, tego typu analizę odwołujący prezentuje poniżej.

Wykonawca SSIG wskazał cenę ofertową w kwocie 693 000,00 zł brutto, podczas gdy usługa świadczona ma być przez 12 lat, co oznacza, że miesięczne wynagrodzenie z tytułu realizacji zamówienia wyniesie średnio 4 812,50 zł brutto, przy czym wynagrodzenie zależne jest od kwoty wypłaconych (10%*3,15%) oraz spłaconych (90%*3,15%) pożyczek w toku umowy, nie jest więc wypłacane równomiernie w całym okresie trwania realizacji umowy. W skrajnie negatywnym przypadku, przy założeniu równych miesięcznych wypłat w okresie budowy portfela i systematycznych miesięcznych spłat w okresie wygaszania portfela, w sytuacji gdyby wykonawca zawarł (odpowiednio do ograniczeń produktowych) 50% pożyczek hipotecznych (RPH - 6 miesięcy karencji w spłacie kapitału, okres spłaty 120 miesięcy) i 50% pożyczek inwestycyjnych (RPI - 6 miesięcy w spłacie kapitału, max okres spłaty 84 miesiące) - miesięczne wynagrodzenie może wynosić od około 3 000,00 zł w pierwszych sześciu miesiącach, 6 000,00 zł w następnych 7 latach realizacji umowy a następnie odpowiednio 5000,00 zł w 8 roku, 3000,00 zł w 9 i 10 roku oraz 1000,00 zł w 11 i 12 roku realizacji umowy. Pomimo, że symulacja ta jest jedynie szacunkowa, pozwala ocenić prawdopodobny rozkład wynagrodzenia w czasie, metodą najgorszych okoliczności. Miesięczne wynagrodzenie najniżej wynagradzanego pracownika SSIG wynosi 3 132,80 zł, przyjmując powyższe symulacje za prawdopodobne należy przyjąć, że wynagrodzenie wykonawcy SSIG w pierwszych sześciu miesiącach realizacji umowy wystarczy wyłącznie na wynagrodzenie jednego pracownika bez premii regulaminowej i nie pokryje kosztów funkcjonowania POK. Kiedy pierwsze miesiące realizacji umowy wymagają największych nakładów pracy związanych z przygotowaniem wzorców dokumentów (wniosków, umów, regulaminów, aktualizacji procedur), prowadzeniem kampanii reklamowej, obsługą klientów, przyjmowaniem, analizą i oceną wniosków, zatem działania te wymagają zaangażowania całego zespołu i nie są możliwe do zrealizowania przez jednego pracownika. Wykonawca SSIG nie wykazał posiadania środków finansowych dla zapewnienia funkcjonowania w początkowym okresie realizacji zamówienia, w sytuacji gdy wynagrodzenie nie będzie wystarczające na pokrycie kosztów bieżących oraz będzie wypłacane po około czterech miesiącach od rozpoczęcia realizacji zamówienia, co wynika § 23 umowy. SSIG w kalkulacji kosztów nie wykazał również kosztu kapitału (kredytu, pożyczki), jakimi zamierza pokryć koszty realizacji zamówienia na początkowym jego etapie. W konsekwencji, według

odwołującego oferty wykonawcy zawiera rażąco niską cenę i powinna zostać odrzucona przez zamawiającego.

W uzasadnieniu zarzutu 4 w ówczesnym odwołaniu Odwołujący wskazał na kwestie związane ze statusem Przystępującego w zakresie podatkowym oraz, że *zaniżanie ceny - brak wskazywania w niej wszystkich składających się na nią kosztów - przez SSIG stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, bowiem ogranicza dostęp odwołującego do rynku (zamówienia) w sposób sprzeczny z prawem i dobrymi obyczajami.*

Zarzuty 1, 2 i 4 zostały oddalone w całości.

Co do rozstrzygnięcia zarzutu 3 uwzględnionego częściowo, Izba zamieściła m.in. następujące uzasadnienie (podkreślenia dokonane obecnie):

Skład orzekający (...) stwierdził (...), że rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części z powodu przedwczesnego wyboru oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej (...).

(...) ponieważ podniesione przez odwołującego w zarzucie nr 3 z petitum odwołania okoliczności faktyczne wskazują, że zamawiający w sposób wadliwy przeprowadził postępowanie wyjaśniające sposób kalkulacji ceny przystępującego, a tym samym naruszył art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p., co spowodowało, że Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie przedwczesnego wyboru oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej, dokonanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym ponowne wezwanie przystępującego do złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny. Skład orzekający wskazuje również, iż na dzień orzekania nie ma podstaw, aby dokonać subsumpcji ustalonego w sprawie stanu faktycznego pod normę art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. lub art. 90 ust. 3 p.z.p., zatem zamawiający prawidłowo nie zastosował sankcji w postaci odrzucenia oferty przystępującego z postępowania, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

(...) zgodnie z art. 90 ust. 3 p.z.p. „zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.” Wyjaśnienia, o których mowa we wskazanej normie, zostały przez ustawodawcę uregulowane w art. 90 ust. 1 p.z.p., gdzie wskazano na wezwanie do złożenia wyjaśnień określone przez pryzmat wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi wymaganiami, a także w art. 90 ust. 1a p.z.p., gdzie ustawodawca określił ex lege przesłankę do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Zatem wskazana w art. 90 ust. 3 p.z.p. sankcja odrzucenia oferty jest bezpośrednio związana z procedurą wezwania, uregulowaną w art. 90 ust. 1 i 1a p.z.p., a także obowiązkiem wykonawcy wynikającym z art. 90 ust. 2 p.z.p. – obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy – którego niewykonanie skutkuje odrzuceniem oferty również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., (...) Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z

23.05.2018 r., sygn. akt XXIII Ga 209/18 [wskazał] „Normy zawarte w tych przepisach dopełniają się, tzn. dopiero negatywna ocena wyjaśnień (art. 90 ust. 3 p.z.p.) skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p.”

(...) Ocena wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny, zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., wymaga ustalenia – w sposób niebudzący wątpliwości – że oferta zawiera cenę rażąco niską, gdyż sankcja w postaci odrzucenia oferty może nastąpić wyłącznie w sytuacji rzeczywistego wystąpienia przesłanek określonych w tej normie. Przy tym podstawy odrzucenia należy interpretować w sposób ścisły, co wymaga jednoznacznego i klarownego ustalenia, że zaoferowana przez wykonawcę cena oferty nie pozwala na należyłą realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego i jest nierealna, nieekwiwalentna. Powyższe powoduje, że niezwykle istotna jest sama procedura wyjaśniająca sposób kalkulacji ceny dokonywana przez zamawiającego, która – jak każda czynność zamawiającego w postępowaniu – winna być przeprowadzona w poszanowaniu zasad naczelnych zamówień publicznych, wskazanych w art. 7 ust. 1 p.z.p.

(...) W ramach badania ofert ustawodawca nałożył na zamawiającego obowiązek przeprowadzenia procedury wyjaśniającej sposób kalkulacji ceny, uregulowanej w art. 90 ust. 1 p.z.p. i należycie działający zamawiający w wyniku postępowania wyjaśniającego cenę powinien otrzymać jednoznaczny wynik tej oceny. Wynik ten winien być wyraźny – albo cena oferty jest rzetelnie skalkulowana, zapewnia zysk i odpowiada wymogom zamawiającego zawartym w dokumentacji postępowania, albo jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, co powoduje odrzucenie oferty. Należy zauważyć, iż treść art. 90 ust. 3 p.z.p. nie pozostawia w tej sferze wątpliwości – zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, kiedy dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera cenę rażąco niską. Zatem procedura prawidłowo przeprowadzonych wyjaśnień powinna zakończyć się jednym, obiektywnym i weryfikowalnym wynikiem.

Ustalając wzorzec prawidłowego postępowania, do którego Izba w toku orzekania porówna podważane czynności i zaniechania zamawiającego, celem oceny ich prawidłowości, należy włączyć we wzorzec konieczność ustalenia czy należycie działający zamawiający w danym stanie rzeczy prawidłowo i wyczerpująco przeprowadził postępowanie weryfikujące cenę, w szczególności, że art. 90 ust. 1 p.z.p. nie zawiera wskazania co do ilości czynności podejmowanych w ramach wyjaśnienia ceny ofertowej. Mając na uwadze literalne brzmienie normy, posiłkując się jej systemowym osadzeniem w systemie prawa zamówień publicznych, celem oraz funkcją, należy stwierdzić, iż racjonalny ustawodawca takiego ograniczenia nie przewidział, ponieważ w każdej indywidualnej sytuacji konieczne może okazać się wyjaśnienie innych okoliczności – w tym wyjaśnienie faktów ujawnionych w toku wyjaśnień – zwłaszcza w sytuacji, w której na podstawie ustalonego jeszcze w sposób niepełny stanu faktycznego nie sposób będzie wyciągnąć jednoznacznych wniosków, co okazało się szczególnie istotne

w rozpoznawanej sprawie.

W związku z powyższym zamawiający, a na etapie postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza, oceniając czynności i zaniechania dokonane przez zamawiającego, musi przez pryzmat omawianych przepisów dokonać konkretyzacji oceny w przedmiocie tego, czy cena ofertowa została dostatecznie wyjaśniona, czy też nie. (...) Odwołując się do wyводу w zakresie braku ograniczenia ilościowego i zakresowego w uregulowaniach dotyczących art. 90 ust. 1 p.z.p. stwierdzić należy, iż jest możliwe – a w niektórych sytuacjach wręcz konieczne – pozyskanie przez zamawiającego wiedzy, jak w danej konkretnej sytuacji wykonawca dokonuje kalkulacji, aby rozpocząć proces wyjaśniania ceny i skierować do wykonawcy następane – bardziej precyzyjne wezwanie, ze wskazaniem na konkretne elementy budzące wątpliwości – jak miało miejsce w rozpoznawanym sporze.

Podstawą do stwierdzenia przez Krajową Izbę Odwoławczą, że w ustalonym w sprawie stanie faktycznym doszło do naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p było stwierdzenie, że wyjaśnienia przystępującego odpowiadają żądaniu zamawiającego, jednakże jedynie zapoczątkowały one proces mogący w przyszłości doprowadzić do pełnego wyjaśnienia zaoferowanej przez przystępującego ceny i dokonania jej kwalifikacji jako ceny rażąco niskiej, lub jako ceny realnej. W związku z tym nie budzi wątpliwości Izby, że w niniejszej sprawie – uwzględniając jej indywidualny stan na moment orzekania – istnieje potrzeba doprecyzowania elementów składających się na kalkulację ceny oferty przystępującego i wobec treści wyjaśnień, w ocenie składu orzekającego, zamawiający był zobowiązany do kontynuowania procesu weryfikacji sposobu obliczenia ceny. Sprecyzowanie wątpliwości i oczekiwań ze strony należycie działającego zamawiającego umożliwiłoby przystępującemu odniesienie się do nich na odpowiednim poziomie szczegółowości, a zatem dostarczenia na tyle precyzyjnego materiału dowodowego i wyjaśnień, aby uczynić proces kwalifikacji ceny jako rynkowej, bądź rażąco niskiej, procesem realnym i zgodnym z wymogami ustawy p.z.p., czego w postępowaniu rozpoznawanym sporem zaniechano.

Jak wynika z ustaleń stanu faktycznego i wskazanych podstaw prawnych, na chwilę wyrokowania, nie ma podstaw do przyjęcia, że przystępujący nie złożył wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p., ani że wyjaśnienia są na tyle lakoniczne i gołosłowne, aby przyjąć, że nie zostały złożone. Ponadto, informacje podane w wyjaśnieniach nie potwierdzają w sposób jednoznaczny, że oferta wykonawcy zawiera cenę rażąco niską.

(...) Warto dodać, że o ile jasnym jest, iż to przystępujący jest obciążony ciężarem wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (art. 190 ust. 1a pkt 1 p.z.p.) i jako autor wyjaśnień najlepiej wie, co i gdzie zostało zawarte, to nie można tracić ze wzroku, że to zamawiający prowadzi postępowanie wyjaśniające i dokonuje oceny ofert. Trudno również uznać, aby uczestnictwo wykonawcy w postępowaniu odwoławczym całkowicie zwolniło

zamawiającego z konieczności potwierdzenia, że dokonana przez niego czynność oceny wyjaśnień była czynnością prawidłową.

(...) Izba wskazuje, że zamawiający zaniechał wyjaśnienia okoliczności, iż w kryterium oceny ofert przystępujący zaoferował dostępność punktu obsługi klienta w okresie budowy i wygaszania portfela w wymiarze 40 godzin tygodniowo (5 dni w tygodniu), co nie zgadza się z przyjętą w kalkulacji ilością godzin pracy pracownika pełniącego funkcję doradcy ds. pożyczek w czasie wygaszania portfela. Przystępujący próbował wywodzić, że różnica wynika z okoliczności, iż wyjaśnieniami SIWZ z dnia 24 stycznia 2020 r. zamawiający dopuścił wykonywanie przez osoby obsługujące punkt także innych czynności, poza projektem. Skład orzekający ustalił, że ma to odzwierciedlenie w odpowiedzi na pytanie nr 2 rzeczonych wyjaśnień, tym niemniej w żaden sposób treść wyjaśnień SIWZ nie zwalnia wykonawcy od właściwego wyjaśnienia oraz wskazania podstaw, które przyjął do wyliczenia ceny za obsługę punktu, premiowaną w kryterium oceny ofert. Ponadto, aby uznać wskazane wyjaśnienia, zamawiający musiałby zbadać, czy w istocie sposób organizacji pracy przyjęty przez przystępującego jest faktycznie możliwy do realizacji – to znaczy, czy przystępujący ma możliwość „utrzymania” pracownika z innych kontraktów, zapewniając jego obecność w wymiarze 40 godzin tygodniowo, z których jedynie część jest finansowana z tego zamówienia (a w domyśle – reszta jest finansowana z innych kontraktów). Innymi słowy, nawet jeśli zamawiający zezwala personelowi wykonawcy na wykonywanie innych zadań, poza zamówieniem publicznym, to należy opisać i wyjaśnić co w tym zakresie przyjęto do kalkulacji ceny i wykazać, że punkt będzie dostępny przez liczbę godzin, za które uzyskano punkty w kryterium. W obecnym stanie rzeczy mamy sprzeczność pomiędzy oświadczeniem z formularza ofertowego, za które przystępujący dostał maksymalną ilość 20 punktów w kryterium dostępności punktu obsługi klienta – w postaci 40 godzin tygodniowo, wymaganej w kryterium dostępności punktu z doradcą ds. pożyczek, a treścią wyjaśnień ceny – gdzie wyceniono czas pracy pracownika (koszty doradztwa) w wymiarze 2 godzin miesięcznie. Ta oczywista sprzeczność, widoczna na pierwszy rzut oka, nie została wyjaśniona. Proces wyjaśnień kalkulacji ceny zakończył się na uzyskaniu kalkulacji, z której wynika wycena jedynie 2 godzin miesięcznie pracy osoby pełniącej funkcję doradcy ds. pożyczek, zatem niezrozumiałym pozostało skąd zamawiający powziął wiedzę, że pozostały czas pracy punktu zostanie zapewniony, czy jakie podstawy w tym zakresie przyjął przystępujący, i czy przedstawione przezeń wyliczenia są rzeczywiste.

(...) z dowodu dołączonego do kalkulacji ceny w postaci listy płac przystępującego wynika, że każdy z pracowników otrzymuje premię regulaminową, w tym jedna z osób (pozycja nr 4), dopiero po otrzymaniu premii uzyskała wynagrodzenie na minimalnym ustawowym poziomie. Z dowodów złożonych przez odwołującego wynika, że specjalista ds. analiz i pożyczek I uzyskuje najniższe ustawowe wynagrodzenie za pracę. Zamawiający nie wezwał

przystępującego do wskazania czy, i ewentualnie w jaki sposób, składnik premiowy został uwzględniony w wyliczeniu kosztów wynagrodzenia, w szczególności dla osoby, która zgodnie z listą płac dopiero po uwzględnieniu premii uzyskała minimalne wynagrodzenie za pracę ustalone na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 ze zm.). Odwołujący trafnie podnosił, że brak wyjaśnienia zasad przyznawania dodatkowego składnika wynagrodzenia, którego nie wyjaśniono w kalkulacji ceny, powoduje obiektywne wątpliwości – ponieważ brak premii, czy premia na niższym poziomie, niż w styczniu 2020 r. (data listy płac przystępującego), może spowodować, że pracownik nie uzyska minimalnego wynagrodzenia za pracę. Ponadto należy dodać, iż okoliczność, że zgodnie z regulaminem premiowania rzeczona premia może być obniżona w części lub w całości, w przypadkach opisanych w tymże regulaminie, została przyznana przez przystępującego w ostatnim akapicie na str. 5 zgłoszenia przystąpienia z dnia 24 lutego 2020 r.

(...) Odwołujący podnosił również, że zaniżono koszty obsługi prawnej. Skład orzekający stwierdził, że przyjęto 50,00 zł dla każdej pożyczki i o ile w ocenie Izby odwołujący nie udowodnił swojego stanowiska, że wycena w tym zakresie narusza § 14 ust. 1 wzoru umowy, to dołączona do wyjaśnień umowa nie dotyczy realizacji tego zamówienia (o czym szerzej w dalszej części uzasadnienia), zatem kwota ta nie została przez przystępującego wykazana.

Skład orzekający nie podzielił natomiast wątpliwości odwołującego w zakresie braku uwzględnienia waloryzowania wynagrodzenia za pracę przez przystępującego, w przypadku zmiany poziomu wynagrodzenia minimalnego. Zgodnie z § 29 ust. 3 wzoru umowy zamawiający przewidział z tego powodu możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, a więc trudno uznać, aby koszty te zostały zaniżone. Ponadto, przystępujący w drugim akapicie na str. 9 wyjaśnień wskazał na założoną w tym zakresie rezerwę. Nie sposób również podzielić założenia odwołującego o braku uwzględnienia przez przystępującego wzrostu wskaźnika cen towarów i usług, skoro w kalkulacji przyjęto 3% wskaźnik inflacji. Dalej Izba stwierdziła, że zamawiający nie żądał w dokumentacji postępowania takiego rodzaju czynności wykonywanych przez zespoły kontrolne, czy dotyczących ochrony danych, aby nie mogły być one zawarte w zakresach osób za to odpowiedzialnych i mieścić się w wypłacanym wynagrodzeniu, zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej. Skład orzekający wskazuje także, że zgodnie z wyjaśnieniami ceny przystępujący szczegółowo wyliczył koszty doradztwa, z rozbiciem na przyjęte przez wykonawcę istotne czynności dotyczące realizacji umowy, zaś samo stwierdzenie odwołującego, że budzą one jego wątpliwości, które to wątpliwości nie zostały nawet bliżej uszczegółowione, jest niewystarczające dla wywieńdzenia w tym zakresie skutecznego zarzutu.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że limit szkodowości 10% kwoty pobranych

środków (zgodnie z definicją z § 1 wzoru umowy), po pierwsze – w żaden sposób nie przekłada się na możliwą ilość spraw sądowych, tj. kwota limitu może zostać wyczerpana przez ich różną ilość, nawet jedną czy dwie, w zależności od kwoty niespłaconej pożyczki, po wtóre – treść umowy wskazuje na sposób rozliczenia wskaźnika szkodowości i nie ma podstaw do przyjęcia, że projekt będzie posiadał 10% szkodowości. Jedyne dodatkowo zostało to poparte twierdzeniem przystępującego o szkodowości wykonawcy na poziomie 0%, po dekadzie prowadzenia działalności związanej z udzielaniem pożyczek. Zatem twierdzenia odwołującego o konieczności zapewnienia kosztów dochodzenia roszczeń oraz konieczności wyceny rezerwy na ryzyko związane z przekroczeniem limitu szkodowości nie znajdują odzwierciedlenia w dokumentacji postępowania i są jedynie założeniami strony w sferze ryzyka gospodarczego, bez dających się uchwycić merytorycznych podstaw. Tym niemniej brak podzielenia przez Izbę argumentacji odwołującego w tym zakresie nie powoduje, że cena przystępującego została prawidłowo wyjaśniona. Ostatnie rzekomo zaniżone składniki cenowe wskazane w odwołaniu to zysk i podatek dochodowy, okoliczności te pokrywały się z okolicznościami wskazanymi w uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. i zostały przez Izbę omówione w dalszej części odwołania.

Rekapitulując, w ocenie składu orzekającego wyjaśnienia przystępującego powinny być zostać przez zamawiającego krytycznie przeanalizowane co do kosztów wskazanych w uzasadnieniu, wynikających z przedmiotu zamówienia i obecnie nie można również wykluczyć potrzeby dalszego doprecyzowania wyceny innych składników ceny, w zależności od treści ponownie udzielonych wyjaśnień. Naturalną konsekwencją analizy wyjaśnień ceny przystępującego powinno być zmierzanie do usunięcia pojawiających się w wyniku pierwszych wyjaśnień wątpliwości – nie zaś wybór oferty najkorzystniejszej. Dopiero kontynuacja postępowania wyjaśniającego elementy ceny uczyni zadość celowi regulacji wynikającej z art. 90 ust. 1 p.z.p., które powinno umożliwić wezwanemu wykonawcy wykazanie, że prawidłowo skalkulował cenę, w oparciu o indywidualne uwarunkowania, zaś zamawiającemu oraz konkurencji poznanie i zweryfikowanie sposobu kalkulacji ceny oferty, co umożliwiła znajdująca merytoryczne podstawy analizę w przedmiocie tego, czy w toku składania ofert nie zostały naruszone przepisy prawa.

(...) zarówno wyjaśnienia przystępującego, jak i złożone wraz z wyjaśnieniami dowody, nie dają na obecnym etapie podstaw do uznania, że cena oferty tego wykonawcy jest ceną niewiarygodną, nierealistyczną w odniesieniu do wartości szacunkowej, przedmiotu zamówienia, jak również cen ofert konkurencji.

W konsekwencji powyższych wywodów skład orzekający stwierdził, iż sankcja odrzucenia oferty przystępującego jest w ustalonym stanie sprawy nieadekwatna dla realizacji celu ustawy, jakim jest wybór oferty najkorzystniejszej, a taką jeszcze może okazać się oferta przystępującego, tym bardziej, że odwołujący nie wykazał, aby z treści wyjaśnień wynikało, że

cena jest rażąco niska.

Z analizy uzasadnienia Izby i zgodnie z ustaleniami dokonanymi w toku postępowania odwoławczego w zakresie zarzutów 2, 3 i 4 aktualnie rozpoznanego odwołania, tj. naruszenia przepisów ustawy Pzp;

- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy SSIG w zakresie części numer 1, podczas gdy wykonawca ten nie przedstawił wyczerpujących wyjaśnień zaoferowanej ceny, w tym wykonawca nie udzielił wyjaśnień w zakresie wątpliwości, na które uwagę zwróciła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 6 marca 2020 r. wydanym w sprawie sygn. akt KIO 355/20;
- 3) art. 90 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 przez wezwanie wykonawcy SSIG do wyjaśnień zaoferowanej ceny pismem z dnia 19 maja 2020 r. oraz pismem z dnia 1 czerwca 2020 r., podczas gdy wykonawca SSIG był zobowiązany do udzielenia kompleksowych wyjaśnień już w odpowiedzi na wcześniejsze wezwanie z dnia 29 kwietnia 2020 r., a późniejsze wezwania wystosowane wobec tego wykonawcy dotyczące tych samych okoliczności stanowią naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 4) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

– przedmiot rozpoznania w dniu 13 lipca 2020 r. dotyczył oceny doprecyzowania elementów składających się na kalkulację ceny oferty Przystępującego w zakresie:

- 1) kalkulacji wynagrodzenia pracownika dostępnego w punkcie obsługi klienta w okresie wygaszania portfela

Z uzasadnienia wyroku Izby wynika, że w tym przedmiocie, *aby uznać wskazane wyjaśnienia, zamawiający musiałby zbadać, czy w istocie sposób organizacji pracy przyjęty przez przystępującego jest faktycznie możliwy do realizacji – to znaczy, czy przystępujący ma możliwość „utrzymania” pracownika z innych kontraktów, zapewniając jego obecność w wymiarze 40 godzin tygodniowo, z których jedynie część jest finansowana z tego zamówienia (a w domyśle – reszta jest finansowana z innych kontraktów);*

- 2) minimalnego wynagrodzenia za pracę; premia należna pracownikom – kwestia powstała na podstawie zarzutu, że specjalista ds. analiz i pożyczek otrzymał minimalne wynagrodzenie za pracę w kwocie 2 600 zł dopiero po wypłacie premii regulaminowej (200 zł).

Do doprecyzowania pozostała kwestia: ewentualnie w jaki sposób, składnik premiowy został uwzględniony w wyliczeniu kosztów wynagrodzenia, w szczególności dla osoby, która zgodnie z listą płac dopiero po uwzględnieniu premii uzyskała minimalne wynagrodzenie za pracę ustalone na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 ze zm.).

- 3) kosztów obsługi prawnej – doprecyzowanie wymagało ustalenia właściwej aktualnej umowy o świadczenie usług prawnych;
- 4) kosztów wyjazdów służbowych – podstawę stanowiło korzystanie z samochodów prywatnych do celów służbowych oraz koszty materiałów biurowych
- 5) kolejnych wezwań do złożenia wyjaśnień.

Zamawiający wykonując nakaz Izby wezwał Przystępującego dwukrotnie do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami i trzeci raz – do poprawienia omyłki rachunkowej w złożonych wyliczeniach.

Wezwania i wyjaśnienia:

I. Wezwanie z 29 kwietnia 2020 r. – obok przywołania treści art. 90 ust. 1 pkt 1-5 ustawy Pzp, Zamawiający wyszczególnił w 13. punktach zakres odpowiadający przedmiotowo zarzutom z odwołania z 20 lutego 2020 r., w przedmiocie przekraczającym wskazania Izby w uzasadnieniu wyroku z 6 marca 2020 r.

Wyjaśnienia z 11 maja 2020 r. – zawierają obszerną część opisową z wyliczeniami liczbowymi, adekwatną do treści wezwania Zamawiającego, wskazują:

- oszczędność metody;

1) koszty doradztwa;

2) koszty wynagrodzenia pracowników, w tym zasady premiowania;

- 0 koszty doradztwa;

- I Rozpatrywanie wniosków;

- II Rozliczanie wydatków pożyczek;

- III Sprawozdawczość w okresie budowy portfela;

- IV Sprawozdawczość po okresie budowy portfela; IVa OR sprawozdanie końcowe;

-V Monitoring spłat, windykacja i egzekucja;

- VI Likwidacja pożyczek;

3) koszty wynagrodzeń zespołów kontrolnych;

4) koszty związane z koniecznością właściwej ochrony danych osobowych, w tym wynagrodzenia osoby odpowiedzialnej za ochronę danych osobowych;

5) koszty dochodzenia należności, w tym koszty dochodzenia związane z sądową windykacją;

6) rezerwy na ryzyko związane z przekroczeniem limitu szkodowości lub utrata poniesionych, a nie wyegzekwowanych kosztów windykacji;

7) ew. wzrost cen wynagrodzeń towarów i usług;

8) zysku oraz podatku dochodowego;

9) kosztów delegacji;

10) koszty usług pocztowych;

- 11) koszty zapewnienia funkcjonowania Punktu Obsługi Klienta, w tym koszty materiałów biurowych, o których mowa w § 7 ust. 4 umowy;
 - materiały biurowe;
- 12) możliwości i źródła finansowania koniecznych do poniesienia kosztów do czasu wypłaty wynagrodzenia przez zamawiającego w początkowym okresie realizacji zamówienia;
- 13) koszty obsługi prawnej dotyczącej realizacji zamówienia.

Do wyjaśnień Przystępujący załączył 15. dowodów na potwierdzenie treści wyjaśnień:

1. Statut Sudeckiego Stowarzyszenia Inicjatyw Gospodarczych;
2. Deklaracja ws. podatku od nieruchomości wraz z potwierdzeniem płatności;
3. Oferta reklamowa lokalnego portalu wraz z dowodem płatności za ostatnią Usługę;
4. Aktualna polisa ubezpieczeniowa biura Stowarzyszenia wraz z dowodem Płatności;
5. Umowa na Internet wraz z ostatnimi płatnościami;
6. Zestawienie aktualnych opłat za lokal – biuro Stowarzyszenia, wraz z ostatnimi Płatnościami;
7. Umowa na telefony komórkowe, wraz z ostatnimi płatnościami;
8. Umowa o świadczenie usług rachunkowych, wraz z ostatnimi płatnościami;
9. Umowa o obsługę prawną Stowarzyszenia, wraz z ostatnimi płatnościami;
10. Umowa na sprzedaż energii elektrycznej, wraz z ostatnimi płatnościami;
11. Umowa Zlecenie 1/2020 na obsługę strony internetowej oraz poczty elektronicznej, wraz z ostatnimi płatnościami;
12. Umowa Zlecenie 2/2020 na sprzątnięcie pomieszczeń biurowych Stowarzyszenia, wraz z ostatnimi płatnościami;
13. Lista płac pracowników Stowarzyszenia za miesiąc kwiecień 2020 r.;
14. Zestawienie lokat;
15. Informacja bazowa - pierwsze wyjaśnienia.

II. Wezwanie z 19 maja 2020 r. – Zamawiający swoje zapytania przedstawił w 10. punktach precyzując szczegółowo elementy związane z ustaleniem ceny oferty; zakres odpowiedzi do kwestii podnoszonych w odwołaniu.

Wyjaśnienia wraz z dowodami z 26 maja 2020 r. przedstawiają szczegółowe odpowiedzi na wszystkie pytania Zamawiającego wraz z liczbowymi wyliczeniami – 10 pozycji.

W końcowej części wyjaśnień pod odpowiedziami Przystępujący zamieścił *Podsumowanie*:

Wszelkie rezerwy, wzrosty na nieprzewidziane wydatki, koszty naddane, jakie w kalkulacji zostały zaplanowane w sposób bezpośredni i pośredni mogą być w trakcie realizowania projektu przesunięte częściowo lub w całości w inne gniazda kosztowe, o ile pojawią się odchylenia od założeń. Przedstawiona bowiem kalkulacja nie jest planem finansowym (budżetem normowanym przepisami jak w sferze budżetowej), lecz kalkulacją i

planem finansowym przedsięwzięcia, który w zależności od potrzeb jest modyfikowany na bieżąco, bez konieczności stosowania formalizmu występującego we wspomnianej sferze budżetowej.

Wszelkie oszczędności natomiast w stosunku do kosztów zaplanowanych, wedle zasady optymalizacji przewidywań zdarzeń i racjonalnych ryzyk w projekcie, a w szczególności kosztowych, będąc nadwyżką nad kosztami stanowią zysk.

Metodologia kalkulacji oparta została na zadaniowości i oszczędności, co oznacza realne szacowanie nakładów na realizację projektu, a nie szacowanie na podstawie teoretycznie możliwych do przyjęcia kosztów. Znakomitą ilustracją różnic w obu podejściach mogą być np. koszty promocji. My przyjęliśmy 25 tys. zł (z dużym naddatkiem) natomiast wg drugiego podejścia zawarcie w kalkulacji 50 tys. zł na ten cel także nie budziłoby żadnych kontrowersji. Różnica wszakże to 25 tys. zł.

Podtrzymujemy, iż wszystkie dotychczas przesłane dokumenty źródłowe, załączane na każdym etapie składania wyjaśnień w ramach postępowania Pakiet/1/2019, zachowują swoją aktualność, a do bieżących wyjaśnień załączamy dodatkowo:

- 1. Regulamin Pracy Sudeckiego Stowarzyszenia Inicjatyw Gospodarczych.*
- 2. Regulamin Premiowania Pracowników Sudeckiego Stowarzyszenia Inicjatyw Gospodarczych.*

III. Wezwanie z 1 czerwca 2020 r. – w przedmiocie wyjaśnienia błędów rachunkowych na str. 6, 7, 8 i 14 wyjaśnień z 26 maja 2020 r.

Wyjaśnienia z 4 (5) czerwca 2020 r. – przedstawiające korektę omyłek rachunkowych, ze wskazaniem skutku w postaci kwoty 4,08 zł (str. 6, 7, 8) i 1,29 zł (str. 14 tzw. „czeski błąd”).

Zamawiający uznał, że cena oferty jest niska (wyjaśnienia potwierdzające na rozprawie), ale nie rażąco niska za jaką nie jest możliwe wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, więc wybrał w dniu 5 czerwca 2020 r. jako najkorzystniejszą ofertę Przystępującego.

W zakresie wskazanym w uzasadnieniu wyroku Izby z 6 marca 2020 r. Zamawiający zbadał:

1) kalkulację wynagrodzenia pracownika dostępnego w punkcie obsługi klienta w okresie wygaszania portfela

– Zamawiający zbadał i uznał za realne, że sposób organizacji pracy przyjęty przez Przystępującego jest faktycznie możliwy do realizacji zamówienia – to znaczy, że Przystępujący ma możliwość „utrzymania” pracownika z innych kontraktów, zapewniając jego obecność w wymiarze 40 godzin tygodniowo, z których jedynie część jest finansowana z tego zamówienia (a w domyśle – reszta jest finansowana z innych kontraktów);

2) minimalne wynagrodzenie za pracę; premia należna pracownikom – kwestia powstała na podstawie zarzutu, że specjalista ds. analiz i pożyczek otrzymał minimalne wynagrodzenie za pracę w kwocie 2 600 zł dopiero po wypłacie premii regulaminowej (200 zł).

Do doprecyzowania pozostało: *ewentualnie w jaki sposób, składnik premiowy został uwzględniony w wyliczeniu kosztów wynagrodzenia, w szczególności dla osoby, która zgodnie z listą płac dopiero po uwzględnieniu premii uzyskała minimalne wynagrodzenie za pracę ustalone na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 ze zm.)*

– ze złożonych dowodów (m.in. regulaminu premiowania, list płac) jednoznacznie wynika, że premia regulaminowa stanowi składnik stałego wynagrodzenia za pracę, co zapewnia minimalne wynagrodzenie pracownika wykazanego w poz. 4 - specjalisty ds. analiz i pożyczek. Zasady wypłaty premii przewidujące premie do 40% wynagrodzenia, nawet w przypadku nielicznych przypadków potrąceń, zabezpieczają wypłacane wynagrodzenie na obligatoryjnym poziomie. Przy obowiązującym rygorze wypłaty minimalnego wynagrodzenia i instrumentach kontrolnych oraz egzekucyjnych w stosunku do pracodawców, Przystępujący zobowiązany jest z mocy ustawy realizować ten obowiązek;

3) koszty obsługi prawnej – doprecyzowanie wymagało ustalenia aktualnej umowy o świadczenie usług prawnych

Przedstawiono obowiązującą umowę o obsługę prawną z 01.01.2015 r. wraz z aneksem z 01.03.2018 r. w sprawie obsługi prawnej, wskazującą obsługę prawną Przystępującego z której jednoznacznie wynika, że kancelaria prawna świadczy obsługę prawną Przystępującego w zakresie jego działania, z ryczałtowym wynagrodzeniem miesięcznym w kwocie 615 zł (500 zł netto). Ponadto w kalkulacji dodano kwotę 50 zł za każdą pożyczkę;

4) koszty wyjazdów służbowych – podstawę stanowiła wycena korzystania z samochodów prywatnych do celów służbowych oraz koszty materiałów biurowych – w wyjaśnieniach szczegółowo przedstawiono ustalenia kosztów w tym zakresie, z uwzględnieniem (odnośnie do wyjazdów służbowych) świadczenia usługi w obrębie lokalnym

oraz

5) kolejne wezwania do złożenia wyjaśnień:

– obowiązek kolejnego wezwania Przystępującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wynika z sentencji wyroku Izby, zaś w uzasadnieniu wskazano – w razie potrzeby – dalsze wezwania aż do wyjaśnienia wszelkich wątpliwości Zamawiającego i uzyskania przekonania, że cena oferty nie jest lub jest rażąco niska.

Izba podzieliła stanowisko Przystępującego, mając na uwadze obowiązek wynikający z art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, że cena oferty nie nosi znamion rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia i podzieliła ocenę wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami

dokonaną przez Zamawiającego, że wyjaśnienia z dowodami nie potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp).

Izba podzieliła też stanowisko Zamawiającego, że zakres oraz szczegółowość kalkulacji ceny oferty Przystępującego w stosunku do standardowych postępowań w takiej kwestii są zbyt obszerne, w sytuacji gdy wykazanie sposobu obliczenia ceny oferty w kontekście przesłanek rażąco niskiej ceny, nie wymaga dogłębnej analizy ekonomiczno-finansowej przedsiębiorcy.

Izba nie uwzględniła dokumentów przesłanych przez Odwołującego w dniu 12 lipca 2020 r., jako dowodów w sprawie – Informacji dodatkowych do sprawozdania finansowego Przystępującego za 2017 r. i 2018 r. (zał. 1 i 2); wycień Odwołującego (zał. 3, 4, 5, 6); opinii (zał. 7); symulacji podatku dochodowego (zał. 8); zestawienia kosztów wynagrodzeń (zał. 9); informacja z otwarcia ofert z 1 października 2019 r. BGK (zał. 10) – gdyż nie dotyczą one zakresu powtórnego badania oferty określonego wyrokiem Izby z 6 marca 2020 r.

Zarzuty naruszenia art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez wezwanie wykonawcy SSIG do wyjaśnień zaoferowanej ceny pismem z dnia 19 maja 2020 r. oraz pismem z dnia 1 czerwca 2020 r., podczas gdy wykonawca SSIG był zobowiązany do udzielenia kompleksowych wyjaśnień już w odpowiedzi na wcześniejsze wezwanie z dnia 29 kwietnia 2020 r., a późniejsze wezwania wystosowane wobec tego wykonawcy dotyczące tych samych okoliczności stanowią naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (zarzut 3) oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (zarzut 4), w kontekście powyższych ustaleń nie znajdują uzasadnienia.

Zarzut 1 – naruszenie 91 ust. 1 przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy SSIG jako najkorzystniejszej w zakresie części numer 1, podczas gdy oferta tego wykonawcy nie jest ofertą najkorzystniejszą – w świetle uznania niezasadności zarzutów 2, 3, 4 – jest bezprzedmiotowy.

Mając na uwadze powyższe, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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).

Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wpis uiszczony przez

Odwołującego w kwocie 15 000 zł zgodnie z § 3 pkt 1 lit. a rozporządzenia oraz zasądziła na rzecz Zamawiającego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego z tytułu noclegu pełnomocnika w kwocie (266,10 zł) – faktura, koszt dojazdu (554,98 zł) – zestawienie pełnomocnika, łącznie 821,08 zł.

Izba nie zasądziła wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł ze względu na brak rachunku (art. 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia), w rozumieniu rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 22 sierpnia 2005 r. w sprawie naliczania odsetek za zwłokę oraz opłaty prologacyjnej, a także zakresu informacji, które muszą być zawarte w rachunkach (Dz.U. z 2005 r. Nr 165, poz. 1373 z późn. zm.).

Sąd Okręgowy w Olsztynie (wyrok z dnia 27 lipca 2011 r. sygn. akt V Ga – 84/11) oddalił skargę wskazując, że zasądzanie kosztów zastępstwa prawnego „według norm przepisanych”, na podstawie K.p.c., nie ma zastosowania w procedurze odwoławczej przed KIO.

Przewodniczący: