

Sygn. akt: KIO 2937/22

WYROK
z dnia 22 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Bogusława Tokarczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 listopada 2022 r. przez wykonawcę **Rzeszowska Agencja Rozwoju Regionalnego S.A., ul. Szopena 51, 35-959 Rzeszów**

w postępowaniu prowadzonym przez **Bank Gospodarstwa Krajowego, Al. Jerozolimskie 7, 00-955 Warszawa**

przy udziale:

A. wykonawcy Krajowe Stowarzyszenie Wspierania Przedsiębiorczości, ul. Stanisława Staszica 2A, 26-200 Końskie,

B. wykonawcy Lubelska Fundacja Rozwoju, ul. Złota 59, 00-120 Warszawa

zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie:

- zarzutu naruszenia art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia części wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez Lubelską Fundację Rozwoju z siedzibą w Warszawie w części III

i nakazuje zamawiającemu Bankowi Gospodarstwa Krajowego w Warszawie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części III postępowania oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej toku uznanie za nieskuteczne zastrzeżenia jako

tajemnicy przedsiębiorstwa informacji przekazanych przez Lubelską Fundację Rozwoju w piśmie z dnia 24 sierpnia 2022 r.

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

3. Kosztami postępowania obciąża Bank Gospodarstwa Krajowego w Warszawie w części 1/3 oraz Rzeszowską Agencję Rozwoju Regionalnego S.A. z siedzibą w Rzeszowie w części 2/3 i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Rzeszowską Agencję Rozwoju Regionalnego S.A. z siedzibą w Rzeszowie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez Rzeszowską Agencję Rozwoju Regionalnego S.A. z siedzibą w Rzeszowie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

3.2. zasądza od Banku Gospodarstwa Krajowego w Warszawie na rzecz Rzeszowskiej Agencji Rozwoju Regionalnego S.A. z siedzibą w Rzeszowie kwotę 6 200 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy dwieście złotych zero groszy).

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Bank Gospodarstwa Krajowego w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wybór przez BGK Pośredników Finansowych na potrzeby realizacji instrumentu finansowego „Pożyczka Standardowa – Innowacyjna” w ramach Funduszu Funduszy Województwa Podkarpackiego”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej: „ustawy Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 lipca 2022 r. pod pozycją 2022/S 127-361989.

W dniu 7 listopada 2022 r. wykonawca Rzeszowska Agencja Rozwoju Regionalnego S.A. z siedzibą w Rzeszowie (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

- 1) niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności dokonanej w postępowaniu przez Zamawiającego, polegającej na wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Krajowe Stowarzyszenie Wspierania Przedsiębiorczości z siedzibą w Końskich w części II oraz oferty złożonej przez Lubelską Fundację Rozwoju z siedzibą w Warszawie w części III, pomimo że oferty te powinny zostać odrzucone jako oferty zawierające rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzące wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia,
- 2) niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności dokonanej w postępowaniu przez Zamawiającego, polegającej na utajnieniu i odmowie przekazania na wniosek Odwołującego części wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, tj. kosztów jednostki godzinowej pracowników oddziału Rzeszów oraz centrali zaangażowanych w realizację Operacji złożonych przez Lubelską Fundację Rozwoju w części III, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał wraz ze złożeniem przedmiotowych wyjaśnień, iż część dotycząca kosztów jednostki godzinowej pracowników stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa,
- 3) zaniechania przez Zamawiającego podjęcia czynności w postępowaniu, do której był zobowiązany przepisami ustawy Pzp w postaci zaniechania odrzucenia ofert wykonawców: Krajowe Stowarzyszenie Wspierania Przedsiębiorczości w części II i części III postępowania oraz Lubelskiej Fundacji Rozwoju w części III postępowania, pomimo że powinny zostać uznane jako oferty zawierające rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia

i budzące wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia oraz polegające na nieuprawnionym wezwaniu do złożenia ponownych wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, których treść stanowiła dodatkowe informacje - nieujęte w pierwotnych wyjaśnieniach, co skutkowało naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 239 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp polegające na wyborze ofert złożonych przez Krajowe Stowarzyszenie Wspierania Przedsiębiorczości w części II oraz Lubelską Fundację Rozwoju w części III, które powinny zostać odrzucone w związku z faktem, iż zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia;

2) art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia części wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez Lubelską Fundację Rozwoju w części III, dotyczących kosztów jednostki godzinowej pracowników oddziału Rzeszów oraz centrali zaangażowanych w realizację Operacji, pomimo że wykonawca nie wykazał, iż informacje tam zawarte stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czego konsekwencją jest niemożność pełnego uzasadnienia przez Odwołującego zarzutu w zakresie rażąco niskiej ceny, a także naruszenie zasady jawności, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przez pozbawienie wykonawców równego dostępu do informacji, porównania ofert i weryfikacji prawidłowości przebiegu postępowania,

3) art. 224 ust. 1,2,5 oraz ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp , polegające na zaniechaniu odrzucenia ofert zawierających rażąco niską cenę, w związku z faktem, iż wyjaśnienia złożone przez wykonawców, które były nierzetelne oraz ogólnikowe, a także przewidywały zbyt mały wymiar etatowy potrzebny do należytego wykonania zamówienia, przez co nie uzasadniły podanej w ofercie ceny i nie wykazały, iż cena ta jest realna oraz umożliwia wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia oraz polegające na nieuprawnionym wezwaniu do złożenia ponownych wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, których treść stanowiła dodatkowe informacje - nieujęte w pierwotnych wyjaśnieniach, co skutkowało naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o:

1) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania ofert oraz dokonania czynności odrzucenia ofert złożonych przez Krajowe Stowarzyszenie Wspierania Przedsiębiorczości w części II i III oraz Lubelską Fundację Rozwoju w części III jako ofert zawierających rażąco niską cenę;

2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez Krajowe Stowarzyszenie Wspierania Przedsiębiorczości w części II oraz Lubelską Fundację Rozwoju w części III jako oferty najkorzystniejsze w ww. częściach postępowania;

3) nakazanie ujawnienia nieskutecznie zastrzeżonych przez Lubelską Fundację Rozwoju w części III jako tajemnica przedsiębiorstwa części wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, tj. kosztów jednostki godzinowej pracowników oddziału Rzeszów oraz centrali zaangażowanych w realizację Operacji.

Odwołujący wniósł także o:

1) przeprowadzenie dowodu z dokumentu: Wniosku Odwołującego o przekazanie dokumentacji z postępowania z dnia 2 listopada 2022 r.,

2) przeprowadzenie dowodu z dokumentu: Wniosku Odwołującego o przekazanie dokumentacji z postępowania z dnia 3 listopada 2022 r.,

3) przeprowadzenie dowodu z dokumentu: Odpowiedzi Zamawiającego na wniosek z dnia 3 listopada 2022r.,

wszystkie na okoliczność wykazania, iż Zamawiający w sposób nieuprawniony, pomimo braku wykazania przez Lubelską Fundację Rozwoju, iż zastrzeżone przez nią informację stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, utajnił część wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny złożonych w części III, przez co uniemożliwił Odwołującemu weryfikację przedmiotowych wyjaśnień.

Odwołujący podniósł, że wykonawca Lubelska Fundacja Rozwoju w żaden sposób nie starał się wykazać w treści wyjaśnień, dlaczego zastrzeżone informacje stanowią w jego ocenie tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca ten nie wyjaśnił, jaką wartość gospodarczą, technologiczną czy organizacyjną mają przedstawiać zastrzeżone informacje i jaka szkoda mogłaby grozić wykonawcy w przypadku ujawnienia tychże informacji. Wykonawca nie przedstawił również żadnych dowodów mających uprawdopodobnić powyższe. Z uwagi na powyższe, Odwołujący stwierdził, że przedmiotowe zastrzeżenie było bezskuteczne, a Zamawiający miał obowiązek ujawnienia Odwołującemu całości wyjaśnień. Jak zauważył Odwołujący, działanie Zamawiającego w tym zakresie miało znaczny wpływ na możliwości Odwołującego w ocenie wyjaśnień wykonawcy i sformułowania szczegółowych zarzutów w stosunku do oferty złożonej przez Lubelską Fundację Rozwoju. Odwołujący wskazał, że

zgodnie z poglądem utrwalonym w orzecznictwie, nie wystarczy samo stwierdzenie, że zastrzeżona informacja jest kalkulacją cenową, żeby automatycznie jej zastrzeżenie stało się skuteczne. Konieczne jest jeszcze wykazanie, że w stosunku do konkretnej kalkulacji cenowej w konkretnym postępowaniu i w konkretnych okolicznościach, zachodzą przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Brak ich wykazania przez wykonawcę powoduje, że zamawiający zobowiązany jest odtajnić kalkulację cenową (lub inne zastrzeżone informacje). Zgodnie z orzecznictwem, przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych, powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Jawność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie może doszukiwać się w złożonym przez wykonawcę uzasadnieniu spełnienia łącznie przesłanek uprawniających do zastrzeżenia danej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W szczególności, nie może bezkrytycznie przyjmować, że skoro pewne informacje co do zasady mogą posiadać wartość gospodarczą, to wykonawca może być zwolniony z obowiązku wykazania, że faktycznie taką wartość gospodarczą posiadają.

Odwołujący wskazał na definicję tajemnicy przedsiębiorstwa sformułowaną w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zwrócił również uwagę, że w treści art. 18 ust. 3 ustawy Pzp ustawodawca nałożył na wykonawcę obowiązek dalej idący niż tylko złożenie oświadczenia co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, a za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie sprowadzające się do deklaracji, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki, czy też przedstawienia ogólnikowych twierdzeń mających uzasadnić zastrzeżenie. Aby wykazać, że konkretne informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, należy przedstawić dokumenty istniejące już wcześniej, z których wynika, że konkretne informacje (takie same, jak te, które zostały zastrzeżone) w konkretnych okolicznościach są dostępne wyłącznie dla konkretnego kręgu osób. Odwołujący zaznaczył, że informacje zawarte w wyjaśnieniach wpływają na weryfikację kwestii rażąco niskiej ceny w ofercie Lubelskiej Fundacji Rozwoju i jako takie powinny zostać ujawnione.

Jak stwierdził Odwołujący, zaniechanie odtajnienia tego rodzaju informacji pomimo niewykazania przez wykonawcę, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, narusza nie tylko kluczową dla zamówień publicznych zasadę jawności postępowania, ale także zasadę równości i uczciwej konkurencji. Odwołujący wskazał, że

pozostali wykonawcy nie mieli możliwości zapoznać się ze szczegółowymi wyliczeniami wykonawcy, a jedynie z ogólnymi wyjaśnieniami, które nie uzasadniają zaoferowanej ceny, a jedynie wykazują, że wykonawca stanowczo zaniżył ilość roboczogodzin koniecznych do należytego wykonania zamówienia. Powyższe, zdaniem Odwołującego, skutkuje nierównością w zakresie dostępu do informacji i świadczy o nierównym traktowaniu wykonawców. Odwołujący zwrócił uwagę na pogląd wyrażany w orzecznictwie, zgodnie z którym możliwość weryfikacji wyceny kosztów realizacji zamówienia przez innych wykonawców jest gwarancją rzetelnej i obiektywnej analizy ofert innych wykonawców, to zaś w konsekwencji przekłada się na zapewnienie wyboru wykonawcy, który w sposób prawidłowy zrealizuje zamówienie i nie będzie w sposób nieuprawniony poszukiwał oszczędności, aby zmieścić się w nieprawidłowo skalkulowanych kosztach realizacji zamówienia. Odwołujący stwierdził, że nieujawnienie przez Zamawiającego wyjaśnień stanowi naruszenie podstawowych zasad zamówień publicznych.

Za nieuprawnioną Odwołujący uznał czynność Zamawiającego z dnia 22 września 2022 r. polegającą na ponownym wezwaniu wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie wysokości zaoferowanej ceny. Czynność ta skutkowała, w ocenie Odwołującego, złożeniem wyjaśnień w zakresie, który nie był poruszany w pierwotnych wyjaśnieniach, co powinno skutkować odrzuceniem oferty z uwagi na fakt, że pierwotne wyjaśnienia nie uzasadniały zaproponowanej ceny. Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 marca 2022 r., sygn. akt KIO 363/22.

Odnosząc się do oferty złożonej przez Krajowe Stowarzyszenie Wspierania Przedsiębiorczości dla części nr II i III Odwołujący podniósł, że zaproponowane wynagrodzenie personelu projektu jest niewystarczające do należytej obsługi procesu udzielenia i obsługi pożyczek w ramach zamówienia, a przedstawione wyjaśnienia są zbyt ogólne, nie przedstawiają wszystkich kosztów i nie pozwalają na ocenę, jakoby wykonawca miał możliwość należytego zrealizowania zamówienia w ramach zaproponowanej ceny.

Odwołujący przypomniał, że Zamawiający ustalając warunki udziału w przetargu, położył mocny nacisk na jakość personelu realizującego przedmiot zamówienia. Odwołujący zauważył, że z przedstawionych wyjaśnień wynika, że w okresie budowy portfela, 5-osobowy personel będzie pracował na rzecz projektu w wymiarze 1/8 etatu każdy, co odpowiada 1 godzinie zegarowej pracy dziennie (przy założeniu 5 dniowego dnia pracy) w stosunku do części nr II i w wymiarze 1/7 etatu każdy w stosunku do części nr III. Zdaniem Odwołującego, w takim układzie nie ma możliwości dostępności dla przedsiębiorcy, który chciałby uzyskać informacje o projekcie, o szczegółach wniosku o pożyczkę czy doradzić się w kwestiach zabezpieczeń umowy itp. W ocenie Odwołującego, biorąc pod uwagę zawichości procesu udzielania wsparcia ze środków publicznych należy przyjąć, że przedsiębiorca będzie

potrzebował wyjaśnień i konsultacji na każdym etapie procedowania wniosku o pożyczkę. Odwołujący stwierdził, że dostępność personelu projektu będzie niewystarczająca i wpłynie na jakość obsługi, a tym samym na jakość wniosków o pożyczkę - mogą wystąpić incydenty niezrozumienia i dezorientacji przedsiębiorcy. Sytuacja taka może wpłynąć na sposób postrzegania całości produktu pożyczkowego jako instrumentu niedostępnego, trudnego i powodującego utrudnienia w prowadzeniu działalności przedsiębiorcy, gdyż w ocenie Odwołującego, każdy potencjalny klient powinien być zaopiekowany i mieć świadomość, że to pośrednik finansowy jest po to, aby pomóc na każdym etapie przedsiębiorcy – stąd taki nacisk Zamawiającego na doświadczenie potencjalnych wykonawców i kluczowego personelu. Odwołujący podkreślił, że nie może być mowy o próbie przerwania na przedsiębiorcę obowiązków dedykowanych dla Pośrednika Finansowego. Zdaniem Odwołującego, przy tych założeniach wykonawcy dotyczących dostępności personelu projektu dla przedsiębiorcy należy przyjąć, że proces udzielania pożyczek nie zagwarantuje właściwej jakości obsługi i może spowodować problemy w postaci „błędnych” wniosków o pożyczkę i nieprzemysłanych inwestycji. Jednocześnie, w opinii Odwołującego, z uwagi na zbyt małe zaangażowanie personelu może ucierpieć także proces przyznawania pożyczek i przygotowywania umów i załączników do umów, pism itp., co z kolei przyczyni się do problemów na etapie rozliczeń.

Jak zauważył Odwołujący, analogiczna sytuacja może wystąpić w czasie po okresie budowy portfela. Z przedstawionych wyjaśnień Krajowego Stowarzyszenia Wspierania Przedsiębiorczości wynika, że po okresie budowy portfela 3 osobowy personel będzie pracował na rzecz projektu w wymiarze 1/16 etatu każdy, co odpowiada 0,5 godzinie zegarowej pracy dziennie (przy założeniu 5 dniowego dnia pracy) w części II oraz 1/15 etatu w części III. W przekonaniu Odwołującego, w takiej sytuacji nie może być mowy o prawidłowej obsłudze klienta. Odwołujący stwierdził, że zaangażowany wymiar czasu personelu projektu nie uwzględnia specyfiki projektu. Po okresie budowy portfela nie zostały uwzględnione rzeczywiste zadania wykonywane przez personel. Odwołujący wskazał na proces rozliczania pożyczek, który jest bardzo praco i czasochłonny. Zauważył, że zgodnie z dokumentacją projektową min. 10% umów musi zostać poddane kontroli na miejscu, co w przypadku wskazanego zaangażowania etatowego jest niemożliwe do przeprowadzenia. Również w przypadku płatności rat pożyczek wskazany personel będzie miał utrudnione zadania. Jak zaznaczył Odwołujący, nie wszystkie procesy związane z obsługą spłat pożyczek da się zautomatyzować. Dostępność personelu jest niezbędną w celu udzielania informacji o stanach pożyczek, wysokości zadłużenia. Czasochłonne jest również przygotowywanie różnego rodzaju pism, które często nie wynikają ze standardowej procedury obsługi pożyczek. Biorąc pod uwagę dotychczasowy system pracy Pośredników

Finansowych, pożyczki unijne podlegają okresowym monitoringom do BGK, kontrolom instytucji zewnętrznych, np. Urzędu Kontroli Skarbowej, Urzędu Marszałkowskiego, Odwołujący podał w wątpliwość czy wskazany personel będzie w stanie te działania realizować. Odwołujący stwierdził przy tym, że nie neguje informacji o tym, że doświadczony personel jest w stanie wykonywać czynności szybciej i sprawniej. Wskazał jednak, że w zaproponowanym udziale etatowym będzie to fizycznie niemożliwe - zakres obowiązków poszczególnych stanowisk personelu projektu jest szeroki i nie ma możliwości, aby te zadania były realizowane przy zaangażowaniu 1/16 etatu. W ocenie Odwołującego, nie ma również możliwości, aby kierownik projektu, który winien sprawować pieczę nad pozostałym personelem był w stanie zrealizować swoje obowiązki przy tak ograniczonych godzinach pracy na rzecz projektu.

Odwołujący stwierdził, że nie ma możliwości właściwego prowadzenia projektu przy tak niskim zaangażowaniu etatowym personelu. Dodatkowo, w opinii Odwołującego, ze strony Ostatecznych Odbiorców może wystąpić wrażenie braku możliwości kontaktu z personelem projektu, doradztwa czy pomocy w rozwiązywaniu spraw na bieżąco.

Ponadto, Odwołujący podniósł, że w zakresie kosztów rzeczowych pozostałych zostały wskazane bardzo ogólne pozycje, tj. usługi pocztowe, delegacje itp. Brak jest możliwości stwierdzenia, jakie koszty zostaną poniesione związane z realizacją projektu. Odwołujący wskazał, że w treści wyjaśnień złożonych przez Krajowe Stowarzyszenie Wspierania Przedsiębiorczości pismem z dnia 24 sierpnia 2022 r. występują bardzo ogólne sformułowania w zakresie pozostałych kosztów, które podają w wątpliwość przedstawione wyjaśnienia - wykonawca nie wlicza do kosztów realizacji zadania tzw. kosztów bieżących, materiałów biurowych, eksploatacyjnych oraz opłat licencyjnych związanych z użytkowaniem programów, na które wykonawca powołuje się w treści wyjaśnień.

Podsumowując Odwołujący stwierdził, że przy zaproponowanym przez Krajowe Stowarzyszenie Wspierania Przedsiębiorczości udziale etatowym personelu projektu zarówno w okresie budowy, jak i po jego zakończeniu, nie będzie możliwości prawidłowej realizacji projektu. Fizycznie nie będzie to możliwe biorąc pod uwagę zakres obowiązków wykonawcy. Przyjęte rozwiązania utrudnią dostęp Przedsiębiorcy do Pośrednika Finansowego. Przyjęcie przez Zamawiającego wyjaśnień rażąco niskiej ceny wskazuje na brak dogłębnej analizy tychże wyjaśnień i brak zweryfikowania przedstawionego nakładu pracy. Zdaniem Odwołującego, zaproponowana cena została *de facto* skalkulowana poniżej realnych kosztów realizacji zadania. W ocenie Odwołującego, przyjęcie takich wyjaśnień spowoduje w perspektywie czasu znaczne pogorszenie opinii o pożyczkach unijnych. Obecnie marka pożyczek unijnych jest wysoko oceniana przez przedsiębiorców. Zezwolenie przez Zamawiającego na realizację projektu przy założeniach Krajowego Stowarzyszenia

Wspierania Przedsiębiorczości spowoduje znaczny spadek jakości oferowanego produktu pożyczkowego. Powyższe, jak wskazał Odwołujący, potwierdza również szacunkowa wartość zamówienia, którą ustalił Zamawiający oraz kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Ponadto, jak wskazał Odwołujący, wykonawca w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny nie wykazał, jakoby zakładał jakikolwiek zysk, w związku z realizacją zadania. Jest to kluczowy składnik ceny, gdyż realizacja każdego komercyjnego działania powinna być nastawiona na zysk, a w przypadku braku takowego można dojść do wniosku, że badana cena nie jest ceną rynkową. Powyższe może również stanowić czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż prowadzi do wyeliminowania pozostałych wykonawców z rynku, gdzie przy braku uzyskania tożsamyh zadań do realizacji, pozostali wykonawcy w przyszłych postępowaniach nie będą mogli wykazać się doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego w warunkach udziału w postępowaniu.

Dodatkowo, Odwołujący podniósł, że wykonawca pomimo brzmienia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp oraz treści wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, w których Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami, nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie złożonych wyjaśnień. W żaden sposób nie uprawdopodobnił twierdzeń zawartych w złożonych wyjaśnieniach, tj. posiadania personelu, wysokości wynagrodzeń poszczególnych pracowników, którzy odpowiedzialni będą za realizację zadania, posiadania odpowiedniego zaplecza i wysokości kosztów bieżących.

Odnosząc się do oferty złożonej przez Lubelską Fundację Rozwoju Odwołujący stwierdził, że wskazany przez Lubelską Fundację Rozwoju sposób przedstawiania wyjaśnień szczególnie w zakresie wynagrodzeń pracowników budzi wątpliwości. Zdaniem Odwołującego, wyjaśnienia są nieczytelne i nie da się w jednoznaczny sposób określić czy personel wymagany SWZ został faktycznie ujęty. Wykonawca ten określił nazwę stanowiska Doradca Klienta – takowe stanowisko nie występuje w SWZ. Sposób wyjaśnień tabelarycznych przedstawia personel projektu jako Doradca Klienta oraz pozostali i centrala, co jest niezgodne z dokumentacją przetargową. Uniemożliwia to weryfikację przedstawionych założeń i zgodności z dokumentacją przetargową. Odwołujący zaznaczył, że wyjaśnienia powinny w wyczerpujący sposób odnosić się do poszczególnych wymaganych dokumentacją przetargową stanowisk. Sposób opisu stanowisk, nawet jeśli jest zgodny z zasadami działania przyjętymi w Lubelskiej Fundacji Rozwoju (opisy w biznesplanie), winien mieć przyjęte nazewnictwo wynikające z dokumentacji przetargowej celem umożliwienia weryfikacji zgodności procesu pożyczkowego z SWZ. Zdaniem Odwołującego, przedstawione wyjaśnienia są zbyt ogólne, nie przedstawiają wszystkich

kosztów i nie pozwalają na ocenę, jakoby wykonawca miał możliwość należytego zrealizowania zamówienia w ramach zaproponowanej ceny.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w okresie budowy portfela ilość jednostek godzinowych przypadająca na jeden wniosek pożyczkowy ustalono na poziomie 9. W ocenie Odwołującego, mając na względzie ilość dokumentacji pożyczkowej, jaką należy zgromadzić/sprawdzić/skonsultować oraz wizytę monitorującą, wskazana ilość jednostek jest ilością bardzo zaniżoną. Za nieprawdziwe Odwołujący uznał twierdzenie Lubelskiej Fundacji Rozwoju o relatywnie niskiej czasochłonności procedowania wniosku ze względu na to, że przedsiębiorcy składający wnioski o pożyczkę są z różnych rejonów województwa podkarpackiego i samo dojechanie na wizytę monitorującą jest czasochłonne. Również ilość dokumentacji wymaganej do skompletowania wniosku przeczy tezie o niskiej czasochłonności na wniosek pożyczkowy.

Odwołujący zauważył, że w przyjętych założeniach wskazano na zmniejszenie pracochłonności pojedynczych transakcji ze względu na możliwość udzielenia kilku pożyczek jednemu przedsiębiorcy, stwierdzając, że jest to założeniem nieweryfikowalnym na etapie udzielenia wyjaśnień. Również w okresie po zakończeniu budowy portfela założone ilości jednostek godzinowych są, zdaniem Odwołującego, znacznie zaniżone. Odwołujący stwierdził, że z uwagi na specyfikę projektu i różnorodność wykonywanych zadań, wskazane ilości nie pozwolą na realizację wszystkich wymaganych działań w projekcie. W ocenie Odwołującego, średnia godzin przyjęta dla jednej pożyczki od momentu udzielenia do całkowitej spłaty w liczbie 5 jest niewystarczająca, ponieważ nie pozwoli na prawidłową weryfikację wszystkich procesów (rozliczenie pożyczki, ewentualne kontrole na miejscu min. 10 % umów pożyczkowych, ewentualne aneksy umów, kontrola i aktualizacja zabezpieczeń, monitoring spłat, obsługa spłat, ewidencja w POIF, ewentualne przygotowanie dokumentacji do monitoringu BGK oraz kontroli zewnętrznych podmiotów typu Urząd Kontroli Skarbowej, Urząd Marszałkowski itp.). Z uwagi na powyższe, w opinii Odwołującego, fizycznie nie będzie możliwe, przy założeniu takiego zaangażowania pracowników, aby wykonawca należycie zrealizował zamówienie. Odwołujący stwierdził, że złożone wyjaśnienia są zbyt ogólne, nie zawierają przeliczenia wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia i nie pozwalają na ocenę, czy proponowana cena jest ceną pozwalającą faktycznie na wykonanie zamówienia.

Ponadto, jak zauważył Odwołujący, wykonawca w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny nie wykazał, jakoby zakładał jakikolwiek zysk w związku z realizacją zadania. W ocenie Odwołującego, jest to kluczowy składnik ceny, gdyż realizacja każdego komercyjnego działania powinna być nastawiona na zysk, a w przypadku braku takowego można dojść do wniosku, że badana cena nie jest ceną rynkową. Powyższe może również

stanowić czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż prowadzi do wyeliminowania pozostałych wykonawców z rynku, gdzie przy braku uzyskania tożsamyh zadań do realizacji, pozostali wykonawcy w przyszłych postępowaniach nie będą mogli wykazać się doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego w warunkach udziału w postępowaniu.

Odwołujący zauważył ponadto, że wykonawca, pomimo brzmienia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp oraz treści wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, w których Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami, nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie złożonych wyjaśnień, w żaden sposób nie uprawdopodobnił twierdzeń zawartych w złożonych wyjaśnieniach, tj. posiadania personelu, wysokości wynagrodzeń poszczególnych pracowników, którzy odpowiedzialni będą za realizację zadania, posiadania odpowiedniego zaplecza i wysokości kosztów bieżących. Odwołujący podniósł, że z uwagi na nieuprawnione, w ocenie Odwołującego, utajnienie pozostałej części wyjaśnień, nie sposób sformułować bardziej szczegółowych zarzutów dotyczących oferty wykonawcy. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 marca 2022 r., sygn. akt KIO 363/22.

Odwołujący stwierdził, że wyjaśnienia złożone przez wykonawców Krajowe Stowarzyszenie Wspierania Przedsiębiorczości oraz Lubelską Fundację Rozwoju w zakresie rażąco niskiej ceny należało uznać za nierzetelne, niewyczerpujące i nieuzasadniające cen podanych w ofertach. Zdaniem Odwołującego, wykonawcy Krajowe Stowarzyszenie Wspierania Przedsiębiorczości i Lubelska Fundacja Rozwoju nie wykazali Zamawiającemu, że zaoferowana przez nich cena nie jest rażąco niska, pomimo ziszczenia się ustawowych przesłanek podejrzenia rażąco niskiej ceny w tych ofertach. Wyjaśnienia, zarówno Krajowego Stowarzyszenia Wspierania Przedsiębiorczości, jak i Lubelskiej Fundacji Rozwoju, cechowały się dużym poziomem ogólności, nie wskazywały na wyliczenie wszystkich elementów wpływających na zaoferowaną cenę i nie zawierały dowodów pozwalających obalić domniemanie rażąco niskiej ceny. W ocenie Odwołującego, Zamawiający, po zapoznaniu się z wyjaśnieniami w zakresie rażąco niskiej ceny, nie może posiadać wiedzy na temat poszczególnych składników ceny oraz sposobu jej obliczania. Odwołujący powołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3741/21.

Przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy Krajowe Stowarzyszenie Wspierania Przedsiębiorczości oraz Lubelska Fundacja Rozwoju.

Zamawiający pismem z dnia 18 listopada 2022 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego wskazanego w treści uzasadnienia, jak też po zapoznaniu się z oświadczeniami i stanowiskami stron i uczestników postępowania złożonymi pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając tym samym Odwołującego na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Przedmiotem zamówienia są zlecone przez Bank Gospodarstwa Krajowego (BGK) usługi polegające na wdrożeniu i zarządzaniu Instrumentem Finansowym Pożyczka Standardowa - Innowacyjna, do którego BGK wniesie wkład finansowy ze środków Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Podkarpackiego na lata 2014-2020, z którego udzielane będą Jednostkowe Pożyczki oraz który będzie podlegał zwrotowi do BGK na warunkach określonych w Umowie Operacyjnej (pkt 1 Załącznika nr 1 do SWZ).

Izba ustaliła, że dniu 28 października 2022 r. Zamawiający poinformował wykonawców m.in. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Krajowego Stowarzyszenia Wspierania Przedsiębiorczości z siedzibą w Końskich w części II postępowania, oraz oferty złożonej przez Lubelską Fundację Rozwoju z siedzibą w Warszawie w części III postępowania. Oferta Odwołującego uplasowała się na drugim miejscu w części II i na trzecim miejscu w części III postępowania.

Za zasadny Izba uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia części wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez Lubelską Fundację Rozwoju z siedzibą w Warszawie w części III.

Izba ustaliła, że w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez Zamawiającego w dniu 18 sierpnia 2022 r. na podstawie art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 2 i 4 ustawy Pzp Lubelska Fundacja Rozwoju złożyła w dniu 24 sierpnia 2022 r. wyjaśnienia dotyczące

zaoferowanej stawki wynagrodzenia. Wraz z nimi, w uzupełnieniu do wyjaśnień, wykonawca ten przekazał Zamawiającemu pismo datowane na ten sam dzień, w którym, jak zadeklarował, przedstawione zostały „koszty jednostek godzinowych oddziału Rzeszów oraz centrali w danych okresach realizacji Zamówienia. Wartości obejmują przyrost kosztów w kolejnych latach”. W piśmie tym wskazano również, że „zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j.: Dz. U. z 2019 r., poz. 1010)”. Do ww. pisma wykonawca dołączył tabelę przedstawiającą sposób kalkulacji wynagrodzenia na poszczególnych etapach realizacji zamówienia. Przedmiotowe pismo nie zawiera innej treści mogącej wskazywać na charakter informacji bądź na przyczyny zastrzeżenia jego treści jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Rozpoznając przedmiotowy zarzut Izba miała na uwadze, że zasada jawności postępowania ustanowiona w art. 18 ust. 1 ustawy Pzp jest naczelną zasadą, na której oparte zostało postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Znajduje ona zastosowanie na każdym etapie postępowania. Celem jej wprowadzenia było nie tylko zapewnienie jawności działania podmiotów publicznych, ale również umożliwienie wykonawcom oraz wszystkim podmiotom zainteresowanym przebiegiem postępowania, zapoznania się z informacjami podanymi w jego toku. Podkreślenia wymaga, że z uwagi na transparentność postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych, a mianowicie konieczności ujawnienia części informacji dotyczących prowadzonej przez nich działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zasada jawności może doznać ograniczeń wyłącznie w przypadkach opisanych w ustawie Pzp. Jedno z owych ograniczeń zostało przewidziane w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca wraz z przekazaniem takich informacji zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane, oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął,

przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności (art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Co istotne, dla skuteczności zastrzeżenia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie wszystkie przesłanki określone w ww. przepisie.

Wykonawca dokonujący zastrzeżenia poszczególnych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa zobowiązany jest wykazać spełnienie przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Owo wykazanie powinno nastąpić wraz z przekazaniem zastrzeganych informacji. Należy zwrócić uwagę, że ustawodawca posłużył się pojęciem „wykazał”, zatem nie może zostać uznane za wystarczające jedynie wskazanie, że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, czy powołanie się na spełnienie tych przesłanek. Konieczne jest wykazanie, że czynność ta znajduje uzasadnienie w danych okolicznościach i w odniesieniu do przekazywanych informacji. Okoliczności powoływane przez wykonawcę powinny mieć obiektywny charakter i być możliwe do zweryfikowania. Ponadto, w orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że twierdzenia wykonawcy o czynnościach lub środkach, jakie podjął w celu zachowania określonej informacji w poufności, powinny zostać poparte dowodami.

W orzecznictwie ugruntowane jest także stanowisko, że wymóg wykazania wraz z przekazanymi informacjami, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, oznacza, że wykonawca, rezygnując z uzasadnienia zastrzeżenia informacji, z wykazania, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, a także w niezbędnym zakresie ze złożenia stosownych dowodów, rezygnuje z ochrony tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Jednocześnie, zamawiający nie jest uprawniony do zastępowania wykonawcy w takim wykazaniu. Zamawiający nie może w szczególności bezkrytycznie przyjmować, że skoro pewne informacje, co do zasady, mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, to pozwala to zamawiającemu zwolnić wykonawcę z obowiązku wykazania, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa tego konkretnego wykonawcy. Zamawiający jest zobowiązany do weryfikacji skuteczności zastrzeżenia przez wykonawcę określonych informacji. Brak skutecznego wykazania przez wykonawcę wraz z przekazaniem informacji, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, nie może być sanowany na późniejszym etapie.

W przedmiotowej sprawie Lubelska Fundacja Rozwoju w piśmie z dnia 24 sierpnia 2022 r. wskazała jedynie, że pismo to zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie podjął nawet próby wykazania zaistnienia co do tych informacji przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w szczególności, nie wskazał na ich charakter, nie podał, jakie środki podjął w celu ich zachowania w poufności. Próba uczynienia tego na etapie postępowania odwoławczego przez zwrócenie uwagi na zakres zastrzeżonych informacji jest działaniem

niewystarczającym i spóźnionym – ustawodawca zobowiązał wykonawcę do wykazania przesłanek do zastrzeżenia informacji wraz z ich przekazaniem zamawiającemu. Wobec zaniechania wykazania przez Lubelską Fundację Rozwoju na właściwym etapie postępowania zaistnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Izba uznała, że zaistniały podstawy do uznania zastrzeżenia informacji za nieskuteczne.

Izba nie stwierdziła podstaw do przyjęcia, że cena zaoferowana przez Krajowe Stowarzyszenie Wspierania Przedsiębiorczości w części II i III postępowania jest rażąco niska, jak również do uznania, że złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia nie uzasadniają wysokości zaoferowanej ceny.

Izba zważyła, że Krajowe Stowarzyszenie Wspierania Przedsiębiorczości w piśmie z dnia 24 sierpnia 2022 r. w sposób wyczerpujący nakreśliło Zamawiającemu elementy składowe zaoferowanego wynagrodzenia. Ponadto, wykonawca ten powołał się m.in. na skalę innych realizowanych projektów, dotychczasową współpracę z Zamawiającym, posiadane zasoby materialne, programy umożliwiające elektroniczną obsługę pożyczek, systemy księgowo-bankowe, pożyczkowo-rozliczeniowe umożliwiające automatyzację procesów, posiadanie bazy klientów i znajomość grupy docelowej. Przy ocenie złożonych wyjaśnień nie sposób pominąć doświadczenia wykonawcy przy realizacji analogicznych programów. Oczywistym jest bowiem, że wykonawca, który realizował analogiczne projekty posiada nie tylko znajomość regionu, klientów, ale również wyszkolonych w zasadach danego projektu pracowników i wypracowane procedury. Powyższe bezwzględnie uzasadnia obniżenie czasochłonności pracy personelu przy obsłudze pożyczek objętych postępowaniem. Nie może budzić wątpliwości, że wykonawca, który nie posiada tak bogatego doświadczenia we współpracy z Zamawiającym, zaznajomionego z projektem personelu, adekwatnych narzędzi, nie posiada placówek na obszarze objętym postępowaniem, będzie zobowiązany inaczej kalkulować koszty postępowania, w tym czas pracy personelu. Izba miała przy tym na względzie, że Odwołujący kwestionując kalkulację Krajowego Stowarzyszenia Wspierania Przedsiębiorczości co do założonego czasu pracy personelu przy obsłudze przedmiotowego projektu nie wskazał, jaki powinien być minimalny czas pracy poszczególnych członków personelu zaangażowanych w obsługę projektu. W ocenie Izby, kalkulacje złożone przez Krajowe Stowarzyszenie Wspierania Przedsiębiorczości nie wskazują na niezgodność z wymaganiami Zamawiającego sformułowanymi w SWZ. Z wyjaśnień złożonych przez ww. wykonawcę wynika, że biuro wykonawcy będzie otwarte przez 5 dni w tygodniu przez 8 godzin tak, jak oczekiwał tego Zamawiający. Dedykowany do realizacji przedmiotowego zamówienia pracownik będzie obecny w biurze przez cały dzień pracy, jednak proporcja czasu poświęcona na dany

produkt będzie zależna od potrzeb klienta i może się różnić w poszczególnych dniach. Tego rodzaju podejście Izba ocenia za racjonalne. Wobec posiadanych już przez wykonawcę zasobów materialnych, organizacyjnych i kadrowych, zatrudnienie w pełni odrębnego personelu dla przedmiotowego postępowania, zakup nowego sprzętu czy tym bardziej otwarcie odrębnej placówki byłoby działaniem nieracjonalnym.

Analogicznie Izba oceniła wyjaśnienia złożone przez Lubelską Fundację Rozwoju w dniu 24 sierpnia 2022 r. Wykonawca ten w sposób szczegółowy wyjaśnił Zamawiającemu sposób kalkulacji wynagrodzenia, a także założenia, jakie przyjął do owej kalkulacji. Podobnie jak przy ocenie wyjaśnień złożonych przez Krajowe Stowarzyszenie Wspierania Przedsiębiorczości, i tu nie sposób pominąć doświadczenia, jakie posiada Lubelska Fundacja Rozwoju we współpracy z Zamawiającym przy realizacji analogicznych produktów, posiadanych narzędzi, sprzętu, wyszkolonego personelu, które pozwalają na osiągnięcie efektu skali.

Izba nie dopatrzyła się także naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp przy dokonywaniu ponownego wezwania ww. wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie wysokości zaoferowanej ceny. Izba przychyliła się do twierdzenia, że co do zasady, dla zachowania podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny powinno mieć jednorazowy charakter. Wyjątkiem może być jedynie sytuacja, w której wykonawca, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, składa wyczerpujące wyjaśnienia, ale na ich podstawie nasuwają się zamawiającemu dalsze pytania lub wątpliwości, które zamawiający chce rozwiązać. Taka sytuacja umożliwia skierowanie do wykonawcy kolejnego wezwania do wyjaśnień i nie narusza ww. reguły.

W przedmiotowym stanie faktycznym zarówno Krajowe Stowarzyszenie Wspierania Przedsiębiorczości, jak też Lubelska Fundacja Rozwoju, złożyły Zamawiającemu w dniu 24 sierpnia 2022 r. wyjaśnienia, w których wykonawcy odpowiedzieli na wszystkie pytania Zamawiającego, szczegółowo wyjaśniając sposób kalkulacji ceny. Ponowne wezwania skierowane do ww. wykonawców w dniu 22 września 2022 r. obejmowały wyłącznie pytania, jakie nasunęły się Zamawiającemu po lekturze pierwotnych wyjaśnień. Tego rodzaju postępowanie Zamawiającego jest w pełni uprawnione i w żaden sposób nie narusza przepisów ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „rozporządzenie”).

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Zgodnie z § 5 rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się m.in. wpis (pkt 1), oraz wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3 600 złotych (pkt 2 lit. b).

Jak stanowi § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia, w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający. W takiej sytuacji Izba rozdziela wpis stosunkowo, zasądzając na rzecz odwołującego od zamawiającego kwotę, której wysokość ustali przez obliczenie proporcji liczby zarzutów uwzględnionych przez Izbę do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła, zaś koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i zamawiającym (§ 7 ust. 4 rozporządzenia).

W świetle powyższych regulacji, Izba rozdzieliła koszty postępowania stosunkowo, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła. Odwołanie okazało się zasadne w stosunku 1/3 i bezzasadne w pozostałej części (2/3).

Kosztami postępowania obciążono zatem Odwołującego w części 2/3, Zamawiającego w części 1/3. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15 000 zł (zgodnie z § 5 pkt 1 rozporządzenia) oraz koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł (zgodnie z § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia) - łącznie 18 600 zł.

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18 600 zł tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 12 400 zł (18 600 x 2/3).

Różnica pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku, wynosiła zatem 6 200 zł. Różnicę tę Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego.

Przewodniczący: