

Sygn. akt: KIO 1637/17

Sygn. akt: KIO 1673/17

WYROK

z dnia 24 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff
Członkowie: Ewa Sikorska
Robert Skrzyszewski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 sierpnia 2017 r. w Warszawie** odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu **7 sierpnia 2017 r.** przez wykonawcę **D. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: DIAGNOSERW D. S., ul. Reginy 19, 05-084 Leszno** (sygn. akt: KIO 1637/17)
- B. w dniu **10 sierpnia 2017 r.** przez wykonawcę **Trappa Sp. z o.o., ul. Kościuszki 8/6, 10-502 Olsztyn (siedziba firmy); adres do korespondencji: ul. Encyklopedyczna 2a/3, 01-990 Warszawa** (sygn. akt: KIO 1673/17)

w postępowaniu prowadzonym przez **Małopolską Agencję Rozwoju Regionalnego S.A., ul. Kordylewskiego 11, 31-542 Kraków**

przy udziale:

- A. wykonawcy **TaxExpert.Pro Sp. z o.o., ul. Juliusza Lea 202A, 30-133 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 1637/17** po stronie zamawiającego,
- B. wykonawcy **K. P. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: K&K CONSULTING K. P., ul. Glogera 43e/2, 31-222 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 1673/17** po stronie zamawiającego,

orzeka:

1A. uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1637/17 w części dotyczącej:

a) zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust 1 pkt.16 Prawa Zamówień Publicznych zwanego dalej: „Pzp” poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego firmy TaxExpert.Pro Sp. z o.o., ul. Juliusza Lea 202A, 30-133 Kraków zwanej dalej: „TaxExpert.Pro Sp. z o.o.”, która złożyła nieprawdziwe oświadczenie o braku przynależności do grupy kapitałowej;

b) zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt. 23 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia firmy TaxExpert.Pro, która przynależy do grupy kapitałowej z firmą G. i Partnerzy Kancelaria Radców Prawnych, ul. Juliusza Lea 202A, 30-133 Kraków i nie wykazała, iż zaistniałe powiązania nie zakłóciły uczciwej konkurencji;

c) zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty firmy TaxExpert.Pro Sp. z o.o. z postępowania z uwagi na złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę;

d) zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 Pzp, tj. naruszenie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji poprzez dokonanie oceny ofert w sposób, który dyskryminuje Odwołującego: D. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: DIAGNOSERW D. S., ul. Reginy 19, 05-084 Leszno, różne traktowanie Wykonawców, którzy złożyli lakoniczne wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny;

e) zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia wykazu osób złożonego przez TaxExpert.Pro Sp. z o.o.;

i nakazuje unieważnienie przez Zamawiającemu czynności z dnia 31.07.2017 r. w zakresie części 1 i 2, nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tych częściach, w ramach których nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty TaxExpert.Pro Sp. z o.o., jak i uznanie jego oferty za odrzuconą, z uwagi na potwierdzenie się zarzutów odwołania we wskazanym wyżej zakresie. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

1B. uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1673/17 w części dotyczącej:

a) zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 2 Pzp, poprzez błędne przyjęcie, iż wykonawca K. P. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: K&K CONSULTING K. P., ul. Glogera 43e/2, 31-222 Kraków zwana dalej: „K&K CONSULTING K. P.” wykazał w sposób dostateczny, że oferty przez niego złożone dla części zamówienia nr 5 i 6 nie zawierają rażąco niskich cen w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz wadliwą ocenę okoliczności oraz materiału dowodowego i błędne przyjęcie, że oferty K&K CONSULTING K. P. dla części zamówienia nr 5 i 6 nie zawierają rażąco niskich cen;

b) zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, przez błędne uznanie, iż oferta K&K CONSULTING K. P. w zakresie części zamówienia nr 5 i 6 zawiera rażąco niższej ceny, a co za tym idzie poprzez nieodrzućenie tejże oferty;

c) zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z zaniechaniem ww. czynności;

d) zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust 3 Pzp przez wybór wykonawcy niezgodnie z przepisami Pzp oraz nienależytą weryfikację wyjaśnień wykonawcy K&K CONSULTING K. P.a, co do zaoferowanej ceny;

i nakazuje unieważnienie przez Zamawiającemu czynności z dnia 31.07.2017 r. w zakresie części 5 i 6, nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tych częściach, w ramach których nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty K&K CONSULTING K. P.a, z uwagi na potwierdzenie się zarzutów odwołania we wskazanym wyżej zakresie. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża Małopolską Agencję Rozwoju Regionalnego S.A., ul. Kordylewskiego 11, 31-542 Kraków i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **D. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: DIAGNOSERW D. S., ul. Reginy 19, 05-084 Leszno i TrappaSp. z o.o., ul. Kościuszki 8/6, 10-502 Olsztyn (siedziba firmy); adres do korespondencji: ul. Encyklopedyczna 2a/3,01-990 Warszawa** tytułem wpisu od odwołań,
- 2.2. zasądza od **Małopolskiej Agencji Rozwoju Regionalnego S.A., ul. Kordylewskiego 11, 31-542 Kraków** kwotę **37 200 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy),

w tym:

A. kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz **D. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: DIAGNOSERW D. S., ul. Reginy 19, 05-084 Leszno** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocników,

B. kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz **TrappaSp. z o.o., ul. Kościuszki 8/6, 10-502 Olsztyn (siedziba firmy); adres do korespondencji: ul. Encyklopedyczna 2a/3,01-990 Warszawa** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocników.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 1637/17

Sygn. akt: KIO 1673/17

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego
pn: „*Wsparcie w prowadzeniu działalności gospodarczej w obszarach doradztwu*” finansowo-

księgowego indywidualnego, doradztwa prawnego indywidualnego oraz doradztwa ogólnego indywidualnego – postępowanie II”, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2017/S 095-187867 z 18.05.2017 r., przez Małopolską Agencję Rozwoju Regionalnego S.A., ul. Kordylewskiego 11, 31-542 Kraków zwany dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 31.07.2017 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej w części 1 i 2: TaxExpert.Pro Sp. z o.o., ul. Juliusza Lea 202A, Kraków 30-133 zwana dalej: „TaxExpert.Pro Sp. z o.o.” albo „Przystępującym do sprawy o sygn. akt: KIO 1637/17”. Drugą pozycję w tych częściach zajął: D. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: DIAGNOSERW D. S., ul. Reginy 19, 05-084 Leszno zwany dalej: „DIAGNOSERW D. S.” albo „Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1637/17”. Dodatkowo poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej w części 5 i 6: K. P.a prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: K&K CONSULTING K. P.a, ul. Glogera 43e/2, 31-222 Kraków zwana dalej: „K&K CONSULTING K. P.a” albo „Przystępującym do sprawy o sygn. akt: KIO 1673/17”. Drugą pozycję w tych częściach zajął: TRAPPA Sp. z o.o., ul. Tadeusza Kościuszki 8 lok. 6, 10-502 Olsztyn zwany dalej: „TRAPPA Sp. z o.o.” albo „Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 1673/17”.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1637/17:

W dniu 07.08.2017 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) DIAGNOSERW D. S. wniosło odwołanie na czynności z 31.07.2017 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 07.08.2017r. (e-mailem). Odwołujący w cz. 1 i 2, zarzucił :

1/ wadliwe dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty - Tax Expert Pro Sp. z o.o. pomimo tego, iż oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp”;

2/ zaniechanie wykluczenia firmy Tax Expert.Pro Sp. z o.o., która złożyła nieprawdziwe oświadczenie o braku przynależności do grupy kapitałowej - art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp;

3/ zaniechanie wykluczenia firmy TaxExpert.Pro Sp. z o.o., która przynależy do grupy kapitałowej z firmą G.y i Partnerzy Kancelaria Radców Prawnych w Krakowie i nie wykazała, iż zaistniałe powiązania nie zakłóciły uczciwej konkurencji - art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp;

4/ zaniechanie odrzucenia oferty TaxExpert.Pro Sp. z o.o., która dopuściła się czynu nieuczciwej konkurencji / zmowa przetargowa, utrudnianie dostępu do rynku/ - art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 i 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z 16.04.1993r. (tj. Dz.U. Nr 153 poz. 1503) zwanej dalej: „UZNK”;

5/ zaniechanie odrzucenia oferty firmy TaxExpert.Pro sp. z o.o. z postępowania z uwagi na

złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę, złożenie lakonicznych wyjaśnień co jest równoznaczne z brakiem wyjaśnień - art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 3 Pzp;

6/ naruszenie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji określonej w art. 7 Pzp poprzez dokonanie oceny ofert w sposób, który dyskryminuje firmę Diagnoserw D. S., różne traktowanie Wykonawców, którzy złożyli lakoniczne wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny;

7/ zaniechanie wykluczenia oferty, która nie spełniła warunku dysponowania odpowiednim potencjałem osobowym, zaniechanie wezwania do uzupełnienia wykazu osób - art. 24 ust. 1 pkt. 12, art. 26 ust. 3 Pzp,

Odwołujący wnosil o :

1/ unieważnienie czynności Zamawiającego z 31.07,2017r. w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty firmy TaxExpert Pro sp. z o.o.

2/ przeprowadzenie ponownej oceny ofert, odrzucenie oferty firmy TaxExpertPro Sp. z o.o.

3/ wybór oferty DIAGNOSERW D. S. jako oferty najkorzystniejszej, spełniającej warunki udziału w postępowaniu.

Oдноśnie grupy kapitałowej, czynu nieuczciwej konkurencji, wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Według art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp Zamawiający zobowiązany jest wykluczyć z postępowania wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykaza, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji i w postępowaniu o udzielenie zamówienia. „Wykładnia niniejszego przepisu nie może zostać przeprowadzona w oderwaniu od przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z art. 4 pkt 14 OKiKU, pod pojęciem grupy kapitałowej rozumie się wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Literalna wykładnia wyżej zacytowanego przepisu wskazuje, że w grupie kapitałowej mamy do czynienia z przedsiębiorcą dominującym oraz przedsiębiorcą lub przedsiębiorcami przez niego kontrolowanymi. Należy wskazać, że relacja dominacji jednego przedsiębiorcy nad drugim jest cechą immanentną grupy kapitałowej. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów w art. 4 pkt 3 definiuje pojęcie przedsiębiorcy dominującego: "rozumie się przez to przedsiębiorcę, który posiada kontrolę, w rozumieniu pkt 4, nad innym przedsiębiorcą ". Pomocny w dokonaniu oceny, czy mamy do czynienia z grupą kapitałową, czy też nie, jest zatem art. 4 pkt 4 OKiKU (definicja pojęcia przejęcia kontroli): przejęcie kontroli - "rozumie się przez to wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców; uprawnienia takie

tworzą w szczególności:

- a) dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu, także jako zastawnik albo użytkownik, bądź w zarządzie innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami,
- b) uprawnienie do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu lub rady nadzorczej innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami,
- c) członkowie jego zarządu lub rady nadzorczej stanowią więcej niż połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego),
- d) dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów w spółce osobowej zależnej albo na walnym zgromadzeniu spółdzielni zależnej, także na podstawie porozumień z innymi osobami,
- e) prawo do całego albo do części mienia innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego),
- f) umowa przewidująca zarządzanie innym przedsiębiorcą; (przedsiębiorcą zależnym) lub przekazywanie zysku przez takiego przedsiębiorcę "

Przesłanki określone w art. 4 pkt 4 lit. a-f nie stanowią katalogu zamkniętego, a zatem również inne okoliczności o charakterze prawnym, bądź faktycznym umożliwiające de facto wywieranie wpływu, na innego przedsiębiorcę będą się mieścić w hipotezie art. 4 pkt 4 OKiKU. Samo przejęcie kontroli jest rozumiane jako możliwość wywierania decydującego wpływu przez jednego przedsiębiorcę na przedsiębiorcę drugiego. Wskazane w art. 4 pkt 4 lit. a-f OKiKU okoliczności stanowią jedynie źródło uprawnień, jakie wiążą się z faktem przejęcia kontroli. Zgodnie z poglądami wyrażanymi w doktrynie (np. T. Skoczego, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Legalis 2014*), może występować kontrola bezpośrednia (wykonywana przez dysponenta uprawnień) lub kontrola pośrednia (dokonywana za pomocą uprawnień innego podmiotu).

Przejęcie kontroli może nastąpić na podstawie różnych okoliczności prawnych, jak również faktycznych. Mogą to być okoliczności prawne, np. wynikające z powszechnie obowiązujących przepisów (Kodeksu spółek handlowych, Prawa spółdzielczego), na podstawie umów, czy porozumień oraz okoliczności faktycznych: wykup akcji, przejęcie majątku. Analiza powyższych przepisów wskazuje zatem, że w ramach grupy kapitałowej mamy do czynienia z przedsiębiorcą dominującym, mającym decydujący wpływ na pozostałe przedsiębiorstwa. Przedsiębiorca dominujący jako lider grupy kapitałowej podejmuje decyzje w zakresie funkcjonowania całej grupy. Tym samym, przedsiębiorcy należący do grupy kapitałowej, jako zależni od jej lidera, w zasadzie nie konkurują ze sobą, ponieważ jako jednak grupa realizują wspólny cel gospodarczy. Zatem uczestniczenie dwóch lub więcej przedsiębiorstw należących do tej samej grupy kapitałowej może naruszać zasadę uczciwej

konkurencji w postępowaniu. Negatywnym zjawiskiem mogą być znane już w systemie zamówień publicznych z umowy przetargowe, eliminowane dotychczas za pomocą art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp. Co istotne, przepis jest bardziej rygorystyczny niż dotychczas obowiązujący (art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy pzp), ponieważ wskazuje wprost, iż podstawą wykluczenia jest także złożenie ofert częściowych w tym samym postępowaniu.” (P. Granecki, komentarz do art.24 ustawy prawo zamówień publicznych www.legalis.pl). Taki kierunek nowelizacji przepisu wpisuje się w linię orzeczniczą prezentowaną w wyroku KIO z 20.11.2014 r., sygn. akt: KIO 2323/14 i KIO 2338/14, gdzie wskazano, iż nie można twierdzić by art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp nie znajdował zastosowania w sytuacji złożenia przez wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej oferty przez każdego z nich, ale na odrębną część zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu podzielonym na 6 części firma TaxExpert.Pro Sp. z o.o. złożyła ofertę w części nr 1 i 2 za cenę 43,05zł. brutto za 1 godzinę doradztwa finansowo - księgowego natomiast firma G.y i Partnerzy Kancelaria Radców Prawnych, spółka partnerska złożyła ofertą na część 3 i 4 za cenę 84,87zł. brutto za 1 godzinę doradztwa prawnego. Jak wynika z KRS nr 00009767 G.y i Partnerzy Kancelaria Radców Prawnych partnerami spółki są T. G.y oraz M. G.y. Obaj wspólnicy reprezentują spółkę na zewnątrz. Siedzibą spółki jest ul. Juliusza LEA 202A Kraków 30-133. Jak wynika z KRS nr 0000624294 TaxExpert.Pro Sp. z o.o. wspólnikami spółki są T. G.y i M. G.y. Każdy ze wspólników posiada po 100 udziałów. Prezesem Zarządu, jedynym członkiem zarządu jest M. G.y. Siedziba spółki - ul. Juliusza LEA 202A, Kraków 30-133. Powyższe powiązanie osobowe świadczy o tym, iż spółką dominującą jest spółka G.y i Partnerzy Kancelaria Radców Prawnych spółka partnerska której partnerzy stanowią Zgromadzenie Ogólne TaxExpert.Pro Sp. z o.o. oraz decydują o wyborze Zarządu /osoba o tym samym nazwisku/.

Z analizy oferty firmy TaxExpert Pro Sp. z o.o. wynika, iż partner T. G.y brał udział w przygotowaniu oferty nie tylko spółki partnerskiej G.y i Partnerzy ale również oferty TaxExpert.Pro Sp. z o.o. poprzez m.in.:

- podpisanie zapytania o udzieleniu informacji z KRK o M. G.y
- podpisanie zapytania o udzieleniu informacji z KRK o podmiocie zbiorowym TaxExpert Pro Sp. z o.o. - przygotowywanie wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny, w szczególności podpisanie umów zlecenie jako pełnomocnik doradców: A. M., T.a W., G. R.

Z wyjaśnień firmy TaxEkspert.Pro Sp. z o.o. z 17.07.2017r. wynika, iż firma nie powinna uwzględniać kosztów energii, materiałów biurowych, kosztów usług pocztowych i kurierskich, telekomunikacyjnych do kosztów realizacji Zamówienia, gdyż powyższe koszty zaliczane są do ogólnych kosztów funkcjonowania przedsiębiorstwa. Koszt wszystkich mediów jest wliczony w czynsz. Mając na uwadze fakt, iż siedziba TaxExpert.Pro Sp. z o.o. i spółki G.y i Partnerzy mieści się pod tym samym adresem powyższe koszty prowadzenia

działalności z pewnością ponosi również spółka G.y i Partnerzy. Co prawda firma Tax Expert.Pro Sp. z o.o. przedstawiła wyciąg z rachunku na okoliczność ponoszenia kosztu najmu lokalu, w którym siedzibę ma spółka, ale z powyższego wyciągu nie wynika do kogo należy rachunek, kwoty przelewów są różne, nie przedstawiono żadnego dowodu wskazującego na fakt, iż PH GALMEX L. K, K. K. s.j. wynajmuje lokal spółce TaxExpert.Pro Sp. z o.o. Nadto, z oświadczenia firmy TaxExpert.Pro Sp. z o.o. z 17.07.2017r. wynika, iż doradztwo finansowo księgowo - część I będzie świadczone w siedzibie spółki, tj. w lokalu wspólnym z „konkurencyjną” firmą G.y i Partnerzy. Ponadto z zaświadczenia ZUS w Krakowie z 14.07.2017r. wynika, iż spółka TaxExpert.Pro Sp. z o.o. podlega obowiązkowi ubezpieczeń tylko w zakresie ubezpieczenia zdrowotnego. To świadczy o tym, iż spółka TaxExpert.Pro Sp. z o.o. nie jest płatnikiem składek na ubezpieczenie społeczne, tj. nie zatrudnia nikogo na umowę o pracę lub umowę zlecenie lub wszyscy zatrudnieni przez nią na umowę o pracę lub umowę zlecenie podlegają ubezpieczeniu społecznemu z innego tytułu. Wystarczy, iż choćby jedna osoba/doradca, sekretarka, obsługa administracyjna, koordynator/ nie posiadała odrębnego tytułu ubezpieczenia a spółka byłaby zobowiązana do odprowadzania składek na ubezpieczenie społeczne jako płatnik składek. Wówczas zaświadczenie ZUS o niezaleganiu w opłacaniu składek dotyczyłoby składek na ubezpieczenie społeczne a nie tylko składek na ubezpieczenie zdrowotne. Powyższe świadczy o tym, iż firma TaxExpert.Pro Sp. z o.o. prawdopodobnie nie ma doświadczenia w prowadzeniu podobnych szkoleń i firmuje zamówienia, które będą realizowane de facto przez firmę G.y i Partnerzy, celem zdobycia doświadczenia.

Oferta firmy TaxExpet.Pro Sp. z o.o. została uznana za najkorzystniejszą w części 1 i 2 natomiast oferta G.y i Partnerzy w części 4. W ocenie Odwołującego, wszystkie zamówienia w częściach 1, 2, 4 będą realizowane praktycznie przez firmę G.y i Partnerzy. Wzajemne powiązania pomiędzy spółkami, wspólne przygotowywaniu ofert na 4 z 6 postępowań świadczy o naruszeniu uczciwej konkurencji co niewątpliwie miało wpływ na wynik postępowania. Spółka TaxExpert.Pro Sp. z o.o. zataiła fakt przynależności do grupy kapitałowej z Wykonawcą, który złożył oferty w postępowaniu na część 3 i 4, składając oświadczenie o braku przynależności do grupy kapitałowej.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej *"kryteriami selekcji"*, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

Na skutek złożenia fałszywego oświadczenia o braku przynależności do grupy

kapitałowej Zamawiający nie mógł dokonać oceny ofert firmy TaxExpert.Pro Sp. z o.o. oraz G.y i Partnerzy zgodnie art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp, czy istniejące między spółkami powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Wspólne przygotowanie ofert dla spółki dominującej i zależnej na doradztwo finansowo -księgowe i doradztwo prawne świadczy o zмовie przetargowej, utrudnianiu dostępu do rynku celem pozyskania wspólnie większej liczby zamówień, zdobyciu doświadczenia dla spółki zależnej. Można wysnuć wniosek, iż firma TaxExpert Pro Sp. z o.o. będzie realizować zamówienia nr 1 i 2 wspólnie z firmą G.y i Partnerzy a koszty realizacji zamówień i zyski z części 1,2,4 zostaną podzielone pomiędzy dwie firmy.

W myśl art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 3 i 15 UZNK czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta, w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym. Utrudnianie dostępu do rynku może nastąpić w szczególności przez:

- 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców;
- 2) nakłanianie osób trzecich do odmowy sprzedaży innym przedsiębiorcom albo niedokonywania zakupu towarów lub usług od innych przedsiębiorców;
- 3) rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów;
- 4) pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży;
- 5) 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.

Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. 50, poz. 331, tj. Dz.U. z 2017 r. poz. 229) zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców

i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Nie można mówić o konkurencji pomiędzy firmą TaxExpert.Pro Sp. z o.o., a G.y i Partnerzy, ale o wspólnym działaniu na korzyść obu spółek.

Jak stanowił wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 26.01.2016 r., XVII AmA 11/14 znowę przetargową na podstawie poszlak też można udowodnić. O znowie przetargowej świadczą m.in. wzajemne powiązania ze sobą spółek należących do jednej grupy kapitałowej, wspólny adres działalności, wspólne przygotowanie oferty, wnioskowanie o dokumenty dla „konkurencyjnej” spółki, reprezentowanie potencjału osobowego „konkurencyjnej” spółki. Zatem działania firmy TaxExpert. Pro Sp. z o.o. wyczerpują przesłanki wykluczenia z postępowania z uwagi na:

- złożenie nieprawdziwego oświadczenia o braku przynależności do grupy kapitałowej - art. 24 ust.1 pkt 16 Pzp
- nie złożenia oświadczenia przez TaxExpert.Pro Sp. z o.o. oraz G.y i Partnerzy, iż istniejące między spółką dominującą G.y i Partnerzy a spółką zależną TaxExpert.Pro Sp. z o.o. powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia - art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp
- popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji poprzez znowę przetargową, utrudnianiu dostępu do rynku /wspólne przygotowanie ofert na 4 części zamówienia, wspólne ustalenie cen, wspólne korzystanie ze wspólnego potencjału technicznego, osobowego, wspólny udział w zyskach i stratach/ celem pozyskania zamówienia na doradztwo finansowe - księgowo oraz doradztwo prawne.

Odnosnie warunku posiadania doświadczenia. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu /Rozdz. II ust. 1 pkt.2 SIWZ /odnośnie indywidualnego doradztwa finansowo - księgowego, cz. 1, aby: „Wykonawca dysponował 11 doradcami finansowo-księgowymi oraz koordynatorem projektu.

Każda z osób wskazanych do pełnienia funkcji doradcy finansowo - księgowego musi posiadać wykształcenie co najmniej drugiego stopnia w rozumieniu przepisów o szkolnictwie wyższym oraz minimum 36 miesięczne doświadczenie zawodowe w świadczeniu usług księgowych lub doradztwa podatkowego lub wykonywania czynności badania i przeglądów sprawozdań finansowych. Każda z osób wskazana do pełnienia funkcji koordynatora musi posiadać wykształcenie co najmniej drugiego stopnia w rozumieniu przepisów o szkolnictwie wyższym oraz minimum 36 miesięczne doświadczenie zawodowe w kierowaniu zespołem ludzkim.”.

Firma TaxExpert. Pro Sp. z o.o. przedłożyła wykaz osób z którego nie wynika, aby P. K. koordynator posiadał co najmniej 3 letnie doświadczenie w kierowaniu zespołem ludzkim. Oferta firmy TaxExpert Pro Sp. z o.o. winna zostać uzupełniona w przedmiotowym zakresie

o prawidłowy wykaz osób. Jednakże mają na uwadze podstawy do odrzucenia oferty wezwanie staje się bezprzedmiotowe - art. 26 ust. 3 i 4 Pzp.

Oдноśnie zarzutu rażąco niskiej ceny.

Pismem z 04.07.2017r. Zamawiający wezwał firmę TaxExpert.Pro Sp. z o.o. na podstawie art.90 ust. 1 Pzp do złożenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących poszczególnych elementów mających wpływ na wysokość ceny podanej w ofercie w kwocie 43,05 zł. brutto za 1 godzinę zegarową doradztwa finansowo - księgowego z uwagi na to, iż cena ta była niższa o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert i wzbudziła wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ oraz wynikającymi z odrębnych przepisów.

Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienia i przedłożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie: oszczędności, metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla Wykonawcy, oryginalności projektu, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa niż od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust.3-5 ustawy z dnia 10.10.2002r. O minimalnym wynagrodzeniu za pracę /Dz. U. Nr. 2002 poz. 1679/ oraz w zakresie w jakim ma to wpływ na wysokość ceny, oraz w zakresie pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Firma TaxExpert.Pro Sp. z o.o. złożyła wyjaśnienia, które pomimo ich obszernej treści nie zawierały istotnych informacji na temat kalkulacji wszystkich, istotnych elementów cenotwórczych. Wykonawca odniósł się do treści obowiązujących przepisów, treści SIWZ, które są z pewnością znane Zamawiającemu, porównania ceny Wykonawcy z wartością szacunkową co nie budziło wątpliwości. Wyjaśnienia w dużej mierze odnosiły się do usług księgowych, obsługi księgowej a nie do przedmiotu zamówienia - doradztwa finansowo księgowego. Wykonawca powołał się na zawarte przedwstępne umowy zlecenia /prawdopodobnie na usługi księgowe/ ze stawką godzinową 20 zł brutto, koszty pracodawcy 24,12 zł, ale nie załączył żadnej umowy. Wykonawca założył 11900 h co obejmuje zgodnie z jedynie koszty pracy doradców finansowo - księgowych. Natomiast Wykonawca nie wykazał wcale wynagrodzenia koordynatora, kosztów sali i innych kosztów realizacji zamówienia. W tabeli kalkulacji kosztów podano koszt pracy 24,12 zł x 11900 zł. jedynie doradców bez uwzględnienia kosztu pracy koordynatora. Podano ogólną stawkę godzinową 35,00zł. ale nie wyjaśniono jakie koszty składają się na kwotę 10,88 zł brutto za 1 godzinę /35 zł. - 24,12 zł/ Tak więc podany zysk 129 472,00 zł. brutto jest iluzoryczny, gdyż po doliczeniu wszystkich kosztów realizacji zamówienia firma nie osiągnie zysku.

W oparciu o złożone wyjaśnienia nie sposób było uznać, iż Wykonawca wykazał, iż zaofiarowana cena na poziomie 43,05zł/h zawiera wszystkie koszty realizacji zamówienia

w cz. 1 i 2. Należy zauważyć, iż pozostali wykonawcy zaoferowali w części 1 cenę za 1 godzinę zegarową doradztwa finansowo - księgowego 184 zł. a w części II - 73,43 zł. brutto w stosunku do których zaoferowana cena 43,05 zł. za godzinę wydaje się nierealna.

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

Znamiennym jest, iż Zamawiający dokonując oceny ofert w części 2 odrzucił ofertę firmy BMP sp. z o.o. uznając złożone wyjaśnienia co do zaoferowanej ceny na poziomie 55,35zł./h za lakoniczne i ogólnikowe. Pomimo, iż wyjaśnienia firmy BMP sp. z o.o. objętościowo liczyły tylko dwie strony to wynikało z nich więcej niż z wyjaśnień firmy Tax Expert Pro Sp. z o.o. W złożonych; wyjaśnieniach z 17.07.2017r. firma BMP wskazała, iż posiada przygotowane materiały merytoryczne, kieruje do wykonania zamówienia zatrudnionego specjalistę ds. księgowości, funkcję koordynatora będzie sprawować Prezes Zarządu w ramach pracy na rzecz firmy, korzysta z kadry o minimalnych wymaganiach, zatrudni osoby na umowy cywilno - prawne za 25 zł netto /h doradztwa, którym zależy na zdobyciu doświadczenia, doradcy mieszkają na terenie powiatów, gdzie będzie realizowane doradztwo/ 3 doradców z powiatu tarnowskiego, 2 doradców z powiatu brzeskiego i 2 doradców z powiatu dąbrowskiego. Wykonawca nie uwzględnił kosztu najmu pomieszczeń błędnie odczytując siwz.

Niemniej Zamawiający odrzucił ofertę firmy BMP uznając złożone wyjaśnienia za lakoniczne. Po czym wezwał firmę TaxExpert.Pro Sp. z o.o. do złożenia bardziej szczegółowych wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny. Wzywając firmę Tax Expert Pro Sp. z o.o. do przedłożenia ponownie dowodów i wyjaśnień rażąco niskiej ceny Zamawiający naruszył zasady równego traktowania Wykonawców w tożsamym stanie faktycznym. Oferta firmy BMP Sp. z o.o. została odrzucona z powodu złożenia lakonicznych i ogólnikowych wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny natomiast firma Tax Expert.Pro Sp. z o.o. otrzymała kolejną szansę przedłożenia stosownych dowodów i wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Przywołał wyrok KIO z 28.02.2017r., sygn. akt: KIO 288/17.

Pismem z 12.07.2017r. ponownie wezwano firmę TaxExpert.Pro Sp. z o.o. do złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz o wskazanie w jaki sposób uwzględniono koszty dojazdów doradców do miejsca

wykonywania usługi oraz inne koszty pośrednie tj. koszty związane z utrzymaniem pomieszczeń biurowych oraz koszty administracyjne, materiałów biurowych. Z powyższego wynika, iż Zamawiający nie „dopytywał” Wykonawcy celem doprecyzowania niejasności w otrzymanych wyjaśnieniach, ale ponownie prosił o przedstawienie kalkulacji kosztów min. kosztu dojazdów doradców i innych kosztów pośrednich, których w pierwotnych wyjaśnieniach Wykonawca wcale nie zawarł.

Pismem z 17.07.2017r. firma TaxExpert.Pro Sp. z o.o. złożyła wyjaśnienia, która nadal nie zawierają rzetelnej kalkulacji wszystkich kosztów realizacji zamówienia, a wręcz potwierdzają, iż gdyby do zaoferowanej ceny doliczyć wszystkie koszty zamówienia zaoferowana cena jest ceną nierealną, nie zawierającą zysku. Wykonawca nie przedstawił żadnych danych adresowych zleceniobiorców, danych tych brakuje również w przedłożonych umowach zlecenia. Powyższe nie pozwala na ustalenie realnych kosztów dojazdu doradców do miejsca świadczenia doradztwa. Co prawda Wykonawca wyjaśnił, iż poza jego *„kwestią zainteresowania pozostaje organizacja i pokrycie kosztów dojazdów, wyżywienia, wyekwipowania czy umundurowania doradców”*. Jednakże z umów zlecenia nie wynika, aby koszty dojazdu pokrywali doradcy. Mało realnym jest, by doradca zamieszkały przykładowo w Gdańsku świadczył doradztwo w Krakowie za 20 zł brutto i ponosił koszty dojazdu. Zgodnie z § 7 ust.3 wzoru umowy Wykonawca ponosi we własnym zakresie koszty dojazdu do i z miejsca świadczenia usług doradczych.

Firma TaxExpert.Pro Sp. o.o. nie wykazała kosztu dojazdu doradców do miejsca świadczenia usług doradczych ani tego, iż koszty te poniosą zleceniobiorcy /zwani w umowie zleceńodawcami/. Podanie miejsca świadczenia usług „w Krakowie” nie stanowi oświadczenia w przedmiocie ponoszenia kosztów dojazdu do sali w Krakowie, w której będzie odbywać się doradztwo. Z SIWZ pkt I ppkt 3 wynika, iż: *„Usługi będą świadczone w salach zapewnionych przez wykonawcę. Sale, w których będą świadczone usługi doradcze muszą zapewniać poufność informacji wymienianych między klientem, a doradcą. Standard oraz wyposażenie muszą odpowiadać przeciętnym normom rozpowszechnionym w praktyce świadczenia usług doradczych”*.

W dodatkowych wyjaśnieniach, wykonawca wskazuje jedynie, iż posiada siedzibę firmy w Krakowie co w żaden sposób nie wyjaśnia, czy Wykonawca dysponuje co najmniej 3 salami szkoleniowymi o powyższych standardach. Fakt posiadania biura w Krakowie nie jest tożsamy z zapewnieniem pomieszczeń na doradztwo finansowo - księgowego w wymiarze 11 900 godzin przez dwa lata, średnio ok 500 godzin w miesiącu. Przy takim wymaganiu należy założyć, iż w jednym pomieszczeniu średnio przeprowadzonych zostanie 160 godzin miesięcznie doradztwa, co oznacza konieczność dysponowania co najmniej 3 salami na potrzeby doradztwa, Z załączonych umów zlecenia z trenerami wynika jedynie, iż usługi będą świadczone przez doradców w lokalu wskazanym przez Spółkę, ale nie wiadomo jakim.

Zatem nie można przyjąć, iż Wykonawca prawidłowo skalkulował koszty dojazdu trenerów, oraz koszty dysponowania 3 salami skoro nie wiadomo skąd i dokąd będą dojeżdżać i gdzie będą odbywać się szkolenia.

Ze złożonych wyjaśnień zupełnie nie wynika w jaki sposób został skalkulowany koszt wynagrodzenia koordynatora z odpowiednim wykształceniem i doświadczeniem.

W omawianym zamówieniu do obowiązków koordynatora należy koordynacja pracy podległego zespołu 11 doradców, tworzenie niezbędnej dokumentacji, zestawień i raportów, umawianie beneficjentów na ok. 500 godzin doradztwa miesięcznie, komunikacja z zamawiającym, pilnowanie harmonogramów, wdrażanie działań zaradczych (np. w przypadku niepojawienia się beneficjenta, nieobecności doradcy). Jest to praca na minimum 1 etat-160h. Wykonawca wskazał w wyjaśnieniach, iż zatrudni koordynatora za stawkę 24,12 brutto na godzinę (łącznie z kosztami pracodawcy). W takim razie łączny koszt koordynatora za 1 miesiąc pracy wyniesie 3859,20 zł, a za cały okres 24 m-cy 92 620,80 zł.

W przedstawionej kalkulacji Wykonawca zawarł jedynie koszty pracy doradców /cz. 1 -11900 h (podstawowa ilość godzin doradztwa) x 24,12 (stawka godzinowa) = 287 472,00, cz. 2 – 6800 godzin x 24,12= 164 016,00 zł./ Nigdzie natomiast w tabeli nie ujęto wynagrodzenia koordynatora w kwocie 92 620,80 zł. dla cz. 1 oraz wynagrodzenia koordynatora dla cz. 2. Wynagrodzenia koordynatora błędnie zostało zawarte w czasie pracy doradców.

Już samo niedoliczenie wynagrodzenia koordynatora powoduje, iż założenie osiągnięcia zysku w kwocie 96 424,00 zł dla części i 44 659,00 zł. jest nierealne. Należy poddać w wątpliwość sposób wyliczenia zysku w takiej kwocie, gdyż w pierwotnych wyjaśnieniach zakładano zysk na poziomie 129 472,00 zł dla cz. 1 i 73 984,00 zł dla cz. 2, co po kolejnej weryfikacji okazało się błędne.

Również przedłożone umowy zlecenia są mało wiarygodne, budzą wątpliwości co do ich prawdziwości oraz treści. W większości przypadków umowy zostały podpisane przez Prezesa Zarządu TaxExpert.Pro Sp. z o.o. M. G.y oraz pełnomocnika doradców - radcę prawnego T.a G.y co wskazuje na wzajemne powiązania stronami. Do umów nie załączono pełnomocnictw. Umowy nie zawierają danych adresowych Zleceniobiorców błędnie określonych jako zleceniodawców. Niektóre podpisy doradców są nieczytelne. Na pieczętce radcy prawnego dr M. D., M.a B. brakuje oznaczenia Izby i numeru wpisu na listę radców prawnych co wskazuje na fakt, iż pieczętka nie należy do radcy prawnego. Umowa podpisana przez P. K. została podpisana w jego imieniu oraz w imieniu doradców A. K., M. P., P.y K.. Z przedłożonej umowy nie wynika dokładnie przedmiot umowy, zakres obowiązków. Z uwagi na pełnienie funkcji koordynatora przez P. K. charakter jego pracy z pewnością jest całkiem odmienny niż charakter pracy doradcy finansowo - księgowego.

Nadto we wszystkich umowach wskazano stawkę godzinową 20 zł. Brutto, ale

słownie podano "trzydzieści" złotych. Również na str. 4 drugich wyjaśnień Wykonawca podał nad tabelą wynagrodzenie godzinowe 20 zł brutto natomiast w samej tabeli podano kwotę brutto wynagrodzenia 30zł.

Jaka jest zatem prawidłowa wartość stawki godzinowej i jaka jest prawidłowa wysokość kosztu wynagrodzenia doradców i koordynatora ? Mając na uwadze realia rynkowe wydaje się, iż nie jest możliwe zatrudnienie radcy prawnego, z doświadczeniem w branży, który będzie świadczył usługi doradcze za minimalnym wynagrodzeniem 20 zł brutto/h.

Nadto z treści ostatniej strony wyjaśnień z 17.07.2017 r. wynika, iż kalkulacja cenowa dotyczy usługi księgowej a nie usługi doradztwa finansowo - księgowego co ma ogromne znacznie z uwagi na odmienny charakter obu usług.

Wobec powyższego obowiązkiem Zamawiającego było odrzucenie oferty firmy TaxEper.Pro Sp. z o.o. z powodu rażąco niskiej ceny, brak rzetelnych wyjaśnień. Przepis art. 90 ust. 3 Pzp wskazuje, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wykonawca, składając wyjaśnienia, powinien wykazać, że zaoferowana przez niego cena uwzględnia wszystkie elementy i gwarantuje należyte wykonanie zamówienia. Powyższe potwierdza szerokie i ugruntowane orzecznictwo zarówno KIO, jak i Sądów Okręgowych oraz Opinie UZP /Informator Zamówień Publicznych 6/2012; 2-3/201/

Wskazał na wyrok KIO z 13.08.2014 r., sygn. akt: KIO 1508/14, wyrok KIO z 24.06.2013 r., sygn. akt: KIO 1363/13 oraz wyrok KIO z 27.08.2014r., sygn. akt: KIO 1680/14.

Firma TaxExpert.Pro Sp. z o.o. w odpowiedzi na pierwsze wezwanie złożyła bardzo lakoniczne wyjaśnienia co do meritum, choć bardzo obszerne w treści. Trudna uznać takie wyjaśnienia za złożenia wymaganych wyjaśnień. Zatem już w tym momencie oferta firmy TaxExpert.Pro Sp. z o.o. powinna zostać odrzucona na podstawie art. 90 ust.3 Pzp.

Złożone wyjaśnienia w odpowiedzi na drugie wezwanie potwierdzają, iż Wykonawca nie skalkulował należycie wszystkich kosztów zamówienia a zaoferowana cena jest rażąco niska. Wykonawca nie sprostął obowiązkowi wykazania, że zaoferowana cena jest ceną rzetelnie skalkulowaną, rynkową pozwalającą na pokrycie wszelkich kosztów wykonania zamówienia.

Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach nie przedstawili jakichkolwiek obiektywnych czynników, które pozwoliłyby na zaoferowanie ceny na poziomie 44,05 zł brutto za 1 godzinę zegarową doradztwa finansowo- księgowego. Zaoferowana cena wyczerpuje znamiona ukształtowanej w orzecznictwie definicji rażąco niskiej ceny. Wskazał następnie definicje za wyrokiem KIO z 04.06.2013r., sygn. akt: KIO 1187/13.

Zamawiający w dniu 08.08.2017 r. (e-mailem) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 11.08.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) TaxExpert.Pro Sp. z o.o., zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1673/17:

W dniu 10.08.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) TRAPPA Sp. z o.o. wniosła odwołanie na czynności z 31.07.2017 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 10.08.2017r. (e-mailem). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 2 Pzp, przez:

a) błędne przyjęcie, iż K&K CONSULTING K. P.a wykazał w sposób dostateczny, że oferty przez niego złożone dla części 5 i 6 nie zawierają rażąco niskich cen w stosunku do przedmiotu zamówienia,

b) wadliwą ocenę okoliczności oraz materiału dowodowego i błędne przyjęcie, że oferty K&K CONSULTING K. P.a dla części 5 i 6 nie zawierają rażąco niskich cen;

2) art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, przez błędne uznanie, iż oferta K&K CONSULTING K. P.a w zakresie części 5 i 6 nie zawiera rażąco niższej ceny, a co za tym idzie poprzez nieodrzućenie tejże oferty,

3) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z zaniechaniem ww. czynności,

4) art. 7 ust. 3 Pzp przez:

a) wybór wykonawcy niezgodnie z przepisami Pzp,

b) nienależytą weryfikację wyjaśnień K&K CONSULTING K. P.a, co do zaoferowanej ceny.

Wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty,

2. Dokonanie ponownej oceny oferty wykonawcy, a w jej toku odrzućenie oferty K&K CONSULTING K. P.a jako zawierającej rażąco niską cenę,

3. Dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odnosnie zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 2 Pzp. W toku postępowania przetargowego, Zamawiający wezwał K&K CONSULTING K. P.a (dalej zwany „wykonawcą”) do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, w związku ze spełnieniem

przesłanek wskazujących na możliwość zawarcia w ofertach cen rażąco niskich. Z treści wezwania wynika, że zaoferowane przez wykonawcę ceny wynoszące 49,05 zł brutto za 1 godzinę zegarową doradztwa indywidualnego ogólnego dla cz. 5 i 6 zamówienia wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ oraz wynikającymi z odrębnych przepisów (kwoty te są niższe o ponad 30% od szacunkowej wartości zamówienia). Zgodnie z treścią wezwania wykonawca winien był udzielić wyjaśnień, w tym złożyć dowody, dotyczące wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie: oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów, pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie, wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska, powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy. Wykonawca złożył odpowiedź, nie udzielając wyjaśnień (jak i nie składając dowodów) w zgodzie z treścią wezwania. Pismo liczy 1 stronę A4, z czego połowa treści stanowiła wstęp do wyjaśnień. Jednak to rzeczą wykonawcy jest - w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp - udzielenie wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny, a brak tych wyjaśnień czy też złożenie wyjaśnień nieprzekonujących, że cena w danej sytuacji nie ma charakteru rażąco niskiej, skutkować winny odrzuceniem oferty na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp. Stanowisko odwołującego potwierdza m.in. wyrok KIO o sygn. akt: KIO 2721/15. Zdaniem Odwołującego o treści w/w pisma nie można powiedzieć, że jest wystarczające do uznania braku zastosowania rażąco niskiej ceny w zakresie formularzy ofertowych dla części 5 i 6. Odwołujący wskazuje, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny powinien mieć na uwadze doniosły charakter owych wyjaśnień. Ogólne wyjaśnienia, nie uzasadniające wysokości zaoferowanej ceny, nie rozwiewające wątpliwości co do rzetelności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji, powinny skutkować odrzuceniem oferty. W orzecznictwie przesądzono, że wyłącznie formalne zrealizowanie obowiązku przez wykonawcę, a więc złożenie wyjaśnień ogólnych, lakonicznych i nie stanowiących wiarygodnego wyjaśnienia poziomu zaoferowanej ceny, nie może prowadzić do pozytywnej ich weryfikacji. Przyjęto bowiem, że skoro wykonawca nie uzasadnił i nie wykazał elementów kosztotwórczych zaoferowanej ceny, to tym samym nie jest możliwa ocena, czy stanowi ona cenę realną. Podkreślenia przy tym wymaga, że zamawiający nie jest uprawniony do domniemywania jakichkolwiek okoliczności, niestanowiących treści wyjaśnień, za pomocą których sam wykonawca nie opisuje własnej

sytuacji i które pozostają nieudowodnione. Pogląd ten jest wielokrotnie powtarzany w orzecznictwie KIO (np. wyroki KIO o sygn. akt: KIO 267/15, KIO 2721/15, KIO 2813/15, KIO 2785/15, KIO 371/16, KIO 482/16, KIO 484/16, KIO 559/16, KIO 2406/15, KIO 818/15, KIO 925/15, KIO 1410/15, KIO 1415/15, KIO 422/17, KIO 416/17), a z jego treści wynika, iż wykonawca, jako podmiot profesjonalnie zajmujący się wykonywaniem umów zawartych w trybie Pzp, powinien dołożyć wszelkiej staranności, aby wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny były konkretne, rzetelne, zwięzłe i zawierające odpowiednie kalkulacje, a nie ogólne, uniwersalne, rozległe, bez przywołania niezbędnych dowodów. Przywołał wyrok KIO o sygn. akt: KIO 1363/13 oraz wyrok KIO o sygn. akt: KIO 239/14. Podkreślił, iż skład orzekający wyraźnie bierze pod uwagę zalecenia płynące wprost z treści art. 90 ust. 2 Pzp, który stanowi, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy. Skoro Zamawiający uznał, że treść oferty wskazuje na zastosowanie rażąco niskiej ceny, to wyjaśnienia przedstawione przez wykonawcę muszą w sposób rzetelny i skrupulatny dowodzić zasadności zaoferowanej w ofercie ceny. Konieczne jest również poparcie ich dokumentami, czy innymi weryfikowalnymi dowodami. W złożonych wyjaśnieniach wykonawca powołał się na potwierdzoną przez doradców stawkę 25 zł brutto (brutto wraz z ZUS-em pracodawcy), będącą wynikiem dotychczasowej współpracy doradców z konsorcjum firm (którego wykonawca jest członkiem) przy realizacji umowy na „*świadczenie usług doradztwa biznesowego*”. Do wyjaśnień nie zostały jednak załączone umowy (lub choćby wzory umów) potwierdzające, że w ramach powyższej stawki doradca ~ osoba z wykształceniem wyższym, z minimum 5-letnim doświadczeniem zawodowym (w tym 3-letnim doświadczeniem w prowadzeniu doradztwa związanego z prowadzeniem działalności gospodarczej), mająca na swoim koncie opracowanie min. 60 biznesplanów (lub studiów wykonalności) - zobowiąż się do:

- samodzielnego kontaktu z Beneficjentami /zgodnie z oświadczeniem wykonawcy z 31.07.2017 r./,
- obsługi „*szerokorozumianego grafiku online*” /zgodnie z oświadczeniem wykonawcy z 31.07.2017 r./, tj. zapisywania umówionych spotkań oraz rezerwowania sal,
- wzięcia odpowiedzialności za sale w których odbywa się doradztwo, gdyż to doradca będzie w dyspozycji kluczy do sal, które przekazane mu będą przez wykonawcę /zgodnie z oświadczeniem wykonawcy z 31.07.2017 r./,
- dojazdu na miejsca i z miejsc świadczenia doradztwa uzgodnionych z Beneficjentem /zgodnie z oświadczeniem wykonawcy z 31.07.2017 r./,
- dysponowania własnym sprzętem komputerowym celem m.in. obsługi grafiku spotkań.

Odwołujący podnosił, że nawet gdyby do zadań doradcy nie należały wszystkie w/w obowiązki, to wskazana stawka za 1 godzinę doradztwa, tj. 25 zł brutto nie koresponduje ze stawkami rynkowymi. Dysponowanie kadrami, która obecnie świadczy dla wykonawcy

doradztwo w ramach realizacji umowy na „Świadczenie usług doradztwa biznesowego” nie stanowi wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych wyłącznie dla wykonawcy. Odwołujący również jest w trakcie realizacji umowy, której klientem jest zamawiający, dotyczącej świadczenia usług doradztwa zawodowego oraz prowadzenia szkoleń obligatoryjnych dla uczestników projektu. Zdecydowana część doradców i trenerów posiada wykształcenie i doświadczenie wymagane w przedmiotowym postępowaniu na świadczenie doradztwa ogólnego (w ramach kryterium oceny ofert). Kadra z nich na stałe zamieszkuje Kraków, Tarnów i okolice. Jednak nawet biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności oraz bardzo dobrze przebiegającą współpracę, minimalna stawka za 1 godzinę doradztwa ogólnego zaproponowana przez doradcę wynosi 50 zł brutto/h, i poza zobowiązaniem danego doradcy do ścisłej współpracy z koordynatorem, zawiera w sobie jedynie koszty dojazdu doradcy do i z miejsca świadczenia doradztwa.

A zatem w swoich wyjaśnieniach wykonawca ogólnikowo odwołał się do rzekomo sprzyjających czynników, nie wykazując, jak wskazywane czynniki obniżyły w istocie cenę jego oferty. W piśmie czytamy m.in.: „ze względu na (...) wielkość zamówienia i wynikające z tego też korzyści dla doradców”, jednak wykonawca nie wyjaśnia jakie korzyści dla doradców płyną z tytułu realizowanej umowy. Wyjaśnienia pozostają zatem „gołosłowne”.

Ponadto, wykonawca oświadcza, że koszt biur w Krakowie i Tarnowie (wraz z mediami) wynosi 2500 zł/m-c, a koszt koordynatora - 500 zł/m-c (przy założeniu pracy w wymiarze 1/8 etatu). W tej części wyjaśnień wykonawca również używa zwrotów ogólnych, lakonicznych i nie stanowiących wiarygodnego wyjaśnienia poziomu zaoferowanej ceny (np. „ze sporym zapasem” (jakim?), „przy koszcie biura” (nie wiadomo co wykonawca ma na myśli), „około”, „obecnie koszt ten jest niższy” (jaki?)).

Pomimo przyjęcia w wyjaśnieniach, że na cenę ofertową składają się koszty zmienne (liczba godzin świadczenia doradztwa zlecona przez zamawiającego zgodnie z zapotrzebowaniem uczestników projektu) oraz koszty stałe rozliczane miesięcznie (wynajęcie biur/sal, koordynator), w piśmie z 31.07.2017 r. wykonawca wycofuje się z tak przyjętych założeń uznając, że koszty biura i koordynatora uzależnione będą jednak od ogólnej ilości godzin świadczonego doradztwa. Co więcej, w piśmie tym wykonawca wyjaśnia, że kwota 2500 zł/m-c dotyczyła okresu 6 miesięcy, gdzie wykonawca zapewni 3 sale, a przez pozostałe 12 miesięcy realizacji doradztwa koszt ten będzie niższy, gdyż zapotrzebowanie na sale będzie mniejsze. Zdaniem wykonawcy również zaangażowanie koordynatora, przy mniejszej ilości doradztwa, zmniejszy się do wymiaru zaledwie 1/16 etatu.

Powyższe zmiany złożonych wyjaśnień były wynikiem wniesionego w dniu 24.07.2017 r. odwołania, w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie m.in. przepisów art. 89 ust 1 pkt 4 oraz art. 90 ust 2 i 3 Pzp poprzez błędną ocenę oferty K&K Consulting K. P.a i wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę i zaniechania odrzucenia

oferty K&K Consulting K. P.a jako zawierającą rażąco niską cenę. Odwołujący podniósł, że w złożonych wyjaśnieniach wykonawca nie uwzględnił kluczowego - z punktu widzenia podmiotu realizującego zamówienie - zapisu dotyczącego możliwości zmniejszenia przez zamawiającego ilości godzin doradztwa do 50% zakładanej liczby 15 400h (9800h w cz. 5 i 5600 h w cz. 6 zamówienia).

Zdaniem Odwołującego taka zmiana złożonych wyjaśnień jest niedopuszczalna. Przywołał wyrok KIO o sygn. akt: KIO 493/13. Nadto, wyrok KIO o sygn. akt: KIO 636/09.

Taka zmiana wyjaśnień na tym etapie dowodzi, że sam wykonawca starając się wykazać inny sposób realizacji usługi w zasadzie przyznaje, że poczynione przez niego wcześniejsze założenie było mato realne. Zamawiający winien był zatem odrzucić ofertę wykonawcy jako zawierającą rażąco niską cenę, nie ma on bowiem obowiązku prowadzić wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wieloetapowo w sytuacji, gdy wyjaśnienia zawierają istotne braki w zakresie uwzględnienia wszystkich elementów kosztów realizacji zamówienia. Uzupełnianie i korygowanie kosztów w ramach „wieloetapowych” wyjaśnień naruszałoby zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Ponadto, złożonym wyjaśnieniom zarzucić należy brak rzetelności ze względu na ich uniwersalność oraz ogólnikowość. Wykonawca został wezwany do złożenia wyjaśnień dla dwóch części zamówienia: 5 i 6. Przedmiotem każdego z nich było wsparcie w prowadzeniu działalności gospodarczej w obszarze doradztwa ogólnego indywidualnego. Poszczególne części zamówienia różniły się ilością godzin prowadzonego doradztwa, miejscem jego realizacji, a także liczbą doradców. Każda część zamówienia miała zatem swoją specyfikę, a co za tym idzie koszty usług dla poszczególnych części powinny być zróżnicowane, a konieczność ich poniesienia każdorazowo i szczegółowo uzasadniona. Tymczasem wykonawca dla obydwu części przedstawił wyjaśnienia wspólne. Co więcej, treść wyjaśnień jednoznacznie wskazuje, iż mogły być one użyte dla potrzeb innych postępowań przetargowych, nie tylko w zakresie przedmiotowego postępowania. Pomijając w tym miejscu kwestie merytoryczne złożonych „*wyjaśnień*”, wskazać należy, iż mogłyby one być zastosowane nawet do próby uzasadnienia braku rażąco niskiej ceny przy zamówieniu charakteryzującym się zupełnie innymi cechami. Treść pisma jest ogólna i chaotyczna.

Wykonawca nie przedstawił w sporządzonych przez siebie wyjaśnieniach żadnych kalkulacji, mających na celu uzasadnienie zaoferowania cen o ponad 50% niższej niż szacunkowa wartości przedmiotu zamówienia dla jego poszczególnych części. Czytamy, między innymi, że zysk wykonawcy szacowany jest na poziomie 85 152 zł, co jest minimalnym zyskiem wykonawcy, jednak będzie on przeznaczony również na „*inne ewentualne koszty trudne teraz do przewidzenia*” albo, że „wykonawca dzięki tej realizacji będzie mógł z większym zyskiem realizować inne zlecenia - ta realizacja pokrywa wszystkie

koszty stałe oraz wypracowuje już niemały zysk". Brak w tym fragmencie jakiegokolwiek wskazania kwotowego, opisującego ten „niemały zysk wykonawcy” czy „koszty stałe”. Podkreślić należy, że celem procedury wyjaśniającej jest umożliwienie Zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny oferty.

Wobec powyższego w ocenie Odwołującego, widać wyraźnie, iż zamawiający dał wiarę wyjaśnieniom wykonawcy jedynie na podstawie twierdzeń z pisma z 10.07.2017 r., tj. subiektywnej opinii wykonawcy, nie popartej żadnymi dowodami. Przywołał wyrok KIO o sygn. akt: KIO 263/16.

Odwołujący zaznaczył, że pojęcie „wykazania” jest tożsame z pojęciem „udowodnienia”, a nie „uprawdopodobnienia”. Oznacza to, iż wyjaśniający musi przedstawić wszelkie dowody, które potwierdzą z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością, że możliwe będzie wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę podaną w ofercie. Zdaniem Odwołującego, moc poszczególnym środkiem dowodowym powinna być przyznawana przez Zamawiającego w zgodzie z przepisami Kodeksu postępowania cywilnego, a szczególnie z przepisem art. 299, który stanowi, że jeżeli po wyczerpaniu środków dowodowych lub w ich braku pozostały niewyjaśnione fakty istotne dla rozstrzygnięcia sprawy, sąd dla wyjaśnienia tych faktów może dopuścić dowód z posłuchania stron. A zatem twierdzenia wykonawcy powinny być brane pod uwagę w ostatniej kolejności, dopiero gdy inne dowody, a ze względu na specyfikę postępowania przetargowego - szczególnie dowody z dokumentów (np. umowy z doradcami i koordynatorami, umowy najmu lokalu), nie wystarczą dla dostatecznego wyjaśnienia faktów. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wyraźnie tę regułę odwrócił opierając się wyłącznie na nieweryfikowalnych twierdzeniach wykonawcy, które mogą być obarczone rażącymi błędami, a z całą pewnością są przede wszystkim subiektywną oceną faktów.

Żądanie ponownych wyjaśnień jest oczywiście dopuszczalne, o ile wcześniej, na pierwsze żądanie zamawiającego, złożone przez wykonawcę wyjaśnienia budzą określone wątpliwości i wymagają doprecyzowania. Ponowne żądanie wyjaśnienia od wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Pzp nie może jednak prowadzić do złożenia zupełnie nowych wyjaśnień, czy też prowadzenia procedury wyjaśnień „do skutku, aż wykonawca „usprawiedliwi” swoją wycenę ofertową (wyrok KIO o sygn. akt: KIO 1410/15, KIO 1415/15).

Zastosowanie rażąco niskiej ceny w świetle wymagań SIWZ. Zdaniem Odwołującego, cena ofert wykonawcy dla cz. 5 i 6 jest nie tylko rażąco niska w rozumieniu art. 90 ust. 1 Pzp, ale też niezgodna z wymogami SIWZ. Przedmiotem zamówienia dla każdej z omawianych części była usługa - wsparcie w prowadzeniu działalności gospodarczej w obszarach doradztwa ogólnego indywidualnego. Zgodnie z formularzami ofertowymi należało podać cenę przeprowadzenia jednej godziny doradztwa. W ramach realizacji zamówienia każdej z części zamówienia wykonawca zobowiązany był do:

- i. Zapewnienia odpowiedniej ilości doradców ogólnych (rozdział II. WARUNKI UDZIAŁ W POSTĘPOWANIU, pkt 1.2).c)(l)(2) SIWZ),
- ii. Zapewnienia sal (pomieszczeń) w których będą świadczone usługi doradcze, przy czym sale te muszą zapewniać poufność informacji wymienianych między klientem a doradcą, a standard oraz wyposażenie muszą odpowiadać przeciętnym normom rozpowszechnionym w praktyce świadczenia usług doradczych (rozdział I. INFORMACJE OGÓLNE, pkt 3 SIWZ),
- iii. Zapewnienia koordynatora (rozdział II. WARUNKI UDZIAŁ W POSTĘPOWANIU, pkt 1.2).c)(3)(4) SIWZ),
- iv. Poniesienia we własnym zakresie kosztów dojazdu do i z miejsca świadczenia usług doradczych (paragraf 7, pkt 3 Załącznik nr 4a do SIWZ, UMOWA).

Każda część zamówienia dotyczyła innej lokalizacja (część zamówienia nr 5 - Krakowski Obszar Metropolitalny, część zamówienia nr 6 - Subregion Tarnowski), innej liczby godzin (część zamówienia nr 5 – 9800 h, część zamówienia nr 6 - 5600h) oraz nakładała obowiązek zapewnienia odpowiedniej liczby doradców (część zamówienia nr 5 -15 osób, część zamówienia nr 6 - 9 osób).

Wykonawca w złożonych „wyjaśnieniach” wskazał następujące kwoty realizacji dla poszczególnych zadań:

- i. 25 zł brutto - przeprowadzenie 1 godziny doradztwa,
- ii. 2500 zł - miesięczny koszt biura (wraz z mediami) w Krakowie i Tarnowie,
- iii. 500 zł - miesięczny koszt koordynatora zatrudnionego na 1/8 etatu dla części nr 5 i 6,
- iv. Brak.

Zgodnie z zapisami Umowy, rozliczenie z wykonawcą następować będzie na podstawie zbiorczego miesięcznego zestawienia z wyświadczonych godzin doradztwa (Zamawiający zapłaci wykonawcy wynagrodzenie w wysokości stanowiącej iloczyn przeprowadzonych pełnych godzin usług doradczych / stawki za jedną godzinę (60 minut) przeprowadzonych usług na podstawie faktury/rachunku wystawionego przez wykonawcę oraz na podstawie w/w zestawienia).

Z zapisów tych wynika, że koszt wskazany w pkt i.) jest kosztem zmiennym zależnym od ilości godzin przeprowadzonego doradztwa w danym miesiącu, natomiast koszty opisane w pkt ii. i iii. są stałe - ponoszone bez względu na ilość i czas trwania odbytych spotkań.

Nie bez znaczenia dla ogólnej kalkulacji pozostaje zapis SIWZ dający Zamawiającemu uprawnienie zmniejszenia bądź zwiększenia liczby godzin świadczonego doradztwa. W SIWZ czytamy „ilość godzin doradztwa może ulec zmniejszeniu, jednak nie więcej niż do 50% zakładanej ilości lub zwiększeniu, jednak nie więcej niż do 20% zakładanej ilości”. Zgodnie z wyjaśnieniami, wykonawca założył wysokość kosztów stałych, przy założeniu 24 miesięcznej realizacji zamówienia, na poziomie 144000 zł (2500 zł x 2 lokalizacje x 24 miesiące + 500 zł x 2 koordynatorów x 24 miesiące). Jak wynika

z powyższego, koszty stałe - przy założeniu, że ilość godzin doradztwa zmniejszy się - są zdecydowanie wyższe niż planowany przychód wykonawcy. Oznacza to nie tylko brak zysków (w przypadku części 5 zamówienia), ale również znacząca stratę dla części 6 zamówienia, co każe domniemywać zastosowanie rażąco niskiej ceny. Szczegółowa kalkulacja przedstawiona jest w dalszej części odwołania. Ponadto odnosząc się do pkt iii.-iv.) Odwołujący zwracał uwagę, że wyjaśnienia wykonawcy w tym zakresie są niezgodne z SIWZ, tj.

Ad. iii.) W odpowiedzi wykonawcy czytamy *„Przyjmując do tego koszt koordynacji (wymagane ok. 1/8 etatu na poziomie ok 500zł na koordynatora miesięcznie uzyskujemy kolejne 24 000 zł kosztu.”* Zgodnie z zapisami SIWZ: *„W postępowaniu mogą wziąć udział Wykonawcy którzy: [...]*

2) spełniają następujące warunki udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odnośnie Doradztwa Ogólnego Indywidualnego [...] oraz dysponowania:

(3) Koordynatorem projektu-dla części zamówienia nr 5,

(4) Koordynatorem projektu - dla części zamówienia nr 6.

Każda z osób wskazana do pełnienia funkcji koordynatora musi posiadać wykształcenie minimum drugiego stopnia w rozumieniu przepisów o szkolnictwie wyższym oraz minimum 36 - miesięczne doświadczenie zawodowe w kierowaniu zespołem ludzkim.

Jeżeli wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, przyznane zostaną jedna, więcej lub wszystkie części zamówienia do realizacji w tym samym czasie, jako wykazanie spełnienia powyższych warunków będzie spełnienie sumy wymogów określonych odpowiednio dla danych części zamówienia.”

Jak wynika z powyższego, Zamawiający wymagał dysponowania koordynatorem projektu dla każdej części zamówienia nie określając przy tym czy ma być on zatrudniony na 1/8, 1/4% czy 1/2 etatu. To do zadań wykonawcy - podmiotu profesjonalnego, należy staranne oszacowanie czasu pracy koordynatora w taki sposób aby zamówienie zostało zrealizowane zgodnie z zapisami SIWZ i jej załącznikami, w szczególności załącznikiem nr 4 Umowa, § 5 *„Wykonawca zobowiązuje się wykonać usługę z należytą starannością w sposób wyczerpujący wymagania Zamawiającego”*. Odwołujący zgadza się, że wykonawcy powinni dysponować koordynatorami odpowiednio dla części 5 i 6 przez cały okres realizacji zamówienia w wymiarze umożliwiającym należyte wykonanie umowy.

Z oświadczenia wykonawcy wynika natomiast, że koordynator danej części zamówienia będzie wykonywał swoją pracę w wymiarze pomiędzy 1/8, a 1/16 etatu (318 h w ramach każdej części zamówienia). Wykonawca założył, że jedynymi obowiązkami koordynatora będą uzupełnianie grafiku, weryfikacja statusów prac z uczestnikami projektu oraz wydruki generujących się rozliczeń i przekazanie ich zamawiającemu.

W swojej kalkulacji wykonawca nie uwzględnił natomiast osoby, która będzie:

- koordynowała pracę 15 doradców dla cz. 5 oraz 9 dla cz. 6 zamówienia (np. która dopilnuje czy dany doradca skontaktował się z przypisanym mu uczestnikiem),
- tworzyła niezbędną dokumentację, raporty i zestawienia,
- komunikowała się z zamawiającym,
- pilnowała harmonogramu spotkań,
- reagowała w przypadku wystąpienia sytuacji zdarzenia losowego (np. choroba doradcy).

Powyższe obowiązki wymagają zaangażowania osoby w wymiarze co najmniej 1 pełnego etatu. Dla porównania, przy obecnie realizowanym zamówieniu na „Świadczenie usług doradztwa zawodowego”, pomimo braku zapisów SIWZ w tym zakresie, odwołujący zapewnia koordynatora w wymiarze % etatu, do którego obowiązków należy: stały kontakt z zamawiającym oraz koordynacja działań doradców zawodowych zgodnie z harmonogramem przekazanym przez Zamawiającego. Niejednokrotnie harmonogram ten ulegał zmianie ze względu na niedyspozycyjność uczestników projektu, doradców biznesowych czy też doradców zawodowych. Wielokrotnie koordynator interweniował w późnych godzinach nocnych poszukując zastępstwa lub „zawracał” doradcę o świcie z powodu nieoczekiwanych zmian w grafiku. Warto dodać, że liczba doradców zawodowych z którymi współpracuje koordynator jest znacznie mniejsza niż w przedmiotowym zamówieniu. Wykonawca nie odpowiada również za sale (czyli nie ustala harmonogramu spotkań), a wszystkie dokumenty związane ze świadczonym doradztwem udostępnione są doradcom w punktach świadczenia doradztwa. Dlatego zdaniem odwołującego, ograniczenie zadań koordynatora do 318 h jest rażącym niedoszacowaniem.

W oświadczeniu wykonawcy czytamy: „szeroko rozumiany grafik online”, „automatycznie”, „innych zbiorczych niezbędnych do rozliczeń”, „weryfikacja”, „pole kombi”, przy czym wykonawca nie wyjaśnia:

- Kto przygotowuje wspomniany grafik online? Co oznacza „online” w tym przypadku? Jeśli jest to serwis - wymaga asysty technicznej/administradora (brak ujęcia w kosztach). A może jest to grafik w WORDzie/excelu? Ale dlaczego wówczas jest „online”? Jeśli grafik jest już gotowy dlaczego wykonawca nie przedstawił żadnego dowodu?
- Co oznacza za pis „szeroko rozumiany grafik”?
- Na jakiej podstawie i kiedy BO jest przypisywany do doradcy (zgodnie z dostępnym na stronie: <http://www.marr.pl/projekty/dcbkrakow/dokumenty.html> dokumentem „Procedura wsparcia pomostowego szkoleniowo - doradczego po założeniu działalności gospodarczej”, diagnoza potrzeb doradczych przeprowadzona jest na wniosek Grantobiorcy/uczestnika/Beneficjenta Ostatecznego projektu)?
- Na czym polega „weryfikacja statusów prac z BO”? Czy będzie to wykonany telefon do doradcy czy sprawdzenie grafiku?
- Jak „automatycznie” generuje się podsumowanie ilości godzin z danym BO danego

doradcy? Co oznacza zapis „innych zbiorczych niezbędnych do rozliczeń” (jest to o tyle ważne, że jeśli robi to system, to system kosztuje - prąd, miejsce na serwerze, administrator; jeśli z kolei robi to koordynator, to czas obsługi takiego grafiku nie został odpowiednio oszacowany)? W dalszej części oświadczenia wykonawca wyjaśnia, że: *„konieczne będzie zapewnienie max. 3 dostępnych sal miesięcznie przez okres 6 miesięcy (...). W inne miesiące konieczne będzie dysponowanie 2 pokojami co umożliwi obniżenie kosztu”*.

Zdaniem Odwołującego, założenie że *„maksymalna kumulacja 5 edycji w jednym momencie trwać będzie nie więcej niż 6 miesięcy jest błędne, i czy faktycznie tak będzie zależne jest tylko i wyłącznie od Grantobiorców”*.

Być może, w całym tym chaosie informacyjnym, wyjaśnieniom wykonawcy można byłoby przyznać przymiot rzetelności, jeśli już na etapie składania pierwszych wyjaśnień, przedstawiłby szczegółową kalkulację i informacje potwierdzające złożone oświadczenia, tj.:

- Dowody potwierdzające chociażby wole zatrudniania pracowników w kwocie 25 zł brutto,
- Opis zadań koordynatorów potwierdzające zasadność oszacowania ich zaangażowania w projekt na poziomie 1/8 etatu,
- Opis dostępnych biur w Krakowie/Tarnowie oraz dowody potwierdzające koszty najmu tych biur wraz z opisem ich wyposażenia (ilość i wielkość sal pozwalająca zrealizować zamówienie zgodnie z zapisami SIWZ),
- Dowody przedstawiające oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych czy oryginalności projektu wykonawcy - zgodnie z wezwaniem zamawiającego,
- Dowody potwierdzające wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy - zgodnie z wezwaniem Zamawiającego.

W chwili obecnej brak jest jakiegokolwiek dowodu potwierdzającego respektowanie przez Wykonawcę zapisów SIWZ w omawianym zakresie.

W postępowaniu na cz. 5 i 6 wzięło udział 3 wykonawców, przy czym w stosunku do oferty odwołującego (110,80 zł brutto) oraz wykonawcy DIAGNOSERW D. S. (135,85 zł), oferta wykonawcy K&K CONSULTING K. P.a (49,05 złotych brutto) wydaje się nierealna. Co ciekawe, w podobnym postępowaniu, tj. na *„Świadczenie usług doradztwa biznesowego”* (przy czym w przypadku tego zamówienia do zadań wykonawcy nie należało zapewnienie sal), wykonawca zaoferował kwotę 85,96 zł brutto. Podkreślił, że na cenę jednostkową w przedmiotowym postępowaniu, tj. jedną godzinę doradztwa, nie składa się jedynie koszt zatrudnienia doradcy, lecz również koszt najmu odpowiedniej ilości sal (pomieszczeń) w których będą świadczone usługi doradcze, koordynatorów, kosztów dojazdu na oraz z miejsca świadczenia doradztwa, wykonanych telefonów czy koszty sprzętu niezbędnego do realizacji zadania, itp. W związku z tym, nie wystarczyłoby, aby zaproponowana przez wykonawcę cena omawianych usług była jedynie „na porycie

kosztów". Taki zapis również oznaczałby stratę w ostatecznym bilansie. Przywołał wyrok KIO o sygn. akt: 592/13, czy też wyrok KIO o sygn. akt: KIO 1562/11.

Również w wielu innych wyrokach dotyczących stosowania i interpretacji art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, pojęcie rażąco niskiej ceny ujmowane jest podobnie. Wskazał na wyrok SO w Katowicach z 30.01.2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07 oraz na wyrok SO w Krakowie z 23.04.2009 r., XII Ga 88/09. Kalkulacja cz. 5 zamówienia przy założeniach wykonawcy.

Założenia:

- a. 4900h - ilość godzin doradztwa przy założeniu ich obniżenia o 50%
- b. 9800h - ilość godzin doradztwa przy założeniu całkowitej ich realizacji

I. Wynagrodzenie należne wykonawcy:

- a. $4900h \times 39,88 \text{ zł netto (49,05 zł brutto)} = 195\,412,00 \text{ zł}$
- b. $9800h \times 39,88 \text{ zł netto (49,05 zł brutto)} = 390\,824,00 \text{ zł}$

II. Koszty doradcy (koszty zmienne):

- a. $4900h \times 25,00 \text{ zł brutto} = 122\,500,00 \text{ zł}$
- b. $9800h \times 25,00 \text{ zł brutto} = 245\,000,00 \text{ zł}$

III. Koszt sal (w wyjaśnieniach wykonawca założył, że jest to koszt stały miesięczny na poziomie 2500,00 zł): $24 \text{ m-ce} \times 2500 \text{ zł} = 60\,000,00 \text{ zł}$

IV. Koszt koordynatora (w wyjaśnieniach wykonawca założył, że jest to koszt stały miesięczny na poziomie 500,00 zł): $24 \text{ m-ce} \times 500 \text{ zł} = 12\,000,00 \text{ zł}$

V. Potencjalny zysk wykonawcy (wynagrodzenie - koszty zmienne - koszty stałe):

- a. 912,00 zł; b. 73 824,00 zł

Kalkulacja cz. 6 zamówienia przy założeniach wykonawcy.

• Założenia:

- a. 2800h - ilość godzin doradztwa przy założeniu ich obniżenia o 50%
- b. 5600h - ilość godzin doradztwa przy założeniu całkowitej ich realizacji

I. Wynagrodzenie należne wykonawcy:

- a. $2800h \times 39,88 \text{ zł netto (49,05 zł brutto)} = 111\,664,00 \text{ zł}$
- b. $5600h \times 39,88 \text{ zł netto (49,05 zł brutto)} = 223\,328,00 \text{ zł}$

II. Koszty doradcy (koszty zmienne):

- a. $2800h \times 25,00 \text{ zł brutto} = 70\,000,00 \text{ zł}$
- b. $5600h \times 25,00 \text{ zł brutto} = 140\,000,00 \text{ zł}$

III. Koszt sal (w wyjaśnieniach wykonawca założył, że jest to koszt stały miesięczny na poziomie 2500,00 zł): $24 \text{ m-ce} \times 2500 \text{ zł} = 60\,000,00 \text{ zł}$

IV. Koszt koordynatora (w wyjaśnieniach wykonawca założył, że jest to koszt stały miesięczny na poziomie 500,00 zł): $24 \text{ m-ce} \times 500 \text{ zł} = 12\,000,00 \text{ zł}$

V. Potencjalny zysk wykonawcy (wynagrodzenie - koszty zmienne - koszty stałe):

- a. - 33 336,00 zł; b. 11328,00 zł

Uwaga: W kalkulacjach wykonawca nie uwzględnił kosztów: dojazdu, wykonywanych telefonów, „obsługi” grafiku przez doradców, wydruku rozliczeń, sprzątnięcia sal oraz źle oszacował czas pracy koordynatora.

Dojazd: Przyjmując najbardziej optymistyczną wersję, tj. doradca skorzysta z komunikacji miejskiej a czas dojazdu na miejsce świadczenia doradztwa potrwa maksymalnie 20 min, koszt dojazdu wyniesie 5,60 zł (w dwie strony). Zakładając do celów rachunkowych, że w ciągu jednego miesiąca przeprowadzonych zostanie ok. 160 h doradztwa (20 dni roboczych x 8 h dziennie), koszt dojazdu 1 doradcy wyniesie 2 688,00 zł (5,60 zł x 20 dni x 24 miesiąc). Jest to jednak uproszczona kalkulacja, gdyż zakłada realizację zamówienia przez 1 doradcę. Zgodnie z zapisami SIWZ, wykonawcy zobowiązani byli do zapewnienia 15 doradców dla cz. 5 i 9 doradców dla cz. 6 zamówienia. Poza tym, zgodnie z treścią wyjaśnień wykonawcy, doradcy dedykowani do realizacji przedmiotowego zamówienia są już zaangażowani w inne zamówienia realizowane przez wykonawcę. Przyjąć zatem należy, że w realizację przedmiotowego zamówienia wykonawca będzie musiał zaangażować większą liczbę doradców. Przyjmując, że liczba ta wyniesie 15 (zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu), koszty dojazdu mogą wzrosnąć do 40 320,00 zł. Z kolei przy założeniu 9 doradców, koszty wzrosną do 24 192,00 zł

Koordynator: Przyjmując najbardziej optymistyczną wersję, tj. zatrudnienie w wymiarze 1 etatu (160 h/m-c) przy założeniu minimalnej stawki godzinowej (13 zł brutto/h), miesięczny koszt pracy koordynatora wynosi:

- a. ze składkami ZUS - 2 457,00 zł brutto
- b. bez składek ZUS - 2 080,00 zł brutto

A zatem koszt pracy koordynatora przez cały okres realizacji projektu, tj. 24 miesiące wynosi:

- a. ze składkami ZUS - 58 968, 00 zł brutto
- b. bez składek ZUS - 49 920,00 zł brutto

Ponieważ wykonawca założył ten koszt na poziomie 12000,00 zł/24 m-c, kwoty o które nie doszacował zamówienia wynoszą: a. ze składkami ZUS - 468 968,00 zł brutto; b. bez składek ZUS - 37 920,00 zł brutto.

Uwaga: Przy założeniach wykonawcy, koordynator świadczący usługi w pełnym wymiarze, to koszt 4000 zł/m-c (1/8 etatu wykonawca wycenił na 500 zł). A zatem dwa razy więcej niż wynika z powyższej kalkulacji Odwołującego. Jak wynika przedstawionych kalkulacji, przy założeniu odpowiedniego oszacowania zamówienia (dojazd, koordynator w pełnym wymiarze) oraz przy uwzględnieniu kosztów nierozzerwanie związanych z tego typu zamówieniem (m.in. wykonywanie telefonów, wydruki dokumentów, rozliczeń, sprzątnięcie sal), zakładany zysk wykonawcy pokrywa zaledwie część kosztów.

Odnośnie zarzut naruszenia art. 7 ust 1 i 3 Pzp. W zakresie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp mieści się również zarzut nieprzeprowadzenia procedury wyjaśniającej, w tym

zbadań i weryfikacji otrzymanych wyjaśnień, w sposób wnikliwy i adekwatny do przedmiotu zamówienia, a więc w sposób który mógłby uzasadniać stanowisko Zamawiającego, że cena oferty nie jest faktycznie rażąco niska. W konsekwencji za zasady należy uznać także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp. Obowiązkiem Zamawiającego jest przeprowadzenie procedury wyjaśniającej - gdy zachodzą do tego ustawowe przesłanki - w sposób rzetelny. Obowiązek ten wpisuje się w podstawową zasadę z art. 7 ust. 1 Pzp, w postaci zapewnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Dodatkowo, zgodnie z art. 7 ust. 3 Pzp, zamówienie udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Pzp.

Zamawiający w dniu 11.08.2017 r. (e-mailem) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 14.08.2017 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) K&K CONSULTING K. P.a., zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Na mocy zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z 16.08.2017 r. sprawy o sygn. akt: KIO 1637/17, KIO 1673/17 zostały skierowane do łącznego rozpatrzenia.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępujących złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp a Wykonawcy wnoszący wszystkie odwołania posiadali interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający ich do złożenia odwołań.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody: z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem w sprawie o sygn. akt: KIO 1637/17, sygn. akt: KIO 1673/17, w tym w szczególności treści ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ z 16.05.2017 r. wraz z zał. nr 4 do SIWZ (Wzorem umowy), oferty Przystępującego, oferty G.y i Partnerzy Kancelaria Radców Prawnych Spółka Partnerska, wezwania Zamawiającego skierowanie do Przystępującego w zakresie ceny rażąco niskiej z

04.07.2017 r. (pierwsze wezwanie), wyjaśnień z 10.07.2017 r. wraz z tabelą kosztów co do cz. 1 i 2, wezwania Zamawiającego skierowanie do Przystępującego w zakresie ceny rażąco niskiej z 12.07.2017 r. (drugie wezwanie), wyjaśnień z 17.07.2017 r. wraz z dodatkową szczegółową kalkulacją oraz dowodami: kopiami 17 umów przedwstępnych, kopią umowy najmu lokalu w Tarnowie, wyciągiem /historią/ z konta oraz wydrukiem ogłoszenia z serwisu ogłoszeniowego, pisma z 21.07.2017 r. złożonego przez Przystępującego wraz z dokumentami podmiotowymi (m.in. oświadczenia Wykonawcy, tj. Przystępującego dotyczącego przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej; aktualnego wydruku KRS-u z 20.07.2017 r. TaxExpert.Pro. Sp. z o.o.), w tym także wykazem osób obejmującym osobę wskazana w odwołaniu – wykaz osób - dotyczy jedynie cz. 1, wezwania z 25.07.2017 r. odnośnie złożenia w trybie art. 26 ust. 2 Pzp m.in. wykazu osób, pisma Przystępującego z 26.07.2017 r. odnośnie w/w wezwania, wezwania z 27.07.2017 r. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp w zakresie wykazu osób, ale jedynie dla cz. 2 /nie dotyczy osoby przywołanej w odwołaniu/, wyjaśnień firmy G.y i Partnerzy Kancelaria Radców Prawnych Spółka Partnerska z 10.07.2017 r. w zakresie ceny rażąco niskiej wraz z wszystkimi załączonymi dowodami – cz. 3 i 4, wezwania z 05.07.2017 r. w zakresie ceny rażąco niskiej skierowanego do BMP Sp. z o.o. z siedzibą w Ciężkowicach – dotyczy cz. 2, wyjaśnień z 10.07.2017 r. BMP Sp. z o.o.

Izba dopuściła jako dowód w sprawie o sygn. akt: KIO 1637/17 załączony przez Odwołującego do odwołania:

- Aktualny wydruk KRS-u z 03.08.201 r. firmy G.y i Partnerzy Kancelaria Radców Prawnych Spółka Partnerska.

Dodatkowo w poczet materiału dowodowego w sprawie o sygn. akt: KIO 1637/17 Izba zaliczyła także złożone przez Odwołującego na rozprawie:

- Stanowisko Ministra Finansów skierowane do Izby Skarbowych z 09.04.2015 r.

Względem złożonej przez Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1637/17 kalkulacji własnej kosztów, które należało ująć w obu częściach w zakresie rejonu krakowskiego oraz tarnowskiego, Izba uznała niniejsze przeliczenie za oświadczenie własne /kalkulację własną/ Odwołującego. Jednocześnie, Izba wskazuje, że zdjęcia siedziby Przystępującego oraz firmy G.y i Partnerzy Kancelaria Radców Prawnych Spółka Partnerska ostatecznie mimo początkowego złożenia zostały zwrócone celem parafowania przez Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1637/17 i nie zostały ponownie złożone.

Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1637/17 okazał także pogładowo i ostatecznie przedłożył wyjaśnienia w zakresie ceny rażąco niskiej złożone przez firmę TaxExpert.Pro Sp. z o.o. z 10.07.2017 r. oraz firmę G.y i Partnerzy Kancelaria Radców Prawnych Spółka Partnerska z 10.07.2017 r. Nadto, złożone wraz z wyjaśnieniami przez

drugi ze wskazanych podmiotów, kopie umów z doradcami. Powyższe stanowią dowód jako element dokumentacji postępowania.

Izba dopuściła jako dowód w sprawie o sygn. akt: KIO 1673/17 załączone przez Odwołującego do odwołania:

- 1) Pismo Zamawiającego z 04.07.2017 r. – wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 90 ust.1 Pzp – skierowane do Przystępującego;
- 2) Odpowiedź Przystępującego z 10.07.2017 r. na w/w wezwanie („pierwsze wyjaśnienia”);
- 3) Odpowiedź Przystępującego z 31.07.2017 r. przy okazji odpowiedzi na wezwanie z 27.07.2017 r., na inną okoliczność („drugie wyjaśnienia”); (Izba zalicza także w poczet materiału dowodowego owe wezwanie z 27.07.2017 r. do złożenia aktualnych na dzień złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu)
- 4) Informacja o powtórzonej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 31.07.2017 r. na cz. od 1 do 6 wraz z informacją o odrzuceniu oferty BMP Sp. z o.o. z siedzibą w Ciężkowicach.

Izba dopuściła jako dowód w sprawie o sygn. akt: KIO 1673/17 załączone przez Odwołującego do pisemnego uzupełnienia stanowiska złożonego na rozprawie:

- 1) Informacje z otwarcia ofert z 05.01.2017 r. w postępowaniu „Świadczenie usług doradztwa biznesowego”;
- 2) SIWZ z 24.10.2016 r. z postępowania na „Świadczenie usług doradztwa biznesowego”;
- 3) Wyjaśnienia wykonawcy w zakresie zaoferowanej ceny w/w postępowaniu w cz. 1 i 2 (odpowiedź z 16.01.2017 r.);
- 4) Wezwania Zamawiającego z 04 i 12.07.2017 r. w zakresie cz. 1 i 2 odnośnie złożenia wyjaśnień względem ceny rażąco niskiej w aktualnym postępowaniu.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę odwołanie o sygn. akt: KIO 1637/17, przystąpienie, odpowiedź na odwołanie o sygn. akt: KIO 1637/17 złożoną na posiedzeniu przez Zamawiającego, odwołanie o sygn. akt: KIO 1673/17, przystąpienie, odpowiedź na odwołanie o sygn. akt: KIO 1673/17 złożoną na posiedzeniu przez Zamawiającego, a także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępujących złożone ustnie do protokołu w toku posiedzenia i rozprawy.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1637/17 - DIAGNOSERW D. S.:

DIAGNOSERW D. S. zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wadliwe dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty TaxExpert.Pro Sp. z o.o. pomimo tego, iż oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia TaxExpert.Pro Sp. z o.o., która złożyła nieprawdziwe oświadczenie o braku przynależności do grupy kapitałowej;

- 3) art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia TaxExpert.Pro Sp. z o.o., która przynależy do grupy kapitałowej z firmą G.y i Partnerzy Kancelaria Radców Prawnych w Krakowie i nie wykazała, iż zaistniałe powiązania nie zakłóciły uczciwej konkurencji;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 i 15 UZNK poprzez zaniechanie odrzucenia oferty TaxExpert.Pro Sp. z o.o., która dopuściła się czynu nieuczciwej konkurencji /zmowa przetargowa, utrudnianie dostępu do rynku/;
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty firmy TaxExpert.Pro sp. z o.o. z postępowania z uwagi na złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę, złożenie lakonicznych wyjaśnień co jest równoznaczne z brakiem wyjaśnień;
- 6) art. 7 Pzp poprzez naruszenie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, tj. dokonanie oceny ofert w sposób, który dyskryminuje Diagnosterw D. S., różne traktowanie Wykonawców, którzy złożyli lakoniczne wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny;
- 7) art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia oferty, która nie spełniła warunku dysponowania odpowiednim potencjałem osobowym, zaniechanie wezwania do uzupełnienia wykazu osób.

Izba dokonała następujących ustaleń dotyczących przedmiotowego odwołania.

W tym zakresie, Izba przywołuje w szczególności okoliczności wynikające z odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie złożonej na posiedzeniu. Należy wskazać na wezwanie Zamawiającego skierowane do Przystępującego w zakresie ceny rażąco niskiej z 04.07.2017 r. (pierwsze wezwanie), wyjaśnienia z 10.07.2017 r. wraz z tabelą kosztów co do cz. 1 i 2, wezwanie Zamawiającego skierowane do Przystępującego w zakresie ceny rażąco niskiej z 12.07.2017 r. (drugie wezwanie), wyjaśnienia z 17.07.2017 r. wraz z dodatkową szczegółową kalkulacją oraz dowodami: kopiami 17 umów przedwstępnych, kopią umowy najmu lokalu w Tarnowie, wyciągiem /historią/ z konta oraz wydrukiem ogłoszenia z serwisu ogłoszeniowego. Istotne jest również pismo z 21.07.2017 r. złożone przez Przystępującego wraz z dokumentami podmiotowymi (m.in. oświadczeniem Wykonawcy, tj. Przystępującego dotyczącego przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej – oświadczenie o braku przynależności; aktualnym wydrukiem KRS-u z 20.07.2017 r. TaxExpert.Pro. Sp. z o.o.), w tym także wykazem osób obejmującym osobę wskazaną w odwołaniu – wykaz osób - dotyczy jedynie cz. 1, wyjaśnienia firmy G.y i Partnerzy Kancelaria Radców Prawnych Spółka Partnerska z 10.07.2017 r. w zakresie ceny rażąco niskiej wraz z wszystkimi załączonymi dowodami – cz. 3 i 4 /m.in. aktualnym wydrukiem KRS-u z 03.08.201 r. firmy G.y i Partnerzy Kancelaria Radców Prawnych Spółka Partnerska, czy też kopiami umów z doradcami/. W pozostałym zakresie, ustalenia Izby zostaną przywołane przy rozpatrywaniu stosownego zarzutu w dalszej części.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

W zakresie zarzutu drugiego i trzeciego, Izba uznała w/w zarzuty za zasadne. W ocenie Izby, potwierdziło się, że zostało złożone nieprawdziwe oświadczenie o braku przynależności TaxExpert. Pro Sp. z o.o. do grupy kapitałowej. Zaś, w konsekwencji powyższego, Zamawiający nie mógł ocenić, czy istniejące między TaxExpert.Pro Sp. z o.o. oraz G.y i Partnerzy Kancelaria Radców Prawnych Spółka Partnerska w Krakowie powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu. W ocenie Izby, w przedmiotowym stanie faktycznym, mamy do czynienia z sytuacją, gdy TaxExpert.Pro Sp. z o.o. należy do grupy kapitałowej i jest kontrolowane przez firmę G.y i Partnerzy Kancelaria Radców Prawnych Spółka Partnerska w Krakowie (jej obaj partnerzy, wspólnicy są współnikami spółki TaxExpert.Pro Sp. z o.o.). Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2015 r. poz. 184, 1618 i 1634), złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Odstąpienie od wykluczenia jest możliwe jedynie wówczas, gdy wykonawcy wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie zakłócają konkurencji w postępowaniu. Wcześniejszy przepis, przed nowelizacją różnił się w opisie czynności dotyczących postępowania identyfikowanych jako: złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu (art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp). Nie było zatem objęte zakresem normy złożenie ofert częściowych. Po nowelizacji należy zatem uwzględniać możliwość złożenia ofert częściowych w ramach prowadzonego postępowania, jako okoliczności wypełniającej dyspozycję normy prawnej. Norma prawna nie zawiera dalszych ograniczeń w jej stosowaniu, w tym wskazania, że oferty częściowe składane przez podmioty z grupy kapitałowej musiałyby być złożone w tej samej części, aby zachodziła podstawa do ich wykluczenia. A zatem, nie można wykluczyć również tej sytuacji, kiedy oferty składane są przez podmioty należące do wspólnej grupy kapitałowej na różne części w danym postępowaniu (jak w tym stanie faktycznym), jako działania, które może prowadzić do zakłócenia konkurencji w postępowaniu. W tym kontekście Izba wskazuje na zarzut zmowy przetargowej, który nie został co prawda udowodniony, jednakże niewątpliwie złożenie oferty na cenę, która ma charakter rażąco niski w cz. 1 i 2 (domniemanie prawne /praesumptio iuris/ zaproponowania w ofercie ceny rażąco niskiej w tym zakresie nie zostało „obalone” przez Przystępującego), takie zakłócenie powoduje. Zgodnie z definicją legalną

grupy kapitałowej zawartej w art. 4 pkt 14 Ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2015 r. poz. 184, 1618 i 1634) zwanej dalej: „UOKK”; grupa kapitałowa to grupa wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę. W tym zakresie należy wskazać, że mamy do czynienia z szeroką definicją „*form kontroli*” między członkami grupy kapitałowej – art. 4 pkt 4 UOKK. Jest tam bowiem sformułowanie w „szczegółności”. Nadto, forma kontroli z lit. a (dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników) ma miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym. Posiadanie większości (bezwzględnej, tj. ponad 50%) głosów (ważnych) w organach uchwałodawczych (właścicielskich i zarządczych) przedsiębiorcy zależnego jest podstawową formą (przejęcia i) posiadania kontroli, jako że jest konsekwencją posiadania odpowiedniej ilości akcji lub udziałów u przedsiębiorcy kontrolowanego (M. Będkowski-Kozioł, w: Skoczny, Komentarz OKiKU, kom. do art. 4 pkt 4, Nb 167, s. 119).

Jednocześnie odnosząc się do argumentacji Przystępującego z rozprawy, także w kontekście przywołanego otwartego katalogu form kontroli, gdyby uznać, że każdy z partnerów to przedsiębiorca, to mamy do czynienia z tzw. kontrolą wspólną, w której przedsiębiorcy muszą się porozumieć, żeby mieć możliwość decydującego wpływu na działalność przedsiębiorcy kontrolowanego (przykładowo, gdy wspólnicy dysponują parytetowym procentem głosów w spółce zależnej /dwaj – po 50%/) (Wyjaśnienia w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK, UOKiK, Warszawa 2014, s. 17), przy czym w przedmiotowym stanie faktycznym działają oni w ramach spółki partnerskiej, która złożyła ofertę, jak jeden podmiot, nie zaś jako dwaj oddzielni przedsiębiorcy, którzy złożyli oddzielne oferty.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Względem czwartego zarzutu, Izba w/w zarzut oddaliła. Zarówno według doktryny, jak i orzecznictwa dla wykazania zawarcia tego rodzaju porozumienia, jak podnoszone w odwołaniu (zmowa przetargowa), nie jest wymagane dysponowanie bezpośrednim dowodem np. w postaci pisemnego porozumienia określającego taki bezprawny cel. Natomiast całkowicie wystarczające jest, aby całokształt okoliczności sprawy pozwalał na racjonalne i logiczne wyprowadzenie wniosku, że doszło do zawarcia zminy przetargowej. W orzecznictwie wskazuje się, że zgodnie z właściwymi przepisami ustalenia pewnych faktów mogą być dokonane, jeżeli możliwe jest wyprowadzenie takiego wniosku na podstawie innych faktów (domniemania faktyczne) /wyroki KIO: z 03.03.2014 r., sygn. akt KIO 309/14, z 23.12.2013 r., sygn. akt: KIO 2851/13, z 15.01.2013 r., sygn. akt KIO 2865/12, czy też 20.03.2013 r., sygn. akt KIO 517/13 – za wyrokiem KIO z 07.04.2016 r., sygn. akt: KIO 423/16/. Sąd Najwyższy w wyroku z 09.08.2006 r., sygn. akt:

III SK 6/06 wskazał, że sąd ochrony konkurencji i konsumentów może ustalić na podstawie domniemań faktycznych (art. 231 kpc.), że doszło do naruszenia zakazu praktyk ograniczających konkurencję i nie narusza to konstytucyjnej zasady wolności prowadzenia działalności konkurencyjnej. Porozumienia cenowe mogą być ujawniane za pomocą dowodów bezpośrednich lub pośrednich. W praktyce możliwość skorzystania z dowodów bezpośrednich jest ograniczona ze względu na świadomość przedsiębiorców co do nielegalności takich działań. Udowodnienie zawarcia porozumienia cenowego za pomocą dowodów pośrednich jest dopuszczalne w orzecznictwie.

Odnosząc się do zaistniałego stanu faktycznego oraz tez Odwołującego w zakresie przedstawionego zarzutu tak zawartych w odwołaniu, jak i na rozprawie, Izba nie przeczy wskazywanym zbieżnościom i tym samym lub podobnym „błędom” w pismach (wyjaśnieniach w zakresie ceny rażąco niskiej złożonych przez TaxExpert.Pro Sp. z o.o. oraz G.y i Partnerzy Kancelaria Radców Prawnych Spółka Partnerska w Krakowie). Jednakże w ocenie Izby, na podstawie przedstawionych okoliczności i dowodów trudno jednoznacznie uznać, czy takie, jak wskazywał w odwołaniu oraz na rozprawie Odwołujący, poszlaki mogą być wystarczające do uznania złożonej oferty przez Przystępującego jako czynu nieuczciwej konkurencji. Izba nie mogła w sposób przesadzający stwierdzić, że wystąpiły one „w odpowiedniej wadze i ilości” – do uznania powstania domniemania faktycznego wystąpienia zmywy przetargowej stanowiącej podstawę do odrzucenia oferty.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Względem piątego i szóstego zarzutu, Izba uznała w/w zarzut zasadny. Zamawiający potwierdził konieczność ujęcia w cenie za 1h doradztwa oprócz kosztów pracowniczych także innych kosztów zwłaszcza wynajęcia sali. Odnośnie kosztów dojazdu doradców, stwierdził, że także należało je ująć, przy czym dopuszczał ich bezpośrednio przerzucenie na doradców. Izba podkreśla, że Przystępujący nie wykazał w swoich wyjaśnieniach i wyliczeniach kosztów koordynatora. Zostały one założone samodzielnie przez Zamawiającego w zysku. Literalnie nie zostały one wskazane. Brak jest wiarygodnych podstaw do uznania, że założenia Zamawiającego nie miały charakteru tylko i wyłącznie działań na potrzeby postępowania odwoławczego, czyli nie były przejawem taktyki procesowej.

Odnośnie kosztów dojazdu, należy wskazać, że ciężar dowodu spoczywał na Przystępującym. Jeśli twierdził, że zostały przerzucone określone koszty na doradców, winno wynikać to wprost z przedłożonych, jako dowód do drugich wyjaśnień, umów, co nie miało miejsca.

Odnośnie kosztów wynajęcia sali w Krakowie, wyciąg /historia/ z konta załączony do wyjaśnień niczego nie zmienia, a sam Przystępujący mimo możliwości złożenia dowodów na

rozprawie, żadnych nowych dowodów, mimo wstępnej deklaracji nie złożył. Odesłanie do dowodu uiszczenia opłaty skarbowej niczego nie zmienia. Brak jest podstaw do uznania, że jest to wyciąg z jego konta, jak i że dotyczy opłat za wynajmowanie sali w Krakowie, czy też za siedzibę Przystępującego.

Nadto, Izba uznała za nieporozumienie twierdzenie Zamawiającego, że przy obniżeniu przedmiotu zamówienia o 50 % Przystępujący będzie balansował na granicy straty i w żaden sposób nie wpływa to na osąd Zamawiającego. Jeśli taki scenariusz został założony musiał zostać uwzględniony przez wszystkich uczestników postępowania przetargowego. Odnosnie oświadczenia Przystępującego z rozprawy, co do oferty z przed 7 lat, jako oferty jeszcze niższej, jest to niewiarygodne, gdyż, nie złożono żadnego dowodu na potwierdzenie złożonego oświadczenia. Postępowanie przed Izba ma charakter kontradyktoryjne, czyli sporne. I to strony i uczestnik są zobowiązani do składania dowodów. Nie jest rolą Izby czynienia tego za nich lub też angażowanie się po jednej ze stron. Kwestia co jest „oczywiste” i „powszechnie wiadome” jest wysoce uznaniowe i w tym zakresie należałoby to choćby uprawdopodobnić taką, czy inną praktyką.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu dotyczącego wykazu osób, czyli zarzutu siódmego, Izba stwierdza, że zarzut dalej idący zaniechania wykluczenia Przystępującego jest zarzutem przedwczesnym i podlega oddaleniu, gdyż nie wyczerpano trybu wynikającego z art. 26 ust. 3 Pzp (względem wykazu osób zawierającego wskazana w zarzucie odwołania osobę). Wezwanie Przystępującego do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp byłoby jak najbardziej zasadne, bowiem wezwanie do wyjaśnień skutkowałoby i tak uzupełnieniem wykazu osób. Przedmiotowy bowiem stan faktyczny zawarty w wykazie jest niejednoznaczny i budzi pytania. Z tej przyczyny naruszenie w zakresie zaniechania wezwania Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp należy uznać za potwierdzone, jednakże z uwagi na art. 192 ust. 2 Pzp oraz na okoliczność, że mimo uzupełnienia oferta podlega odrzuceniu, zarzut również podlega oddaleniu. W tym zakresie, Izba nie nakazywała żadnych czynności w sentencji orzeczenia. Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Z uwagi na uwzględnienie wskazanych wyżej zarzutów, Izba uwzględniła także zarzut pierwszy, jako konsekwencje powyższego, z tej przyczyny, nakazując unieważnienie przez Zamawiającego czynności z 31.07.2017 r. w zakresie części 1 i 2, nakazując powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tych częściach, w ramach których nakazując Zamawiającemu odrzucenie oferty TaxExpert.Pro Sp. z o.o., jak i uznanie jego oferty za odrzuconą (to ostatnie jako rezultat zaniechania wykluczenia TaxExpert.Pro Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust.1 pkt 16 i 23 Pzp), z uwagi na potwierdzenie się zarzutów odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie o sygn. akt: KIO 1637/17 na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1673/17 – TrappaSp. z o.o.:

TrappaSp. z o.o. zarzuciło Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 2 Pzp, przez: a) błędne przyjęcie, iż K&K CONSULTING K. P.a wykazał w sposób dostateczny, że oferty przez niego złożone dla części 5 i 6 nie zawierają rażąco niskich cen w stosunku do przedmiotu zamówienia, b) wadliwą ocenę okoliczności oraz materiału dowodowego i błędne przyjęcie, że oferty K&K CONSULTING K. P.a dla części 5 i 6 nie zawierają rażąco niskich cen;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, przez błędne uznanie, iż oferta K&K CONSULTING K. P.a w zakresie części 5 i 6 nie zawiera rażąco niższej ceny, a co za tym idzie poprzez nieodrzućenie tejże oferty;
- 3) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z zaniechaniem ww. czynności;
- 4) art. 7 ust. 3 Pzp przez: a) wybór wykonawcy niezgodnie z przepisami Pzp, b) nienależytą weryfikację wyjaśnień K&K CONSULTING K. P.a, co do zaoferowanej ceny.

Izba dokonała następujących ustaleń dotyczących przedmiotowego odwołania.

W tym zakresie, Izba przywołuje w szczególności okoliczności wynikające z odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie złożonej na posiedzeniu. Należy wskazać na załączone do odwołania, a zawarte w dokumentacji postępowania: pismo Zamawiającego z 04.07.2017 r. – wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 90 ust.1 Pzp – skierowane do Przystępującego; odpowiedź Przystępującego z 10.07.2017 r. na w/w wezwanie („pierwsze wyjaśnienia”) oraz odpowiedź Przystępującego z 31.07.2017 r. przy okazji odpowiedzi na wezwanie z 27.07.2017 r., na inną okoliczność („drugie wyjaśnienia”). Brak jakichkolwiek dowodów tak przy okazji pierwszych, jak i drugich wyjaśnień. W pozostałym zakresie, ustalenia Izby zostaną przywołane przy rozpatrywaniu stosownego zarzutu w dalszej części.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Z uwagi na charakter sformułowanych w odwołaniu zarzutów, Izba rozpatrzyła je

łącznie, uznając, że podlegają one uwzględnieniu.

Stanowisko Zamawiającego w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba uznała za sprzeczne. Z jednej bowiem strony twierdził na rozprawie, że wystarczające było pierwsze wyjaśnienie Przystępującego z 10.07.2017 r. (dodatkowo podnosząc w odpowiedzi na odwołanie, że, w zasadzie jedynym istotnym elementem cenotwórczym jest koszt związany z zatrudnieniem poszczególnych doradców), z drugiej wzywał do dodatkowych wyjaśnień, co prawda w innej części innego Wykonawcy, lecz odnośnie innych kosztów pośrednich oraz administracyjnych, których znaczenie aktualnie zanegował (Odwołujący sformułował także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp). Jednocześnie, brak jest potwierdzenia np. w protokole Komisji Przetargowej, że Zamawiający uznał już pierwsze wyjaśnienia i nie brał pod uwagę samodzielnych dodatkowych wyjaśnień złożonych przez Przystępującego (pismo z 31.07.2017 r.) przy okazji odpowiedzi na wezwanie z 27.07. 2017 r. do złożenia aktualnych na dzień złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Nie można więc zweryfikować, czy stanowisko Zamawiającego z rozprawy nie jest tylko i wyłącznie przejawem taktyki procesowej, tym bardziej, że jego czynności na to wskazują. Nadto, Zamawiający bagatelizuje kwestie wariantu (scenariusza) obniżenia o 50 % przedmiotu zamówienia mimo, że taki wymóg zawarł w SIWZ (okoliczność bezsporna między stronami), i nie przeczył, że wariant ten we wcześniejszych postępowaniach był niższy (na taką okoliczność wskazywał na rozprawie Odwołujący – potwierdziła powyższą okoliczność SIWZ załączona do złożonego na rozprawie pisemnego uzupełniającego stanowiska Odwołującego - § 2 ust. 4 zał. nr 4 do SIWZ – Wzór umowy /25%/), czyli w tym postępowaniu, z jakichś powodów dla Zamawiającego ta kwestia była istotna, skoro podwyższył pułap do 50 % /§ 2 ust. 3 zał. nr 4 do SIWZ – Wzór umowy/ w tym zakresie.

Jednocześnie, jeśli Zamawiający dysponuje jakimś dowodem wewnętrznym potwierdzającym jego stanowisko, to winien taki dowód złożyć na rozprawie, a nie składać jedynie oświadczenia o dysponowaniu doradcami za porównywalną cenę. Podobnie, co do stron internetowych, na których znajdują się informacje o możliwości wynajęcia sali za kwoty podane przez Przystępującego w wyjaśnieniach. Izba opiera się na dowodach zwłaszcza, w tak spornej sytuacji, jak w przedmiotowym stanie faktycznym. Jednocześnie, skoro Zamawiający uznawał wyjaśnienia za wystarczające i nie wymagające dowodów winien w sposób wiarygodny taką okoliczność wykazać (skąd czerpie swoją wiedzę specjalistyczną), a nie składać „gołosłowne” oświadczenia w tym zakresie.

Izba przeanalizowała przedmiot zamówienia w SIWZ aktualnie prowadzonego postępowania z SIWZ z 24.10.2016 r. z postępowania na „Świadczenie usług doradztwa biznesowego” złożonego wraz pisemnym uzupełnieniem stanowiska Odwołującego złożonym na rozprawie. W obu wypadkach mamy do czynienia ze świadczeniem usług doradztwa biznesowego. W obu wypadkach stwierdza się, że celem projektu jest

zwiększenie liczby nowych i trwałych mikroprzedsiębiorstw w Małopolsce. W obu wypadkach postępowanie ma na celu tworzenie biznesplanów. Jednocześnie, należy stwierdzić, że mamy do czynienia z tą samą usługą doradztwa biznesowego, ale w aktualnym postępowaniu zakres przedmiotu zamówienia jest szerszy, ale także obejmuje to co we wcześniejszym postępowaniu (wynika to z analizy str. 2 SIWZ z 24.10.2016 r. oraz str. 6 i 7 oraz str. 91 aktualnego SIWZ). Skoro tak, aktualna cena nijak ma się do wyższej ceny zaoferowanej ówczasie.

Nadto, Przystępujący potwierdził na rozprawie co do scenariusza obniżenia przedmiotu zamówienia o 50 %, że dopiero drugie wyjaśnienia odnosiły się do tej kwestii. Wynika więc z tego, że stanowisko Zamawiającego o wystarczającym charakterze pierwszych wyjaśnień jest tym bardziej niewiarygodne.

Dodatkowo, Izba podkreśla, że jeżeli Przystępujący uważał, że wymóg obniżenia o 50 % jest nieracjonalny z uwagi na dotychczasowe doświadczenia, to winien taką wiedzę podzielić się z Zamawiającym i pozostałymi Wykonawcami.

Izba zwraca także uwagę Przystępującemu, że to na nim spoczywa ciężar dowodzenia. Jeśli więc twierdzi, że można wynająć sale w Krakowie za cenę wynikającą z drugich wyjaśnień winien to udowodnić. Twierdzenia w tym zakresie z rozprawy świadczą o braku po stronie Przystępującego znajomości istoty ciężaru dowodu na nim spoczywającym. W przedmiotowym zakresie nie mamy w żadnym wypadku do czynienia z „oczywistością”, a tezy i odsyłanie do „wyszukiwarki”, to nieporozumienie. Przystępujący nie złożył żadnych dowodów. Izba zwraca uwagę, że zgodnie z art. 190 ust. 1 a pkt 1 Pzp – ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. Powołując się w tym miejscu dodatkowo na regulację art. 14 Pzp należy wskazać, że do czynności podejmowanych przez Zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej; przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 i ust.1 a Pzp. Postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania oraz Przystępujący (art. 190 ust. 1 a pkt 1 Pzp) i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Przepis art. 6 Kc wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi

skutki prawne: *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat* (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza). Tym samym w ocenie Izby, Przystępujący nie podał ciężącemu na nim obowiązku. Podobnie w wyroku KIO z 29.04.2016 r., sygn. akt: KIO KIO 596/16 – przy czym orzeczenie zostało w szczególności przywołane w kontekście kosztów wynajęcia sali w Krakowie: „W odniesieniu do obowiązku przedstawienia dowodów Izba wskazuje, że obowiązek ten spoczywa na wykonawcy w każdej sytuacji powołania się na okoliczności, w przypadku których możliwe jest przedłożenie dowodów. Poprzestanie w takiej sytuacji na oświadczeniu własnym wykonawcy jest niewystarczające i czyni wyjaśnienia gołosłownymi. Mogą oczywiście pojawić się w wyjaśnieniach takie okoliczności, w przypadku których złożenie dodatkowych dowodów nie jest niezbędne, a samo oświadczenie wykonawcy pokazuje prawidłowość kalkulacji ceny. Jeżeli jednak wykonawca powołuje się na takie okoliczności jak szczególnie niskie koszty zakupu materiałów/środków potrzebnych do wykonania zamówienia, innowacyjną politykę czy dysponowanie własnym sprzętem może i powinien załączyć do wyjaśnień stosowne umowy, oferty, dokumenty wewnętrzne firmy, które potwierdzą powyższe okoliczność.”

Izba zauważa także (odnosząc się do tez Przystępującego z rozprawy), że kwestia dołączenia 200/500 kart doradczych (bazując na doświadczeniu życiowym) nie jest czynnością angażującą niewielką ilość czasu i nic nie znaczącą, zważywszy, że ma służyć potwierdzeniu realizacji poszczególnych usług doradczych.

Należy również wskazać, że wszelkie niejasności w wyjaśnieniach Przystępującego, czy też braki, w konsekwencji skutkują na jego niekorzyść. Ta instytucja bowiem została po to dana Wykonawcom, aby mogli obronić swoją cenę, nie po to aby prowadzić nic nie znaczącą korespondencje między zainteresowanymi stronami. Przystępujący mimo wyraźnego wezwania do złożenia wyjaśnień w tym także złożenia dowodów (wezwanie z 04.07.2017 r.) żadnych dowodów nie złożył. Nadal jest bowiem aktualne stanowisko wynikające z orzecznictwa, że art. 90 ust.1 Pzp stanowi, że Zamawiający zwraca się do konkretnego wykonawcy, w określonych w tym przepisie warunkach, o udzielenie wyjaśnień, w tym o złożenie dowodów dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny. Powyższą regulację należy interpretować łącznie z dyspozycją art. 90 ust. 2 Pzp, który to przepis wprost wskazuje na obowiązek wykazania przez wykonawcę, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Tak więc, w świetle wskazanych regulacji prawnych, to wykonawca wszelkimi niezbędnymi środkami dostępnymi w danej sprawie i uzasadnionymi w konkretnym stanie faktycznym, powinien wykazać Zamawiającemu, że jego cena nie jest rażąco niska, pomimo wypełnienia się określonych ustawowych przesłanek podejrzenia rażąco niskiej ceny w jego ofercie. Przywołane przepisy nie określają nawet przykładowego katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Każdy więc dowód adekwatny

do konkretnej sytuacji może być przedstawiony przez wykonawcę Zamawiającemu, a następnie podlega on ocenie przez samego Zamawiającego.

Izba naturalnie pamięta o możliwości wieloetapowego wezwania do wyjaśnień (dopytywania), ale także w granicach pierwszych wyjaśnień, a nie ponad je. Izba wskazuje, że można wnosić o dowody dodatkowe, a nie dowody, których nie było, gdyż jest to przejaw (brak ich załączenia do wyjaśnień, czy też brak wskazania) – braku współpracy ze strony Wykonawcy. W przedmiotowym stanie faktycznym, Izba nie dopuszcza możliwości nakazania ponownego wezwania o wyjaśnienia – tzn. dopytywania (doprecyzowania), gdyż byłoby to ponad to, co zostało faktycznie złożone przez Odwołującego. Brak wiarygodnych wyjaśnień i dowodów – brak ich załączenia do wyjaśnień – to brak współpracy ze strony Wykonawcy. Podobnie w wyroku KIO z 14.06.2016 r., sygn. akt: KIO 962/16, czy też w wyroku KIO z 06.09.2016 r., sygn. akt: KIO 1598/16.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie o sygn. akt: KIO 1673/17 na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp w związku z § 13 ust. 3 zd. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j.: Dz. U. z 2014, poz. 964 oraz Dz. U. z 2017 r., poz.14), wydała w sprawach o sygn. akt: KIO 1637/17, sygn. akt: KIO 1673/17 orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 6 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 2010 r. Nr 41, poz. 238 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47). Izba uznała wniosek Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1637/17 o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, w maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia). Izba uznała wniosek Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1673/17 o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....