

Sygn. akt: KIO 188/23

## WYROK

z dnia 7 lutego 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Bogusława Tokarczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lutego 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 stycznia 2023 r. przez wykonawcę B. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Radcy Prawnego B. S. w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Rzeszowską Agencję Rozwoju Regionalnego Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia R. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Adwokacka R. B. w Rzeszowie, M. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Adwokacka Adwokat M. S. w Jaśle oraz Kancelaria Adwokacka K. Spółka komandytowa z siedzibą w Rzeszowie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu Rzeszowskiej Agencji Rozwoju Regionalnego Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego B. S. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Radcy Prawnego B. S. w Poznaniu oraz powtórzenie badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Rzeszowską Agencję Rozwoju Regionalnego Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie i:

2.1. zalicza na 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 zamawiającego Rzeszowskiej Agencji Rozwoju Regionalnego Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie na rzecz odwołującego B. S. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Radcy Prawnego B. S. w Poznaniu kwotę 12 120 zł 39 gr (słownie: dwanaście tysięcy sto dwadzieścia złotych i trzydzieści dziewięć groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów związanych z dojazdem na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 188/23

## Uzasadnienie

Zamawiający Rzeszowska Agencja Rozwoju Regionalnego Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie w trybie podstawowym pn. „Świadczenie obsługi prawnej RARR S.A.” (numer referencyjny: BS.2611.65.2022). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 9 grudnia 2022 r. pod numerem 2022/BZP 00486771/01. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 23 stycznia 2023 r. wykonawca B. S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Radcy Prawnego B. S. w Poznaniu (dalej jako „Odwołujący”) wniosła odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt. 1 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez instrumentalne wykorzystanie instytucji rażąco niskiej ceny dla odrzucenia Oferty Odwołującego z przedmiotowego postępowania i wyboru oferty lokalnego Wykonawcy, z pominięciem przepisów ustawy i przy jawnej faworyzacji firmy, która dotychczas świadczyła usługi na rzecz Zamawiającego;
2. art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1 i 6 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w związku

z niezasadnym przyjęciem, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia w zakresie sposobu kalkulacji ceny oferty wraz z dowodami nie uzasadniają ceny podanej w ofercie - pomimo, że Odwołujący w sposób dostateczny wyjaśnił i potwierdził zasadność i realność zaoferowanej przez siebie ceny, a zaproponowana cena jest wyższa niż kwota, jaką zamierzał przeznaczyć Zamawiający na realizację zadania, i zaledwie 7,78 % niższa od średniej arytmetycznej obu złożonych ofert;

3. art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na fakt, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia w zakresie sposobu kalkulacji ceny oferty wraz z dowodami nie uzasadniają ceny podanej w ofercie - pomimo, że w treści przesłanych wyjaśnień Wykonawca odniósł się stricte do treści otrzymanego od Zamawiającego wezwania i odpowiedział w nim na wszystkie zadane pytania;

4. art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w oparciu o przesłanki, które nie znajdują oparcia w ustawie, w sposób całkowicie subiektywny i nieuprawniony;

5. z ostrożności i ewentualnie - art. 274 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. postanowieniami Rozdziału V pkt. 2 SWZ poprzez odstąpienie od wezwania Odwołującego do

przedstawienia wykazu osób skierowanych do wykonania zamówienia oraz wykazu osób skierowanych do pełnienia stałych dyżurów w siedzibie Zamawiającego przed

odrzuceniem Oferty odwołującego, w sytuacji, w której informacje zawarte w ww. wykazach kluczowe były dla kwalifikacji ceny oferty jako rażąco niskiej.

6. z ostrożności i także ewentualnie - art. 255 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania w sytuacji, w której obarczone jest ono niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa radcy prawnego. Z ostrożności, w przypadku nie podzielenia argumentacji wskazanej w pkt II i III uzasadnienia odwołania, wyłącznie jako wniosek ewentualny, Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności oceny oferty Odwołującego w kontekście rażąco niskiej ceny, po wezwaniu Wykonawcy do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych – w tym wykazu osób delegowanych do realizacji zamówienia, względnie, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6.

W treści odwołania przedstawiono na wstępie w sposób szczegółowy przebieg postępowania o udzielenie zamówienia. Uzasadniając pierwszy z zarzutów Odwołujący wskazał, iż w przedmiotowej sprawie nie wystąpiły żadne przesłanki uprawniające Zamawiającego do wszczęcia procedury z art. 241 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż podana przez Wykonawcę cena była rynkowa, a Zamawiający nie uznał jej pierwotnie za rażąco niską. Odwołujący podkreślił, że kwota, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, to 896 271,00 zł brutto, a oferta Odwołującego była o 172 692,00 wyższa od ww. sumy, a przy tym tańsza zaledwie o 126 597,00 zł od drugiej ze złożonych ofert. Zamówienie realizowane miało być przez okres 36 miesięcy, z płatnością po rozliczeniu każdego kolejno następującego po sobie miesiąca kalendarzowego. Zamawiający wymagał zatem „by w Formularzu Ofertowym, każdy Wykonawca dokonał stosownego rozbitcia cenowego, gdzie znajdzie się cena brutto za 1 miesiąc obsługi prawnej, a następnie iloraz tejsze ceny x 36 miesięcy.” Miesięczny koszt obsługi, w ww. przeliczeniu, w ofercie

Odwołującego, ustalony został na kwotę 28 413 zł, zaś w ofercie konkurencji, na sumę 33 210 brutto. Zamawiający ww. koszt oszacował natomiast na kwotę 24 896,42 zł brutto, a zatem nieznacznie taniej. Biorąc pod uwagę rodzaj zamawianych usług, w których głównym kosztem są koszty osobowe, wyżej podane ceny uznać należy za zbieżne. W tego rodzaju zamówieniach nie jest możliwe szczegółowe odniesienie wysokości poniesionych w sprawie kosztów (de facto jedynie administracyjnych), z planowanym do osiągnięcia zyskiem. Zamówienie to stricte usługi doradcze (usługi prawne), które warte są tyle, na ile dany radca prawny/adwokat je wyceni. Zwłaszcza, że w niniejszej sprawie, gdzie zgodnie z § 3 projektowanego wzoru umowy, Zamawiający zadeklarował, że Wykonawca nie będzie obciążany kosztami administracyjnymi, sądowymi i skarbowymi związanymi z prowadzonymi przez Wykonawcę sprawami, oraz, a nadto, że zwróci Wykonawcy koszty poniesione przez niego w związku z wykonaniem umowy, takie jak: koszty opłaty skarbowej od każdego pełnomocnictwa udzielonego przez Zamawiającego, jak również wezwań kierowanych drogą pocztową, dojazdów poza obszar siedziby Zamawiającego, w tym środkiem transportu Wykonawcy oraz noclegów, niezbędnych do realizacji usług objętych umową. Co więcej, Zamawiający zadeklarował, że z tytułu świadczenia przez Wykonawcę zastępstwa procesowego w sprawach karnych, sądowo-administracyjnych i cywilnych (w tym egzekucyjnych), Wykonawca otrzyma dodatkowe wynagrodzenie w wysokości 80% zasądzonych kosztów zastępstwa sądowego lub przyznanych w ugodzie, postępowaniu polubownym, arbitrażu zagranicznym lub w postępowaniu egzekucyjnym, jeżeli koszty te zostaną ściągnięte od strony przeciwnej. Dodatkowo wynagrodzenie płatne będzie na podstawie odrębnej faktury z 14-dniowym terminem płatności. Do wymienionego wynagrodzenia doliczony zostanie podatek VAT wg stawki określonej przez właściwe przepisy prawa. Praca trzech osób (w wymiarze odpowiadającym godzinowo odpowiednio – 2 x 2/5 etatu i 1/5 etatu) pełniących dyżury w siedzibie Zamawiającego, z zapewnionym dodatkowo wsparciem zdalnym (w wymiarze łącznie nieprzekraczającym łącznie 250 godzin), przy uwzględnieniu ww. okoliczności, wartuje około 30 000 zł miesięcznie. Wszyscy – to jest tak Zamawiający, jak i dwaj Oferenci, usługi wycenili podobnie, stąd też w ocenie Odwołującego jakiegokolwiek podejrzenia co do rażąco niskiej ceny były nieuprawnione.

Z ostrożności Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, iż Zamawiający – ww. kwotę 28 413 zł miesięcznie, zamierzał pierwotnie z Odwołującym negocjować, i wyznaczył ku temu już termin spotkania. Kwota ta była bowiem o ponad 3 500 zł wyższa jak kwota zaplanowana w budżecie przez Zamawiającego, stąd też – w toku negocjacji, zamierzał nakłonić Odwołującego do złożenia oferty cenowej na kwotę jeszcze niższą, by zbliżyć się cenowo do zaplanowanego budżetu. Od daty wysłania do Odwołującego zaproszenia do negocjacji nie zmieniło się nic. Wykonawca nie zmienił siedziby – to wciąż Poznań, ani też nie przedłożył

listy personelu dedykowanego do realizacji zamówienia. Ta, jak wykazano powyżej, miała być złożona dopiero na wezwanie Zamawiającego, wraz z pozostałymi dokumentami podmiotowymi Wykonawcy. Tak wezwanie do wyjaśnień, jak i późniejsze odrzucenie oferty, jest zatem dla Oferenta niezrozumiałe. Nie można bowiem jednocześnie mieć wątpliwości, czy za daną cenę otrzyma się usługę należytej jakości, a przy tym jednocześnie podejmować kroki celem jej obniżenia. Powyższe skłania do konkluzji, iż ww. przepis został instrumentalnie wykorzystany przez Zamawiającego celem umożliwienia negocjacji wyłącznie z drugim oferentem, którego cena ofertowa istotnie przekraczała budżet. Co ważne, drugi z Oferentów jest wykonawcą lokalnym, który uprzednio z Zamawiającym współpracował, świadcząc dla niego usługi polegające na bieżącej obsłudze prawnej. Pomimo rozpisania przetargu, Zamawiający zainteresowany był utrzymaniem współpracy z dotychczasową firmą, dyskredytując przy tym podmioty spoza województwa. Odwołujący nie znajduje bowiem żadnego racjonalnego uzasadnienia, dlaczego Zamawiający uznał ofertę przekraczającą zaplanowany przez niego budżet za ofertę z rażąco niską ceną, jak tylko takie, że musiał w jakiś sposób usprawiedliwić oprowadzenie negocjacji tylko z jednym, lokalnym wykonawcą.

Uzasadniając drugi zarzut Odwołujący podniósł, iż w świetle argumentacji powyższej argumentacji nie można uznać, by oferowana cena była rażąco niska oraz by złożone przez Odwołującego wyjaśnienia w zakresie sposobu kalkulacji ceny oferty wraz z dowodami nie były właściwe. Odwołujący w sposób dostateczny wyjaśnił i potwierdził zasadność i realność zaferowanej przez siebie ceny, a która była przecież wyższa niż kwota, jaką zamierzał przeznaczyć Zamawiający na realizację zadania, a przy tym nieznacznie niższa niż druga ze złożonych ofert, a w konsekwencji, nieznacznie niższa od średniej arytmetycznej. Odwołujący zwrócił też uwagę na fakt, iż specjalizuje się w usługach objętych przedmiotem zamówienia, co pozwala na poprawną kalkulację kosztów pracy i rzeczywistych nakładów niezbędnych dla realizacji umowy. W przesłanych Zamawiającemu wyjaśnieniach Odwołujący wskazał, iż na cenę Oferty duży wpływ miał fakt, iż w ramach prowadzonej działalności gospodarczej kadra Wykonawcy realizowała już prace polegające na świadczeniu doradztwa prawnego: a. wobec przedsiębiorstw i spółek z branży finansowej, udzielających pożyczek przedsiębiorcom ze wsparciem z budżetu państwa lub Unii Europejskiej; b. organów spółek kapitałowych; c. wobec podmiotów z udziałem kapitałowym jednostek samorządu terytorialnego; d. w zakresie stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych; e. dla startupów lub funduszy venture capital; f. przy realizacji robót budowlanych realizowanych w ramach programów operacyjnych służących absorpcji unijnych lub krajowych środków pomocowych. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący przedstawił Zamawiającemu wybrane jedynie referencje wystawione przez Bank

Gospodarstwa Krajowego, Pofund Fundusz Poręczeń Kredytowych S.A., Polską Fundację Przedsiębiorczości, Fundusz Pomerania sp. z o.o., Pomorski Fundusz Rozwoju sp. z o.o., Wielkopolski Fundusz Rozwoju sp. z o.o. Dowodzi to nie tylko tego, że Wykonawca jest gotowy do realizacji zamówienia i posiada stały, wyspecjalizowany personel, lecz także, a może przede wszystkim, że potrafi prawidłowo skalkulować cenę oferty. Zwłaszcza, że świadczy usługi na terytorium całego kraju – nie tylko w miejscu siedziby. Potwierdza to także treść ww. wyjaśnień, jak i wpisy w Centralnej Ewidencji i Informacji Działalności Gospodarczej, w rubryce „dodatkowe stałe miejsce wykonywania działalności”, gdzie podano takie miasta jak Poznań, Sopot czy Warszawę.

Odwołujący podniósł także, iż w treści złożonych wyjaśnień wskazał nadto, iż rozpoczęcie świadczenia obsługi prawnej RARR S.A. miało być asumptem do otwarcia oddziału Kancelarii Radcy Prawnego B. S. na Podkarpaciu. Wykonawca posiada już bowiem Oddziały Kancelarii na Mazowszu i na Pomorzu, gdzie w Warszawie na stałe współpracuje z jednym radcą prawnym i jednym adwokatem, w Szczecinie z jednym radcą prawnym, dodatkowo również w Łodzi z jednym adwokatem i w Opolu z jednym adwokatem. Wyjaśnienia zawierały dodatkowo zestawienia przykładowych kosztów dojazdu z Poznania do Rzeszowa, które Wykonawca przyjął przy kalkulacji ceny, oraz koszty noclegów, które mają pokrycie w cenie oferty. Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, iż zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem za rażąco niską cenę należy uznać taką cenę, która jest niewiarygodna dla wykonania przedmiotu zamówienia i jest całkowicie oderwana od realiów rynkowych. Ocena tej okoliczności powinna być dokonana z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia, jego specyfiki i towarzyszących mu realiów rynkowych. Odwołujący zacytował stosowne orzecznictwo. Podkreślił, że Zamawiający nie wyjaśnił, dlaczego za podaną w treści oferty cenę nie jest możliwa realizacja zamówienia, stąd też także i z tej przyczyny niniejsze odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący zauważył też, że Zamawiający w treści wezwania nie kwestionował planowanych do poniesienia kosztów osobowych, lecz wyraźnie ukierunkował wyjaśnienia na konieczność potwierdzenia możliwości należytego wykonania usługi w kontekście siedziby Wykonawcy, a de facto miejsca zamieszkania jego personelu. W wezwaniu wskazano, iż: „Zamawiający zastrzegł, iż osoby skierowane do realizacji zamówienia, winny pełnić obowiązkowe dyżury w siedzibie Zamawiającego, spore wątpliwości budzi fakt, iż osoby wskazane w ofercie Wykonawcy, na co dzień zamieszkują i pełnią swoje obowiązki zawodowe, choćby na terenie województwa wielkopolskiego, co w znacznym stopniu może utrudniać świadczenie usług w formie stacjonarnej.” Jakkolwiek obawy te były nieuzasadnione, gdyż część personelu Odwołującego zamieszkuje województwo podkarpackie, to jednak, jak się wydaje - Wykonawca ww. wątpliwości rozwiął,

a innych uwag/pytań w treści wezwania nie podniesiono. Złożone wyjaśnienia uznać należało zatem za kompletne i prawidłowe.

Odnosnie zarzutu nr 3 Odwołujący podkreślił dodatkowo, iż w treści przesłanych wyjaśnień odniósł się stricte do treści otrzymanego od Zamawiającego wezwania i odpowiedział w nim na wszystkie zadane pytania dotyczące możliwości

wykonania usługi w sytuacji, w której część personelu świadczy pracę w województwie wielkopolskim. Jakkolwiek jest to nieprawda, a do dnia dzisiejszego Zamawiający nie wezwał wykonawcy do przedstawienia wykazu osób delegowanych do pełnienia dyżurów, to jednak – co wykazano powyżej, Wykonawca szczegółowo odniósł się do poniesionych wątpliwości. Dalej Odwołujący wskazał, iż Zamawiający zarzucił dodatkowo Wykonawcy, iż ten „nie zaprezentował kosztów osobowych – chociaż w ofercie wskazano konkretne osoby, które będą realizować zamówienie”. W treści przesłanych do Wykonawcy wyjaśnień Zamawiający nie zażądał przedstawienia takiej informacji, a samo wynagrodzenie personelu wykonawcy nigdy nie było przedmiotem sporu. W świetle powyższego decyzja o odrzuceniu oferty była nieuprawniona. Zamawiający nie może stawiać wykonawcy w sytuacji, aby ten domyślał się, które elementy wyceny oferty zostały przez niego zakwestionowane i które budzą jego wątpliwości. Zamawiający, wzywając wykonawcę w sposób ogólny (a wręcz nakierowując na inny zakres), nie może oczekiwać, że Wykonawca odpowie na pytania Zamawiającego, które nie zostały mu zadane i rozwieje wątpliwości, które nie zostały podniesione. Odwołujący wskazał na orzecznictwo KIO wskazujące, że punktem wyjścia do rozpoznania zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny jest treść wezwania. W konsekwencji, w sytuacji gdy wezwanie Zamawiającego nie odnosiło się do konkretnych elementów oferty wykonawcy i wskazywało wyłącznie wątpliwości w kwestiach logistycznych, związanych z koniecznością dojazdu do Rzeszowa, to nieuprawnione będzie stawianie wykonawcy zarzutu, że wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny są ogólnikowe, nie odnoszą się do kwestii w wezwaniu nie poruszonych lub że wykonawca nie sprostął ciężarowi dowodowemu wynikającemu z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp.

Uzasadniając zarzut nr 4 Odwołujący wskazał, iż w treści informacji z dnia 18 stycznia 2023 r. Zamawiający zarzucił, iż: „(...) koszty niezbędnych dojazdów i noclegów -wykonawca ograniczył się do wskazania jakie koszty można ponieść w tym zakresie, a nie jakie on skalkulował w swojej ofercie”. Ani ustawa, ani Zamawiający, nie wymagał jednak przedstawienia szczegółowej kalkulacji kosztów dojazdu do siedziby Zamawiającego, stąd też przedstawienie średnich cen dojazdu różnymi środkami transportu, z których każda mieści się w kalkulacji Wykonawcy, winno zostać uznane za poprawne. Co więcej, Zamawiający nie jest uprawniony do badania metodologii przyjętej przez oferenta dla obliczenia ceny usługi, jeżeli tylko ta przedstawiona jest merytorycznie poprawna.

Wykonawca wskazał przykładowe ceny dojazdów pomiędzy swoją siedzibą a siedzibą Zamawiającego, a dla kalkulacji ceny przyjął wartości maksymalne – bez względu na wybrany środek transportu, Wykonawca zyska na realizacji zamówienia, gdyż wszystkie koszty pośrednie zamykają się w różnicy pomiędzy kwotą dedykowaną do zapłaty Wykonawcy (a wynikającą z szacowania), a ceną z Oferty Odwołującego. Tego rodzaju obliczeniom nie można czynić zarzutu. Dodatkowo, Zamawiający wskazał, że posiada „wątpliwości co do poziomu potencjalnej usługi”, gdyż od podmiotu, który ma świadczyć przede wszystkim usługi z zakresu zamówień publicznych oczekiwał wyjaśnień lepszej jakości. W uzasadnieniu odrzucenia Oferty Odwołującego podano wprost, iż „od Wykonawcy, który ma świadczyć obsługę prawną między innymi w zakresie zamówień publicznych, można oczekiwać wyjaśnień ponadstandardowych, przygotowanych profesjonalnie, w sposób nie budzący najmniejszych wątpliwości - w przeciwnych razie Zamawiający może mieć wątpliwości co do poziomu potencjalnej usługi.” Abstrahując od zasadności czy celowości podnoszenia tego rodzaju uwag, Odwołujący wskazał, że ocena jakości składanych przez Wykonawcę pism w toku postępowania nie może rzutować w żaden sposób na samą ocenę złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Te powinny być oceniane na płaszczyźnie merytorycznej wyłącznie w kontekście wykazania realności ceny. Twierdzenie takie jest nieuprawnione także i z tej przyczyny, że zamówienia publicznie nie stanowią – zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia – głównego elementu zamawianej usługi, a Zamawiający nie zakwestionował, by osoby delegowane do realizacji zamówienia nie posiadały odpowiedniego doświadczenia lub kwalifikacji – wręcz przeciwnie. W toku pierwotnej oceny ofert, Wykonawca w tym kryterium otrzymał maksimum możliwej punktacji. W konsekwencji należy zatem wskazać, że w ramach wszczętej procedury badania rażąco niskiej ceny Zamawiający powinien wyłącznie ustalić, czy zaproponowana przez Oferenta cena odbiega rażąco od wartości usługi. Innymi słowy, Zamawiający winien stwierdzić, czy cena oferty jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową. Oczywiście, dokonana w ten sposób ocena zawsze będzie w pewien sposób subiektywna, jednak nie może ona bazować na „wątpliwościach co do jakości”, gdy treść oferty odpowiada SWZ, a Wykonawca legitymuje się stosownym doświadczeniem. Ocena złożonych wyjaśnień przeprowadzona została zatem w sposób błędny i wadliwy, w całkowitym oderwaniu tak od przepisów ustawy, jak i od celu, dla którego została wszczęta.

Uzasadniając zarzut ewentualny nr 5 Odwołujący wskazał, iż Zamawiający odstąpił od stosowania zaproponowanej przez siebie procedury badania ofert, i samodzielnie ustalał informacje, które powinny być przez Wykonawcę formalnie podane wraz z podmiotowymi

środkami dowodowymi. Jakkolwiek zdaniem Odwołującego brak było jakichkolwiek podstaw dla uznania ceny ofertowej za rażąco niską, i decyzja w tym zakresie była już *prima facie* wadliwa, to jednak należy zauważyć, iż Zamawiający oparł ją na informacjach niesprawdzonych i niepotwierdzonych. Skoro wątpliwości Zamawiającego budził fakt zamieszkiwania czy świadczenia pracy części personelu Wykonawcy w innym województwie, to powinien on w pierwszej kolejności ustalić, które osoby, i w jakim wymiarze, świadczyć będą dyżur w siedzibie Zamawiającego. Informacje te, zgodnie z postanowieniami SWZ, miały być podane przez Wykonawców na etapie badania podmiotowych środków dowodowych. Samodzielne ustalenie ww. danych, czy też oparcie się wyłącznie na przypuszczeniach, stanowi uchybienie samo w sobie.

Uzasadniając zarzut ewentualny nr 6 Odwołujący wskazał, iż nie zgadza się także z zaproszeniem drugiego z oferentów do negocjacji. Zaproponowana przez niego cena istotnie przekracza bowiem budżet zamawiającego, stąd też ten powinien – bądź to zwiększyć alokację środków na to zamówienie, bądź to postępowanie unieważnić, i ponownie rozpisać. Negocjacja warunków zamówienia nie została bowiem wyraźnie w treści SWZ przewidziana, stąd też gros potencjalnych oferentów mógł zrezygnować z ofertowania, nie mając pełnej wiedzy co do obranego przez Zamawiającego trybu. Odwołujący wskazał, iż teoretycznie, w nazwie zadania podano, iż jest ono prowadzone w trybie

podstawowym z możliwością prowadzenia negocjacji, jednak w rozdziale II SWZ o nazwie „Tryb udzielenia zamówienia” podano, iż : „Zamawiający nie przewiduje wyboru najkorzystniejszej oferty z możliwością prowadzenia negocjacji.” Podobny zapis znalazł się w Rozdziale XIII o nazwie „Sposób obliczenia ceny”, w którym zastrzeżono, że: „Cena podana na Formularzu Ofertowym jest ceną ostateczną, niepodlegającą negocjacji i wyczerpującą wszelkie należności Wykonawcy wobec Zamawiającego związane z realizacją przedmiotu zamówienia.” Tego rodzaju postanowienia SWZ mogły wprowadzać w błąd potencjalnych Oferentów, stąd też Zamawiający powinien – bądź to, obranego trybu negocjacji, z uwagi na ich fakultatywność, po prostu nie stosować, bądź to postępowanie unieważnić i rozpisać ponownie, poprawnie redagując SWZ. Negocjowanie treści oferty wobec ww. niejasności w ocenie Odwołującego stanowić będzie istotne uchybienie, dlatego także i ww. czynność została objęta odwołaniem.

Zamawiający w dniu 2 lutego 2023 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie, a w zakresie zarzutu ewentualnego nr 6 dotyczącego zaniechania unieważnienia postępowania o jego odrzucenie.

W dniu 2 lutego 2023 r. pismo procesowe w sprawie złożyli także wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia R. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Adwokacka R. B. w Rzeszowie, M. S. prowadzący działalność gospodarczą

pod firmą Kancelaria Adwokacka Adwokat M. S. w Jaśle oraz Kancelaria Adwokacka K. Spółka komandytowa z siedzibą w Rzeszowie, wnosząc o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia R. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Adwokacka R. B. w Rzeszowie, M. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Adwokacka Adwokat M. S. w Jaśle oraz Kancelaria Adwokacka K. Spółka komandytowa z siedzibą w Rzeszowie (dalej jako „Przystępujący”).

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Ponadto Izba uznała, iż Odwołujący, jako podmiot ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, którego oferta została odrzucona i który wnosząc odwołanie dąży do unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty i powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem jego oferty, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ wraz z załącznikami, oferty wykonawców, wezwanie skierowane do Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty wraz z udzieloną odpowiedzią, wezwanie skierowane do Odwołującego w zakresie dotyczącym wyliczenia ceny wraz z udzieloną odpowiedzią, zawiadomienie o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Izba dopuściła i przeprowadziła również dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego na rozprawie, tj. wydruków z wyszukiwarki OIRP na okoliczność miejsca prowadzenia działalności przez osoby, których wydruki dotyczą, a także z dokumentów załączonych przez Przystępującego do pisma procesowego, tj. wydruków z CEIDG na okoliczność miejsca prowadzenia działalności przez osoby, których wydruki dotyczą.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie kompleksowej obsługi prawnej Rzeszowskiej Agencji Rozwoju Regionalnego S.A. przez okres 36 miesięcy. Zgodnie z Rozdziałem III pkt 3 SWZ kompleksowa obsługa oznacza pomoc prawną i doradztwo prawne we wszystkich sprawach pośrednio chociażby związanych z analizą i stosowaniem przepisów prawa, których przedmiotem będzie w szczególności: - udzielanie porad i konsultacji prawnych, w tym w szczególności, choć niewyłącznie w zakresie: prawa cywilnego, prawa gospodarczego i handlowego, prawa własności intelektualnej, prawa administracyjnego, prawa pracy i ubezpieczeń społecznych, prawa karnego, prawa wspólnotowego dotyczącego pomocy w ramach zasady de minimis, przepisów dotyczących zamówień publicznych, przepisów o pomocy publicznej, przepisów o ochronie danych osobowych, prawa podatkowego, prawa budowlanego, Ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. o zapewnianiu dostępności osobom ze szczególnymi potrzebami (t.j. Dz. U. z 2020. poz. 1062 ze zm.); Ustawy z dnia 4 kwietnia 2019 r. o dostępności cyfrowej stron internetowych i aplikacji mobilnych podmiotów publicznych (t.j. Dz. U. 2019. poz. 848 ze zm.); Rozporządzenia Ministra Finansów, Funduszy i Polityki Regionalnej z dnia 4 marca 2021 r. w sprawie szczegółowych wymogów, jakie muszą spełniać podmioty dokonujące certyfikacji dostępności, wzoru wniosku o wydanie certyfikatu dostępności oraz wzoru certyfikatu dostępności; Ustawa z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 690 z późn. zm.), Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 2094), Ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1648), - sporządzanie opinii prawnych oraz wniosków o wydanie interpretacji przepisów prawa, - przygotowywanie projektów wszelkich pism w zakresie świadczonych usług, - przygotowywanie projektów umów, regulaminów, pism oraz projektów innych dokumentów, - analizy złożonych przez Zamawiającego projektów umów, pism oraz projektów innych dokumentów, - uczestnictwo lub reprezentacja Zamawiającego w negocjacjach prowadzonych z partnerami handlowymi, klientami, urzędami i innymi podmiotami, - współpraca z podmiotami prowadzącymi usługi doradcze na rzecz

Zamawiającego, - zastępstwo w postępowaniach przed sądami powszechnymi wszystkich instancji, organami administracji, organami egzekucyjnymi, urzędami i instytucjami (Zamawiający na etapie udzielania zamówienia ma około 50 spraw w toku), - przygotowywanie dokumentacji związanej z udzielaniem zamówień publicznych, - wykonywanie nadzoru prawnego nad egzekucją należności Zamawiającego oraz współdziałanie w podejmowaniu czynności w zakresie postępowania egzekucyjnego, - informowanie o zmianach w przepisach prawa.

Ponadto w SWZ wskazano, iż Wykonawca zobowiązuje się, iż w ramach realizacji

umowy będzie świadczył obsługę prawną, w sposób następujący: - w formie dyżuru - minimum trzy osoby skierowane do realizacji Zamówienia polegającego na wykonaniu usług objętych zamówieniem w wymiarze 7 godzin dziennie, od 8:00 do 15:00, przez 5 dni roboczych (od poniedziałku do piątku) w tygodniu, w siedzibie Zamawiającego, poza dniami ustawowo wolnymi od pracy, z zastrzeżeniem, iż: a) przynajmniej dwa razy w tygodniu dyżur świadczyć będzie osoba, posiadająca doświadczenie w zakresie Prawa zamówień publicznych; b) przynajmniej dwa razy w tygodniu dyżur świadczyć będzie osoba, posiadająca doświadczenie w zakresie doradztwa w sprawie zapewnienia dostępności osobom ze szczególnymi potrzebami oraz dostępności cyfrowej stron internetowych i aplikacji mobilnych podmiotów publicznych; - dyspozycyjność w zakresie udziału w spotkaniach organizowanych przez Zamawiającego; - w ramach wykonywanych obowiązków Wykonawca będzie w ścisłym kontakcie z pracownikami Zamawiającego; - poza obecnością na dyżurach od każdej z osób skierowanych do realizacji Zamówienia wymaga się dostępności do świadczenia usług w formie zdalnej (z wyłączeniem dni, w których pełni dyżur stacjonarny) od poniedziałku do piątku w godz. od 7:00 do 16:00; - zamawiający szacuje, że zakres obowiązków wynikających z OPZ wymagał będzie zaangażowania zespołu na poziomie około 250 h/miesięcznie.

W Rozdziale V pkt 2.1) SWZ Zamawiający określił warunki udziału w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, wskazując, iż Wykonawca musi wykazać, że dysponuje zespołem skierowanym do wykonywania zamówienia, składającym się co najmniej z 3 (trzech) osób, które posiadają uprawnienia do wykonywania zawodu adwokata lub radcy prawnego, zgodnie z ustawą z dnia 26 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze (tj. Dz. U. z 2022 r., poz. 1184 ze zm.) lub ustawą z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (tj. Dz. U. z 2022 r., poz. 1166 ze zm.), w tym: a) każda z osób skierowanych do wykonywania zamówienia (pełnienia stałych dyżurów w siedzibie Zamawiającego) musi posiadać co najmniej 5 letnie doświadczenie zawodowe jako radca prawny lub adwokat w wykonywaniu usług prawniczych (przez co rozumie się lata czynne zawodowo w wykonywaniu zawodu adwokata lub radcy prawnego); b) przynajmniej jedna z osób skierowanych do wykonywania zamówienia (pełnienia stałych dyżurów w siedzibie Zamawiającego) musi posiadać co najmniej 3 letnie doświadczenie w kompleksowej obsłudze prawnej podmiotu, który w tym okresie pełnił funkcje instytucji zarządzającej, pośredniczącej lub finansującej w ramach programów operacyjnych służących absorpcji unijnych środków pomocowych; c) przynajmniej jedna z osób skierowanych do wykonywania zamówienia (pełnienia stałych dyżurów w siedzibie Zamawiającego) musi posiadać co najmniej 3 letnie doświadczenie w obsłudze prawnej podmiotu, który w tym okresie udzielał pożyczek przedsiębiorcom ze środków programów operacyjnych służących absorpcji unijnych środków pomocowych lub

środków budżetu państwa lub środków publicznych; d) co najmniej jedna osoba skierowana do wykonywania zamówienia (pełnienia stałych dyżurów w siedzibie Zamawiającego) musi posiadać co najmniej 3 letnie doświadczenie w zakresie doradztwa w sprawie zamówień publicznych, udzielanych na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych; e) co najmniej jedna osoba skierowana do wykonywania zamówienia (pełnienia stałych dyżurów w siedzibie Zamawiającego) musi posiadać co najmniej roczne doświadczenie w zakresie doradztwa w sprawie zapewnienia dostępności osobom ze szczególnymi potrzebami oraz dostępności cyfrowej stron internetowych i aplikacji mobilnych podmiotów publicznych; f) co najmniej jedna osoba skierowana do wykonywania zamówienia (pełnienia stałych dyżurów w siedzibie Zamawiającego) musi posiadać co najmniej roczne doświadczenie w kompleksowej obsłudze prawnej podmiotu, który w tym okresie pełnił funkcję Ośrodka Wsparcia Ekonomii Społecznej w projektach związanymi z ekonomią społeczną. Zamawiający wskazał, iż wezwienie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, w tym stosownych wykazów osób i wykazów doświadczenia osób.

Jednym z kryteriów przewidzianych w Rozdziale XIV SWZ było kryterium K2 Doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia o wadze 60%. Punktację ustalono następująco: Wykonawca zobligowany jest skierować do realizacji zamówienia minimum trzy osoby, z których: 1. Przynajmniej jedna posiada doświadczenie w zakresie obsługi/doradztwa prawnego wobec przedsiębiorstw/spółek z branży finansowej, udzielających pożyczek przedsiębiorcom ze wsparciem z budżetu państwa lub Unii Europejskiej: minimum 3 letnie - za co oferta otrzyma 0 pkt, od 4 lat do 8 lat - za co oferta otrzyma 5 pkt, 9 letnie i więcej - za co oferta otrzyma 10 pkt. 2. Przynajmniej jedna posiada doświadczenie polegające na świadczeniu usług w zakresie obsługi/doradztwa prawnego organów spółek kapitałowych w okresie: od 0 do 3 lat - za co oferta otrzyma 0 pkt, od 4 lat do 8 lat - za co oferta otrzyma 5 pkt, 9 letnie i więcej - za co oferta otrzyma 10 pkt. 3. Przynajmniej jedna posiada doświadczenie w zakresie obsługi prawnej/doradztwa wobec podmiotów z udziałem kapitałowym jednostek samorządu terytorialnego w następującej ilości: od 0 do 1 podmiotu - za co oferta otrzyma 0 pkt, od 2 podmiotów do 3 podmiotów - za co oferta otrzyma 5 pkt, 4 podmioty i więcej - za co oferta otrzyma 10 pkt. 4. Przynajmniej jedna posiada doświadczenie polegające na świadczeniu usług doradztwa w zakresie stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych (dotyczy również umowy o pracę, gdzie do zakresu czynności należało prowadzenie spraw związanych z PZP): minimum 3 letnie - za co oferta otrzyma 0 pkt, od 4 lat do 5 lat - za co oferta otrzyma 5 pkt, 6 letnie i więcej - za co oferta otrzyma 10 pkt. 5. Przynajmniej jedna posiada doświadczenie polegające na świadczeniu usług, w zakresie obsługi prawnej/doradztwa dla start-upów lub funduszy

venture capital dla następującej ilości podmiotów: od 0 do 1 podmiotu - za co oferta otrzyma 0 pkt, od 2 podmiotów do 3 podmiotów - za co oferta otrzyma 5 pkt, 4 podmioty i więcej - za co oferta otrzyma 10 pkt. 6. Przynajmniej jedna posiada doświadczenie polegające na świadczeniu usług, w zakresie doradztwa prawnego przy realizacji robót budowlanych

realizowanych w ramach programów operacyjnych służących absorpcji unijnych lub krajowych środków pomocowych w następującej ilości projektów: od 0 do 1 projektu – za co oferta otrzyma 0 pkt, od 2 do 3 projektów – za co oferta otrzyma 5 pkt, 4 projekty i więcej – za co oferta otrzyma 10 pkt. Zamawiający wskazał, iż wobec każdej z ww. przesłanek, Wykonawca składający ofertę będzie zobligowany do podania imienia oraz nazwiska osoby spełniającej dane kryteria. Będzie to osoba skierowana do realizacji zamówienia. Jednocześnie Zamawiający zastrzegł, że jedna osoba skierowana do realizacji zamówienia musi spełniać minimum jedną przesłankę oraz maksymalnie trzy, objęte niniejszym kryterium oceny ofert.

Wartość szacunkowa zamówienia określona została na kwotę 728 676,00 zł netto, tj. 896 271,00 zł brutto i taką kwotę Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zgodnie z dokumentem „Szacunek zamówienia” znajdującym się w dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego, podstawą szacowania było dotychczas udzielone zamówienie powiększone o 17% wzrostu cen związanego z inflacją.

W postępowaniu wpłynęły dwie oferty: Przystępującego z ceną 1 195 560,00 zł brutto oraz Odwołującego z ceną 1 022 868,00 zł brutto. Obaj wykonawcy zostali ocenieni w kryterium oceny ofert K2 (doświadczenie) w ten sam sposób, otrzymując maksymalną liczbę punktów. Odwołujący w formularzu ofertowym dla kryterium K2 podał następujące osoby: K2.1 B. S., K2.2 A. M., K2.3 B. S., K2.4 M. W. – D., K2.5 B. S. K2.6 M. W. – D. . Ponadto w oświadczeniu stanowiącym załącznik nr 4 do SWZ Odwołujący wskazał, iż będzie polegał na zasobach następujących osób: M. S., M. W. – D., . M., W. Z., J. K. – N. w zakresie pełnienia dyżurów w siedzibie Zamawiającego.

Zamawiający pismem z dnia 21 grudnia 2022 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień treści oferty oraz oświadczenia o braku podstaw wykluczenia i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu (załącznik nr 4 do SWZ) wskazując na konieczność wyjaśnienia i potwierdzenia, że B. S. i A. M., jako osoby skierowane do realizacji zamówienia, na których doświadczenie powołano się w zakresie kryterium K2, będą pełniły stałe dyżury w siedzibie Zamawiającego w godz. 8.00-15.00, przez 5 dni roboczych w tygodniu, a ich pominięcie w załączniku nr 4 stanowiło niedopatrzanie wykonawcy lub omyłkę pisarską. Odwołujący w odpowiedzi na tak skonstruowane wezwanie potwierdził powyższą okoliczność.

Następnie Zamawiający pismem z dnia 2 stycznia 2023 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, w celu ustalenia, czy oferta zawiera cenę potwierdzającą możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, zamieszczonej w ofercie złożonej w przedmiotowym postępowaniu. W Wezwaniu Zamawiający przywołał treść art. 224 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, iż w związku z tym, że zastrzegł, iż osoby skierowane do realizacji zamówienia, winny pełnić obowiązkowe dyżury w siedzibie Zamawiającego, spore wątpliwości budzi fakt, iż osoby wskazane w ofercie Wykonawcy, na co dzień zamieszkują i pełnią swoje obowiązki zawodowe, choćby na terenie województwa wielkopolskiego, co w znacznym stopniu może utrudniać świadczenie usług w formie stacjonarnej. Zamawiający wezwał do wyjaśnienia czy wykonawca w złożonej przez siebie ofercie w przedmiotowym postępowaniu, uwzględnił wszystkie elementy, które mają wpływ na wysokość ceny oferty w szczególności w zakresie określonym w art. 224 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający pouczył także wykonawcę o treści art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp.

W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący potwierdził, iż jest w stanie zapewnić obsługę prawną Zamawiającego, w sposób należyty i rzetelny, za podaną w treści oferty cenę. Zarówno globalna wartość oferty, jak również poszczególne, szacowane ceny jednostkowe składające się na ten koszt zostały oszacowane z uwzględnieniem rzeczywistych kosztów usługi, opierając się na blisko 20-letnim doświadczeniu w branży. Odwołujący wskazał, że na cenę oferty duży wpływ ma fakt, iż w ramach prowadzonej działalności gospodarczej kadra Wykonawcy realizowała już prace polegające na świadczeniu doradztwa prawnego: a. wobec przedsiębiorstw i spółek z branży finansowej, udzielających pożyczek przedsiębiorcom ze wsparciem z budżetu państwa lub Unii Europejskiej; b. organów spółek kapitałowych; c. wobec podmiotów z udziałem kapitałowym jednostek samorządu terytorialnego; d. w zakresie stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych; e. dla start-upów lub funduszy venture capital; f. przy realizacji robót budowlanych realizowanych w ramach programów operacyjnych służących absorpcji unijnych lub krajowych środków pomocowych. Na potwierdzenie powyższego w załączeniu przedłożono wybrane referencje wystawione przez Bank Gospodarstwa Krajowego, Polfund Fundusz Poręczeń Kredytowych S.A., Fundusz Pomerania sp. z o.o., Pomorski Fundusz Rozwoju sp. z o.o., Wielkopolski Fundusz Rozwoju sp. z o.o., PIK TIME SYSTEMS sp. z o.o. Odwołujący wyjaśnił, iż ww. dokumenty przedstawione są celem potwierdzenia podanych poniżej okoliczności, tj. że cena skalkulowana została w oparciu o realne koszty wykonania usługi, ustalone w oparciu o doświadczenie zdobyte przy realizacji zamówień podobnych. Powyższe dokumenty nie są składane w trybie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp i nie mają na celu

potwierdzenia spełnienia warunków określonych w rozdziale IX SWZ. W tym bowiem zakresie, zgodnie z obowiązującymi przepisami, Wykonawca oczekuje odrębnego wezwania.

Odwołujący wskazał ponadto, iż cena została skalkulowana po uprzednim, rzetelnym rozeznaniu rynku co do aktualnych cen, przy uwzględnieniu wysokości wynagrodzeń radców prawnych i adwokatów specjalistów, którzy na stałe (w ramach długoterminowej współpracy, nie krótszej niż 3 lata kalendarzowe) według miesięcznych stawek ryczałtowego wynagrodzenia pełnią obsługę: a. wobec przedsiębiorstw i spółek z branży finansowej, udzielających pożyczek przedsiębiorcom ze wsparciem z budżetu państwa lub Unii Europejskiej; b. organów spółek kapitałowych; c. wobec podmiotów z udziałem kapitałowym jednostek samorządu terytorialnego; d. w zakresie stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych; e. dla start-upów lub funduszy venture capital; lub f. przy realizacji robót budowlanych realizowanych w ramach programów operacyjnych służących absorpcji unijnych lub krajowych środków pomocowych. Odwołujący zapewnił dodatkowo, iż dokonując sporządzenia oferty cenowej uwzględnił wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia i są one zawarte w cenie całkowitej przedstawionej w ofercie; b. składając ofertę zobowiązał się

do udzielenia rękąmi prawidłowego i rzetelnego wykonania przedmiotu umowy na warunkach opisanych w SWZ wraz z załącznikami, w tym na warunkach opisanych w umowie, skalkulowana cena nie jest ani wynikiem błędu w obliczeniach ani też w ustaleniu stanu faktycznego i zakresu prac podlegających wycenie. Dodatkowo Odwołujący wskazał, iż Kancelaria świadczy na stałe usługi prawne na rzecz podmiotów o podobnym profilu działalności, a zatem posiada już niezbędne zaplecze pozwalające na rzetelne wykonanie usługi bez konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów z tego tytułu, tj: a. posiada już wykupione licencje na oprogramowanie prawnicze LEX lub LEGALIS w ilości pozwalającej na ich wykorzystanie przy realizacji tego zadania; b. posiada własny zbiór monografii prawniczych, bazy piśmiennictwa prawniczego, orzecznictwa, pozwalający na szybką i efektywną obsługę; c. posiada, z racji wieloletniego doświadczenia, własny zbiór wydanych opinii prawnych, analiz i publikacji, możliwy do wykorzystania przy realizacji zamówienia; d. współpracuje z bezpośrednio z szerokim gronem prawników () oraz doradców of counsel, specjalizujących się w różnych branżach, co gwarantuje sprawy i efektywny „back office” dla prawników delegowanych do bezpośredniej obsługi Zamawiającego w siedzibie Zamawiającego.

Dalej Odwołujący wskazał, iż zgodnie z przyjmowaną w doktrynie definicją, ceną rażąco niską jest cena nierealistyczna, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku. W orzecznictwie

wielokrotnie podkreślano, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Cena ofertowa zaproponowana przez Odwołującego w ramach prowadzonej działalności gospodarczej nie jest natomiast nierealistyczna, a co przy tym istotne, nie odbiega od cen rynkowych. Odwołujący wskazał na link do strony internetowej, zawierającej przykładowe zestawienie wynagrodzeń prawników wewnętrznych. Odwołujący zauważył, iż Zamawiający szacuje, że zakres obowiązków wynikających z opisu przedmiotu zamówienia wymagał będzie zaangażowania zespołu na poziomie około 250 h/miesięcznie i jednocześnie wymaga dyżuru w siedzibie Zamawiającego w wymiarze odpowiadającym wysokości 7/8 etatu miesięcznie oraz około 96 godzin konsultacji zdalnych. Biorąc zatem pod uwagę wskazane wyżej rynkowe stawki dla prawników wewnętrznych, gdzie najczęściej oferowane wynagrodzenie na danym stanowisku wynosiło w 2022 r. 13 000 zł brutto miesięcznie, zaproponowana w ofercie miesięczna stawka wynagrodzenia na poziomie 28 413 zł brutto miesięcznie wydaje się być co najmniej rynkowa dla prawników „in house” – zwłaszcza przy umowach długoterminowych. Wskazana cena uwzględnia bowiem dodatkowe koszty, jakie Wykonawca musiałby ponosić, a które związane są ze świadczeniem stacjonarnego dyżuru w Rzeszowie przez oddelegowanych części członków zespołu, którzy aktualnie w nim nie mieszkają. Będzie to choćby koszt wynajmu lokalu mieszkalnego (np. kawalerki), który aktualnie w Rzeszowie waha się na poziomie 1 000 zł do 1 300 zł brutto miesięcznie (gdzie wysokość czynszu przy wynajmie długoterminowym nie krótszym niż 3 lata będzie jednak niższa). Odwołujący przedstawił link do strony internetowej zawierającej przykładowe czynsze najmu. Odwołujący wyjaśnił, iż jest to przybliżona wartość, ostrożnościowo przyjęta na potrzeby skalkulowania ceny oferty. Wartość realna kosztów noclegu, przy docelowym otwarciu oddziału Wykonawcy w województwie podkarpackim (o czym dalej), będzie znacznie niższa.

Odwołujący wskazał ponadto, iż dodatkowy kosztem będzie również dojazd osób oddelegowanych do Rzeszowa – przykładowo pociągiem 2. klasy lub autokarem w obie strony, który waha się między 160 a 200 zł brutto, a liczony do 4. razy w miesiącu wynosi ok. 640 – 800 zł brutto miesięcznie. Wobec planowanego otwarcia oddziału w województwie podkarpackim, koszt na takim poziomie może być ponoszony wyłącznie w początkowym okresie współpracy, i to wyłącznie przez część personelu Wykonawcy. Wykonawca zwraca w tym miejscu uwagę na fakt, iż nie wszystkie „osoby wskazane w ofercie Wykonawcy, na co dzień zamieszkują i pełnią swoje obowiązki zawodowe, choćby na terenie województwa wielkopolskiego”. Wskazana w treści oferty radca prawny M. W. D. na stałe prowadzi

działalność w Rzeszowie, podobnie radca prawny M. S., radca prawny P. M., radca prawny W. Z. czy radca prawny J. K. – N. . Mało tego, dla członków zespołu delegowanych do pracy w siedzibie Zamawiającego w Rzeszowie, Wykonawca planował wypłatę świadczenia stanowiącego odpowiednik tzw. dodatku za rozłąkę w wysokości aktualnej diety za krajową podróż służbową za dobę świadczenia usług. Wysokość diety zgodnie z aktualnym rozporządzeniem wzrosła od 1 stycznia 2023 r. do kwoty 45 zł pomnożona więc o liczbę ok. 11 dni świadczenia pomocy prawnej w Rzeszowie stanowi dodatkowy koszt maksymalnie 495 zł brutto miesięcznie. Dodatkowo, Wykonawca pragnie zauważyć, iż rozpoczęcie świadczenia obsługi prawnej RARR S.A. miało być asumptem do otwarcia oddziału Kancelarii Radcy Prawnego B. S. na Podkarpaciu. Powyższe założenie poparte jest doświadczeniem Wykonawcy w tym zakresie i zdarzeniami, które miały miejsce w dotychczasowej działalności Kancelarii. W związku bowiem ze świadczeniem usług m.in. dla podmiotów wskazanych w pkt I. niniejszych wyjaśnień, Wykonawca posiada oddziały Kancelarii na Mazowszu i na Pomorzu, gdzie w Warszawie na stałe współpracuje z jednym radcą prawnym i jednym adwokatem, w Szczecinie z jednym radcą prawnym, dodatkowo również w Łodzi z jednym adwokatem i w Opolu z jednym adwokatem (Odwołujący wskazał na link do strony internetowej własnej Kancelarii). Jednocześnie zauważył, iż kwota jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to 896 271,00 złotych brutto, czyli około 24 896 zł brutto miesięcznie. Jest to więc mniej więcej cena zaproponowana przez Wykonawcę, tj. 28 413 zł brutto miesięcznie, która uwzględnia wskazane wyżej dodatkowe koszty (nie przekraczające 2 500 zł brutto miesięcznie).

Odwołujący wskazał też, że otrzymał zaproszenie do negocjacji, jakie miały odbyć się w dniu 28 grudnia 2022 r. Tak oferowana przez Wykonawcę cena, jak i cena zaproponowana przez drugiego z oferentów, przekraczała budżet Zamawiającego, stąd też korzystając z uprawnienia, o jakim stanowi art. 288 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający planował zaproponowane pierwotnie ceny jeszcze negocjować. Skoro zatem, Zamawiający podjął kroki mające na celu uzyskanie ceny jeszcze niższej niż ta oferowana, to znaczy, że uznał, iż Wykonawca jest w stanie zrealizować usługę jeszcze taniej. Z tej też przyczyny otrzymane pismo jest dla Odwołującego zaskoczeniem – zwłaszcza, że nie zostały spełnione przesłanki określone treścią art. 224 ust. 2 ustawy Pzp. Nie bez znaczenia zdaniem Odwołującego pozostaje także fakt, iż przedmiotem zamówienia są usługi, gdzie zasadniczą pozycję kosztową stanowi praca osób realizujących takie

usługi, uwzględniając ich kwalifikacje, wykształcenie oraz pozycję rynkową. Koszty administracyjne, w tym koszty dojazdów czy noclegów, dla podmiotu świadczącego takiego rodzaju usługi w sposób stały i profesjonalny, mają marginalne znaczenie wobec całej wartości zamówienia. Zostały one jednak także skalkulowane i uwzględnione w podanej cenie. Odwołujący wskazał też, że w

sytuacji, w której Zamawiający nie zastrzegł w SWZ (Rozdział XXIII) obowiązku osobistego wykonania usługi przez wykonawcę, nie może on faworyzować wykonawców lokalnych. Przy tego rodzaju zapisie siedziba Wykonawcy, z punktu widzenia OPZ pozostaje bez znaczenia. Odwołujący zapewnia przy tym, iż z każdym z prawników dedykowanych do realizacji zamówienia ustalono warunki współpracy, które pozwalają na wykonanie usługi po zaproponowanej cenie.

Zamawiający pismem z dnia 18 stycznia 2023 r. zawiadomił wykonawców na podstawie art. 287 ust. 3 pkt 1 oraz pkt 2 ustawy Pzp o wykonawcach, których oferty nie zostały odrzucone oraz o punktacji przyznanej w kryteriach oceny ofert (oferta Przystępującego uzyskała 100 pkt), a także o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone (Odwołujący). Zamawiający wskazał, iż zamierza w takiej sytuacji podjąć negocjacje wyłącznie z Przystępującym. Ponadto poinformował, iż oferta złożona przez Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, w nawiązaniu do art. 224 ust. 6 te same ustawy. Przedmiotowe wyjaśnienia przesłane przez Wykonawcę w dn. 5.01.2023 r., dotyczące kwestii ustalenia, czy oferta zawiera cenę potwierdzającą możliwość wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, stanowią podstawę do odrzucenia złożonej przez wskazanego Wykonawcę oferty na podstawie art. 226 pkt 8 ustawy Pzp, w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, albowiem wyjaśnienia te nie uzasadniają podanej w ofercie ceny realizacji zamówienia.

W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający wskazał, iż wezwał Wykonawcę do przedłożenia stosownych wyjaśnień, w celu ustalenia, czy oferta zawiera cenę potwierdzającą możliwość wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Wykonawca przekazał Zamawiającemu wyjaśnienia, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem i stanowiskiem doktryny, wyjaśnienia składane w procedurze wyjaśnień rażąco niskiej ceny czy też elementów mających wpływ na cenę ofertową, powinny przedstawiać rzetelną i kompletną kalkulację ceny oraz dowody potwierdzające tezy przedstawione w kalkulacji. Zamawiający ma dokonać oceny, czy wyjaśnienia i dowody uzasadniają podaną cenę i może odrzucić ofertę, jeśli jest w stanie wykazać, że na podstawie udzielonych wyjaśnień i dowodów nie był w stanie uznać ceny lub kosztu za uzasadniony. Treść przepisów obowiązujących od 01.01.2021 r., związanej z wejściem w życie nowej ustawy Prawo zamówień publicznych wzmocniła znaczenie wyjaśnień konkretnych, odnoszących się do elementów kalkulacyjnych oferty i udowodnionych, a jednocześnie podkreśliła ciężar dowodowy spoczywający na wykonawcy, którego cena jest poddawana w wątpliwość. Poprzestanie na twierdzeniach lub złożenie wyjaśnień

niepomyślnymi dowodami w obecnym stanie prawnym naraża wykonawcę na ryzyko, że zamawiający uzna te wyjaśnienia jako niewystarczające dla uzasadnienia ceny (Zamawiający wskazał na dwa wyroki KIO dotyczące tej kwestii). Zdaniem Zamawiającego Wykonawca ograniczył się do ogólnikowych stwierdzeń, wskazując na swoje doświadczenie w obsłudze różnych podmiotów, przeciętne wynagrodzenia prawników, przykładowe czynsze oraz koszty dojazdu. W wyjaśnieniach nie przedstawiono żadnych kalkulacji, nie zaprezentowano w jakikolwiek sposób jakie realne koszty, będzie ponosił Wykonawca, w szczególności nie zaprezentowano kosztów osobowych - chociaż w ofercie wskazano konkretne osoby, które będą realizować zamówienie, oświadczone również, iż Wykonawca będzie korzystał z potencjału podmiotów trzecich - wszystkie te koszty powinny być konkretnie wskazane. Podobnie koszty niezbędnych dojazdów i noclegów - Wykonawca ograniczył się do wskazania jakie koszty można ponieść w tym zakresie, a nie jak on je skalkulował w swojej ofercie. Dodatkowo dowody przedstawione przez Wykonawcę (stanowiące obligatoryjną część wyjaśnień) ograniczają się do referencji potwierdzających wyłącznie należyte wykonywanie innych usług i są zupełnie nieprzydatne z punktu widzenia realności zaoferowanej ceny. Jednocześnie Wykonawca, który winien być profesjonalistą, w kwestii Prawa zamówień publicznych, jako jednej z głównych dziedzin obsługi prawnej, która stanowi przedmiot zamówienia, nie powinien poddawać pod wątpliwość możliwości Zamawiającego, dotyczących wezwania Wykonawcy do złożenia stosownych wyjaśnień, co do elementów ceny ofertowej, bowiem ustawa jasno wskazuje, że Zamawiający ma bezwzględne prawo do zażądania wyjaśnień w przypadku pojawienia się wątpliwości, co do realności zaoferowanej ceny. Od Wykonawcy, który ma świadczyć obsługę prawną między innymi w zakresie zamówień publicznych można oczekiwać wyjaśnień ponadstandardowych/ przygotowanych profesjonalnie, w sposób nie budzący najmniejszych wątpliwości - w przeciwnym razie, Zamawiający, może mieć wątpliwości co do poziomu potencjalnej usługi. To wykonawca, wszelkimi niezbędnymi środkami dostępnymi w danej sprawie i uzasadnionymi w konkretnym stanie faktycznym, powinien wykazać Zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, pomimo wypełnienia się określonych ustawowych przesłanek podejrzenia rażąco niskiej ceny w jego ofercie. Wykonawca winien przedłożyć dowody w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty, zaś każdy dowód musi być adekwatny do konkretnej sytuacji i stanowić potwierdzenie tego, co wykonawca dowodzi w swoich wyjaśnieniach. W tym przypadku wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, co skutkuje odrzuceniem oferty.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba rozpoznała łącznie zarzuty wskazane w pkt 1-4 petitum odwołania, ponieważ wszystkie odnosiły się do dokonanej przez Zamawiającego oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w przedmiocie wycenienia ceny. Izba uznała za zasadne stanowisko Odwołującego, iż Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego naruszył art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy 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. Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Art. 224 ust. 6 ustawy Pzp stanowi, iż 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 kolei w myśl art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W ramach uwag natury ogólnej należy przede wszystkim wskazać na dwa aspekty, które miały znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. Po pierwsze podkreślić należy, iż Izba dokonuje oceny zgodności z ustawą Pzp czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego wyłącznie przez pryzmat uzasadnienia faktycznego i prawnego, jakie zostało zakomunikowane wykonawcy w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty. Uzasadnienie to powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji Zamawiającego, tak aby Odwołujący mógł podjąć decyzję co do skorzystania ze środków ochrony prawnej oraz ustosunkować się we wnoszonym odwołaniu do wskazanych przez Zamawiającego uchybień. Ocena dokonywana przez Izbę w tym zakresie nie może więc wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez Zamawiającego, nie może polegać na badaniu istnienia powodów do odrzucenia oferty w szerszym aspekcie czy domniemywaniu przyczyn, które legły u podstaw decyzji zamawiającego. Po drugie wskazać trzeba, że ocena wyjaśnień złożonych przez wykonawcę w zakresie wyliczenia ceny jest integralnie powiązana z treścią wezwania, jakie zostało do wykonawcy skierowane.

Wykonawca, aby rozwiać wątpliwości Zamawiającego, musi wiedzieć, które elementy wzbudziły zastrzeżenia i co konkretnie powinno być przedmiotem wyjaśnień. Wyciąganie zatem negatywnych konsekwencji wobec Odwołującego z uwagi na brak przedstawienia w wyjaśnieniach konkretnych informacji, o które Zamawiający nie spytał w wezwaniu, co do zasady nie powinno być aprobowane.

Okolicznością bezsporną w przedmiotowej sprawie było to, że wobec oferty Odwołującego nie zaszły podstawy do wezwania do wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny wskazane w art. 224 ust. 2 ustawy Pzp, tj. nie zostały spełnione opisane w ww. przepisie wskaźniki arytmetyczne. Co więcej, oferta Odwołującego nie była niższa od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług – była ona wyższa od wartości szacunkowej o 126 597 zł, zaś od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert oferta Odwołującego była niższa jedynie o ok. 7,8%. Powyższe uprawdopodabnia rynkowy charakter tej ceny.

Izba stwierdziła, iż powodem dla którego Zamawiający wystosował do Odwołującego wezwanie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp były powzięte przez niego wątpliwości spowodowane tym, że „osoby wskazane w ofercie Wykonawcy, na co dzień zamieszkują i pełnią swoje obowiązki zawodowe, choćby na terenie województwa wielkopolskiego, co w znacznym stopniu może utrudniać świadczenie usług w formie stacjonarnej.” (cyt. z wezwania). Poza powyższą kwestią Zamawiający nie wyartykułował żadnych innych wątpliwości dotyczących oferty Odwołującego, a pozostała treść wezwania miała charakter ogólny i sprowadzała się do przywołania przepisów ustawy Pzp. W konsekwencji to przez pryzmat tak wyrażonych wątpliwości należy przede wszystkim oceniać treść wyjaśnień Odwołującego. Zamawiający nie wskazał w wezwaniu na konieczność szczegółowego wyjaśnienia przyjętych kosztów osobowych czy kosztów związanych z koniecznością pełnienia dyżurów w siedzibie Zamawiającego (kosztów dojazdów, noclegu), a jedynie wyraził swoją opinię, że okoliczność, iż osoby wskazane w ofercie prowadzą działalność w woj. wielkopolskim może utrudniać świadczenie usług. Powyższe w ocenie Izby wskazuje bardziej na wątpliwości co do należytego świadczenia usług (ewentualne obawy, czy osoby wskazane w oświadczeniu złożonym na potrzeby oceny ofert w kryterium K2 faktycznie będą świadczyć dyżury w siedzibie Zamawiającego) niż na wątpliwości co do kalkulacji ceny oferty. Przy czym stanowisko Zamawiającego przedstawione w treści wezwania obarczone było błędem, bowiem okolicznością bezsporną był fakt, iż jedna z trzech osób wskazana w formularzu ofertowym (pani M. W. – D.) prowadzi działalność w woj. podkarpackim, w Rzeszowie, gdzie mieści się siedziba Zamawiającego i jako osoba posiadająca doświadczenie m.in. w zakresie prawa zamówień publicznych również może pełnić dyżury w siedzibie Zamawiającego. Ponadto Izba stwierdziła, że Zamawiający oparł swoją decyzję na niewyartykułowanych,

własnych przewidywaniach co do sposobu realizacji usługi, mimo że nie dysponował podmiotowymi środkami dowodowymi (wykazami osób), na podstawie których można byłoby zweryfikować, które konkretnie osoby posiadające odpowiednie doświadczenie będą pełniły dyżury w siedzibie Zamawiającego, czy odpowiada to wymaganiom SWZ i koreluje z oświadczeniami złożonymi na potrzeby kryterium oceny ofert K2.

Nawet jednak gdyby uznać, że B. S. oraz A. M. będą pełniły dyżury 5 dni w tygodniu w siedzibie Zamawiającego (co zdaje się nie być konieczne, w sytuacji gdy jedną z osób mogących pełnić te dyżury jest jeszcze wskazana w ofercie M. W. – D., a nadto określone w postępowaniu warunki udziału mogą spełniać również inne osoby, na których zasoby Odwołujący się powołał, co byłoby możliwe do zweryfikowania po złożeniu podmiotowych środków dowodowych), to Zamawiający oceniając wyjaśnienia złożone przez Odwołującego w zakresie wyliczenia ceny oferty i decydując się na odrzuceniu oferty Odwołującego, nie odniósł się w sposób merytoryczny do zawartej w tych wyjaśnieniach argumentacji i nie podważył przyjętych tam przez Odwołującego założeń i poziomu kosztów.

Należy wskazać, iż Odwołujący - w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wyrażające wątpliwości co do możliwości realizacji usługi przez osoby prowadzące działalność gospodarczą w woj. wielkopolskim - skupił się na wyjaśnieniu przede wszystkim tych wątpliwości, przedstawiając stosunkowo szczegółową argumentację w tym zakresie. Przede wszystkim Odwołujący wskazał na rynkowe poziomy wynagrodzeń prawników, wskazał, iż uwzględnił konieczność zaangażowania zespołu na poziomie ok. 250h miesięcznie, w tym dyżuru w wymiarze 7/8 etatu miesięcznie oraz ok. 96

godzin konsultacji zdalnych. Wskazał, że przyjęta przez niego kwota wynagrodzenia na poziomie 28 413 zł brutto miesięcznie uwzględnia nie tylko koszt wynagrodzenia prawników (ok. 13 000 zł brutto miesięcznie/os.), ale także koszty związane ze świadczeniem dyżuru stacjonarnego w Rzeszowie, jak koszty wynajmu lokalu mieszkalnego (Odwołujący podał ceny najmu istniejące na lokalnym rynku i przykładowe ogłoszenia), koszty dojazdu do Rzeszowa (Odwołujący wskazał ceny dojazdu pociągiem lub autobusem). Odwołujący wyjaśnił też, że te dodatkowe koszty nie przekraczają 2500 zł brutto miesięcznie, podkreślając przy tym, iż planuje otwarcie oddziału Kancelarii w woj. podkarpackim, że posiada już oddziały na Mazowszu i na Pomorzu, prowadzi działalność też w Opolu i Łodzi (na potwierdzenie Odwołujący podał linki do strony internetowej jego Kancelarii).

Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego nie podjął polemiki z powyższą argumentacją, w szczególności nie podważył poziomu kosztów, na jakie wskazał Odwołujący, w tym kosztów związanych z oddelegowaniem do pełnienia dyżurów w siedzibie Zamawiającego osób, które nie mieszkają w Rzeszowie. Zamawiający nie kwestionował też założeń przyjętych przez Odwołującego w zakresie czasochłonności zaangażowania zespołu

ani wskazanych stawek wynagrodzenia pracowników, kosztów najmu lokalu czy kosztów dojazdu. Zamawiający arbitralnie stwierdził, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia nie uzasadniają zaoferowanej ceny, jednocześnie nie podejmując próby podważenia rynkowego charakteru tej ceny. Uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego było lakoniczne i ograniczało się jedynie do ogólnych stwierdzeń, jakoby w wyjaśnieniach nie przedstawiono żadnych kalkulacji, nie zaprezentowano jakie realne koszty, będzie ponosił Wykonawca, w szczególności nie zaprezentowano kosztów osobowych i nie złożono dowodów. Powyższe nie jest zgodne z rzeczywistym stanem rzeczy – Odwołujący wskazał na przyjęte poziomy wynagrodzeń i kosztów związanych ze świadczeniem dyżurów w siedzibie Zamawiającego, jak i powołał się na dowody (co prawda Odwołujący uczynił to poprzez podanie łączy do stron internetowych, a nie wydruki informacji zawartych na tych stronach, niemniej trudno mu z tego powodu czynić zarzut). Jeżeli Zamawiający oczekiwał przedstawienia szczegółowej kalkulacji z podziałem na konkretne osoby czy kategorie kosztów, to powinien dać temu wyraz w treści wezwania, gdy tymczasem Zamawiający w wezwaniu jedynie lakonicznie wyraził własne wątpliwości związane z tym, że głównym miejscem prowadzenia działalności przez Odwołującego jest woj. wielkopolskie, co miałyby zdaniem Zamawiającego utrudniać realizację usługi.

Izba stwierdziła, iż Zamawiający, dokonując oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, całkowicie pominął cel, jakemu służy procedura badania ceny oferty wskazana w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Celem tym jest ustalenie czy za zaoferowaną cenę możliwe jest wykonanie zamówienia przez wykonawcę w sposób należyty i bez poniesienia strat z tego tytułu. Zamawiający – skupiając się wyłącznie na formalnym aspekcie – nie podważył, że przyjęty przez Odwołującego miesięczny koszt świadczenia usługi (a w efekcie też cena całkowita) nie stanowi ceny rynkowej za realizację tego rodzaju zamówienia i nie jest możliwe wykonanie za tę cenę zamówienia w sposób należyty, bez strat, nawet w przypadku gdyby wykonawca musiał ponieść dodatkowe koszty związane z dojazdem czy noclegiem w miejscowości, w której siedzibę ma Zamawiający. Podkreślić należy, iż sam Zamawiający oszacował wartość zamówienia na niższym poziomie, bazując na dotychczasowej cenie za obsługę prawną z uwzględnieniem 17% wzrostu cen związanego z inflacją. Skoro Zamawiający uznał, że cena oferty Odwołującego, mimo że jest wyższa od szacunkowej wartości zamówienia o ponad 125 000 zł, nie ma rynkowego charakteru (głównie z tego powodu, że aktualnie głównym miejscem prowadzenia działalności Odwołującego jest woj. wielkopolskie), to powinien być w stanie wskazać, dlaczego przyjęty przez Odwołującego poziom kosztów nie może być uznany za wystarczający. Zamawiający pominął okoliczność, iż różnica pomiędzy miesięcznym wynagrodzeniem przyjętym przez Odwołującego (28 413 zł brutto), a poziomem wynagrodzenia przyjętym przez samego

Zamawiającego (24 896,42 zł brutto) to ponad 3 500 zł miesięcznie i nie spróbował nawet wytłumaczyć, dlaczego ta różnica miałaby nie być wystarczająca na pokrycie ewentualnych dodatkowych kosztów związanych z pełnieniem dyżurów w siedzibie Zamawiającego. Zamawiający nie przedstawił też żadnej analizy, która dotyczyłaby relacji oferowanej przez Odwołującego ceny do wymagań wynikających z OPZ, pominął też okoliczność, że na wysokość przyjętego wynagrodzenia wpływają regulacje zwarte w projektowanych postanowieniach umowy (dla przykładu zgodnie z § 3 ust. 1 i 2 PPU wszelkie koszty administracyjne, sądowe czy skarbowe ponosić ma Zamawiający, podobnie jak koszty dojazdów poza obszar siedziby Zamawiającego, w tym środki transportu Wykonawcy oraz noclegów, niezbędnych do realizacji usług objętych umową. Ponadto zgodnie z § 4 ust. 5 PPU Wykonawca oprócz miesięcznego ryczałtu za usługi otrzymywać ma także dodatkowe wynagrodzenie z tytułu świadczenia przez Wykonawcę zastępstwa procesowego w sprawach karnych, sądowo-administracyjnych i cywilnych (w tym egzekucyjnych), w wysokości 80 % zasądzonych kosztów zastępstwa sądowego lub przyznanych w ugodzie, postępowaniu polubownym, arbitrażu zagranicznym lub w postępowaniu egzekucyjnym, jeżeli koszty te zostaną ściągnięte od strony przeciwnej).

Podsumowując, w ocenie Izby nie może zostać uznane za zgodne z art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp ani z zasadą równego traktowania wykonawców wskazaną w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, działanie Zamawiającego, który zastaniając się rzekomą niepełnością wyjaśnień, a jednocześnie samemu nie odnosząc się do wskazanej w wyjaśnieniach argumentacji i nie podważając rynkowego charakteru zaoferowanej ceny, zdecydował się odrzucić ofertę Odwołującego.

Uzupełniająco, odnosząc się do stanowiska Przystępującego, Izba wskazuje, iż twierdzenia przedstawiane przez Przystępującego w piśmie procesowym wykraczały w sposób istotny poza podstawy faktyczne uzasadnienia odrzucenia oferty, jakie Zamawiający zakomunikował Odwołującemu. Dotyczy to przede wszystkim argumentacji kwestionującej wskazane przez Odwołującego założenia co do liczby godzin pracy związanych z dyżurami w siedzibie Zamawiającego oraz przyjętego wymiaru zaangażowania całego zespołu, jak i kwestionującej wskazane w wyjaśnieniach koszty. Jak wskazano powyżej, uzasadnienie odrzucenia oferty było bardzo ogólne, nie odnosiło się merytorycznie ani do kosztów, ani do założeń, na jakie wskazano w wyjaśnieniach. Ponadto Izba stwierdziła, iż Przystępujący w swoim piśmie podnosił coraz to nowsze okoliczności, które powinny być wskazane przez Odwołującego w ramach wyjaśnień, tymczasem

zwrócić należy uwagę, że dopóki Zamawiający nie skieruje do wykonawców konkretnych pytań dotyczących szczegółowych aspektów związanych z wyceną danych elementów zamówienia, to wykonawcy zasadniczo mają swobodę w sposobie sformułowania wyjaśnień.

Wezwanie skierowane przez Zamawiającego wskazywało jedynie na wątpliwości związane z tym, że Odwołujący prowadzi działalność w woj. wielkopolskim, które to wątpliwości – w ocenie Izby zostały na gruncie złożonych wyjaśnień rozwiane, a twierdzenia Odwołującego nie zostały przez Zamawiającego podważone w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe, Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Z uwagi na fakt, iż Izba uznała zasadność ww. zarzutów, kolejne zarzuty - nr 5 (zarzut naruszenia art. 274 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez odstąpienie od wezwania Odwołującego do przedstawienia wykazów osób) oraz nr 6 (zarzut naruszenia art. 255 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania) nie podlegały rozpoznaniu, ponieważ stanowiły one zarzuty ewentualne, podniesione z ostrożności procesowej na wypadek nie uwzględnienia przez Izbę wcześniej omówionych zarzutów.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega uwzględnieniu i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a) i b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....