

WYROK

z dnia 30 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 września 2021 r. w Warszawie odwołania
wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 września 2021 r. przez

wykonawcę Kancelaria Adwokacka - Adwokat R.Z., ul. Sienna 10/4, 40-544 Katowice,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Komenda Wojewódzka Policji
w Katowicach, ul. Lompy 19, 40-038 Katowice,

przy udziale wykonawców:

- 1) J.J.-Z. Kancelaria Adwokacka, ul. Sienna 10/4, 40-544 Katowice,
- 2) Kancelaria Adwokacka Adwokat M.C.-Z., ul. Dąbrowskiego 58/4, 41-500 Chorzów,
- 3) Kancelaria Adwokacka A.Z.-P., ul. Sienna 10/4, 40-544 Katowice,
- 4) KKP K.K.P. Adwokaci i Radcowie Prawni spółka partnerska, Al. Roździeńskiego 1A, 40-202 Katowice,

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 226

ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 462 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, w zakresie, w jakim zarzut ten odnosi
się do ofert wykonawców: J.J.-Z. Kancelaria Adwokacka, Kancelaria Adwokacka

Adwokat M.C.-Z. oraz Kancelaria Adwokacka A.Z.-P..

2. uwzględnia odwołanie:

a) w zakresie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny w ofertach wykonawcy Adwokat G.M. Kancelaria Adwokacka w części nr 11 postępowania oraz wykonawcy Kancelaria Adwokacka A.K.-M. w części nr 23 postępowania i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w ww. częściach oraz wezwanie ww. wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących cen ich ofert w zakresie kosztów dojazdu do jednostek Policji w tych częściach postępowania,

- b) w zakresie zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty odwołującego i nakazuje

zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w częściach nr 5 i 25 postępowania, unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty w częściach nr 11 i 23 postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego w częściach nr 5, 11, 23 i 25 postępowania oraz wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień co do zakresu, w jakim zamówienie zostanie powierzone podwykonawcy,

3. oddala odwołanie w pozostałym zakresie, tj. w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia ofert wykonawców: Adwokat G.M. Kancelaria Adwokacka, Adwokat I.P.-P. Kancelaria Adwokacka oraz Kancelaria Adwokacka A. K.-M. w częściach nr 1, 3, 8, 16, 17, 18, 20, 21, 22, 24, 26 i 27 postępowania oraz w zakresie zarzutu dotyczącego niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego w części nr 14 postępowania,

4. kosztami postępowania obciąża odwołującego: Kancelaria Adwokacka - Adwokat R.Z., ul. Sienna 10/ 4, 40-544 Katowice w części 13/17 i zamawiającego: Komenda Wojewódzka Policji w Katowicach, ul. Lompy 19, 40-038 Katowice w części 4/17, i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

4.2. zasądza od zamawiającego: Komenda Wojewódzka Policji w Katowicach, ul. Lompy 19, 40-038 Katowice, na rzecz odwołującego: Kancelaria Adwokacka - Adwokat R.Z., ul. Sienna 10/4, 40-544 Katowice, kwotę 1 765 zł 00 gr (słownie: tysiąc siedemset sześćdziesiąt pięć złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 2644/21

UZASADNIENIE

Zamawiający - Komenda Wojewódzka Policji w Katowicach, ul. Lompy 19, 40-038 Katowice, prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Obsługa prawna dla 32 jednostek KMP/KPP garnizonu śląskiego Policji”, numer referencyjny: ZP-2380-79/2021. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 10.06.2021r., nr 2021/BZP 00078360/01.

Pismem z dnia 01.09.2021 r. zamawiający poinformował o odrzuceniu m.in. oferty Kancelaria Adwokacka - Adwokat R.Z., ul. Sienna 10/4, 40-544 Katowice (dalej: „odwołujący”) w częściach nr 5, 11, 14, 23 i 25, a także o wyborze najkorzystniejszej ofert oraz o unieważnieniu postępowania w poszczególnych częściach.

W dniu 06.09.2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1) zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez następujących wykonawców:

a) Kancelaria Adwokacka A.K. - M. (ul. Lelewela 15, lok. 27, 53-505 Wrocław);

b) Adwokat I.P.-P. Kancelaria Adwokacka (ul. Lelewela 15 lok. 27, Wrocław);

c) Adwokat G.M. Kancelaria Adwokacka (ul. Lelewela 15, lok. 27, 53-505 Wrocław);

- tj. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez niezastosowanie wskazanej tam przesłanki do odrzucenia ofert, których treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,

- a także naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, poprzez niezastosowanie wskazanej tam przesłanki do odrzucenia ofert, które zawierają rażąco niską cenę,

2) czynność odrzucenia oferty Odwołującego oraz wykonawców:

a) Kancelaria Adwokacka Adwokat M.C.-Z. (ul. Henryka Dąbrowskiego 58/4, 41-500 Chorzów),

b) Kancelaria Adwokacka Adwokat A.Z.-P. (ul. Sienna 10/4, 40-544 Katowice),

c) Adwokat J.J.-Z. Kancelaria Adwokacka (ul. Sienna 10/4, 40-544 Katowice)

- tj. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 462 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez bezzasadne uznanie, że ww. wykonawcy oświadczyli, że powierzają wykonanie całości zamówienia podwykonawcy, a przez to dokonanie odrzucenia pomimo braku przesłanki, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp,

3) zaniechanie wezwania Odwołującego oraz wykonawców, o których mowa w ppkt 2 do złożenia wyjaśnień,

- tj. naruszenie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonych ofert, odnośnie do szczegółowego wskazania w jakiej części zamierzają oni zlecić realizację zamówienia wskazanemu podwykonawcy,

4) dokonanie wyboru najkorzystniejszych ofert pomimo zaniechania odrzucenia ofert o których mowa w pkt 1 oraz niezgodnego z przepisami odrzucenia ofert o których mowa w pkt 2;

- tj. naruszenie art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybór wykonawców, których oferty podlegały odrzuceniu w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

W szczególności odwołujący wskazał, co następuje.

„(1) W niniejszym postępowaniu oferty złożyli m.in. następujący Wykonawcy:

a) Kancelaria Adwokacka A.K.-M. (ul. Lelewela 15, lok. 27, 53-505 Wrocław) - dla zadania 20, 21, 22, 23, 27.

b) Adwokat I.P.-P. Kancelaria Adwokacka (ul. Lelewela 15 lok. 27, Wrocław) - dla zadania 3, 14, 17, 18, 26;

c) Adwokat G.M. Kancelaria Adwokacka (ul. Lelewela 15, lok. 27, 53-505 Wrocław) - dla zadania 1, 8, 11, 16, 24;

(2) Pismem z dnia 6 lipca 2021 roku, Zamawiający wezwał ww. Wykonawców do złożenia wyjaśnień, dotyczących zaoferowanej ceny realizacji zamówienia w zakresie zadań, na które złożyli oferty, w związku z domniemaniem wystąpienia ceny rażąco niskiej. W dniach 7, 8 i 9 lipca 2021 r. wymieniani wyżej Wykonawcy złożyli Zamawiającemu stosowne wyjaśnienia. Ze względu na tożsamą treść pism wszystkich trzech ww. Wykonawców, zostaną one omówione poniżej łącznie. (...)

(5) Jak wynika z przytoczonych wyjaśnień ww. Wykonawców, założyli oni, że usługa głównie świadczona będzie za pomocą poczty elektronicznej, bez konieczności stawiania się w siedzibie Zamawiającego na jego życzenie. Powyższe stoi w jawnej sprzeczności z zapisami zawartymi w SWZ, w których Zamawiający wyraźnie przewiduje kontakt osobisty z Wykonawcą w siedzibie KMP/KPP. Ponadto Wykonawcy, jak wynika ze złożonych wyjaśnień, mają zamiar swój obowiązek stawiennictwa w siedzibie Zamawiającego przerzucić niejako na rzecz Zamawiającego, którego to pracownicy mieli by stawiać się w siedzibie Wykonawców we Wrocławiu. Mając na względzie fakt, że postępowanie dotyczy obsługi prawnej jednostek garnizonu śląskiego, a siedziba Wykonawców jest we Wrocławiu, tj. oddalona około 200 km od jednostek, założenie to wydaje się nie tylko kuriozalne ale mogłoby rodzić po stronie Zamawiającego ogromne koszty, które mogłyby być znacząco wyższe od wskazanej w ofertach przez Wykonawców ceny za miesięczną obsługę. Na marginesie należy podkreślić, że Odwołujący ma ponad 7 letnie doświadczenie w obsłudze jednostek garnizonu śląskiego i doskonale wie, że bardzo wielu przypadkach niezbędny jest kontakt osobisty którego nie można zastąpić świadczeniem usługi na odległość za pomocą środków komunikacji takich jak poczta czy telefon.

(6) Przyjęcie powyższych założeń przez Wykonawców, polegających na uznaniu że wystarczające może okazać się świadczenie realizacji przedmiotu zamówienia na odległość: „zlecenie opinii, informacji prawnych, przygotowanie pism oraz decyzji i innych aktów prawnych odbywa się poprzez przesłanie dokumentów Poczta Polską lub przyjazd pracowników poszczególnych komend - w ramach obowiązków służbowych - do Kancelarii i

załatwienie sprawy na miejscu" jest niezgodne z zapisami SWZ - Sekcją IV - Opis przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie oferty wykonawców o których mowa w (1), powinny podlegać odrzuceniu w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jako oferty, których treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. (...)

(11) Wykonawcy o których mowa w (8), w swoich wyjaśnieniach nie tylko nie złożyli żadnych dowodów, ale także w żaden sposób nie przedstawili wyliczenia zaoferowanej ceny lub istotnych części składowych ceny. Ograniczyli się jedynie do wskazania, że ceny jakie zaoferowali nie odbiegają znacząco od kwot jakie Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz od ceny za jakie były świadczone usługi w latach poprzednich. Powyższe jednak w żaden sposób nie wykazuje, że ceny zawarte w ich ofertach nie są rażąco niskie, wręcz przeciwnie, zdaniem Odwołującego wyjaśnienia te utwierdzić powinny Zamawiającego w przekonaniu, że przy kalkulowaniu ww. cen Wykonawcy nie uwzględnili wszystkich kosztów jakie będą się wiązać z należyłą realizacją zamówienia. Tymczasem obowiązkiem wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. (...)

(12) Wykonawcy w swoich wyjaśnieniach, odnosząc się do cen usług za ubiegłe lata, pominęli najważniejszy fakt, jaki wpływ będzie miał na koszt świadczenia obsługi, a mianowicie koszt dojazdu z siedziby Wykonawców do siedziby Zamawiającego. Wszyscy trzej Wykonawcy wykonują swoją działalność we Wrocławiu, natomiast wszystkie jednostki o obsługę których się ubiegają znajdują się w województwie śląskim. Do najbliższej jednostki w Raciborzu siedziba Wykonawcy jest oddalona o 160 km, a do najdalszej w Mysłowicach o 205 km. Już same koszty dojazdu raz w tygodniu przewyższają cenę za miesięczną obsługę.

(13) Dojazd samochodem do najbliższej jednostki będzie generował koszt w wysokości: 1069,84 zł - jeden dyżur 2 x 160 km - tj. 267,46 zł w obie strony x 4 dyżury w miesiącu = 1069,84 zł (w oparciu o ryczałt za kilometr zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 25.03.202 roku) przy cenie zaoferowanej cenie 465 zł brutto. Dojazd pociągiem to kwota 263,20 - 32,90 zł brutto w relacji Wrocław-Katowice, to oznacza koszt w obie strony 65,80 złotych, tj. przy 4 dyżurach 263,2 złote. Przy czym czas dojazdu w obie strony, czy to samochodem czy to pociągiem będzie wynosił co najmniej 4 godziny jednego dnia.

(14) Tym samym nawet zakładając dojazd na dyżury tańszym środkiem transportu tj. pociągiem po odjęciu kosztów podróży zostaje 202,00 złote brutto (465-263). Zgodnie z OPZ, Zamawiający wymaga co najmniej 4 dyżurów po 4 godziny każdy, co daje nam w ciągu miesiąca 16 godzin. To przy przyjętych wyżej wyliczeniach daje nam stawkę za godzinę pracy Wykonawcy na dyżurze 12,62 złote. Doliczając zaś czas potrzebny do podróży tj. co najmniej ok. 4 godziny dojazdu na jeden dyżur, w skali miesiąca daje to 16 godzin czy stawka maleje do 6,31 złotych za godzinę pracy radcy prawnego. Przy czym wyliczenia te nie uwzględniają dodatkowych spotkań w siedzibie Zamawiającego na życzenie komendanta, kosztów dojazdów i czasu niezbędnego do reprezentacji KMP przed sądami i innymi organami zgodnie z OPZ.

(15) Powyższe wyliczenia, które w sposób bezsprzeczny pokazują cenę nierealną i nierynkową, nie obejmują żadnych innych kosztów jakie należałoby wziąć pod uwagę: najem lokalu, media, sprzęt teleinformatyczny, koszt zatrudnienia aplikantów (Wykonawcy w wyjaśnianych wskazują, że usługę będą świadczyć także aplikanci), daniny publiczne, składki korporacyjne, ubezpieczenie, czy ryzyko kar umownych.

(16) W świetle powyższego zaoferowana cena nie tylko nie pozwala świadczyć usług za minimalną stawkę za godzinę określoną przepisami prawa, ale wręcz wskazuje, że Wykonawcy, żeby świadczyć należycie przedmiot zamówienia będą musieli do obsługi tej dopłacać. Być może aby tego uniknąć, Wykonawcy zamierzają przerzucić koszt dojazdów na Zamawiającego, wynika tak bowiem w treści ich wyjaśnień gdzie wskazują, że „...zdarza się, że zlecenie opinii, informacji prawnych, przygotowanie pism oraz decyzji i innych aktów prawnych odbywa się poprzez przesłanie dokumentów Poczta Polska lub przyjazd pracowników poszczególnych komend - w ramach obowiązków służbowych - do Kancelarii i załatwienie sprawy na miejscu.” Warto podkreślić, że w swoich ofertach Wykonawcy nie wskazywali też żadnych podwykonawców z terenu województw śląskiego w celu uniknięcia kosztów dojazdu. (...)

(18) Pismem z dnia 1 września 2021 roku, Odwołujący został poinformowany o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz odrzuceniu ofert w postępowaniu, w tym oferty Odwołującego. Jako uzasadnienie prawne wskazano, że zgodnie z art. 426 ust. 1 w związku z art. 462 ust. 2 ustawy Pzp, wykonawca może powierzyć części zamawiania podwykonawcy. Zamawiający w Sekcji XI pkt 2 SWZ zażądał wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani. Zamawiający wskazał w uzasadnieniu, że zgodnie

z art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy. W uzasadnieniu faktycznym stwierdzono, że w złożonej przez Odwołującego ofercie wskazał on, iż zamówienia w zakresie bieżącej obsługi zgodnie z opisem Przedmiotu Zamówienia przy pomocy podwykonawcy: „JZP Kancelaria Adwokacka” co wskazuje na pełen zakres wykonawstwa.

(19) Z powyższym stanowiskiem Zamawiającego nie sposób się zgodzić. Już sam fakt tego czy zgodne z przepisami jest zlecenie podwykonawcy całości zamówienia jest dyskusyjny, bowiem liczne orzecznictwo dopuszcza taką możliwość. Niemniej jednak Odwołujący nie zamierzał zlecać podwykonawcy całości zamówienia, a Zamawiający błędnie w tym względzie zinterpretował ofertę Odwołującego.

(20) Wskazać należy, że Przepis 426 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania przez wykonawcę firm podwykonawców. Z uwagi na fakt, że ustawodawca nie precyzuje, w jaki sposób wykonawca ma określić część zamówienia przeznaczoną do powierzenia podwykonawcy przyjmuje się, że wykonawca powinien więc ogólnie podać zakres prac albo rodzaj prac, które zamierza powierzyć podwykonawcy. (...)

(23) Odwołujący niemniej jednak w ramach niniejszego zamówienia, planuje świadczyć usługi głównie osobiście, wspomagając się jedynie doświadczeniem, które formalnie nabyła Spółka, w której jest Partnerem. Zarówno postanowienia art. 426 ustawy Pzp jak i treść oferty jest w tym względzie dość ogólna. W związku ze szczególnym charakterem jaką usługi jaką są usługi prawne nie sposób wskazać wyraźnych części przedmiotu zamówienia, które będą podlegały zleceniu podwykonawcy. Specyfika świadczenia usług prawnych jest odmienna od np. robót budowlanych, gdzie z łatwością wykonawcy mogą wskazać na poszczególne części zamówienia, jak np. wykonanie masy bitumicznej, czy dostawa pisaku na teren budowy. Odwołujący nie może wskazać bowiem które opinie prawne zostaną sporządzone przez niego osobiście, a które w ramach podwykonawstwa, które decyzje zostaną parafowane przez niego osobiście, a które np. z uwagi na swój pilny charakter przez radcę prawnego zatrudnionego u podwykonawcy. Nie da się bowiem przewidzieć ani zagadnień przyszłych zleceń ani terminu ich wykonania. Z tego względu, odwołujący posłużył się ogólnym sformułowaniem „bieżąca obsługa zgodna z OPZ”.

(24) Sformułowanie to nie oznacza, iż cała bieżąca obsługa jednostek KMP/KPP w całym możliwym zakresie będzie świadczona przez podwykonawcę, a jedynie to, iż we wszystkich świadczonych usługach przez Odwołującego osobiście, będzie on miał możliwość polegania na doświadczeniu zarówno swoim nabytym w ramach świadczenia usług w „JZP Kancelaria Adwokacka” jak i całego zespołu podwykonawcy. Nie można jednak odczytywać tego jako zamiar zlecenia podwykonawcy realizacji zamówienia w 100%. Nie wynika to ani z woli Odwołującego ani z treści złożonej przez niego oferty. Taka interpretacja przez Zamawiającego jest nadużyciem i nie znajduje podstaw ani faktycznych, ani prawnych. (...)

(26) Odrzucenie przez Zamawiającego ofert wykonawców, w tym Odwołującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp nie znajduje oparcia w zarówno w stanie faktycznym jak i w obowiązujących przepisach, dlatego odwołujący wnosi o unieważnienie czynności odrzucenia ofert na tej podstawie. (...)

(27) Abstrahując od rozważań zawartych w pkt (18) do (26), należy zwrócić uwagę na zaniechanie czynności wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonych ofert, jakiego dopuścił się Zamawiający. Pismem z dnia 1 września 2021 roku, Odwołujący został poinformowany o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz odrzuceniu ofert w postępowaniu, w tym oferty Odwołującego. Przy czym Zamawiający wcześniej nie zwracał się do Wykonawców o złożenie wyjaśnień w zakresie treści złożonych ofert. (...)

(29) Powyższego obowiązku Zamawiający nie dopełnił w stosunku do żadnego z Wykonawców, których oferty odrzucił na wskazanej w pkt (18) podstawie. Tym samym naruszył dyspozycję art. 223 ustawy Pzp, wobec czego odwołujący wnosi o nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia ofert wobec wskazanego zaniechania i przyjęcie wyjaśnień jakie w tym zakresie Odwołujący złożył w niniejszym odwołaniu lub zobowiązanie Zamawiającego do wezwania Wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert w zakresie sprecyzowania części jakie zamierzają zlecić podwykonawcy. (...)"

W związku z powyższym odwołujący wniosł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru ofert polegającej na wyborze ofert następujących wykonawców:
 - a) Kancelaria Adwokacka A.K.-M. - dla zadań 20, 21, 22, 23, 27,
 - b) Adwokat I.P.-P. Kancelaria Adwokacka - dla zadań 3, 14, 17, 18, 26,

- c) Adwokat G.M. Kancelaria Adwokacka - dla zadań 1, 8, 11, 16, 24,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia ofert wykonawców, o których mowa w pkt 1 ppkt 2, w tym oferty Odwołującego,
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu dla zadań 1, 3, 8, 11, 14, 16, 17, 18, 20, 21, 22, 23, 24, 26 i 27,
- 4) odrzucenia ofert zawierających rażąco niską cenę wykonawców:
 - a) Kancelaria Adwokacka A.K.-M. - dla zadania 20, 21, 22, 23, 27,
 - b) Adwokat I.P.-P. Kancelaria Adwokacka - dla zadania 3, 14, 17, 18, 26,
 - c) Adwokat G.M. Kancelaria Adwokacka - dla zadania 1, 8, 11, 16, 24,
- 5) dokonania wyboru najkorzystniejszych ofert z uwzględnieniem czynności o których mowa w ppkt 2, 3 i 4.

Pismami z dnia 10.09.2021 r. następujący wykonawcy zgłosili przystąpienia po stronie odwołującego:

- 1) J. J.-Z. Kancelaria Adwokacka, ul. Sienna 10/4, 40-544 Katowice,
- 2) Kancelaria Adwokacka Adwokat M.C.-Z., ul. Dąbrowskiego 58/4, 41-500 Chorzów,
- 3) Kancelaria Adwokacka A.Z.-P., ul. Sienna 10/4, 40-544 Katowice,
- 4) KKP K.K.P. Adwokaci i Radcowie Prawni spółka partnerska,

Roździeńskiego 1A, 40-202 Katowice,

Al.

Izba stwierdziła, że przystąpienia zostały dokonane skutecznie.

W trakcie posiedzenia odwołujący oświadczył, że cofa zarzut dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 462 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, w zakresie, w jakim zarzut ten dotyczy ofert innych wykonawców niż on sam, tj. ofert wykonawców: J.J.-Z. Kancelaria Adwokacka, Kancelaria Adwokacka Adwokat M.C.-Z. oraz Kancelaria Adwokacka A.Z.-P.. W ww. wskazanym zakresie postępowanie odwoławcze podlegało zatem umorzeniu (art. 568 pkt 1 ustawy Pzp).

W zakresie pozostałych zarzutów w trakcie posiedzenia i rozprawy strony podtrzymały swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest obsługa prawna dla 32 jednostek KMP/KPP garnizonu śląskiego Policji. Zamówienie zostało podzielone na 32 części. Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych na maksymalnie 5 części.

W pkt 5 sekcji IV swz, zamawiający wskazał: Usługi prawnicze, w zależności od potrzeb, mogą być świadczone drogą telefoniczną, elektroniczną, faksową, w siedzibie Wykonawcy, w siedzibie KMP/KPP, przy czym Zamawiający wymaga, aby Wykonawca co najmniej raz w tygodniu przez 4 godziny świadczył usługę w siedzibie Zleceniodawcy (przy zapewnieniu warunków lokalowych i technicznych do wykonywania określonych umową zadań). Potwierdzeniem obecności w ramach pełnionego dyżuru będzie ewidencja godzin, na której Wykonawca potwierdzi swoją obecność. Ewidencja winna być zatwierdzona przez Zleceniodawcę. W uzasadnionych okolicznościach, w sprawach pilnych lub gdy będzie konieczny kontakt osobisty, przedstawiciel Wykonawcy zobowiązany jest przyjechać osobiście do siedziby jednostki po wcześniejszym zawiadomieniu przez Komendanta Miejskiego/Powiatowego, jego zastępcę lub osobę przez nich upoważnioną w terminie 1 dnia od powiadomienia.

W sekcji XI swz zamawiający wskazał:

1. Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy.
2. Zamawiający żąda wskazania przez Wykonawcę, w ofercie, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani. Wskazanie powyższego następuje na załączniku nr 1 do SWZ. W przypadku, gdy Wykonawca nie zamierza wykonywać zamówienia przy udziale podwykonawców, należy wpisać w załączniku nr 1 do SWZ „nie dotyczy” lub inne podobne sformułowanie. Jeżeli Wykonawca zostawi ten punkt formularza niewypełniony (puste pole) Zamawiający uzna, iż zamówienie zostanie wykonane siłami własnymi, bez udziału podwykonawców.
3. Powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcom nie zwalnia Wykonawcy z odpowiedzialności za należyte wykonanie zamówienia.

Jedynym kryterium oceny ofert była cena. Wykonawca w formularzu ofertowym (załącznik nr 1 do swz) miał podać cenę ryczałtową miesięczną za świadczenie usługi.

Odwołujący złożył oferty w pięciu częściach zamówienia nr: 5, 11, 14, 23 i 25. W części nr 5 i 25 jego oferta była najtańsza, natomiast w częściach nr 11, 14 i 23 jego oferta zajmowała drugie miejsce w rankingu ofert pod względem ceny.

W pkt 2 formularza ofertowego odwołujący wskazał: „Oświadczam, że przedmiot zamówienia wykonam nakładem własnym/z udziałem podwykonawcy/ców**, którym zamierzam powierzyć: zakres: bieżąca obsługa zgodnie z OPZ****, który wykona firma: „JZP Kancelaria Adwokacka” J.Z., Z.P., Z. i Partnerzy spółka partnerska, ul. Sienna 10/4, 40 544, Katowice”.

Pismem z dnia 23.07.2021 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszych ofert w poszczególnych częściach zamówienia. W częściach, w których odwołujący złożył oferty, za najkorzystniejsze zostały uznane:

- część nr 5 - oferta odwołującego,
- część nr 11 - oferta adwokata G.M.,
- część nr 14 - oferta adwokata I.P.-P.,
- część nr 23 - oferta adwokata A.K.-M.,
- część nr 25 - oferta odwołującego,

Pismami z dnia 06.07.2021 r. m.in. wykonawcy: adwokat G.M., adwokat I.P.-P. oraz adwokat A.K.-M., zostali wezwani w poszczególnych częściach postępowania do złożenia wyjaśnień w przedmiocie cen ich ofert. Wykonawcy udzielili wyjaśnień.

W dniu 28.07.2021 r. jeden z wykonawców wniósł odwołanie, które zostało przez Izbę oddalone (wyrok z dnia 24.08.2021 r., sygn. akt KIO 2272/21).

Pismem z dnia 04.08.2021 r. zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszych ofert.

Pismem z dnia 01.09.2021 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszych ofert w poszczególnych częściach postępowania. W częściach, w których odwołujący złożył oferty zamawiający wskazał:

- część nr 5 - postępowanie zostało unieważnione z powodu tego, że kwota najkorzystniejszej oferty przekracza kwotę na sfinansowanie zamówienia,
- część nr 11 - za najkorzystniejszą została uznana oferta adwokata G.M.,

- część nr 14 - za najkorzystniejszą została uznana oferta adwokat I.P.-P.,
- część nr 23 - za najkorzystniejszą została uznana oferta adwokat A.K.-M.,
 - część nr 25 - postępowanie zostało unieważnione z powodu tego, że kwota najkorzystniejszej oferty przekracza kwotę na sfinansowanie zamówienia.

W piśmie tym zamawiający poinformował też o odrzuceniu m.in. oferty odwołującego w częściach nr 5, 11, 14, 23, 25. W uzasadnieniu zamawiający wskazał:

„Wykonawca w złożonej ofercie wskazał, iż wykona zamówienie w zakresie bieżącej obsługi zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia przy pomocy podwykonawcy: JZP Kancelaria Adwokacka” J.-Z., Z.-P., Z. i Partnerzy Spółka partnerska, ul. Sienna 10/4, 40-544 Katowice, co wskazuje na pełen zakres wykonawstwa.

(...) Zgodnie z art. 462 ust 1 w związku z art. 462 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (...) Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Zamawiający w Sekcji XI pkt. 2 SWZ żądał wskazania przez Wykonawcę w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Prawo zamówień publicznych (...) Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy”.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba musiała ustalić, czy istnieje po stronie odwołującego interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności i zaniechania zamawiającego (art. 505 ust. 1 ustawy Pzp), a także czy nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Należy zauważyć, że odwołujący złożył oferty w częściach postępowania nr 5, 11, 14, 23 i 25, natomiast zarzuty odwołania (nie licząc wycofanych) odnoszą się też do zaniechań zamawiającego w częściach, w których odwołujący nie złożył ofert. Dotyczy to następujących części: 1, 8, 16, 24 (zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy adwokata G.M.), 3, 17, 18, 26 (zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy adwokata

I.P.-P.) oraz 20, 21, 22, 27 (zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy adwokata A.K.-M.).

Zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W niniejszej sprawie należy zacząć od tego, że w częściach, w których odwołujący nie złożył ofert, nie jest on w ogóle wykonawcą w rozumieniu art. 7 pkt 30 ustawy Pzp. Odwołujący nie złożył bowiem oferty w tych częściach, nie ubiega się w nich o zamówienie i nie zawarł umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący jest wprawdzie wykonawcą, który oferuje na rynku usługi będące przedmiotem zamówienia, ale ta część definicji „wykonawcy” w kontekście ustalenia interesu we wniesieniu odwołania odnosi się do sytuacji, w której odwołanie dotyczy np. ogłoszenia o zamówienie lub treści dokumentów zamówienia (swz) albo niekonkurencyjnego trybu udzielenia zamówienia (np. trybu z wolnej ręki). Nie jest natomiast wykonawcą podmiot, który w danym postępowaniu lub jego części, nie złożył w ogóle oferty, a odwołanie dotyczy czynności badania i oceny ofert, w tym wyboru najkorzystniejszej oferty.

Nie można się przy tym zgodzić z odwołującym, że z powodu złożenia ofert w kilku częściach postępowania przysługuje mu przymiot „wykonawcy” we wszystkich częściach. Podział zamówienia na części polega na tym, że w wyniku zamieszczenia jednego ogłoszenia o zamówieniu (w trybach konkurencyjnych) zamawiający prowadzi w istocie dwa lub więcej postępowań częściowych, z których każde toczy się niezależnie od siebie: mogą obowiązywać w nich inne warunki udziału w postępowaniu, inne wymagania przedmiotowe zamawiającego, oferty mogą składać różni wykonawcy, postępowania te mogą kończyć się w innym czasie, przy czym jedne mogą kończyć się wyborem oferty najkorzystniejszej, inne - unieważnieniem postępowania. W konsekwencji również to, który podmiot ma status

„wykonawcy” ustala się w każdej części postępowania osobno. Z przyczyn wskazanych wyżej, odwołujący nie jest „wykonawcą” w częściach, w których nie złożył oferty.

Z tych samych przyczyn odwołujący nie jest także „innym podmiotem”, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. „Inny podmiot” może mieć bowiem interes we wniesieniu odwołania wtedy, gdy dotyczy ono np. wskazanych już wyżej postanowień ogłoszenia o zamówienia lub treści dokumentów zamówienia (swz) albo niekonkurencyjnego trybu udzielenia zamówienia (np. trybu z wolnej ręki). W przypadku natomiast kwestionowania czynności zamawiającego dokonywanych po otwarciu ofert, dotyczących zwłaszcza badania i oceny ofert, w tym wyboru najkorzystniejszej oferty, podmiot wnoszący odwołanie musi mieć status wykonawcy (lub uczestnika konkursu), aby mieć interes we wniesieniu odwołania.

Niezależnie od statusu odwołującego w częściach, w których nie złożył on odwołania, przede wszystkim należy stwierdzić, że w częściach tych odwołujący nie ma interesu w uzyskaniu zamówienia i nie może ponieść szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Skoro bowiem nie złożył ofert w ww. częściach, to ewentualne uwzględnienie odwołania przez Izbę, nie spowoduje, że będzie mógł uzyskać w nich zamówienia i że poniesie jakąkolwiek szkodę w wyniku nieuzyskania tych zamówień.

Izba nie podzieliła przy tym stanowiska odwołującego, zgodnie z którym jego interes polega na tym, że w wyniku uwzględnienia odwołania, zamawiający być może będzie zmuszony do unieważnienia postępowania w częściach, w których odwołujący nie złożył ofert, co pozwoli mu ubiegać się o te zamówienia w kolejnym wszczętym postępowaniu. Na interes w unieważnieniu postępowania i wszczęciu kolejnego wskazywał Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 11.05.2017 r. w sprawie C-131/16 Archus et Gama, w którym stwierdzono, że „dyrektywę 92/13 należy interpretować w ten sposób, że w sytuacji takiej jak ta rozpatrywana w postępowaniu głównym, w której w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożono dwie oferty, a instytucja zamawiająca wydała jednocześnie dwie decyzje, odpowiednio, o odrzuceniu oferty jednego z oferentów i o udzieleniu zamówienia drugiemu, odrzucony oferent, który zaskarżył obie te decyzje, powinien mieć możliwość żądania wykluczenia oferty wygrywającego oferenta, w związku z czym pojęcie „danego zamówienia” w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13 może w danym razie dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”. Podobne stanowisko Trybunał zajął w wyroku z dnia 05.04.2016r. w sprawie C-689/13 Puligenica Facility Esco (PFE). W ww. wyrokach TSUE uznał zatem, że wykonawca, który liczy na wszczęcie przez zamawiającego kolejnego postępowania, w którym będzie mógł wziąć udział - ma interes we wniesieniu odwołania, ale dotyczyło to wykonawcy uczestniczącego już w tym postępowaniu, którego dotyczyło odwołanie. Tymczasem odwołujący w obecnie toczącym się postępowaniu nie złożył ofert w częściach nr 1, 8, 16, 24, 3, 17, 18, 26, 20, 21, 22 i 27, zatem wyżej wskazane stanowisko TSUE nie dotyczy jego sytuacji. Tym samym, wobec niezłożenia ofert w ww. częściach, nie można uznać, że odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania w tych częściach z uwagi na ewentualną możliwość wszczęcia przez zamawiającego nowego postępowania.

Interes we wniesieniu odwołania stanowi materialnoprawą przesłankę wniesienia odwołania, której niespełnienie skutkuje oddaleniem odwołania. Wobec powyższego odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących części nr 1, 8, 16, 24, 3, 17, 18, 26, 20, 21, 22 i 27 postępowania, podlegało oddaleniu.

Jedynie na marginesie, Izba dodaje, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej można również spotkać się ze stanowiskiem, że w omawianej sytuacji wniesienia odwołania w częściach, w których odwołujący nie wniósł oferty, odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp, tj. z powodu wniesienia go przez podmiot nieuprawniony (por. postanowienie z dnia 10.02.2020 r. o sygn. akt KIO 225/20 wydane w oparciu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym przed 01.01.2021 r., co nie zmienia aktualności wyrażonego w tym postanowieniu stanowiska również w świetle obecnie obowiązujących przepisów). Bez względu jednak na przyjętą przez Izbę podstawę prawną przy ocenie tego zagadnienia, nie ulega wątpliwości, że zarzuty dotyczące tych części postępowania, w których odwołujący nie złożył oferty, nie podlegają merytorycznemu rozpoznaniu przez Izbę.

W zakresie pozostałych zarzutów podniesionych w odwołaniu, tj. dotyczących innych części niż wymienione powyżej, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność zamawiającego. Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Odnosząc się do pierwszego z podniesionych zarzutów, tj. zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia przez zamawiającego ofert wykonawców: adwokata G.M., adwokata I.P.-P. oraz adwokata A.K.-M., z powodu rażąco niskiej ceny, przede wszystkim należy wskazać, że Izba rozpoznawała te zarzuty w odniesieniu do części nr 11, 14 i 23, w których odwołujący złożył oferty, a zatem posiada interes we wniesieniu odwołania.

Zgodnie z art. 224 ust. 1, ust. 2 pkt 1 oraz ust. 6 ustawy Pzp:

1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.
2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert

niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia,

6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 i 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,
- 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Co do ofert wykonawców: adwokata G.M. w części nr 11 postępowania oraz adwokata A.K.-M. w części nr 23 postępowania, odwołujący zakwestionował w odwołaniu ceny ich ofert wskazując na siedzibę tych wykonawców we Wrocławiu oraz obliczone przez niego koszty dojazdu do jednostek policji w województwie śląskim, zarówno samochodem, jak i pociągiem. Zamawiający przyznał na rozprawie, że nie analizował kwestii kosztów dojazdów tych wykonawców do właściwych jednostek (część nr 11 - Jaworzno, część nr 23 - Siemianowice Śląskie), natomiast udzielone przez nich wyjaśnienia w zakresie odnoszącym się do doświadczenia i porównania cen ofert do cen z postępowania prowadzonego w 2018 r. przekonały go, że ceny tych ofert są skalkulowane właściwie. Ww. wykonawcy nie przystąpili do postępowania odwoławczego i w związku z tym nie przedstawili swojego stanowiska w sprawie.

Faktem jest, że zamawiający wymagał w swz, aby wykonawca co najmniej raz w tygodniu przez 4 godziny świadczył usługę w siedzibie zlecniodawcy i że ww. wykonawcy posiadają siedzibę we Wrocławiu. Wyliczenia odwołującego odnoszące się do kosztów dojazdu do jednostek w województwie śląskim nie zostały zakwestionowane przez zamawiającego.

Jednocześnie podkreślenia wymaga, że Izba jest związana treścią i zakresem zarzutów zawartych w odwołaniu (art. 555 ustawy Pzp), natomiast nie jest związana treścią i zakresem wniosków wskazanych w odwołaniu.

W orzecznictwie Izby ugruntowany jest pogląd, zgodnie z którym przesłanką decydującą o tym, czy zasadne jest powtórne wezwanie wykonawcy o wyjaśnienia, jest treść udzielonych przez niego pierwotnie wyjaśnień. Zamawiający mają bowiem prawo ponowić wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, ale mają też obowiązek mieć na uwadze treść art. 16 ustawy Pzp, który przewiduje podstawowe zasady udzielania zamówień, tj. zachowanie m.in. przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W świetle tych zasad zamawiający może ponownie wezwać wykonawcę do wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny, ale jedynie wtedy, kiedy wykonawca już za pierwszym razem udzielił konkretnych, spójnych wyjaśnień, które tylko w niektórych kwestiach wymagają doprecyzowania czy uzupełnienia. Natomiast nie można ponownie

wzywać o wyjaśnienia wykonawcy, który wprawdzie udzielił zamawiającemu odpowiedzi, ale którego pierwotne wyjaśnienia z uwagi na ich ogólnikowość, lakoniczność lub wzajemną sprzeczność, w żaden sposób nie tłumaczą, skąd wynika taka a nie inna cena oferty.

W przedmiotowej sprawie Izba ustaliła, że wyjaśnienia udzielone przez ww. wykonawców, zwłaszcza w świetle ogólnej treści wezwania zamawiającego, są jasne i spójne. Wymagają natomiast doprecyzowania w zakresie kosztów dojazdu do właściwych jednostek policji, zwłaszcza że zamawiający nie formułował konkretnego zapytania w tym zakresie.

Dlatego też Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia ofert ww. wykonawców w części nr 11 i nr 23 i nakazała zamawiającemu wezwanie tychże wykonawców do złożenia wyjaśnień w przedmiocie kosztów dojazdu do jednostek policji w Jaworznie i Siemianowicach Śląskich.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że fragment wyjaśnień obu ww. wykonawców, w którym wskazują oni, że „na ogół Komendanci poszczególnych jednostek nie wymagają dodatkowej osobistej obecności prawnika w komendzie, przekraczającej uzgodnione w umowach dyżury często (szczególnie w dobie pandemii COVID-19)” nie dowodzi niezgodności ich ofert z warunkami zamówienia. We fragmencie tym mowa jest o dodatkowej osobistej obecności prawnika, chodzi zatem o obecność - co zostało jasno wskazane - poza obowiązującymi dyżurami. Tym samym nie można uznać, że z fragmentu tego wynika, że ww. wykonawcy nie uwzględniają w zakresie swoich usług obligatoryjnych dyżurów wymaganych w swz. Dlatego też zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie jest zasadny.

Co do oferty wykonawcy adwokat I.P.-P. należy zauważyć, że pismem z dnia 06.07.2021 r. była ona wezwana przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień jedynie w części nr 18 i 26 postępowania, tj. w tych częściach, w których odwołujący nie ma interesu we wniesieniu odwołania i dlatego odwołanie zostało w zakresie tych części oddalone. Natomiast w części nr 14, w której odwołujący złożył ofertę, a zatem ma interes we wniesieniu odwołania, ww. wykonawca nie był jeszcze w ogóle wzywany do złożenia wyjaśnień co do ceny jego oferty. Tymczasem w myśl art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp zamawiający zobligowany jest przed ewentualnym odrzuceniem oferty z powodu rażąco niskiej ceny, do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Jak wskazano wyżej, wykonawca adwokat I.P.-P. nie była wzywana do złożenia wyjaśnień w części nr 14 postępowania, zatem zarzut zaniechania odrzucenia jego oferty jest przedwczesny i niezasadny. Natomiast zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 224 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp nie został podniesiony w odwołaniu. Dlatego odwołanie w tym zakresie zostało oddalone.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego, należy w pierwszej kolejności wskazać, że zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń, przy czym niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

W przedmiotowej sprawie zamawiający posługiwał się w swz sformułowaniami: „powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy”, „części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom”, zaś w formularzu ofertowym znajdował się wzór oświadczenia o treści:

„Oświadczam, że przedmiot zamówienia wykonam nakładem własnym/z udziałem podwykonawcy/ców *, którym zamierzam powierzyć: a) zakres:.....”.

Tym samym zamawiający posługiwał się pojęciem „części” lub „zakresu” zamówienia, który zostanie powierzony podwykonawcy. W żadnym postanowieniu swz zamawiający nie dopuścił możliwości powierzenia podwykonawcy całości zamówienia.

Jednocześnie należy zauważyć, że odwołujący w formularzu ofertowym nie wskazał jednoznacznie, że zamierza powierzyć podwykonawcy całość zamówienia. Odwołujący wskazał jedynie, że zamierza powierzyć: „zakres: bieżąca obsługa zgodnie z OPZ”. Tym samym sformułowanie użyte przez odwołującego nie określa jednoznacznie zakresu usługi, który zostanie powierzony podwykonawcy, w szczególności odwołujący nie określił tego zakresu np. przez wskazanie rodzaju powierzanych czynności lub wskazanie sytuacji,

w których będzie dochodzić do powierzenia usługi podwykonawcy, ale też nie użył sformułowań typu: całość obsługi, pełna obsługa, wszystkie czynności składające się na obsługę. Tym samym sformułowanie użyte przez odwołującego wymaga doprecyzowania, bowiem jego oferta w tym zakresie nie jest jasna.

W tym miejscu należy zauważyć, że zgodnie z art. 233 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający „może” wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień, niemniej jednak zgodnie z jednolitą linią orzecniczą (por. wyrok z dnia 10.02.2021 r. o sygn. akt KIO 209/21) w celu rzetelnego dokonania czynności badania i oceny ofert oraz zachowania zasad, o których mowa w art. 16 ustawy Pzp, zamawiający ma też obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień co do treści jego oferty, jeżeli ta treść budzi wątpliwości. Wyjaśnienia wykonawcy nie mogą prowadzić do zmiany treści jego oferty, w szczególności poprzez jej uzupełnienie o treści nieistniejące wcześniej lub zmianę treści znajdujących się w tej ofercie.

W niniejszej sprawie odwołujący w sposób niejednoznaczny sformułował swoje oświadczenie co do powierzenia usługi podwykonawcy. W tej sytuacji zamawiający zobowiązany jest wezwać odwołującego do złożenia wyjaśnień co do zakresu, w jakim usługa zostanie powierzona podwykonawcy. Dlatego odwołanie w zakresie ww. zarzutu zostało uwzględnione i Izba nakazała zamawiającemu w częściach nr 5, 11, 23 i 25 postępowania wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień co do zakresu, w jakim usługa zostanie powierzona podwykonawcy.

Izba nie nakazała zamawiającemu dokonania czynności wezwania odwołującego do ww. wyjaśnień w części nr 14 postępowania, ponieważ w tej części oferta odwołującego znalazła się na drugim miejscu w rankingu ofert, a jednocześnie odwołanie zostało oddalone w stosunku do oferty, która jest na pierwszej pozycji w rankingu ofert, tj. oferty wykonawcy adwokat I.P.-P.. Zgodnie zaś z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Wobec oddalenia odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego wykonawcy adwokat I.P.-P., stwierdzenie przedwczesnego odrzucenia oferty odwołującego i naruszenia przez zamawiającego art. 223 ust. 1 ustawy Pzp nie może mieć wpływu na wynik postępowania w tej części. Dlatego odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego w części nr 14, z uwagi na brzmienie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, musiało zostać oddalone.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska stron przedstawione na rozprawie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Z uwagi na stopień skomplikowania sprawy związany z ilością zarzutów i części postępowania, których zarzuty te dotyczyły, Izba postanowiła dokonać podziału kosztów wg części, w których zarzuty zostały uwzględnione lub oddalone. W związku z tym Izba ustaliła, że (wyłączając zarzuty wycofane) zakresem wyroku zostały objęte zarzuty w częściach nr: 1, 3, 5, 8, 11, 14, 16, 17, 18, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26 i 27 (łącznie 17 części). Spośród nich uwzględnione zostały zarzuty w czterech częściach nr 5, 11, 23 i 25 (niezasadne odrzucenie oferty odwołującego i zaniechanie odrzucenia ofert innych wykonawców). Natomiast oddalone zostały zarzuty w trzynastu częściach nr 1, 3, 8, 14, 16, 17, 18, 20, 21, 22, 24, 26 i 27 (brak interesu odwołującego we wniesieniu odwołania i brak wpływu naruszenia na wynik postępowania w części nr 14). Żadna ze stron postępowania nie poniosła kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, jedynie odwołujący poniósł koszty wpisu od odwołania w wysokości 7.500,00 zł. Po podzieleniu kwoty 7.500,00 zł na 17, otrzymujemy wynik 441,18 zł (po zaokrągleniu). Zamawiający odpowiada więc za koszty postępowania odwoławczego w zakresie zarzutów uwzględnionych w czterech częściach, tj. w wysokości 1.764,72 zł, natomiast odwołujący - w zakresie zarzutów oddalonych w trzynastu częściach, tj. w wysokości 5.735,34 zł.

Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę

1.765,00 zł, stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego, a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku. Ponadto zasądzona od zamawiającego na rzecz odwołującego kwota 1.765,00 zł powoduje, że również zamawiający poniesie koszty w takiej wysokości, w jakiej odpowiada za nie w świetle wyniku postępowania odwoławczego. Przy czym zaokrąglenie do pełnych 1.765,00 zł wynika z § 7 ust. 6 ww. rozporządzenia, zgodnie z którym koszty rozdzielone stosunkowo zaokrągla się w górę do pełnych złotych.

Przewodniczący

KIO 2644/21