Sygn. akt: KIO 33/23

WYROK

z dnia 18 stycznia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 stycznia 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 stycznia 2022 r. przez wykonawcę W. i Partnerzy Spółka Partnerska Radców Prawnych z siedzibą w Namysłowie w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Opolu z upoważnienia Województwa Opolskiego

przy udziale wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

A. „JZP Kancelaria Adwokacka" J.-Z., Z.-P., Z. i Partnerzy Spółka partnerska z siedzibą w Katowicach

B. Kancelaria Radców Prawnych i Doradców Podatkowych M. i Wspólnicy Spółka partnerska z siedzibą w Opolu

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża W. i Partnerzy Spółka Partnerska Radców Prawnych z siedzibą w Namysłowie, i:

2.1. 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,

2.2. zasądza od W. i Partnerzy Spółka Partnerska Radców Prawnych z siedzibą w Namysłowie na rzecz Zarządu Dróg Wojewódzkich w Opolu działającego z upoważnienia Województwa Opolskiego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika strony.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok -

w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 33/23

U z a s a d n i e n i e

Zarząd Dróg Wojewódzkich w Opolu działając z upoważnienia Województwa Opolskiego (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp") postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pn.: „Świadczenie przez wykonawcę pomocy prawnej na rzecz zamawiającego mającej charakter bieżącej obsługi prawnej Zarządu Dróg Wojewódzkich w Opolu w zakresie zadań i obowiązków realizowanych przez zamawiającego w okresie 12 miesięcy", numer referencyjny: WP.3211.63.2022. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 1 grudnia 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2022/BZP 00469491/01.

29 grudnia 2022 roku Zamawiający poinformował wykonawcę W. i Partnerzy Spółka Partnerska Radców Prawnych w Namysłowie (dalej: „Odwołujący") o odrzuceniu złożonej przez niego oferty jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący wniósł odwołanie wobec tej czynności, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez dokonanie wadliwej oceny złożonych przez Odwołującego wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty, błędnie przyjmując, iż:

a) nie uwzględniono w nich wszelkich kosztów wymaganych dla wykonania zamówienia w sposób zgodny z warunkami określonymi przez Zamawiającego w specyfikacji warunków zamówienia,

b) przedstawione wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają zaoferowanej przez Odwołującego ceny,

w sytuacji, gdy Odwołujący złożył wyczerpujące, zindywidualizowane do jego sytuacji wyjaśnienia, adekwatne do żądania Zamawiającego, dokumentując jednocześnie dokonane w kalkulacji ceny wyliczenia i wykazując, iż złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej cen, a wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego jest za nią możliwe;

2) art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia z uwagi na (rzekome) nieuwzględnienie wszystkich kosztów wymaganych dla wykonania usługi zgodnie ze specyfikacją warunków zamówienia, podczas gdy:

a) z wyjaśnień zaoferowanej ceny złożonych przez Odwołującego wynika, że uwzględniono w nim wszelkie wymagane przez Zamawiającego koszty, w tym koszty osobowe niezbędne do prawidłowego wykonania usługi na rzecz Zamawiającego

zgodnie z warunkami realizacji usługi określonymi przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego,

b) wyjaśnienia złożone przez Odwołującego wraz z załączonymi dowodami uzasadniają podaną przez niego w ofercie cenę, a jednocześnie oferta ta nie zawiera ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia

w wyniku czego doszło do zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

1) unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty;

2) dokonanie ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że złożył ofertę z ceną w wysokości 118.800,00 zł netto, to jest 146.124,00 zł brutto, co oznacza, iż za 12 miesięcy obsługi prawnej zaoferował kwotę 12.177,00 zł brutto miesięcznie, czyli 9.900,00 zł netto miesięcznie. Pismem z 12 grudnia 2022 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień zaoferowanej ceny powołując się na przepisy art. 223 ust. 1 oraz art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący odpowiedział na wezwanie do wyjaśnień zaoferowanej ceny w dniu 16 grudnia 2022 r. (pismem datowanym na dzień 15 grudnia 2022 r.). W złożonych wyjaśnieniach przedstawił szczegółową kalkulację ceny oferty. Uwzględnił w niej zarówno koszty osobowe jak i rzeczowe, mając na uwadze koszty stałe jak i zmienne. Wyjaśnił, iż „Przy określaniu ceny oferty Kancelarii zostało przyjęte, iż świadczenie obsługi prawnej Zamawiającego będzie realizowane przez W. i Partnerzy Spółka Partnerska Radców Prawnych Oddział w Opolu, ul. Kołłątaja 10/8, 45-064 Opole, który jest ujawniony w rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego.”. W zakresie kosztu osobowego w postaci wynagrodzenia radców prawnych dedykowanych do bezpośredniego i stałego świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia wyjaśniono, iż „5.1. Do kosztów osobowych przyjętych do skalkulowania ceny oferty Kancelarii złożonej w niniejszym postępowaniu zaliczono wynagrodzenie radcy prawnego M. B., który jest przewidywany do świadczenia na rzecz Zamawiającego obsługi prawnej w kwocie 2.970,00 zł netto miesięcznie (9.900,00 zł x 30%). Pan M. B. został wpisany na listę radców prawnych prowadzoną przez Okręgową Izbę Radców Prawnych w Opolu w 2012 r. oraz posiada wymagane przez Zamawiającego doświadczenie obejmujące doświadczenie zawodowe po uzyskaniu uprawnień minimum 3 lata jako radca prawny w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, w obsłudze prawnej na rzecz inwestora inwestycji liniowych oraz wykonawcy umów na realizację inwestycji

liniowych, w zakresie dotyczącym realizacji inwestycji liniowych, a także w obsłudze prawnej na rzecz jednostek sektora finansów publicznych obejmujące zagadnienia z prawa pracy i finansów publicznych oraz zamówień publicznych, w tym opracowywanie oraz opiniowanie projektów umów o zamówienie publiczne w zakresie inwestycji liniowych na podstawie przepisów prawa zamówień publicznych oraz dokonywanie analiz przepisów prawa zamówień publicznych. Zgodnie z umową o świadczenie usług prawnych z dnia 7 stycznia 2013 r. zawartą przez W. i Partnerzy Spółka Partnerska Radców Prawnych z radcą prawnym M. B. otrzymuje on wyłączenie wynagrodzenie prowizyjne w wysokości 30% przychodu uzyskanego przez Kancelarię od klientów, na rzecz których obsługę prawną świadczy radca prawny M. B. O miejscu i czasie świadczenia obsługi prawnej na rzecz klientów Kancelarii decyduje samodzielnie radca prawny M. B. W związku z pkt 5.3. na podstawie art. 8d ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) przepisów przedmiotowej ustawy nie stosuje do umowy o świadczenie usług prawnych z dnia 7 stycznia 2013 r. zawartą przez W i Partnerzy Spółka Partnerska Radców Prawnych z radcą prawnym M. B.

Odwołujący wskazał, iż mając na uwadze ilość godzin dyżurów w siedzibie Zamawiającego wynoszącą średnio 24 godziny miesięcznie, przyjęto, iż ogólna liczba godzin świadczenia obsługi prawnej na rzecz Zamawiającego będzie wynosić nie więcej niż 120 godzin miesięcznie. W związku z pkt. 5.1. oraz pkt 5.5. koszt pracy, którego wartość została przyjęta do ustalenia ceny oferty złożonej przez Kancelarię jest wyższa od minimalnej stawki godzinowej ustalonej na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207), gdyż 2.970,00 zł / 120 daje 24,75 zł za godzinę (minimalna stawka godzinowa od dnia 1 stycznia 2023 r. wynosi 22,80 zł, zaś od dnia 1 lipca 2023 r. wynosi 23,50 zł). Niezależnie od pkt 5.4. przy kalkulowaniu ceny oferty Kancelarii przyjęto również, że w przypadku przekroczenia w danym miesiącu ilości godzin świadczenia obsługi prawnej określonej w pkt. 5.5. obsługę prawną Zamawiającego mogą przejąć wspólnicy Kancelarii – radca prawny B. W. oraz radca prawny M. R. Radca prawny B. W. oraz radca prawny M. R. posiadają doświadczenie wymagane przez Zamawiającego obejmujące doświadczenie zawodowe po uzyskaniu uprawnień minimum 3 lata jako radca prawny w

okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, w obsłudze prawnej na rzecz inwestora inwestycji liniowych oraz wykonawcy umów na realizację inwestycji liniowych, w zakresie dotyczącym realizacji inwestycji liniowych, a także w obsłudze prawnej na rzecz jednostek sektora finansów publicznych obejmujące zagadnienia z prawa pracy i finansów publicznych oraz zamówień publicznych, w tym opracowywanie oraz opiniowanie projektów umów o zamówienie publiczne w zakresie inwestycji liniowych na podstawie przepisów prawa zamówień publicznych oraz dokonywanie analiz przepisów prawa

zamówień publicznych. W sytuacji określonej w pkt 6.1. do skalkulowania ceny oferty Kancelarii za świadczenie obsługi prawnej na rzecz Zamawiającego został przyjęty dodatkowy koszt osobowy w wysokości 0,00 zł, gdyż wspólnicy Kancelarii nie będą pobierać z tego tytułu żadnego wynagrodzenia, w szczególności, iż w zgodnie z Umową Spółki W. i Partnerzy Spółki Partnerskiej Radców Prawnych wnoszą wkład do Kancelarii w postaci osobistego świadczenia pracy na rzecz Kancelarii polegającego na wykonywaniu zawodu radcy prawnego.”.

Następnie Odwołujący podał, że pomimo przedstawienia wyczerpujących wyjaśnień adekwatnych do treści wezwania Zamawiającego z dnia 12 grudnia 2022 r. Zamawiający w dniu 29 grudnia 2022 r. dokonał zaskarżonej w niniejszym postępowaniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego, uznając, iż przedstawione przez Odwołującego wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają wskazanej przez niego ceny oferty. Wniosek taki został poparty argumentacją skupiającą się na rzekomym nie zawarciu w przedstawionej w piśmie z dnia 15 grudnia 2022 r. kalkulacji wszystkich kosztów wymaganych dla prawidłowej i zgodnej z wymaganiami Zamawiającego realizacji usługi. Zamawiający podstawy do kwestionowania wyjaśnień Odwołującego, a w konsekwencji uznania, iż nie uzasadnił on ceny oferty oraz iż zawiera ona rażąco niską cenę upatrywał w błędnym założeniu, iż kalkulacja ceny powinna zawierać koszty osobowe przewidujące stałe świadczenie na rzecz Zamawiającego usług bieżącej obsługi prawnej jednocześnie przez 5 różnych radców prawnych/adwokatów wskazanych przez wykonawcę. W ocenie Odwołującego takiego wniosku nie sposób wywieść z dokumentów zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu. W tym zwłaszcza z opisu sposobu świadczenia usług przez wykonawcę. W sporządzonej dokumentacji zamówienia Zamawiający:

1) nie przewidział, iż wykonawcy mają świadczyć bieżącą obsługę prawną poprzez stałe świadczenie usług przez 5 radców prawnych/adwokatów przypisanych do określonych specjalności w obsłudze prawnej: dotyczącej inwestycji liniowych, na rzecz jednostek sektora finansów publicznych obejmujące co najmniej: zagadnienia z prawa pracy i finansów publicznych oraz z zakresu przepisów ustawy prawo zamówień publicznych w zakresie inwestycji liniowych.

W specyfikacji warunków zamówienia w pkt 4.4. w zakresie warunków udziału w postępowaniu Zamawiający przewidział warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej wykonawców. W części tej Zamawiający umiejscowił cytowany przez niego w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego ppkt 4.4.2.

„4.4. ZDOLNOŚĆ TECHNICZNA LUB ZAWODOWA.

(…)

4.4.2. Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że dysponuje osobami, którym zostanie powierzone wykonanie niniejszego zamówienia na stanowiskach wymienionych poniżej:

a) Radca prawny/adwokat posiadający uprawnienia do wykonywania zawodu radcy prawnego lub adwokata potwierdzone aktualnym wpisem odpowiednio na listę radców prawnych, o której mowa w ustawie z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach pranych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1166 – tekst jednolity) lub listę adwokatów zgodnie z ustawą z dnia 26 maja 1982 r. prawo o adwokaturze (Dz. U. z 2022 r., poz. 1184 – tekst jednolity) i doświadczenie zawodowe po uzyskaniu uprawnień minimum 3 lata jako radca prawny lub adwokat, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, w obsłudze prawnej na rzecz inwestora inwestycji liniowych lub wykonawcy umów na realizację inwestycji liniowych lub wykonawcy umów na nadzór i zarządzanie kontraktem dotyczący realizacji inwestycji liniowych, w zakresie dotyczącym realizacji inwestycji liniowych – 3 osoby.

b) Radca prawny/adwokat posiadający uprawnienia do wykonywania zawodu radcy prawnego lub adwokata potwierdzone aktualnym wpisem odpowiednio na listę radców prawnych, o której mowa w ustawie z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach pranych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1166 – tekst jednolity) lub listę adwokatów zgodnie z ustawą z dnia 26 maja 1982 r. prawo o adwokaturze (Dz. U. z 2022 r., poz. 1184 – tekst jednolity) i doświadczenie zawodowe po uzyskaniu uprawnień minimum 3 lata jako radca prawny lub adwokat, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, w obsłudze prawnej na rzecz jednostek sektora finansów publicznych obejmujące co najmniej: zagadnienia z prawa pracy i finansów publicznych – 1 osoba.

c) Radca prawny/adwokat posiadający uprawnienia do wykonywania zawodu radcy prawnego lub adwokata potwierdzone aktualnym wpisem odpowiednio na listę radców prawnych, o której mowa w ustawie z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach pranych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1166 – tekst jednolity) lub listę adwokatów zgodnie z ustawą z dnia 26 maja 1982 r. prawo o adwokaturze (Dz. U. z 2022 r., poz. 1184 – tekst jednolity) i doświadczenie zawodowe po uzyskaniu uprawnień minimum 3 lata jako radca prawny lub adwokat, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, w obsłudze prawnej na rzecz jednostek sektora finansów publicznych obejmujące co najmniej: zagadnienia z finansów publicznych oraz zamówień publicznych, w tym: opracowywał lub opiniował projekty umów o zamówienie publiczne w zakresie inwestycji liniowych na podstawie przepisów prawa zamówień publicznych oraz dokonywał analiz przepisów prawa zamówień publicznych – 1 osoba.

UWAGA. Wykonawca nie może wykazać jednej i tej samej osoby jako osoby z wymaganymi uprawnieniami i doświadczeniem z zakresu pkt. 4.4.2 ppkt. a), b) i c).

Wykonawca musi wykazać łącznie 5 różnych osób spełniających wymagania określone w pkt. 4.4.2 ppkt. a), b) i c) powyżej.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie niniejszego zamówienia muszą wykazać, że łącznie spełniają powyższy warunek.”.

Zacytowane powyżej postanowienia należy interpretować jako opis warunku jaki musi spełnić potencjalny wykonawca, aby ubiegać się o udzielenie mu zamówienia. Nie oznaczają one jednak, iż wykonawca ma postawić do ciągłej dyspozycji i wyboru Zamawiającego wszystkie wymienione osoby, a tym samym ponosić comiesięczne koszty – wynagrodzenia, związane ze świadczeniem na rzecz Zamawiającego usług przez wszystkie osoby wymienione w wykazie. Brak jest w dokumentacji i ogłoszeniu o zamówieniu jakichkolwiek wymagań dla np. pełnienia dyżurów specjalistycznych przez wskazane osoby (z uwagi na poszczególne specjalności), konieczności pozostawania tych osób w stanie gotowości do dyspozycji Zamawiającego, czy też postanowień przewidujących procedury rozdziału pytań prawnych kierowanych przez pracowników Zamawiającego do poszczególnych osób wskazanych w wykazie lub choćby możliwości wyboru przez pracowników Zamawiającego do której z osób skierują pytanie.

2) nie zawarł w części dokumentacji zamówienia dotyczącej opisu jego przedmiotu oraz w ogłoszeniu o zamówieniu wymagań co do jednoczesnego świadczenia na rzecz Zamawiającego usług bieżącej obsługi prawnej przez wszystkie 5 osób wymienione w wykazie przez wykonawców. W pkt 9 specyfikacji warunków zamówienia opisującej jego przedmiot również nie zobligowano potencjalnych wykonawców do świadczenia obsługi prawnej z zakresu poszczególnych specjalności przez dedykowanych w tym celu radców prawnych/adwokatów.

3) w odniesieniu do sposobu obliczenia ceny oferty Zamawiający nie wymagał, aby uwzględnić w niej wynagrodzenie wszystkich osób wskazanych w wykazie osób, co było niewątpliwie zasadne z uwagi na brak określenia wymogu jednoczesnego świadczenia usług przez wszystkie osób lub też jakiegokolwiek podziału tych osób w ramach specjalistycznych dyżurów i braku konieczności pozostawania tych osób w gotowości do dyspozycji Zamawiającego.

Uwzględnianie w kalkulacji ceny kosztów osobowych wszystkich osób wskazanych w wykazie jako potencjalnie mogących świadczyć usługi na rzecz Zamawiającego, przy braku wyraźnego wymogu pozostawania tych osób do ciągłej dyspozycji Zamawiającego, jest zatem w ocenie Odwołującego nieuzasadnione i błędne. A jednocześnie doprowadza do swoistej zmiany opisu sposobu świadczenia usług przez potencjalnych wykonawców na rzecz Zamawiającego. W świetle powyższego wyjaśnienia Zamawiającego, w których szczegółowo

opisał on każdą z kategorii kosztów, w tym koszty osobowe, biorąc pod uwagę opisane przez Zamawiającego wymagania co do przedmiotu zamówienia, nie sposób uznać za nieadekwatne. A kalkulację w nich przedstawioną za niepełną. W uzasadnieniu decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego zawarto ponadto stwierdzenie: „Zamawiający żądał pięciu radców prawnych wyspecjalizowanych w poszczególnych dziedzinach prawa, do których z konkretnym problemem prawnym mogą się zwracać (wg ich wyboru) pracownicy zamawiającego, bez względu na obecność danego radcy na dyżurze w siedzibie zamawiającego.”. Wymogu takiego nie wymieniono jednak w dokumentacji zamówienia, w tym w projektowanych postanowieniach umowy, czy też w ogłoszeniu o zamówieniu. Skoro Zamawiający wymagałby stałej dostępności wszystkich pięciu radców prawnych/adwokatów wymienionych w wykazie to taka informacja jako niezwykle istotna musiałaby znaleźć swoje odzwierciedlenie w sporządzonej dokumentacji zamówienia i ogłoszeniu o zamówieniu. W analizowanym przypadku Zamawiający wręcz przeciwnie w § 6 ust. 5 załącznika nr 7 do specyfikacji warunków zamówienia (dalej również: „SWZ”) – projektu umowy wskazał:

„5. Czas reakcji stawienia się w siedzibie Zarządu Dróg Wojewódzkich w Opolu jednego z radców prawnych wskazanych w wykazie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, od momentu zgłoszenia przez Dyrekcję Zarządu Dróg Wojewódzkich w Opolu zapotrzebowania dodatkowego (ponad czas pełnionego dyżuru) spotkania w siedzibie Zarządu Dróg Wojewódzkich w Opolu, wynosić będzie do ……. godzin (czas zgodny z ofertą Wykonawcy).”.

Postanowienie to przewiduje stawienie się w siedzibie Zmawiającego którejkolwiek z osób wskazanych w wykazie przez wykonawcę. Nie wymaga pozostawania w gotowości wszystkich osób oraz nie zapewnia Zamawiającemu możliwości kierowania wezwanie zgodnie ze specjalnością.

Również pozostałe postanowienia § 6 projektu umowy nie przewidują opisywanej przez Zamawiającego w piśmie z dnia 29 grudnia 2022 r. specjalizacji i stałej gotowości wszystkich osób wymienionych w wykazie do świadczenia usług.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż w przeprowadzonej kalkulacji uwzględnił, iż na potrzeby realizacji zamówienia dostępnych będzie również dwóch innych radców spełniających stawiane przez Zamawiającego wymagania, którzy w razie braku dostępności osoby dedykowanej do bezpośredniej jego obsługi będą również realizowali usługę. Osoby te posiadają doświadczenie i zakres wiedzy specjalistycznej we wszystkich obszarach wymienionych przez Zamawiającego. Jednocześnie jako partnerzy Odwołującego nie generują z tego tytułu żadnych dodatkowych kosztów po jego stronie, gdyż wnoszą wkład do

spółki w postaci osobistego świadczenia pracy na jej rzecz, polegającego na wykonywaniu zawodu radcy prawnego.

W świetle powyższego Odwołujący w sporządzonej kalkulacji ceny uwzględnił wszystkie koszty świadczenia usługi, wynikające ze sporządzonych przez Zamawiającego dokumentów zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu. Zwracając szczególną uwagę na opis przedmioty zamówienia oraz opisaną przez Zamawiającego procedurę realizacji umowy. W kalkulacji Odwołujący uwzględnił również wymienione w wezwaniu Zamawiającego z dnia 12 grudnia 2022 r.

przepisy prawa dotyczące minimalnego wynagrodzenia za pracę. Wymaga wyjaśnienia, iż przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) nie stosuje się do wszystkich rodzajów umów, zwłaszcza umów w przypadku których wykonawca posiada samodzielność nie tylko merytoryczną w trakcie świadczenia usług, ale również decyduje o czasie i miejscu ich wykonywania oraz osiąga z tego tytułu wyłącznie wynagrodzenie prowizyjne. Zaznaczenia wymaga, iż umowa o świadczenie usług zawarta z tym radcą prawnym nie generuje dodatkowych kosztów z tytułu np. ubezpieczeń społecznych i innych właściwych w przypadku stosunków zatrudnienia o pracowniczym charakterze. Przyjęta w kalkulacji Odwołującego liczba godzin świadczenia usług na rzecz Zamawiającego uwzględnia wynikający z warunków zamówienia czas, w którym Odwołujący miałby w ujęciu miesięcznym świadczyć usługi na jego rzecz biorąc pod uwagę doświadczenie posiadane przez dedykowanego w tym celu radcę prawnego. W razie faktycznego świadczenia usługi przez partnerów Odwołującego lub pozostałych osób z wykazu po stronie Odwołującego nie powstanie koszt związany z pełnym wynagrodzeniem dedykowanego do bieżącej obsługi prawnej radcy prawego M. B., które w razie faktycznego świadczenia usług przez inne osoby ulegnie proporcjonalnemu obniżeniu, a więc w ujęciu globalnym koszt osobowy nie ulegnie zwiększeniu. Zamawiający uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na rażąco niską cenę, posłużył się argumentami które w istocie zmierzały do zmiany ustalonego w dokumentach zamówienia i ogłoszeniu o zamówieniu sposobu i zakresu świadczenia usług przez wykonawców. Ponownie trzeba podkreślić, iż nie żądał on jednoczesnego świadczenia usług przez pięciu radców prawnych wyspecjalizowanych w poszczególnych dziedzinach prawa. Jak również możliwości kierowania konkretnych problemów prawnych przez pracowników zamawiającego według ich wyboru do którejkolwiek z osób wskazanych wykazie, bez względu na obecność danego radcy na dyżurze w siedzibie zamawiającego.

Zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp 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. W orzecznictwie w odniesieniu do definicji rażąco niskiej ceny przyjmuje się, iż jest to

taka cena, która jest nierealistyczna, nie pozwala na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, nie uwzględnia jego specyfiki, jak też jest ceną nierynkową, tj. nie występuje na danym rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym oraz postęp technologiczno-organizacyjny. Jednocześnie wyjaśnienia mają w sposób wyczerpujący uzasadniać sporządzoną przez wykonawcę kalkulację ceny oferty w oparciu o zindywidualizowane wymagania przedstawione przez zamawiającego i znane wykonawcy z dokumentów zamówienia i ogłoszenia o zamówieniu w momencie składania oferty. Wyjaśnienia wykonawcy co do ceny oferty dostosowane są do konkretnych okoliczności i czynników związanych bezpośrednio z konkretnym wykonawcą je składającym. Nie ma bowiem jednego ogólnie przyjętego wzorca co do sposobu dokonywania kalkulacji ceny, czy też sporządzania wyjaśnień. To, że złożone wyjaśnienia nie odpowiadają standardom, jakie przyjął Odwołujący, nie może stanowić automatycznie podstawy do stwierdzenia, że cena oferty jest ceną rażąco niską. Charakterystyczne i dedykowane okoliczności dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia prowadzonego przez Zamawiającego są zindywidualizowane dla Odwołującego. Dysponując bowiem dwiema dodatkowymi osobami spełniającymi kryteria z zakresu wiedzy i doświadczenia wskazane przez Zamawiającego, co do których Odwołujący nie jest zobowiązany do wypłaty wynagrodzenia za świadczenie pomocy prawnej na rzecz swoich klientów, mógł on zaproponować niższą cenę oferty. Okoliczności te opisane zostały w wyjaśnieniach z dnia 15 grudnia 2022 r. Jednocześnie osoby te miały zapewnić możliwość świadczenia pomocy bieżącej obsługi prawnej na rzecz Zamawiającego zgodnie z jego wymaganiami określonymi w specyfikacji warunków zamówienia. Nie przewidującymi jednoczesnego i ciągłego świadczenia usług przez wszystkie osoby wymienione w wykazie, czy też możliwości dokonywania swobodnych wyborów pracowników zamawiającego co do osoby świadczącej usługę w danym przypadku. Dla oceny wyjaśnień ceny zaoferowanej w niniejszym postępowaniu istotne są wymagania Zamawiającego ustalone dla tego postępowania i ich korelacja z zaoferowaną przez Odwołującego ceną. Wyjaśnienia wraz z dowodami przedłożone przez Odwołującego są niewątpliwie dostosowane do wyartykułowanych w dokumentacji zamówienia i ogłoszeniu o zamówieniu wymagań Zamawiającego i uzasadniają stwierdzenie, iż rzeczywiście realizacji zamówienia na rzecz Zamawiającego po cenie oferty Odwołującego jest możliwa i gospodarczo uzasadniona.

Odwołujący wyjaśnił, iż realizacja zamówienia po przyjętej cenie oferty zawiera w sobie również jego zysk, który nie może być uznawany za minimalny. Choć nawet przyjęcie minimalnego zysku i ryzyka ewentualnej straty w przypadku zmiany okoliczności faktycznych nie uzasadniałby odrzucenia oferty Odwołującego. Należy podkreślić, że z rażąco niską ceną mamy do czynienia wtedy, kiedy wykonawca nie jest w stanie za daną cenę zrealizować

zamówienia, bez straty na danym kontrakcie. Nie można zatem z tego powodu, że zysk został skalkulowany na poziomie bardzo niskim wywodzić, że taka kalkulacja jest nieprawidłowa, a w konsekwencji, że uprawniona byłaby decyzja o odrzuceniu takiej oferty, jako zawierającej rażąco niską cenę. To, że podczas realizacji zamówienia mogą wydarzyć się sytuacje nieprzewidziane i skalkulowany na określonym poziomie zysk może ulec obniżeniu, a niewykluczone, że wykonawca może nawet ponieść stratę - wynikać może z okoliczności, które mogą zaistnieć podczas realizacji zamówienia. Żaden wykonawca jednak, na etapie przygotowania oferty, nie jest w stanie przewidzieć wszystkich zagrożeń związanych z realizacją zamówienia, po pierwsze dlatego że nie jest to możliwe, a ponadto wykonawca chcąc skutecznie konkurować z innymi podmiotami musi przyjmować racjonalne założenia, a nie wszystkie potencjalnie możliwe przeszkody, które mogą wystąpić. Zamawiający w efekcie nieprawidłowej oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego dokonał na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp niezgodnie z przepisami ustawy Pzp czynności odrzucenia oferty Odwołującego, w sytuacji, gdy nie zaistniały ku temu przesłanki. Dla uzasadnienia czynności odrzucenia oferty Zamawiający nie może powoływać się na niekompletność kalkulacji ceny przedstawionej w wyjaśnieniach w oparciu na zakładany przez Zamawiającego, a nieujawniony w dokumentach zamówienia oraz w ogłoszeniu o zamówieniu sposób realizacji usługi. W tym konkretnym przypadku świadczenie jej jednocześnie i w sposób ciągły przez wszystkie osoby wskazane w wykazie. Takie działanie doprowadziło jednocześnie do zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i

równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. To bowiem na Zamawiającym ciąży obowiązek takiego określenia przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji, aby odzwierciedlał on jego uzasadnione oczekiwania i pozwalał dostosować do nich kalkulację ceny ofert wykonawców. Odwołujący wobec brzmienia treści poszczególnych dokumentów zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu nie był zobligowany do przewidywania niewskazanego w nich przez Zamawiającego wymogu dotyczącego ciągłej dostępności dla Zamawiającego wszystkich osób wymienionych w wykazie oraz możliwości każdorazowego wyboru przez pracowników Zamawiającego osób ujawnionych w wykazie do analizy poszczególnych pytań prawnych. Zatem nie musiał przewidywać powyższych dodatkowych kosztów osobowych w swojej kalkulacji.

W pisemnej odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podał m.in.., że zamówienie o świadczenie usługi prawnej jest zamówieniem szczególnym, wymagającym od osób wykonujących taką usługę odpowiedniego wykształcenia, ale również indywidualnych cech i

osiągnięć w zakresie umiejętności praktycznych związanych z danym zadaniem. Zamawiający realizując swoje cele statutowe i wydatkując milionowe środki publiczne, a także podlegając odpowiedzialności w zakresie dyscypliny finansów publicznych musi mieć w bieżącej pracy pomoc prawników biegłych w przepisach prawa. Z tego względu Zamawiający w postępowaniu o zamówienie publiczne wymagał, aby wykonawcy dysponowali pięcioma różnymi osobami spełniających wymagania określone w pkt 4.4.2 SWZ. Cena oferty Odwołującego w wysokości 146.124,00 PLN brutto wydała się Zamawiającemu rażąco niska w stosunku do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Pzp wynoszącej 254.004,84 PLN brutto oraz w stosunku do wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania wynoszącej 250.000,01 PLN brutto i wzbudziła wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Cena oferty Odwołującego jest niższa o 42,47 % od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust 1 pkt. 1 i 10 ustawy PZP oraz o 41,55 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. W związku z tym Zamawiający na podstawie art. 224 ust. 1 a także art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w dniu 12.12.2022 r. zwrócił się do Odwołującego o udzielenie w nieprzekraczalnym terminie 4 dni od daty otrzymania wezwania wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny. W udzielonej w zakreślonym terminie odpowiedzi Odwołujący nie wykazał, że jego cena jest skalkulowana w sposób prawidłowy. W związku z tym brak odrzucenia oferty Odwołującego oznaczałaby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Zasada równego traktowania wykonawców jest określana w orzecznictwie jako jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także i środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców. Zasada przejrzystości, nazywana też zasadą transparentności, oznacza, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób umożliwiający weryfikację prawidłowości tego postępowania, prowadząc odpowiednią dokumentację czynności podejmowanych w związku z postępowaniem. W zaistniałych okolicznościach, Zamawiający naruszyłby szereg przepisów ustawy Pzp gdyby zaniechał odrzucenia oferty Kancelarii W. i Partnerzy Spółka Partnerska Radców Prawnych z siedzibą w Namysłowie.

Z zachowaniem wymogów ustawowych wykonawcy: „JZP Kancelaria Adwokacka" J.-Z., Z.-P., Z. i Partnerzy Spółka partnerska z siedzibą w Katowicach i Kancelaria Radców Prawnych i Doradców Podatkowych M. i Wspólnicy Spółka partnerska z siedzibą w Opolu

zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, stając się uczestnikiem postępowania.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, przekazanej przez Zamawiającego oraz dowody złożone w toku postępowania, w tym złożone na posiedzeniu przez Przystępującego Kancelaria Radców Prawnych i Doradców Podatkowych M. i Wspólnicy Spółka partnerska.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska zaprezentowane przez Strony i Przystępujących, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy Pzp.

W o cenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej.

Izba ustaliła, co następuje:

Pismem z 12 grudnia 2022 r. Zamawiający wystąpił do Odwołującego o wyjaśnienia wyliczenia ceny oferty tego wykonawcy wskazując: Zarząd Dróg Wojewódzkich w Opolu w toku badania i oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Świadczenie przez wykonawcę pomocy prawnej na rzecz zamawiającego mającej charakter bieżącej obsługi prawnej Zarządu Dróg Wojewódzkich w Opolu w zakresie zadań i obowiązków realizowanych przez zamawiającego w okresie 12 miesięcy" stwierdził, że cena Państwa oferty w wysokości 146.124,00 PLN brutto wdaje się rażąco niska w stosunku do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. I i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych wynoszącej 254.004,84 PLN brutto oraz w stosunku do wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed

wszczęciem postępowania wynoszącej 250.000,01 PLN brutto i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Cena oferty jest niższa 0 cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art, 226 ust. 1 pkt. 1 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz 0 41 55% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania.

W związku z powyższym zamawiający zwraca się na podstawie art. 224 ust. 1 a także art. 223 ust. I ustawy Prawo zamówień publicznych o udzielenie w nieprzekraczalnym terminie do 4 dni od daty otrzymania niniejszego pisma wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny.

W szczególności zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny pod kątem jej zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207 - tekst jednolity) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie oraz zgodności z\ przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Zamawiający informuje, że zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

Nie udzielenie wyżej wymienionych wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny spowodują odrzucenie Państwa oferty z niniejszego postępowania, na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych jako oferty z rażąco niską ceną.

Odwołujący złożył wyjaśnienia w zakreślonym terminie, za pismem opatrzonym datą 15 grudnia 2022 r., które Zamawiający ocenił, jako nieobalające domniemania istnienia w ofercie tego wykonawcy rażąco niskiej ceny.

W informacji z 29 grudnia 2022 r. w przedmiocie odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego Zamawiający podał: „(…) z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odrzucono ofertę nr 2 wykonawcy: W. i Partnerzy Spółka Partnerska Radców Prawnych z siedzibą w Namysłowie, ul. Partyzantów 1, 46-100 Namysłów na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 8) jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż złożone przez wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Ponieważ ceny oferty w/w wykonawcy wydawała się rażąco niska w stosunku do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 1 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w stosunku do wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania i budziła wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego, pismem nr WP.3211.63.2022-wyj. ceny z dnia 12.12.2022 r. zamawiający zwrócił się do wykonawcy, na

podstawie art. 224 ust. 1, a także art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, z wezwaniem o udzielenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny.

W odpowiedzi wykonawca w dniu 16.12.2022 r, za pośrednictwem platformy zakupowej przesłał wyjaśnienia wraz z załącznikami.

Po przeanalizowaniu przedstawionych przez wykonawcę wyjaśnień wraz z załącznikami zamawiający stwierdził, że wykonawca w swojej kalkulacji nie uwzględnił wszystkich elementów zamówienia. W swojej wycenie wykonawca nie uwzględnił kosztów osobowych wymaganych przez zamawiającego w pkt. 4.4.2 specyfikacji warunków zamówienia dla pięciu radców prawnych, a jedynie dla trzech radców prawnych (w tym dwóch radców prawnych jedynie w określonych przypadkach wymienionych w przedstawionym przez wykonawcę piśmie).

Zgodnie z pkt. 4.4.2. specyfikacji warunków zamówienia wykonawca miał się wykazać dysponowaniem osobami, którym zostanie powierzone wykonanie niniejszego zamówienia na stanowiskach wymienionych poniżej:

a) Radca prawny/adwokat posiadający uprawnienia do wykonywania zawodu radcy prawnego lub adwokata potwierdzone aktualnym wpisem odpowiednio na listę radców prawnych, o której mowa w ustawie z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach pranych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1166 — tekst jednolity) lub listę adwokatów zgodnie z ustawą z dnia 26 maja 1982 r. prawo o adwokaturze (Dz. U. z 2022 r., poz. 1184 tekst jednolity) i doświadczenie zawodowe po uzyskaniu uprawnień minimum 3 lata jako radca prawny lub adwokat, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, w obsłudze prawnej na rzecz inwestora inwestycji liniowych lub wykonawcy umów na realizację inwestycji liniowych lub wykonawcy umów na nadzór i zarządzanie kontraktem dotyczącym realizacji inwestycji liniowych, w zakresie dotyczącym realizacji inwestycji liniowych - 3 osoby.

b) Radca prawny/adwokat posiadający uprawnienia do wykonywania zawodu radcy prawnego lub adwokata potwierdzone aktualnym wpisem odpowiednio na listę radców prawnych, o której mowa w ustawie z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach pranych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1166 — tekst jednolity) lub listę adwokatów zgodnie z ustawą z dnia 26 maja 1982 r. prawo o adwokaturze (Dz. U. z 2022 r., poz. 1184 tekst jednolity) i doświadczenie zawodowe po uzyskaniu uprawnień minimum 3 lata jako radca prawny lub adwokat, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, w obsłudze prawnej na rzecz jednostek sektora finansów publicznych obejmujące co najmniej: zagadnienia z prawa pracy i finansów publicznych — 1 osoba.

c) Radca prawny/adwokat posiadający uprawnienia do wykonywania zawodu radcy prawnego lub adwokata potwierdzone aktualnym wpisem odpowiednio na listę radców

prawnych, o której mowa w ustawie z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach pranych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1166 - tekst jednolity) lub listę adwokatów zgodnie z ustawą z dnia 26 maja 1982 r. prawo o adwokaturze (Dz. U. z 2022 r., poz. 1184 tekst jednolity) i doświadczenie zawodowe po uzyskaniu uprawnień minimum 3 lata jako radca prawny lub adwokat, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, w obsłudze prawnej na rzecz jednostek sektora finansów publicznych obejmujące co najmniej: zagadnienia z finansów publicznych oraz zamówień publicznych, w tym: opracowywał lub opiniował projekty umów o zamówienie publiczne w zakresie inwestycji liniowych na podstawie przepisów prawa zamówień publicznych oraz dokonywał analiz przepisów prawa zamówień publicznych - 1 osoba.

Zatem wykonawca zobowiązany był w swojej ofercie uwzględnić koszty osobowe pięciu radców prawnych spełniających określone powyżej wymagania, natomiast wykonawca w przedstawionym piśmie z dnia 15 grudnia 2022 r. wyjaśnia:

a) w pkt. 5.1: „Do kosztów osobowych przyjętych do skalkulowania ceny oferty Kancelarii złożonej w niniejszym postępowaniu zaliczono wynagrodzenie radcy prawnego M. B., który jest przewidywany do na rzecz Zamawiającego obsługi prawnej….”,

b) w pkt. 6.1: „Niezależnie od pkt. 5.4 przy kalkulowaniu ceny oferty Kancelarii przyjęto również, że w przypadku przekroczenia danym miesiącu ilości godzin świadczenia obsługi prawnej określonej w pkt. 5.5 lub przypadkach nadzwyczajnych obsługę prawną Zamawiającego mogą przejąć wspólnicy Kancelarii — radca prawny B. W. oraz radcy prawny M. R”.'

Zatem z przedmiotowego pisma wykonawcy wynika, że obsługa prawna na rzecz zamawiającego zostanie powierzona tak naprawdę wyłącznie jednemu radcy prawnemu Panu M. B., co jest niezgodne z wymaganiami określonymi w pkt. 4.2.2 specyfikacji warunków zamówienia. Co prawda wykonawca przyjął, że przy kalkulowaniu ceny oferty obsługę prawną zamawiającego wspólnicy Kancelarii tj.: radca prawny B. M. oraz radca prawny M. R., ale jedynie w przypadku przekroczenia w danym miesiącu ilości godzin świadczenia obsługi prawnej lub w przypadkach nadzwyczajnych. Zamawiający natomiast zgodnie z pkt. 4.4,2. specyfikacji warunków zamówienia wymagał, aby wykonawca dysponował bezwarunkowo pięcioma osobami, którym zostanie powierzone wykonanie niniejszego zamówienia, spełniających określone w specyfikacji wymagania. Zamawiający w pkt. 4.4.2 specyfikacji warunków zamówienia jasno i precyzyjnie określił, że wykonawca nie może wykazać jednej jako osoby z wymaganymi uprawnieniami i doświadczeniem z zakresu pkt. 4.4.2 ppkt. a), b) i c) SWZ. Wykonawca musi wykazać łącznie 5 różnych osób spełniających wymagania określone w pkt. 4.4.2 ppkt, a), b) i c) SWZ.

Nawet, gdyby zamawiający uznał, że wykonawca uwzględnił w swojej ofercie koszty osobowe trzech radców prawnych tj.: Pana M. R. oraz wspólników Kancelarii: Pana B. W. oraz Pana M. R. (pomimo wskazania przez wykonawcę, że przy kalkulowaniu ceny oferty obsługę prawną zamawiającego mogą przejąć wspólnicy Kancelarii tj.: radca prawny B. W. oraz radca prawny M. R., jedynie w przypadku przekroczenia w danym miesiącu ilości godzin świadczenia obsługi prawnej lub w przypadkach nadzwyczajnych) to i tak brakuje jeszcze uwzględnienia w ofercie wykonawcy kosztów osobowych dwóch radców prawnych wymaganych przez zamawiającego w pkt. 4.2.2 specyfikacji warunków zamówienia. Zamawiający żądał pięciu radców prawnych wyspecjalizowanych w poszczególnych dziedzinach prawa, do których z konkretnym problemem prawnym mogą się zwracać (wg ich wyboru) pracownicy zamawiającego, bez względu na obecność danego radcy na dyżurze w siedzibie zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe, po przeprowadzonej przez zamawiającego wnikliwej analizie przedstawionych przez wykonawcę wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny wraz z załącznikami, zamawiający stwierdził, że wykonawca w przedstawionych kalkulacjach nie zawarł wszystkich kosztów wymaganych dla wykonania usługi pomocy prawnej zgodnie z warunkami określonymi przez zamawiającego w specyfikacji warunków zamówienia. W związku z powyższym złożone przez wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

W związku z powyższym, zamawiający zobowiązany był do odrzucenia oferty wykonawcy W. i Partnerzy Spółka Partnerska Radców Prawnych z siedzibą w Namysłowie, ul. Partyzantów 1, 46-100 Namysłów z postepowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 8) jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż złożone przez wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty postawione w odwołaniu, w granicach których Izba orzeka.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp 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.

Z ww. przepisów wynika, że ocena czy oferta zawiera rażąco niską cenę winna się odnosić do przedmiotu zamówienia, który jest opisywany w dokumentach zamówienia. W razie

powzięcia w tym zakresie wątpliwości, zamawiający występuje do wykonawcy o stosowne wyjaśnienia. W myśl bowiem przepisu art. 224 ust. 1 Pzp 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.

Przepis ten nie precyzuje okoliczności, które mogą powodować po stronie zamawiającego wątpliwości, wskazuje natomiast na to, że w sytuacji, gdy takie poweźmie, jest obowiązany zażądać od wykonawców wyjaśnień. Oznacza to, że Zamawiający mając m.in. na uwadze dokonaną przez siebie analizę cen na rynku, własne doświadczenie przy udzielaniu podobnych zamówień, ceny złożonych w postępowaniu ofert, a przede wszystkim specyfikę zamówienia i postawione w dokumentach zamówienia wymagania co do sposobu jego wykonania, dokonuje oceny pozyskanych ofert m.in. w aspekcie możliwości należytego wykonania umowy za podane w nich ceny, i - w razie powzięcia w tym zakresie wątpliwości -występuje do wykonawców o wyjaśnienia tych cen.

Wystosowanie przez zamawiającego wezwania do wyjaśnień ceny oferty wykonawcy skutkuje powstaniem domniemania istnienia w tej ofercie rażąco niskiej ceny, którego obalenie obciąża wykonawcę, co wynika z art. 224 ust. 5 Pzp, zgodnie z którym: Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

W związku z tym wyjaśnienia składane na takie wezwanie powinny uwzględniać oczekiwania zamawiającego w nim wskazane. Powinny być konkretne i wyczerpujące, w pełni uzasadniać podaną w ofercie cenę, nadto wykazywać, że jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę bez ponoszenia na straty na tym zamówieniu. Ze złożonych wyjaśnień powinno w szczególności wynikać, jakie koszty wykonawca uwzględnił w kalkulacji ceny oferty oraz jakie okoliczności właściwe dla danego wykonawcy umożliwiły obniżenie ceny jego oferty, jakie oszczędności mógł dzięki nim osiągnąć. Zgodnie z ukształtowanym orzecznictwem za cenę rażąco niską uznaje się cenę, która jest nierealistyczna, nierynkowa, nie pozwala na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, cenę wskazującą na zamiar wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia.

Rozstrzygając spór co do zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, Izba ocenia czynność zamawiającego, polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień w szczególności w kontekście treści wezwania do ich złożenia oraz opisu przedmiotu zamówienia zawartego w dokumentach zamówienia.

Każdy przypadek rozpatrywany jest indywidualnie, przy czym zawsze punktem odniesienia do określenia istnienia w ofercie rażąco niskiej ceny jest przedmiot zamówienia.

Przechodząc od powyższych uwag na grunt analizowanej sprawy zauważenia wymaga, że Zamawiający zażądał, aby Odwołujący przedłożył wyjaśnienia ceny oferty złożonej w postępowaniu. W związku z tym rolą wezwanego do wyjaśnień wykonawcy było obalenie domniemania istnienia w jego ofercie rażąco niskiej ceny, co jednak nie nastąpiło.

W ocenie Izby Zamawiający słusznie uznał, że otrzymane wyjaśnienia wskazują, że Odwołujący skalkulował cenę oferty bez uwzględnienia wszystkich kosztów wymaganych dla wykonania usług objętych przedmiotem zamówienia zgodnie z warunkami określonymi przez Zamawiającego w specyfikacji warunków zamówienia.

W szczególności, Zamawiający zasadnie uznał, czemu dał wyraz w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, której treść jest kluczowa dla oceny prawidłowości wniosków wyprowadzonych przez Zamawiającego z treści otrzymanych od wykonawcy wyjaśnień ceny jego oferty, że uwzględnienie w cenie oferty wynagrodzenia przewidzianego dla jednego radcy prawnego jest niewystarczające, bowiem z SWZ wynika, że do realizacji zamówienia powinno być przewidzianych 5 radców prawnych lub adwokatów.

W ocenie Izby nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego zaprezentowanym w odwołaniu, że z dokumentów zamówienia miałoby wynikać, jakoby nie był obowiązany uwzględnić w kalkulacji ceny oferty wynagrodzenia 5 osób, które winny znaleźć się w Wykazie osób, z uwagi na to, że przywołany w informacji o odrzuceniu jego oferty pkt 4.4.2. SWZ dotyczący 5 osób o odpowiednich kwalifikacjach i doświadczeniu, znajduje się w części dotyczącej zdolności technicznej i zawodowej, i dotyczy warunku udziału w postępowaniu, a zatem, zdaniem Odwołującego, nie oznacza, że wskazane w wykazie osoby mają być postawione do ciągłej dyspozycji i wyboru Zamawiającego.

Wbrew stanowisku Odwołującego z dokumentów zamówienia wynika, że wymienieni w Wykazie osób radcowie prawni / adwokaci, to osoby, którym zostanie powierzone wykonanie zamówienia. Tak stanowi m.in. pkt 4.4.2. SWZ, gdzie wskazano: „Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, ze dysponuje osobami, którym zostanie powierzone wykonanie niniejszego zamówienia na stanowiskach wymienionych poniżej…" W § 6 ust. 5 umowy zostało podane: „Czas reakcji stawienia się w siedzibie Zarządu Dróg Wojewódzkich w Opolu jednego z radców prawnych wskazanych w wykazie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, od momentu zgłoszenia przez Dyrekcję Zarządu Dróg Wojewódzkich w Opolu zapotrzebowania dodatkowego (ponad czas pełnionego dyżuru) spotkania w siedzibie Zarządu Dróg Wojewódzkich w Opolu, wynosić będzie …..godzin (czas zgodny z ofertą Wykonawcy)."

W związku z tym wskazany pkt 4.4.2. SWZ (przytoczony powyżej w Informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego) warunek udziału w postępowaniu co do liczby przewidzianych do realizacji zamówienia radców prawnych / adwokatów oraz specyfiki ich doświadczenia nie może być interpretowany jako taki, który nie jest związany ze sposobem realizacji zamówienia.

Z SWZ wynika zatem, że Zamawiający oczekiwał, aby do realizacji zamówienia wykonawca skierował 5 osób, jasno określając wymogi, jakie te osoby mają spełniać i wyraźnie przy tym zastrzegając, że wykonawca nie może wykazać jednej osoby, jako tej, która posiada wymagane uprawnienia i doświadczenie z zakresu pkt 4.4.2. ppkt a), b), c).

Zważywszy na przedmiot zamówienia, jakim jest świadczenie pomocy prawnej na rzecz Zamawiającego, kluczową pozycję w kosztach wykonawcy związanych z realizacją zamówienia stanowi wynagrodzenie osób świadczących usługi.

Tymczasem w swoich wyjaśnieniach ceny oferty Odwołujący nie tylko wskazał, że przy kalkulacji ceny oferty uwzględnił wynagrodzenie tylko jednej osoby, tj. radcy prawnego M. B., ale też podał, że przewidział dla tej osoby wynagrodzenie w kwocie 2.970,00 zł netto miesięcznie, która stanowi 30% z zaoferowanej kwoty 9.900,00 zł.

Wprawdzie Odwołujący podał w wyjaśnieniach, że przy kalkulowaniu ceny oferty Kancelarii przyjął również, że w przypadku przekroczenia w danym miesiącu ilości godzin świadczenia obsługi prawnej lub w przypadkach nadzwyczajnych obsługę prawną Zamawiającego mogą przejąć wspólnicy Kancelarii, tj. radca prawny B. W. oraz radca prawny M. R., jednak wyjaśnił jednocześnie, że do skalkulowania ceny oferty został przyjęty z tego tytułu koszt osobowy na poziomie 0,00 zł, stwierdzając, że wspólnicy Kancelarii nie będą pobierać z tego tytułu żadnego wynagrodzenia. W związku tym skalkulowana w ofercie kwota wynagrodzenia dotyczy jednego radcy prawnego.

Powyższe wskazuje, że maksymalna liczba skierowanych do realizacji zamówienia radców prawnych to 3 osoby, a nie 5, jak tego wymagał Zamawiający. Pozostaje to zatem w sprzeczności z wymaganiami SWZ, gdzie zostało wyraźne określone, że osoby wskazane w Wykazie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, o którym mowa w pkt 4.4.2 SWZ, są przeznaczone do realizacji Zamówienia.

Z tych względów przedstawione przez Zamawiającego w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego okoliczności należy uznać, że uzasadniające jego decyzję co do zaistnienia podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego. Złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia ceny już z samego faktu przyjęcia do wyceny oferty zaniżonej liczby radców pranych/adwokatów potwierdzają brak istnienia uzasadnienia dla podanej w ofercie ceny.

Jak słusznie zauważył Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, wykonawca ten w przedłożonych w wyjaśnieniach kalkulacjach nie zawarł wszystkich kosztów wymaganych do wykonania obsługi prawnej zgodnie z warunkami określonymi w SWZ.

Zwraca w tym kontekście m.in. uwagę, że w złożonych wyjaśnieniach ceny Odwołujący wskazał, że „mając na uwadze ilość godzin dyżurów w siedzibie Zamawiającego wynoszącą średnio 24 godziny miesięcznie, przyjęto, iż ogólna liczba godzin świadczenia obsługi prawnej na rzecz Zamawiającego będzie wynosić nie więcej niż 120 godzin miesięcznie". Tymczasem zważywszy na treść § 6 ust. 1 umowy, gdzie zostało wskazane: „Wykonawca będzie wykonywać czynności wynikające z niniejszej umowy w siedzibie Zamawiającego podczas ustalonych ze Zleceniodawcą dyżurów w wymiarze co najmniej 3 godzin dwa razy w tygodniu i dodatkowo w siedzibie Kancelarii przez 8 godzin dziennie od poniedziałku do piątku oraz za pośrednictwem środków służących porozumiewaniu się na odległość (telefon, e-mail)" przyjęty przez Odwołującego wymiar godzin świadczenia usług miesięczne został przez niego zaniżony. Z prostego rachunku uwzględniającego postanowienia umowy wynika bowiem, że ma to być 184 godziny miesięcznie (5x8=40; 40x4=160; 160+24=184).

W związku z tym nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że przewidziane przez niego wynagrodzenie miesięczne, które nie uwzględnia pracy wymaganej liczby radców prawnych/adwokatów, ale też odnosi się do zaniżonej liczby godzin świadczenia usług, jest poprawnie wyliczone i pozwala na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego określonymi w SWZ.

Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach nie obalił domniemania istnienia w jego ofercie rażąco niskiej ceny. Przeciwnie, treść wyjaśnień potwierdza, że cena ta została zaniżona bowiem została skalkulowana w sposób, który nie uwzględnia wymogów postawionych przez Zamawiającego w SWZ.

W związku z tym należy uznać, że Zamawiający słusznie uznał, iż oferta Odwołującego podlega odrzuceniu.

Zgodnie z przepisem 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. W analizowanej sprawie nie stwierdzono naruszenia przepisów Pzp, mającego wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Izba oddaliła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Odwołujący.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: ……..……..