Sygn. akt: KIO 1817/24

WYROK

Warszawa, dnia 19.06.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: **Agata Mikołajczyk**

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 czerwca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 maja 2024 r. przez wykonawcę: **K.K. Adwokaci i Radcowie Prawni sp. p. z/s w Katowicach (**Al. Roździeńskiego 1A (Biurowiec KTW I), 40202 Katowice) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Narodowa Orkiestra Symfoniczna Polskiego Radia z/s w Katowicach** (ul. Wojciecha Kilara 1 40202 Katowice),

- przy udziale Uczestnika po stronie Zamawiającego: wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Konsorcjum: **Lider Konsorcjum - Kancelaria Radcy Prawnego K.W.**(ul. Niska 21/1, 01-036 Warszawa) oraz **Członek Konsorcjum - Kancelaria Radcy Prawnego K.P.** (ul. Niska 21/1, 01-036 Warszawa),

orzeka:

1.Oddala odwołanie;

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego: **K.K. Adwokaci i Radcowie Prawni sp. p. z/s w Katowicach (**Al. Roździeńskiego 1A (Biurowiec KTW I), 40202 Katowice) 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.

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

.....

Sygn. akt: KIO 1817/24

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 maja 2024r. przez wykonawcę:„K.K. Adwokaci i Radcowie Prawni spółka partnerska z/s w Katowicach (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP]przez zamawiającego: Narodowa Orkiestra Symfoniczna Polskiego Radia z/s w Katowicach. Przedmiotem zamówienia publicznego jest: „Obsługa prawna Narodowej Orkiestry Symfonicznej Polskiego Radia" NOSPR/1/2024. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP z dnia 28 marca 2024 r. nr 2024/BZP 00264629.

Wykonawca podał (...)

I.Odwołanie dotyczy następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

1)odrzucenia oferty Odwołującego złożonej w postępowaniu z powodu rzekomego zaoferowania rażąco niskiej ceny, pomimo że oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny,

2)zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego, pomimo że oferta ta zawiera najkorzystniejszy bilans kryteriów oceny ofert,

3)wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez wykonawcę: Lider Konsorcjum - Kancelaria Radcy Prawnego K.W., ul. Niska 21/1 01-036 Warszawa, Członek Konsorcjum - Kancelaria Radcy Prawnego K.P., ul. Niska 21/1 01-036 Warszawa (dalej: Konsorcjum), pomimo że ocena ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego wskazuje, że wybrana oferta nie zawiera najkorzystniejszego bilansu kryteriów oceny ofert, przez co nie powinna zostać uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu.

II.W związku z powyższym Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 16 pkt 1 - 3 ustawy PZP przez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty i proporcjonalny, a także naruszenie innych pozostających w związku z art. 16 pkt 1 - 3 Pzp przepisów, tj.:

2)art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP przez niewłaściwe zastosowanie tego przepisu polegające na niezasadnym stwierdzeniu, że oferta złożona przez Odwołującego zawiera rażąco niską cenę, w sytuacji gdy cena zaoferowana przez Odwołującego jest wystarczająca do pokrycia kosztów realizacji zamówienia, osiągnięcia zysku oraz prawidłowego wykonania zamówienia publicznego, a więc nie jest rażąco niska, co doprowadziło do nieuzasadnionego stwierdzenia, że oferta Odwołującego powinna zostać odrzucona w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP,

3)art. 224 ust. 6 ustawy PZP przez niewłaściwe zastosowanie tego przepisu polegające na błędnej, nieprzejrzystej i nielogicznej ocenie wyjaśnień Odwołującego z dnia 24 kwietnia 2024 r. dotyczących zaoferowanej ceny (dalej: Wyjaśnienia), prowadzącej do nieuzasadnionego stwierdzenia, że Wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny,

pomimo że Wyjaśnienia jednoznacznie wskazują, że zaoferowana przez Odwołującego cena jest wystarczająca do pokrycia kosztów realizacji zamówienia, osiągnięcia zysku oraz prawidłowego wykonania zamówienia publicznego, a więc nie jest rażąco niska, co doprowadziło do nieuzasadnionego odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP,
4)ewentualnie, z ostrożności, w przypadku nieuwzględnienia zarzutów, o których mowa w punktach 2 i 3 - art. 224 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 6 ustawy PZP przez niewłaściwe niezastosowanie tych przepisów polegające na zaniechaniu wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie ceny oferty przed odrzuceniem jego oferty, mimo że Zamawiający powziął jedynie wątpliwości co do rynkowego charakteru pewnych elementów ceny oraz możliwości prawidłowego zrealizowania przedmiotu zamówienia za cenę zaoferowaną przez Odwołującego, co jest niewystarczające dla stwierdzenia, że zaoferowana cena jest rażąco niska i co doprowadziło do niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o 226 ust. 1 pkt 8 PZP, z tym zastrzeżeniem, że w ocenie Odwołującego Wyjaśnienia były kompletne, spójne logiczne i wystarczające dla stwierdzenia, że zaoferowana przez Odwołującego cena nie jest rażąco niska,
5)art. 239 ust. 1 ustawy przez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na zaniechaniu dokonania czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, pomimo że oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert określonych w SWZ spośród ofert złożonych w Postępowaniu a niepodlegających odrzuceniu i w konsekwencji dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty w sposób inny, niż na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia,
6)art. 253 ust 1 pkt 2 PZP przez uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego w sposób nierzetelny i nieprzejrzysty, poprzez wskazanie w uzasadnieniu faktycznym na dowolnie wybrane elementy kalkulacji ceny, bez uwzględnienia całości wyjaśnień.
III. Wskazując na powyższe zarzuty wnoszę o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności w postępowaniu:
1) unieważnienia czynności z dnia 17 maja 2024 r. polegającej na wyborze oferty złożonej przez: Lider Konsorcjum - Kancelaria Radcy Prawnego K.W., ul. Niska 21/1 01-036 Warszawa, Członek Konsorcjum - Kancelaria Radcy Prawnego K.P., ul. Niska 21/1 01-036 Warszawa,
2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
4) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w wyniku ponownego badania i oceny ofert.
(...)
W uzasadnieniu podał:
Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania, bowiem ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu zamówienia, bowiem złożył ofertę w postępowaniu, która zgodnie z informacją z otwarcia ofert plasuje się na drugim miejscu według kryterium ceny. Zgodnie z dyspozycją przepisu art. 505 ust 1 ustawy środki ochrony prawnej, w tym odwołanie, przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. A zatem z przywołanego przepisu wynika, że odwołujący ma prawo wniesienia odwołania: po pierwsze – gdy jest albo wykonawcą, albo uczestnikiem konkursu, albo innym podmiotem, który ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia, po drugie – interes w uzyskaniu zamówienia ma lub miał w danym zamówieniu, a po trzecie – poniósł lub może ponieść szkodę, a po czwarte – poniesiona szkoda powinna wynikać z naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. W przedmiotowej sprawie wszystkie wymienione przesłanki uprawniające Odwołującego do wniesienia odwołania zostały spełnione. Odwołujący złożył w postępowaniu ofertę i ma realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, jednakże niezgodne z Prawem zamówień publicznych czynności Zamawiającego, przede wszystkim nieprawidłowa ocena złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji bezpodstawne odrzucenia oferty Odwołującego narażają go na szkodę z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na które mógł liczyć. Odwołujący może nie uzyskać przedmiotowego zamówienia i w ten sposób nie osiągnąć zysku, który planował osiągnąć w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia (lucrum cessans).
Uzasadnienie zarzutów odwołania.
Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie podstawowym, na podstawie art. 275 ust. 1 ustawy PZP; rodzaj zamówienia: „Zamówienia na usługi społeczne i inne szczególne usługi". Przedmiotem zamówienia, po zmianach SWZ z dnia 8 kwietnia 2024 r., jest świadczenie stałej obsługi prawnej Zamawiającego w zakresie wskazanym w § 4 ust 1 projektu umowy, z tym zastrzeżeniem, że liczba godzin świadczenia obsługi wyniesie nie więcej niż 80 godzin miesięcznie. Kryteria oceny oferty ustalono w sposób następujący:
1)cena – 55 %

2)wykształcenie – 15 %
3)doświadczenie – 30 % wraz ze szczegółowym opisem oceny zawartym w pkt XI SWZ.
Z treści pkt X SWZ wynikało, że Wykonawca w Formularzu ofertowym podać powinien całkowitą maksymalną cenę ryczałtową za wykonanie przedmiotu zamówienia oraz cenę ryczałtową za jeden miesiąc świadczenia usługi. Zamawiający zastrzegł, że cena podana w formularzu oferty nie podlega zmianie w przypadku jeśli Wykonawca nie wycenił w jej zakresie wszelkich aspektów związanych z wykonaniem zamówienia, które winien był przewidzieć jako podmiot profesjonalnie zajmujący się świadczeniem usług stanowiących przedmiot zamówienia; musi zawierać wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia wynikające z dokumentów zamówienia jak również w niej nie ujęte a wynikające z obowiązujących przepisów prawa oraz uwzględniać wszystkie koszty, narzuty i upusty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał także, że Wykonawca w cenie oferty powinien przyjąć w szczególności odpowiednią ilość osób konieczną do należytego wykonania zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz koszty pracy z uwzględnieniem wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę/minimalnej stawki godzinowej, urlopy pracowników, koszty wyposażenia pracowników, koszty działalności przedsiębiorstwa Wykonawcy oraz zakładany zysk.
W postępowaniu o udzielenie zamówienia zostało złożone 12 ofert, których ceny kształtowały się narastająco:

1.	44 280,00 zł	Młynarczyk, Laburda, Augustyniak Kancelaria Radców Prawnych Sp. p., ul. Słowackiego 2a, 41-800 Zabrze
2.	144 648,00 zł	KKP KOTULSKI KÖHLER PRZYBYSZ ADWOKACI I RADCOWIE PRAWNI sp.p., Aleja Walentego Roździeńskiego nr 1A, 40-202 Katowice
3.	157 485,51 zł	KANCELARIA RADCY PRAWNEGO RAFAŁ KOLANO, ul. Jagiellońska 6/17, 40-035 Katowice
4.	236 160,00 zł	M.Ż. Kancelaria Radcy Prawnego, ul. Pilotów 2a/5, 31-462 Kraków
5.	268 632,00 zł	KANCELARIA RADCÓW PRAWNYCH KAJDA I PARTNERZY Plac Pod Lipami 5, 40-476 Katowice
6.	295 200,00 zł	Kancelaria Radcy Prawnego Radca prawny S.K. ul. Ostatnia 1C lokal B4, 31-444 Kraków
7.	377 865,00 zł	Gołębiowska, Krawczyk, Roszkowski i Partnerzy Kancelaria Adwokącko-Radcowska, Spółka Partnerska – KJW KITTEL JURA JAŻWIŃSKI Spółka Komandytowa liderem konsorcjum jest Gołębiowska, Krawczyk, Roszkowski i Partnerzy Kancelaria Adwokacka -Radcowska, ul. Mokotowska 57/9, 00-542 Warszawa
8.	413 280,00 zł	Adwokaci i Radcowie Prawni Żyglicka i Wspólnicy Spółka Komandytowa, ul. Uniwersytecka 13, 40-007 Katowice KBZ Żuradzki Barczyk & Wspólnicy Adwokaci i Radcy Prawni Spółka komandytowa, ul. PCK 6/7, 40-057 Katowice
9.	472 320,00 zł	KWK LEGAL M. Kłodawski radcowie prawni Sp. p., ul. Legionów 33/3, 43-300 Bielsko-Biała
10.	501 840,00 zł	Lider Konsorcjum – Kancelaria Radcy Prawnego K.W., ul. Niska 21/1 01-036 Warszawa, Członek Konsorcjum – Kancelaria Radcy Prawnego K.P., Ul. Niska 21/1 01-036 Warszawa
11.	557 928,00 zł	Drobot Popławski Przybyłowicz Liszka-Gronek Radcowie Prawni Spółka Partnerska, ul. Smoleńsk 29, 31-112 Kraków
12.	587 448,00 zł	JKM i Partnerzy Król-Mura Skrypko Stajer Mura, Spółka Partnerska Radców Prawnych, ul. Jana Matejki 2, 40-077 Katowice

Pismem z dnia 19 kwietnia 2024 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty – Odwołujący złożył wyjaśnienia pismem z dnia 24 kwietnia 2024 r.
W dniu 17 maja Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez konsorcjum w składzie: Lider Konsorcjum – Kancelaria Radcy Prawnego K.W., ul. Niska 21/1 01-036 Warszawa, Członek Konsorcjum – Kancelaria Radcy Prawnego K.P., Ul. Niska 21/1 01036 Warszawa za cenę ofertową 501 840,00 zł brutto.
Informując o wyborze oferty Zamawiający podał także, że oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy PZP, gdyż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia wskazał: Wykonawca pismem z dnia 24 kwietnia 2024 r. wyjaśnił jedynie, iż do kalkulacji przyjęta została stawka godzinowa pracy adwokatów/radców prawnych na poziomie 40 zł brutto i stawka ta jest wyższa niż obowiązująca od dnia 1 stycznia 2024 r. stawka godzinowa dla umów cywilnoprawnych wynosząca 27,70 zł brutto (od 1 lipca 2024 r. 28,10 zł brutto). Ponadto Wykonawca oświadczył, że ponosi koszty stałe, w tym koszt utrzymania biura, koszt energii, opłat za programy informacji prawnej, telefony, ubezpieczenia, koszt obsługi informatycznej i księgowej na poziomie 20% ceny oferty, tj. 1 205,40 zł, a w konsekwencji jego zysk z realizacji zamówienia może oscylować – w zależności od nakładu pracy - od 1 621,60 zł do 3 861,60 zł. Wykonawca nie

przedłożył jednak żadnych dowodów na potwierdzenie prawidłowości sporządzenia kalkulacji, mimo iż na podstawie art. 224 ust. 5 ustawy PZP obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy.
Zmawiający nie zakwestionował zatem elementów wyliczenia ceny, ani prawidłowości przyjętych w kalkulacji założeń (poza ceną za godzinę pracy, o czym niżej) – odrzucenie oferty opiera się w zasadzie na stwierdzeniu, że Odwołujący nie przedstawił dowodów. Zamawiający zignorował fakt, że jednym z dowodów dopuszczonych z mocy ustawy PZP są wyjaśnienia i kalkulacje własne wykonawcy – Krajowa Izba Odwoławcza wskazała tak jednoznacznie m.in. w wyroku z dnia 11 lutego 2022 r. (KIO 224/22): Ponadto Izba wskazuje, że dowodem mogą być również same wyjaśnienia złożone przez wykonawcę, jeśli cechują się dostatecznym stopniem szczegółowości.
Ponadto zauważyć należy, że treść uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego koncentruje się głównie na wskazaniu ewentualnych braków i uchybień w złożonych wyjaśnieniach i braku złożenia dowodów, które w subiektywnym przekonaniu Zamawiającego powinny być przedstawione, przy jednoczesnym przyznaniu przez Zamawiającego, że „wykonawcy kalkulując cenę za tego typu usługi biorą pod uwagę przede wszystkim koszty pracy osób je realizujących, które ze względu na specyfikę tych kosztów mogą być bardzo różne dla poszczególnych wykonawców", kosztów tych „nie da się bowiem w jednoznaczny sposób zweryfikować i poddać analizie". Zamawiający uznał, że wycena godziny pracy adwokatów/radców prawnych na 40 zł brutto „jest kwotą mało prawdopodobną za świadczenie usług prawnych" i wskazał, że opinię swoją opiera na „doświadczeniu oraz analizie rynku".
W odniesieniu do takiego uzasadnienia Odwołujący wskazuje, że Zamawiający nie zakwestionował wartości 1 godziny pracy, nie wskazał, że podana przez Odwołującego stawka jest niezgodna z przepisami, bądź nie występuje na rynku. Ocenę prawidłowości ceny Zamawiający oparł o swoje doświadczenie, bez sprecyzowania jakiego rodzaju Zamawiający jako instytucja kultury, nabył doświadczenie na rynku usług prawnych, oraz o analizę rynku, bez wskazania jaki podmiot i na jakich zasadach analizę taką przeprowadził.
Odwołujący natomiast w wyjaśnieniach wskazał na swoje wieloletnie doświadczenie oraz na analizę ofert składanych przez kancelarie w odpowiedzi na ogłoszenia publikowane w Bazie konkurencyjności, z których jednoznacznie wynika, że ceny za usługi prawne potrafią różnić się nawet o 200%. Zamawiający dodatkowo całkowicie błędnie porównał podaną przez Odwołującego analizę cen w innych postępowaniach, ze stawką wynagrodzenia za godzinę pracy w kwocie 40 zł, albowiem wynagrodzenie za jeden miesiąc obsługi podane przez Odwołującego w ofercie to 6.027,00 zł brutto; zatem przy założeniu, że Zamawiający wykorzysta maksymalną liczbę godzin w miesiącu (tj. 80) stawka godzinowa wyniesie 75,34 zł brutto, a np. przy 40 godzinach – 150,67 zł brutto.
Zgodnie z art. 253 ust 1 pkt 2 PZP zamawiający podając informację o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone ma obowiązek podania również uzasadnienia faktycznego i prawnego. Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 marca 2023 r. (KIO 719/23) należy wskazać, że w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty: Zamawiający powinien przedstawić zarówno uzasadnienie faktyczne, jak i prawne tej czynności w sposób wyczerpujący, rzetelny i przejrzysty, do czego też obliguje zamawiającego treść art. 253 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 16 ust. 1 p.z.p. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu ofert powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji Zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować.
Podsumowując, z przekazanej informacji wynika wprost, że Zamawiający jedynie powziął wątpliwości co do prawidłowości określenia stawki za godzinę pracy, która jest jednym z elementów wskazanych przez Odwołującego w kalkulacji ceny – lecz nie zakwestionował samej kalkulacji ceny oferty. Uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego Zamawiający przedłożył uzasadnienie, które zawiera nieprawidłowe założenia, nieuprawnione wnioski i w ocenie Odwołującego jest w zasadniczej części wadliwe. W konsekwencji uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego zawiera nieprawidłową ocenę okoliczności faktycznych w niniejszej sprawie z przyczyn określonych w niniejszym piśmie.
Nadto z utrwalonego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że jeżeli wykonawca wykaże, że jest w stanie ponieść koszty realizacji zamówienia publicznego oraz uzyskać zysk z tego tytułu, to zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska (por. wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2020 r., sygn. akt: KIO 486/20). Wyjaśnienia Odwołującego są prawidłowe i rzetelne, zawierają kalkulację wszystkich elementów niezbędnych do realizacji zamówienia, w tym koszty wynagrodzenia prawników, koszty stałe i wartość zysku – Odwołujący podtrzymuje wszystkie twierdzenia i wyliczenia zawarte w wyjaśnieniach z dnia 24 kwietnia 2024 r., które potwierdzają, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Przy czym należy także wskazać, iż Zamawiający nie przedstawił szczegółowych wymagań co do sporządzania wyjaśnień, w szczególności nie określił jakie dowody mają zostać przedłożone i nie określił charakterystyki dla przedkładanej kalkulacji. Odwołujący miał zatem dużą swobodę w przedstawianiu Wyjaśnień, gdyż wezwanie do wyjaśnień nie było istotnie skonkretyzowane i nie zawierało szczegółowym wymagań dla przestawianych kalkulacji czy dowodów.
Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 16 lutego 2024 r. (KIO 331/24) przesądziła: Wymaga wskazania, że składane przez wykonawcę wyjaśnienia i dowody w zakresie wyliczenia ceny mają na celu wykazanie, że oferta wykonawcy nie

zawiera rażąco niskiej ceny, czyli że wyliczając cenę tej oferty wykonawca wziął pod uwagę i uwzględnił wszystkie czynniki cenotwórcze, w szczególności koszty wykonania zamówienia, które poniesie czy których poniesienia musi się spodziewać. W konsekwencji złożone przez Przystępującego wyjaśnienia i dowody w zakresie wyliczenia ceny powinny wykazywać, że cena jego oferty uwzględnia wszystkie czynniki cenotwórcze, w szczególności koszty wykonania wszystkich zobowiązań, do których wykonania zobowiązany będzie wykonawca po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, która ma być zawarta po przeprowadzeniu Postępowania.
Ponadto Odwołujący wskazuje, że nie jest dopuszczalne automatyczne uznanie ceny oferty za rażąco niską, np. tylko na podstawie arytmetycznych wyliczeń, z których wynika, że cena ta jest niższa niż ceny oferowane przez innych wykonawców. Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z 21 czerwca 2010 r. w sprawie o sygn. akt XIX Ga 175/10, wskazał: "dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców, jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Po drugie, podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny "rażąco niskiej", a nie ceny "niskiej." Te dwa pojęcia nie są tożsame."
Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, rażąco niską ceną oferty jest cena niewiarygodna, nierealistyczna, odbiegająca wysokością od cen rynkowych tj. cena nie pokrywająca kosztów należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Cena rażąco niska jest więc ceną nieadekwatną do zakresu i kosztów poszczególnych prac, składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie tegoż zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów. O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych, wykonanie umowy przez Wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne (wyrok KIO z 19 maja 2015 r., KIO 932/15).
Odwołujący zaznacza, że ustawa nie ogranicza uprawnień Zamawiającego do jednokrotnej możliwości wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Jeżeli zatem Zamawiający po lekturze wyjaśnień Odwołującego powziął wątpliwości jedynie, co do rynkowego charakteru pewnych elementów ceny, miał obowiązek wezwać Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień, co do kwestii budzących wątpliwości Zamawiającego. Potwierdza to stanowisko wyrażone przez Izbę np. w wyroku z dnia 17 kwietnia 2023 r. w sprawie KIO 901/23, w którym stwierdzono: Co do zasady dopuszczalne jest również ponowne wezwanie wykonawcy do złożenia dodatkowych wyjaśnień, jeżeli w złożonych przez wykonawcę wyjaśnieniach powstają kolejne kwestie, nowe wątpliwości, które wymagają doprecyzowania.
W świetle wyżej opisanego stanu faktycznego oraz argumentacji prawnej podanej dla uzasadnienia zarzutów odwołanie jest w pełni uzasadnione i zasługuje na uwzględnienie w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: Konsorcjum: Lider Konsorcjum - Kancelaria Radcy Prawnego K.W. oraz Członek Konsorcjum - Kancelaria Radcy Prawnego K.P. wnosząc oddalenie odwołania (Uczestnik po stronie zamawiającego). Wskazali: (...) w przypadku uwzględnienia odwołania, Odwołujący w zakresie pkt III.4 Odwołania, tj. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w wyniku ponownego badania i oceny ofert, postawił zbyt daleko posunięty wniosek. Z uwagi na odrzucenie oferty Odwołującego, Odwołujący nie został wezwany do przedstawienia podmiotowych środków dowodowych w kontekście postawionych warunków, w tym dysponowania co najmniej dwoma osobami zdolnymi do wykonania niniejszego zamówienia, które skieruje do realizacji zamówienia, posiadających po min. 5-letnim doświadczeniu jako radca prawny/adwokat, aktualny wpis na listę radców prawnych lub listę adwokatów, prowadzoną przez odpowiednio: Okręgową Izbę Radców Prawnych/Okręgową Radę Adwokacką. Mając powyższe na uwadze, nie jest możliwe na tym etapie dokonanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej".
Dalej podał:
Interes przystępującego:
Stosownie do treści art. 525 ust.1 ustawy Pzp wskazuję, że Przystępujący ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, ponieważ w wyniku prawidłowo przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferta Przystępującego została uznana za najkorzystniejszą. Ewentualne uwzględnienie odwołania może doprowadzić do zmiany wyboru oferty najkorzystniejszej. Przystępujący ma zatem interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść Zamawiającego.
W uzasadnieniu stanowiska podał:
Zamawiający pismem z dnia 19 kwietnia 2024 roku, wezwał Odwołującego do wyjaśnienia wysokości ceny ofertowej, ze względu na fakt, iż zaoferowana przez Odwołującego cena (4.900,00 zł netto miesięcznie) wydawała się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budziła wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Powyższe wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, wynikały m.in. z faktu zaoferowania przez Odwołującego ceny w wysokości 144.648 ,00 zł brutto, co jest ceną o 383 352,00 zł niższą od wartości zamówienia powiększonej o należny VAT, która wynosi 528 000,00 zł, i stanowi ok 27,39 % wartości zamówienia, oraz

jest ceną o 204 547 zł niższą od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu, która wynosi 349 195,29 zł i stanowi ok 41,42 % średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.
W wezwaniu Zamawiający wskazał, iż wyjaśnienia powinny dotyczyć w szczególności:
1)zarządzania procesem świadczenia usługi;
2)wybranych rozwiązań , wyjątkowo korzystnych warunków umożliwiających świadczenie usług;
3)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) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
4)zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
5)zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
6)wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.
W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Odwołujący wskazał, iż na rynku usług prawniczych różnice w cenach są powszechnie identyfikowane, na dowód czego wskazał ogłoszenia z Bazy Konkurencyjności – odpowiednio 1 ogłoszenie z 2021 r., 2 ogłoszenia z 2022 r. i 2 ogłoszenia z 2023 r. Należy podkreślić, iż ww. ogłoszenia nie stanowią dowodu braku rażąco niskiej ceny w ofercie Odwołującego, albowiem nie odwołują się do jego oferty, jak również nie wskazują na składniki ceny zawartej w ofercie Odwołującego. Jednocześnie większość przedstawionych ofert dotyczy okresu blisko 2 lat przed przedmiotowym postępowaniem, pomijając np. zmiany cen wywołanych znaczną inflacją, występującą w ostatnich latach.
Odwołujący w swojej odpowiedzi wskazał, iż do kalkulacji przyjął, że zakres wykonywanych usług będzie kształtował się na poziomie od 24 do 80 h. Równocześnie wskazał, iż „Ponieważ zgodnie z umową usługa w zasadniczym zakresie świadczona jest zdalnie, realizacja zamówienia nie generuje dodatkowych kosztów, poza standardowymi kosztami prowadzenia działalności – tj. utrzymaniem sprzętu (telefon, komputer), kosztem programu prawniczego (LEX/Legalis), kosztami utrzymania biura, składką na ubezpieczenie OC, oraz składkami i podatkami. Sprzęt biurowy i programy informacji prawnej są wykorzystywane przez Wykonawcę w bieżącej działalności zawodowej, a zatem ich koszt jest dzielony pomiędzy wszystkie realizowane w miesiącu zlecenia – Wykonawca szacuje, że wysokość kosztów stałych stanowi nie więcej niż 20% ceny usługi. Bezpośredni kontakt z Zamawiającym, w formie wymaganej w projekcie umowy, będzie realizowany przez prawników zatrudnionych w biurze w Katowicach (Biurowiec KTW), a zatem Wykonawca nie będzie ponosić kosztów dojazdu do siedziby Zamawiającego.”
Równocześnie Odwołujący wskazał, iż: „Wykonawca ponosi koszty wynagrodzeń personelu w wysokości wyższej niż wynagrodzenie minimalne – stawka godzinowa adwokatów/radców prawnych przyjęta do kalkulacji to 40,00 zł brutto (a minimalna stawka godzinowa dla umów cywilnoprawnych od 1 stycznia 2024 r. wynosi 27,70 zł, od 1 lipca 2024 r. – 28,10 zł)”.
W wyniku powyższych założeń, Odwołujący przywołał następującą kalkulację:
Ww. wyjaśnienia charakteryzuje daleko idące uproszczenie i brak precyzyjnego wskazania poszczególnych elementów kształtujących cenę oferty.
Oferta Odwołującego wynosiła 4.900,00 zł netto miesięcznie, powiększona o 23% podatku VAT, tj. 6.027,00 zł brutto, przy założeniu 80h wykonywania usług miesięcznie.
Zakładanie przez Odwołującego możliwości mniejszego wykorzystania godzin w ramach wynagrodzenia ryczałtowego nie ma pokrycia w dokumentacji postępowania. Wynagrodzenie uzyskiwane przez wykonawców uczestniczących w postępowaniu, ma zapewniać zysk w warunkach wykonywania usług określonych przez Zamawiającego. Zamawiający wskazał, iż max. liczba godzin świadczenia usługi wynosi 80h i to w tym zakresie Odwołujący musi osiągnąć zysk, przez co warianty I i II (zakładające niższe wykorzystanie godzin świadczenia usług) nie mogą stanowić wyjaśnienia zaoferowanej przez Odwołującego ceny.
Równocześnie do kalkulacji zysku, Odwołujący przyjął wartość 6.027,00 zł brutto, tj. uwzględnił w kalkulacji i wykazanym zysku kwotę podatku VAT o wartości 1.127,00 zł, nie wykazując przy tym, w jaki sposób podatek ten stanowić miałby zysk, a nie koszt pośredni realizacji zamówienia. Podatek VAT ze swojej istoty nie jest zyskiem, a jego obniżenie jest możliwe w określonych sytuacjach (kosztach realizacji zamówienia). Odwołujący nie wykazał by z tytułu realizacji niniejszego zamówienia miał możliwość zneutralizowania ww. podatku, tj. doprowadzenia do sytuacji, w której podatek należny i naliczony znoszą się. Sytuacja ta byłaby możliwa wyłącznie przy założeniu, iż na 4.900,00 zł netto przychodu uzyskiwanego w ramach niniejszego zamówienia Odwołujący poniesie koszt realizacji tego zamówienia w takiej samej kwocie, a wszystkie przedstawione koszty byłyby obciążone podatkiem VAT, wg stawki 23%. Powyższe oznaczałoby, iż Odwołujący nie przewidywałby żadnego zysku w ramach tego zamówienia. Powyższe nie wynika, jednak z przedstawionej kalkulacji, a sam podatek i jego wpływ na kalkulację został przez Odwołującego całkowicie pominięty,

pomimo przyznania przez Odwołującego w wyjaśnieniach, że podatki są jednym z kosztów realizacji zamówienia.
Z treści wyjaśnień de facto nie wynika także kwota, jaką Odwołujący będzie wypłacał radcom prawnym/adwokatom za wykonywanie usługi obsługi prawnej Zamawiającego. W treści wyjaśnień wskazał on, co prawda, iż „ponosi koszty wynagrodzeń personelu w wysokości wyższej niż wynagrodzenie minimalne", jednakże podawana przez niego stawka 40,00 zł brutto jest wyłącznie stawką przyjętą do kalkulacji. Odwołujący nie wskazał, że ww. stawka jest rzeczywistą stawką wynagrodzenia tych prawników, co stoi w sprzeczności z celem wyjaśnień, mających rozwiać wątpliwości Zamawiającego co do prawidłowości kalkulacji przez Odwołującego ceny i składników na nią składających się.
Przyjmując, że Odwołujący rzeczywiście wypłacać będzie wynagrodzenia w kwocie 40,00 zł brutto za 1 godzinę wykonywania obsługi prawnej przez radcę prawnego/adwokata, Odwołujący pominął ewentualną kwestię kosztów pośrednich związanych z zatrudnieniem, mimo faktu, iż sam przyznał, że koszt składek jest jednym z kosztów realizacji zamówienia. Odwołujący wskazał, iż przedmiot zamówienia będzie realizowany przez prawników zatrudnionych w biurze w Katowicach. Mając na względzie, profesjonalny charakter Odwołującego (kancelaria prawna), wskazanie „zatrudnienia" sensu stricte określa stosunek pomiędzy Odwołującym, a zatrudnianymi przez niego prawnikami, jako wynikający z umowy o pracę, lub sensu largo umowy zlecenia. W tym zakresie kalkulacja Odwołującego nie uwzględnia kosztów pracodawcy, do których poniesienia zobowiązany jest przepisami prawa. Obowiązkowo, oprócz składek potrącanych z wynagrodzenia brutto, pracodawca opłaca drugą część składek za pracownika. Pracodawca z własnych środków finansuje:
1)ubezpieczenie emerytalne 9,76%;
2)ubezpieczenie rentowe 6,50%; 3) ubezpieczenie wypadkowe 1,67%.
Powyższe oznacza, iż wskazany przez Odwołującego koszt 3.200,00 zł brutto wynagrodzenia dla pracowników (80h*40,00 zł brutto/h), daje rzeczywisty całkowity koszt 3.855,36 zł, który to koszt nie został uwzględniony w przedstawionej przez Odwołującego kalkulacji. Tożsame koszty poniesiono by w przypadku „zatrudnienia" w oparciu o umowę zlecenia. Jednocześnie w treści wyjaśnień, Odwołujący, poza wskazaniem, iż zatrudnia prawników w Katowicach, nie wykazał ani podstawy zatrudnienia prawników, ani także przyczyn pominięcia kosztów pośrednich związanych z tym zatrudnieniem, co zgodnie z treścią wezwania powinno znaleźć się w wyjaśnieniach Odwołującego.
Nie jest przy tym prawdą, iż Zamawiający nie wskazał wymagań co do sporządzenia wyjaśnień, czy charakterystyki przedkładanej kalkulacji. W wezwaniu Zamawiający precyzyjnie wskazał, iż „wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i winny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak, aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia, a jednocześnie nie mogą opierać się na samych oświadczeniach wykonawcy", „kosztem pracy są również obowiązkowe obciążenia finansowe pracodawcy związane z tym wynagrodzeniem (część składek na obowiązkowe ubezpieczenie emerytalne i rentowe, ubezpieczenie wypadkowe, składki na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych) i inne", „Prosimy w szczególności o wskazanie liczby osób lub etatów przewidzianej do realizacji zamówienia", „Zamawiający prosi o wyjaśnienie wysokości zaoferowanej ceny poprzez sporządzenie kalkulacji ceny oferty wskazującej koszty materiałów, sprzętu, płace bezpośrednie, płace uzupełniające, koszty ubezpieczeń społecznych i podatki od płac oraz koszty wszelkiego sprzętu, niezbędnego do wykonania usług, koszty pośrednie i zakładany zysk, które mają wpływ na należytą realizację zamówienia". Przedstawione przez Odwołującego wyjaśnienia tych elementów nie przewidywały, jak również nie wskazywały na przyczynę tego zaniechania. Powyższe pozwala na stwierdzenie, że Odwołujący nie zapewnił by złożone przez niego wyjaśnienia zawierały wszystkie informacje, których oczekuje Zamawiający. „Wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny nie powinny ograniczać się do zapewnień wykonawcy, a wskazywać konkretne dane i ustalone koszty, aby zamawiający mógł sprawdzić czy przyjęty poziom poszczególnych składników cenowych jest właściwy – zamawiający powinien dowiedzieć się w jakiej wysokości wyceniono koszt pracy specjalistów, aby zweryfikować kalkulację ceny w ramach zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy (art. 224 ust. 3 pkt 4 Prawa zamówień publicznych)" (wyr. KIO z 7.3.2022 r., KIO 421/22, Legalis).
To Odwołujący, mając ww. wskazanie w zasadzie ograniczył się do wskazania wyłącznie dwóch pozycji, tj. kosztów wynagrodzenia i kosztów stałych, pomijając kwestie związane ze składkami i podatkami. Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy PZP „obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy". „Zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny oznacza obciążenie wykonawcy ciężarem dowodu w zakresie wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Na powyższe wskazuje wprost art. 224 ust. 5 PZP . Wyjaśnienia wykonawcy co do zasady muszą być konkretne, wyczerpujące, odpowiednio umotywowane, rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę, wykazujące, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Powyższe wynika z faktu, że to wyłącznie na podstawie złożonych wyjaśnień Zamawiający dokonuje oceny czy oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt, czy też rażąco niskie ich istotne części składowe. Obowiązkiem wykonawcy jest, aby w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego udzielił wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny w taki sposób, aby na ich

podstawie możliwe było jednoznaczne ustalenie, że cena oferty (odpowiednio koszt, istotna część składowa) nie jest ceną rażąco niską. Efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione" (wyr. KIO z
16.3.2021 r., KIO 600/21, Legalis).

Odwołujący, w wyjaśnieniach nie wykazał, by jego oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny. W swoich wyjaśnieniach, oprócz powołania się na orzecznictwo, Odwołujący lakonicznie ograniczył się do wskazania, iż „stawka godzinowa adwokatów/radców prawnych przyjęta do kalkulacji to 40,00 zł brutto" i jednocześnie w żaden sposób nie udowodnił, by taka stawka rzeczywiście funkcjonowała. Podobnie lakonicznie odniósł się do informacji o kosztach stałych i ich oszacowaniu na poziomie 20% wartości oferty. Jednocześnie w żaden sposób ich nie uprawdopodobnił, nie mówiąc już o ich wykazaniu. W ty miejscu należy przywołać wyrok KIO z dnia 16.1.2020 r. (KIO 2664/19) „W przepisie mowa jest o «wykazaniu», czyli udowodnieniu, że cena nie jest rażąco niska. Tym samym wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, zawierającej ogólne informacje o działalności wykonawcy lub deklaracje co do realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, niepoparte stosownymi dowodami. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywanemu do wyjaśnień wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty, w jaki sposób okoliczności te spowodowały obniżenie ceny i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać. W zależności od przedmiotu zamówienia, wykonawca powinien wykazać przykładowo: ceny poszczególnych materiałów, ceny ofertowe dostawców, przyjętą technologię i organizację robót) usług, koszty wynagrodzeń, koszty podwykonawców, koszty stałe (paliwa, energia), koszty zarządzania, koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty ubezpieczenia, rezerwę, zysk. Obowiązkiem wykonawcy jest zatem przedstawienie tych składników i wykazanie indywidualnych czynników wpływających na to, że wykonawca mógł zaoferować tak niską cenę. Dodatkowo, ustawodawca wymaga, aby wskazane w wyjaśnieniach informacje były poparte dowodami, którymi – w zależności od rodzaju zamówienia i treści wyjaśnień – mogą być przykładowo oferty uzyskane od dostawców, w tym zawierające uzgodnione upusty, umowy wstępne z podwykonawcami, umowy o pracę, czy zawarte w samych wyjaśnieniach obliczenia wskazujące na prawidłowość kalkulacji cenowej i zysk".

Biorąc pod uwagę fakt, iż wyjaśnienia Odwołującego nie były konkretne, a jednocześnie wprost pomijały wskazane przez Zamawiającego w wezwaniu elementy cenotwórcze, nie sposób uznać, by sama treść wyjaśnień i przedstawiona w nich kalkulacja mogły stanowić wystarczający dowód na uznanie, iż zaoferowana przez Odwołującego cena nie była rażąco niska. Tym samym bezzasadne byłoby dalsze wzywanie Odwołującego do wyjaśnień. Mając na względzie fakt, iż to na Odwołującym ciążył ciężar dowodu, oczekiwanie by to Zamawiający wskazał wszystkie niespójności w przedstawionych wyjaśnieniach, w tym powtórnie wskazał, jakie elementy powinny zostać wzięte pod uwagę przy kalkulacji ceny byłoby w istocie zaprzeczeniem ww. zasadzie. Powyższe potwierdza wyrok KIO z dnia 31.10.2023 r., KIO 3005/23:„Jeżeli po uzyskaniu takich wyjaśnień zamawiający uzna, że jakaś kwestia w dalszym ciągu wymaga doprecyzowania lub uzupełnienia, powinien wezwać wykonawcę do sprecyzowania lub uzupełnienia tej właśnie kwestii. Jeżeli natomiast wyjaśnienia są ogólne, niespójne, nie dające obrazu, skąd wzięła się taka a nie inna cena oferty i nie są poparte dowodami, zamawiający nie ma podstaw do kierowania do wykonawcy kolejnego wezwania do złożenia wyjaśnień i dawania w ten sposób temu wykonawcy „drugiej szansy"."

Mając na względzie powyższe, należy stwierdzić, iż Zamawiający trafnie stwierdził, iż Wykonawca zamiast konkretnych wyjaśnień dotyczących ceny wskazanej w ofercie skupił się na poszukiwaniu ofert składanych w postępowaniach na obsługę prawną wszczętych przez innych Zamawiających. Przedstawiając kalkulację obejmującą 2 pozycje, nie sposób uznać, iż jest ona wystarczająco szczegółowa, by uznać ją za dowód sam w sobie. Odwołujący, o ile rzeczywiście wypłaca zatrudnianym przez siebie radcom prawnym/adwokatom wynagrodzenie w kwocie 40,00 zł brutto, miał możliwość przedstawienia dowodu w tym zakresie w postaci umów o pracę, listy płac, czy też rachunków, czego nie uczynił. Równocześnie wskazane wynagrodzenie na poziomie 40,00 zł brutto może budzić wątpliwości, gdyż jest ono bliższe wynagrodzeniu za godzinę pracy pracownika w sieciowych dyskontach , niż radcy prawnego z nie mniej niż 5-letnim doświadczeniem, który ukończył 5-letnie studia magisterskie i 3-letnią aplikację oraz ponosi szeroką odpowiedzialność majątkową za wykonywane przez siebie usługi. Należy uznać, iż taka stawka generalnie nie występuje na rynku usług prawniczych, jest ona niewiarygodna i oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Uwzględniając realia rynkowe, zarobki prawnika in-house (najbliższe objętym zamówieniem) w 2024 r. w Katowicach sięgają 20 tys. zł, a w Warszawie 22 tys. zł. , co przekłada się na stawkę powyżej 100,00 zł za 1 h realizacji usług".

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 13/06/24) podał:

W pierwszej kolejności Zamawiający wskazuje, iż w jego ocenie, odwołanie w zakresie pkt 2 i 3 ma charakter przedwczesny, nie można bowiem mówić o zaniechaniu wyboru przez Zamawiającego jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego w sytuacji, gdy z uwagi na odrzucenie jego oferty, Zamawiający nie wzywał Odwołującego

do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych. Zamawiający nie miał zatem możliwości zweryfikowania, czy Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, tj. czy zrealizował usługi, o których mowa w pkt. III ppkt 2 lit. a SWZ oraz, czy dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, o których mowa w pkt. III ppkt 2 lit. B SWZ. W konsekwencji, kwestionowanie wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez wykonawcę: Lider Konsorcjum – Kancelaria Radcy Prawnego K.W., ul. Niska 21/1 01-036 Warszawa,Członek Konsorcjum - Kancelaria Radcy Prawnego K.P., ul. Niska 21/1 01-036 Warszawa (dalej jako: „Konsorcjum)", pomimo że ocena ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego wskazuje, że wybrana oferta nie zawiera najkorzystniejszego bilansu kryteriów oceny ofert, nie znajduje uzasadnienia faktycznego i prawnego. Tym samym, wniosek Odwołującego wskazany w pkt III. 4 Odwołania jest nieuzasadniony.

Odnosząc się natomiast do zarzutów dotyczących odrzucenia złożonej w postępowaniu oferty Odwołującego z powodu rzekomego zaoferowania rażąco niskiej ceny, pomimo że oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny, Zamawiający wskazuje, co następuje.

Zamawiający w dniu 28 marca 2024 r. ogłoszeniem o zamówieniu nr 00264629 wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie art. 275 ust. 2 ustawy PZP dla zadania: Obsługa prawna Narodowej Orkiestry Symfonicznej Polskiego Radia, numer postępowania NOSPR/1/2024. Termin składania ofert upłynął w dniu 11 kwietnia 2024 r., w ustawowym terminie wpłynęło 12 ofert – zestawienie poniżej.

Tabela 1 – zestawienie złożonych ofert 11.04.2024 r.

Numer oferty	Nazwa/imiona i nazwiska oraz siedziba lub miejsce prowadzonej działalności gospodarczej albo miejsce zamieszkania wykonawców, których oferty zostały otwarte	Cena oferty (brutto)
1.	KANCELARIA RADCÓW PRAWNYCH KAJDA I PARTNERZY Plac Pod Lipami 5 40-476 Katowice	268 632,00 zł
2.	KANCELARIA RADCY PRAWNEGO RAFAŁ KOLANO ul. Jagiellońska 6/17 40-035 Katowice	157 485,51 zł *
3.	Gołębiowska, Krawczyk, Roszkowski i Partnerzy Kancelaria Adwokacko-Radcowska, Spółka Partnerska – KJW KITTEL JURA JAŹWIŃSKI Spółka Komandytowa liderem konsorcjum jest Gołębiowska, Krawczyk, Roszkowski i Partnerzy Kancelaria Adwokacka -Radcowska ul. Mokotowska 57/9 00-542 Warszawa	377 865,00 zł
4.	JKM i Partnerzy Król-Mura Skrypko Stajer Mura Spółka Partnerska Radców Prawnych ul. Jana Matejki 2 40-077 Katowice	587 448,00 zł
5.	Lider Konsorcjum -Kancelaria Radcy Prawnego K.W. Członek Konsorcjum -Kancelaria Radcy Prawnego K.P. ul. Niska 21/1 01-036 Warszawa	501 840,00 zł
6.	Kancelaria Radcy Prawnego Radca prawny S.K. ul. Ostatnia 1C lokal B4 31-444 Kraków	295 200,00 zł
7.	Młynarczyk, Laburda, Augustyniak Kancelaria Radców Prawnych Sp. p. ul. Słowackiego 2a 41-800 Zabrze	44 280,00 zł
8.	Drobot Popławski Przybyłowicz Liszka-Gronek Radcowie Prawni Spółka Partnerska ul. Smoleńsk 29 31-112 Kraków	557 928,00 zł
9.	KWK LEGAL M. Kłodawski radcowie prawni Sp. p. ul. Legionów 33/3 43-300 Bielsko -Biała	472 320,00 zł
10.	M.Ż. Kancelaria Radcy Prawnego ul. Pilotów 2a/5 31-462 Kraków	236 160,00 zł

11.	Adwokaci I Radcowie Prawni Żyglicka I Wspólnicy Spółka Komandytowa ul. Uniwersytecka 13 40-007 Katowice KBZ Żuradzki Barczyk & Wspólnicy Adwokaci i Radcy Prawni Spółka komandytowa ul. PCK 6/7 40-057 Katowice	413 280,00 zł
12.	KKP KOTULSKI KÖHLER PRZYBYSZ ADWOKACI I RADCOWIE PRAWNI SPÓŁKA PARTNERSKA Aleja Walentego Roździeńskiego nr 1A 40-202 Katowice	144 648,00 zł

*Pismem z dnia 17 kwietnia 2024 r. numer NOSPR/ZP.213.3.2024; NOSPR/255/2024, na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy PZP Zamawiający dokonał poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek treści oferty wykonawcy Kancelaria Radcy Prawnego R.K. ul. Jagiellońska 6/17, 40-035 Katowice.

Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 17 kwietnia 2024r. w dokumentacji postępowania

Następnie, na podstawie art. 224 ustawy PZP, Zamawiający dokonał sprawdzenia ofert pod kątem podejrzenia rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, w wyniku czego wezwano do złożenia wyjaśnień (wraz z dowodami) 6 Wykonawców, w tym Odwołującego.

Tabela 2 – wykaz Wykonawców wezwanych do złożenia wyjaśnień pod kątem rażąco niskiej ceny

Numer oferty	Nazwa/imiona i nazwiska oraz siedziba lub miejsce prowadzonej działalności gospodarczej albo miejsce zamieszkania wykonawców, których oferty zostały otwarte	Cena oferty (brutto)
1.	KANCELARIA RADCÓW PRAWNYCH KAJDA I PARTNERZY Plac Pod Lipami 5 40-476 Katowice	268 632,00 zł
2.	KANCELARIA RADCY PRAWNEGO RAFAŁ KOLANO ul. Jagiellońska 6/17 40-035 Katowice	290 742,48 zł *
6.	Kancelaria Radcy Prawnego Radca prawny S.K. ul. Ostatnia 1C lokal B4 31-444 Kraków	295 200,00 zł
7.	Młynarczyk, Laburda, Augustyniak Kancelaria Radców Prawnych Sp.p. ul. Słowackiego 2a 41-800 Zabrze	44 280,00 zł
10.	M.Ż. Kancelaria Radcy Prawnego ul. Pilotów 2a/5 31-462 Kraków	236 160,00 zł
12.	KKP KOTULSKI KÖHLER PRZYBYSZ ADWOKACI I RADCOWIE PRAWNI SPÓŁKA PARTNERSKA Aleja Walentego Roździeńskiego nr 1A 40-202 Katowice	144 648,00 zł

Podkreślić należy, iż Zamawiający jest zobligowany na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP do zażądania wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, kosztu lub ich istotnych części składowych, gdy zaoferowana przez Odwołującego cena całkowita oferty jest niższa co najmniej o 30% od:

1)wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania;

2)średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10,

- chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Zamawiający okoliczności takich się nie dopatrzył i powziął uzasadnione wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, ponieważ zaoferowana przez Odwołującego cena w wysokości 144.648 ,00 zł brutto jest ceną o 383 352,00 zł niższą od wartości zamówienia powiększonej o należny VAT, która wynosi 528 000,00 zł, i stanowi ok 27,39 % wartości zamówienia, oraz jest ceną o 204 547 zł niższą od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu, która wynosi 349 195,29 zł i stanowi ok 41,42 % średniej arytmetycznej.

Wobec powyższego, pismem numer NOSPR/ZP.213.3.2024; NOSPR/268/2024 z dnia 19 kwietnia 2024 r. Zamawiający działając w trybie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy PZP, zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienie, w tym o złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty, albowiem zaoferowana cena wydawała się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budziła wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Odpowiedzi należało udzielić w terminie do dnia 24 kwietnia 2024 r.

Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 19 kwietnia 2024r. w dokumentacji postępowania

Zamawiający szczegółowo wskazał jakie wyjaśnienia wraz z dowodami należy przedłożyć:

„(…) wyjaśnienia powinny dotyczyć w szczególności:

1)zarządzania procesem świadczenia usługi;

2)wybranych rozwiązań, wyjątkowo korzystnych warunków umożliwiających świadczenie usług;

3)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) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

4)zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

5)zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

6) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

i dalej:

„(…) Zamawiający zwraca uwagę, iż kosztem pracy są również obowiązkowe obciążenia finansowe pracodawcy związane z tym wynagrodzeniem (część składek na obowiązkowe ubezpieczenie emerytalne i rentowe, ubezpieczenie wypadkowe, składki na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych) i inne. Wykonawca w celu udokumentowania Zamawiającemu, że cena jego oferty nie jest rażąco niska, może wykazać się obiektywnymi czynnikami ujętymi w art. 224 ust. 3 ustawy PZP. Wyjaśnienie odnoszące się do ceny oferty powinny jasno wykazywać, co spowodowało możliwość obniżenia ceny oraz stopień, w jakim cena została obniżona dzięki wskazanym czynnikom.

Zamawiający oczekuje złożenia precyzyjnych wyjaśnień i dowodów, które pozwolą uzasadnić, iż przy zaoferowanej cenie Wykonawca jest w stanie osiągnąć zysk w toku realizacji przedmiotu zamówienia, przy czym zastrzega się, iż podanie ogólnych informacji o firmie nie zastąpi szczegółowego wyjaśnienia w zakresie wymaganym przez Zamawiającego.

Prosimy w szczególności o wskazanie liczby osób lub etatów przewidzianej do realizacji zamówienia (…).”,

„(…) Zamawiający prosi o wyjaśnienie wysokości zaoferowanej ceny poprzez sporządzenie kalkulacji ceny oferty wskazującej koszty materiałów, sprzętu, płace bezpośrednie, płace uzupełniające, koszty ubezpieczeń społecznych i podatki od płac oraz koszty wszelkiego sprzętu, niezbędnego do wykonania usług, koszty pośrednie i zakładany zysk, które mają wpływ na należytą realizację zamówienia.”

Zupełnie chybiony jest zatem zarzut Odwołującego, iż „Zamawiający nie przedstawił szczegółowych wymagań co do sporządzania wyjaśnień, w szczególności nie określił jakie dowody mają zostać przedłożone i nie określił charakterystyki dla przedkładanej kalkulacji.”

Zgodnie z art. 244 ust. 5 ustawy PZP, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy – o czym Odwołujący również został powiadomiony. W związku z powyższym, 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. Ponieważ przepisy nie określają przykładowego katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć Zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty, możliwe jest przedstawienie każdego dowodu, jednakże musi być on adekwatny do konkretnej sytuacji i stanowić potwierdzenie tego, co wykonawca dowodzi w swoich wyjaśnieniach.

Zwrócenie się zatem przez zamawiającego do wykonawcy z wezwaniem do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w trybie art. 224 ust. 1 lub ust. 2 Pzp ustanawia domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, które wezwany do wyjaśnień wykonawca musi obalić za pomocą złożonych wyjaśnień i dowodów. Ciężar dowodu - ciężar wykazania - że cena oferty nie jest rażąco niska, zgodnie z art. 224 ust. 5 Pzp spoczywa całkowicie na wykonawcy, który może przedkładać wszelkie możliwe dowody, aby wykazać, że cena złożonej przez niego oferty jest rzetelnie skalkulowana i gwarantuje prawidłową realizację zamówienia. Dlatego też wyjaśnienia wykonawcy nie mogą mieć ogólnego i lakonicznego charakteru. Muszą być szczegółowe, konkretne i wiarygodne, tak, aby usunęły wątpliwości i przekonały Zamawiającego, że zaoferowana cena nie ma charakteru rażąco niskiej ceny, lecz jest rzeczywiście rynkowa, wynika ze szczególnych możliwości dostępnych danemu wykonawcy i

zapewnia prawidłową realizację przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami wynikającymi z SWZ. Aby wyjaśnienia były konkretne i wiarygodne muszą być również poparte dowodami na potwierdzenie istotnych okoliczności mających wymierny wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. (tak: wyrok KIO z dnia 26 kwietnia 2023r.. KIO 1025/23, źródło: Legalis).

Co również istotne, składane przez wykonawcę wyjaśnienia ceny oferty należy oceniać przez pryzmat wezwania zamawiającego, które determinuje poziom szczegółowości wyjaśnień. Innymi słowy, to wezwanie skierowane do wykonawcy wyznacza granice oceny, czy wykonawca sprostał ciążącemu na nim obowiązkowi wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej. (…) W przypadku procedury rażąco niskiej ceny co do zasady sposób przedstawienia wyjaśnień cenowych oraz założeń kalkulacyjnych pozostaje w gestii wykonawcy, przy czym stopień szczegółowości wyjaśnień determinowany jest właśnie wezwaniem zamawiającego. Przy ocenie wyjaśnień poziomu ceny zamawiający nie powinien tracić z oczu celu procedury wyjaśnień poziomu ceny, którym jest uzyskanie potwierdzenia realności zaoferowanej przez wykonawcę ceny (tak wyrok KIO z dnia 15 grudnia 2023r., KIO 3536/23, źródło Legalis).

Tymczasem, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Odwołujący pismem z dnia 24 kwietnia 2024 r. ograniczył się jedynie do przedstawienia ogólnych oświadczeń dotyczących kalkulacji ceny brutto w następującym brzmieniu:

Tabela 3 kalkulacja ceny brutto odwołującego – pismo z dnia 24.04.2024 r.

	Wariant I (24 godz./miesiąc)	Wariant II (50 godz./miesiąc)	Wariant III 80 godz./miesiąc
Koszt wynagrodzeń	960 zł	2000 zł	3200 zł
Koszty stałe, w tym koszt utrzymania biura, koszt energii, opłata za programy informacji prawnej, telefony, ubezpieczenia, koszt obsługi informatycznej i księgowej	20% ceny oferty, tj. 1205,40		
zysk	3861,60 zł	2821,60 zł	1621,60 zł

W tym miejscu podkreślić należy, iż w świetle warunków świadczenia usługi określonych w SWZ przez Zamawiającego w zakresie maksymalnej liczby godzin realizacji przedmiotu zamówienia, wiążąca dla Zamawiającego jest jedynie kalkulacja ceny brutto zawarta w Wariancie III dla 80 godzin miesięcznie, albowiem nieprawidłowe jest założenie Odwołującego, iż wyceny usługi można również dokonać dla mniejszego zakresu świadczenia.

Odwołujący jako dowód rozpiętości cen na rynku usług prawniczych przedstawił zestawienie ofert kancelarii prawniczych publikowanych w Bazie Konkurencyjności, z których – jak twierdzi – jednoznacznie wynika, iż ceny te mogą różnić się nawet o 200%. Samo zestawienie ofert, nie dowodzi jednak zdaniem Zamawiającego, że w przypadku Odwołującego nie mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Nie jest bowiem wiadomo, czy w konkretnym postępowaniu wskazanym w Bazie Konkurencyjności, nie doszło również do badania rażąco niskiej ceny i uznania, że poszczególne oferty są nią dotknięte.

Po wtóre, Zamawiający nie neguje poglądu, iż dowodem w sprawie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny mogą być również same wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę, pod warunkiem jednak, iż cechują się one dostatecznym stopniem szczegółowości, czego nie można powiedzieć o wyjaśnieniach złożonych przez Odwołującego, w przeciwieństwie do wyjaśnień innych Wykonawców wezwanych do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w niniejszym postępowaniu (vide: wyjaśnienia Wykonawców: M.Ż. Kancelaria Radcy Prawnego oraz Kancelaria Radcy Prawnego Radca prawny S.K.).

Dowód: wyjaśnienia Wykonawców: M.Ż. Kancelaria Radcy Prawnego z dnia 23.04.2024r. wraz z uzupełnieniem oraz Kancelaria Radcy Prawnego Radca prawny S.K. z dnia 24.04.2024r. w dokumentacji postępowania wraz z uzupełnieniem.

Zaakcentowania wymaga przy tym fakt, iż stosownie do treści art. 224 ust. 4 ustawy PZP w przypadku zamówień na usługi Zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6. Zgodnie z powyższym Zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień co najmniej w zakresie 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 o minimalnym wynagrodzeniu za pracę 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. Przepis ma charakter obligatoryjny, co oznacza, że w przypadku podejrzenia rażąco niskiej ceny lub kosztu w postępowaniu o udzielenie zamówienia na usługi zamawiający musi wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień co do wskazanych czynników cenotwórczych.

Zamawiający wymagał zatem złożenia skonkretyzowanych wyjaśnień w zakresie kosztów osobowych przedmiotu zamówienia, które jak twierdził sam Odwołujący stanowią podstawowy koszt usługi, tymczasem w wyjaśnieniach Odwołujący ograniczył się do twierdzenia, iż ponosi koszty wynagrodzeń personelu w wysokości wyższej niż wynagrodzenie minimalne, a stawka godzinowa adwokatów/radców prawnych przyjęta do kalkulacji to 40,00 zł brutto. Ponadto Odwołujący wskazał, iż zakłada, iż przedmiot zamówienia będzie realizowany przez min. 4 osoby bez jednoczesnego określenia podstawy dysponowania tymi osobami (umowa o pracę, umowa zlecenia, umowa o współpracy (B2B), co uniemożliwiło Zamawiającemu zweryfikowanie w sposób prawidłowy wysokości kosztów pracy, jakie Odwołujący poniósłby jako pracodawca w związku z zatrudnieniem pracownika lub jako zleceniodawca przy zawarciu umowy zlecenia czy też umowy o współpracy.

Dla stwierdzenia istnienia rażąco niskiej ceny w niniejszej sprawie nie ma przy tym znaczenia brak zakwestionowania przez Zamawiającego wartości jednej godziny pracy adwokata lub radcy prawnego oraz brak wskazania, iż stawka ta jest niezgodna z przepisami prawa. Odwołujący argumentując w ten sposób przerzuca niejako na Zamawiającego ciężar dowodu nieistnienia rażąco niskiej ceny zapominając, iż to obowiązkiem wykonawcy jest, aby w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego udzielił wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny w taki sposób, aby na ich podstawie możliwe było ustalenie, że cena oferty (odpowiednio koszt, istotna część składowa) nie jest ceną rażąco niską. Efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione (zob. art. 224 Prawa zamówień publicznych). Co, więcej na etapie postępowania odwoławczego ciężar dowodu rozkłada się analogicznie do tego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 224 ust. 5 ustawy) tj. stosownie o art. 537 ustawy Prawa zamówień publicznych ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego albo na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie ma charakteru absolutnego i nie zwalnia jednak odwołującego, który podnosi okoliczności dot. rażąco niskiej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny, zgodnie z 534 ust. 1 ww. ustawy, zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający nie miał wątpliwości co do realności ceny oferty. Przepis art. 537 ww. ustawy nie może być rozumiany w ten sposób, że odwołujący może poprzestać na samych twierdzeniach i kwestionować wyłącznie formalny aspekt procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny bez merytorycznego wykazania zasadności swoich twierdzeń i przerzucić na uczestnika postępowania lub zamawiającego ciężar dowodowy. (wyrok KIO z dnia 28 września 2022r., KIO 2382, źródło Legalis).

Stawka godzinowa w wysokości 40,00 zł brutto za godzinę świadczenia usług prawniczych jest nominalnie i w ujęciu abstrakcyjnym zgodna z przepisami obowiązującego prawa, tj. przepisami rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 14 września 2023r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej w 2024r. (Dz.U. z 2023r. poz. 1893). Niemniej jednak, brak powiązania niniejszej stawki z konkretnymi osobami, które miałyby świadczyć usługi prawnicze w imieniu Odwołującego oraz brak wykazania konkretnych kosztów pracy specjalistów spowodował niemożność zweryfikowania przedstawionej przez Zamawiającego kalkulacji z przepisami dotyczącymi kosztów pracy. Odwołujący nie wykazał (tak jak zrobił to w niniejszym postępowaniu inny Wykonawca M.Ż. Kancelaria Radcy Prawnego),iż konkretne osoby, którymi będzie się posługiwał przy realizacji zamówienia będą realizować swoje usługi za 40,00 zł brutto za godzinę.

Niezależnie od braku wykazania przez Odwołującego, że jego ofertajest dotknięta rażąca niską ceną, Zamawiający powziął istotną wątpliwość, czy świadczenie usług prawniczych za kwotę 40,00 zł brutto za godzinę gwarantuje pożądany przez niego poziom jakości usług. Nie może bowiem ujść uwadze Izby fakt, iż Zamawiający – z uwagi na specyfikę swojej działalności – położył duży nacisk na wykształcenie i doświadczenie osób, którymi wykonawca będzie posługiwać się przy realizacji zamówienia, czemu dał wyraz konstruując warunki udziału w postępowaniu oraz kryteria oceny ofert (cena 55%, wykształcenie – 15%, doświadczenie – 30%). W ramach kryterium wykształcenia Zamawiający premiował wykształcenie podyplomowe z zakresu prawa pracy, zamówień publicznych i własności intelektualnej. Obsługa prawna Zamawiającego jako instytucji kultury oprócz wiedzy i doświadczenia z zakresu prawa pracy i zamówień publicznych niezbędnych w obsłudze prawnej standardowych jednostek sektora finansów publicznych wymaga również wiedzy specjalnej z zakresu prawa własności intelektualnej. Dla Zamawiającego jest rzeczą niewiarygodną i nierealną oraz przeczącą zasadom zdrowego rozsądku i doświadczenia życiowego, iż osoba, która posiada odpowiednie doświadczenie i wiedzę specjalistyczną, która ukończyła 5-letnie studia prawnicze i 3-letnią aplikację radcowską (adwokacką), oraz – być może studia podyplomowe, jest skłonna dobrowolnie świadczyć pracę za 40,00 zł brutto za godzinę. Prosta kwerenda sieci Internet pokazuje, iż stawki godzinowe usług prawniczych na Śląsku oscylują pomiędzy kwotą 150,00 zł a 400,00 zł. Kancelaria Klatka i Partnerzy Kancelaria Radów Prawnych z siedzibą w Katowicach za godzinę konsultacji w zakresie prawa muzeów i instytucji kultury oferuje dla przykładu stawkę 370,50 zł netto. (https://radca.prawny.com.pl/cennik). Zamawiający powziął zatem uzasadnione wątpliwości co do możliwości

realizacji usługi na odpowiednim poziome za deklarowaną stawkę godzinową.

Niezależnie od powyższego Zamawiający wskazuje również, iż w przedstawionej przez siebie kalkulacji, tj.: 3 200 zł brutto + 1 205, 40 zł + 1 621,60 zł, co daje łącznie kwotę 6 027,00 zł brutto – czyli kwotę miesięcznego wynagrodzenia brutto wskazaną w ofercie, Odwołujący, nie uwzględnił podatku VAT, w kwocie 1 127,00 zł. (tj. 4 900,00 * 23%)., mimo, iż sam deklarował, iż podatki stanowią koszt świadczenia usługi.

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego o rzekomym obowiązku Zamawiającegoponownego wezwania do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, Zamawiający wskazuje na wyrok KIO z dnia 7 marca 2022 r., sygn. akt KIO 421/22, źródło Legalis, z którego wynika, iżponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień kalkulacji ceny nie jest co do zasady wykluczone. Niemniej możliwość żądania od wykonawcy doprecyzowania elementów kalkulacji lub udzielenia szerszych informacji w zakresie pierwotnie przekazanych wyjaśnień, jest uzasadniona jedynie w przypadku szczegółowego i rzetelnego udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień na pierwsze żądanie. Powtórzenie wezwania musi wynikać więc z obiektywnych okoliczności uzasadniających uszczegółowienie pierwszych wyjaśnień, a ponawianie wezwania nie może następować w sytuacji, gdy wyjaśnienia są niekompletne, lakoniczne, czy nie zawierają odpowiedzi na wszystkie pytania zamawiającego. Dalej KIO stwierdziła również, iż wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny nie powinny ograniczać się do zapewnień wykonawcy, a wskazywać konkretne dane i ustalone koszty, aby zamawiający mógł sprawdzić czy przyjęty poziom poszczególnych składników cenowych jest właściwy – zamawiający powinien dowiedzieć się w jakiej wysokości wyceniono koszt pracy specjalistów, aby zweryfikować kalkulację ceny w ramach zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy (art. 224 ust. 3 pkt 4 Prawa zamówień publicznych).

Od podmiotów biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wymaga się dochowania zasad podwyższonej staranności, zgodnie z art. 355 K.c., którą określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności, dlatego Zamawiający ma prawo oczekiwać (zwłaszcza w przypadku kancelarii prawnych), aby wyjaśnienia były składane precyzyjne i jednoznaczne. Wyjaśnienia Odwołującego były natomiast bardzo ogólne i nie poparte konkretnymi dowodami, co uniemożliwiło Zamawiającemu stwierdzenie w jaki sposób została skalkulowana cena ofertowa i czy możliwe jest zrealizowanie przedmiotu zamówienia za proponowaną cenę ofertową. Odwołujący nie uprawdopodobnił nawet, iż cena ofertowa jest ceną rynkową, co potwierdza również analiza materiałów przedstawionych przez Odwołującego na podstawie znalezionych ogłoszeń na obsługę prawną w Bazie Konkurencyjności.

Mając na względzie powyższe, Zamawiający uznał, iż Odwołujący nie wyjaśnił rażąco niskiej ceny, w wyniku czego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 8 w zw. z art. 224 ust 6 ustawy PZP ofertę Odwołującego odrzucił.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W odwołaniu wykonawca - **„**K.K. Adwokaci i Radcowie Prawni spółka partnerska z/s w Katowicach(Odwołujący) podniósł zarzut naruszenia:

1) art. 16 pkt 1 - 3 ustawy Pzp wskazując na naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty i proporcjonalny, a także na naruszenie innych pozostających w związku z art. 16 pkt 1 - 3 Pzp przepisów, a mianowicie: (...)

2)art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp podnosząc niewłaściwe zastosowanie przepisu polegające na niezasadnym stwierdzeniu, że oferta złożona przez Odwołującego zawiera rażąco niską cenę, w sytuacji gdy cena zaoferowana przez Odwołującego jest wystarczająca do pokrycia kosztów realizacji zamówienia, osiągnięcia zysku oraz prawidłowego wykonania zamówienia publicznego, a więc nie jest rażąco niska;

3)art. 224 ust. 6 ustawy Pzp z uwagi na niewłaściwe zastosowanie przepisu *polegające na błędnej, nieprzejrzystej i nielogicznej ocenie wyjaśnień Odwołującego z dnia 24 kwietnia 2024r. dotyczących zaoferowanej ceny, prowadzącej do nieuzasadnionego stwierdzenia, że Wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, pomimo że Wyjaśnienia jednoznacznie wskazują, że zaoferowana przez Odwołującego cena jest wystarczająca do pokrycia kosztów realizacji zamówienia, osiągnięcia zysku oraz prawidłowego wykonania zamówienia publicznego, a więc nie jest rażąco niska* (...);

4)*ewentualnie, z ostrożności*, w przypadku nieuwzględnienia zarzutów, o których mowa w punktach 2 i 3 – naruszenie art. 224 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 i art. 224 ust. 6 ustawy Pzp podnosząc *niewłaściwe niezastosowanie tych przepisów polegające na zaniechaniu wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie ceny oferty przed odrzuceniem jego oferty, mimo że Zamawiający powziął jedynie wątpliwości co do rynkowego charakteru pewnych elementów ceny oraz możliwości prawidłowego zrealizowania przedmiotu zamówienia za cenę zaoferowaną przez Odwołującego, co jest niewystarczające dla stwierdzenia, że zaoferowana cena jest rażąco niska, z tym zastrzeżeniem, że w ocenie Odwołującego Wyjaśnienia były kompletne, spójne logiczne i wystarczające dla stwierdzenia, że zaoferowana przez Odwołującego cena nie jest rażąco niska*;

5)art. 239 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na jego *niewłaściwe zastosowanie polegające na zaniechaniu dokonania czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, pomimo że oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert określonych w SWZ spośród ofert złożonych w Postępowaniu a*

niepodlegających odrzuceniu i w konsekwencji dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty w sposób inny, niż na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia;

6)art. 253 ust 1 pkt 2 Pzp stwierdzając, że *uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego w sposób nierzetelny i nieprzejrzysty, z uwagi na wskazanie w uzasadnieniu faktycznym na dowolnie wybrane elementy kalkulacji ceny, bez uwzględnienia całości wyjaśnień.*

Zamawiający w piśmie z dnia 17 maja 2024 r. w pkt 4 lit d) podał: (...)

4. Na postawie art. 253 ust 1 pkt 2 ustawy PZP, Zamawiający informuje, o odrzuceniu ofert:

(...)

d) Oferta 12 złożona przez KKP KOTULSKI KÖHLER PRZYBYSZ ADWOKACI I RADCOWIE PRAWNI SP PARTNERSKA(...) *została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy PZP, gdyż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Na podstawie art. 224 ust. 2 ustawy PZP Zamawiający jest zobligowany do wezwania Wykonawcy do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Pismem numer NOSPR/ZP.213.3.2024; NOSPR/268/2024 z dnia 19 kwietnia 2024 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę o wyjaśnienie, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty, albowiem zaoferowana cena wydawała się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budziła wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Zaoferowana przez Wykonawcę cena w wysokości 144.648,00 zł brutto jest ceną o 383 352,00 zł niższą od wartości zamówienia powiększonej o należny VAT, która wynosi 528 000,00 zł, i stanowi ok 27,39 % wartości zamówienia, oraz jest ceną o 204 547 zł niższą od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu, która wynosi 349 195,29 zł i stanowi ok. 41,42 % średniej arytmetycznej. W tym miejscu należy zaznaczyć, iż rozważania Wykonawcy dotyczące zasadności wezwania Wykonawcy w związku z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP, z uwagi na ukształtowane stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej w przedmiocie zwolnienia Zamawiającego z obowiązku wezwania Wykonawcy do wyjaśnienia dotyczącego ceny wskazanej w ofercie, jakoby rozbieżność wynikała z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia, są chybione. Oferta złożona przez Wykonawcę w sposób znaczący odbiega zarówno od wartości zamówienia powiększonej o należny VAT, jak i od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu – co Zamawiający wykazał w piśmie skierowanym do Wykonawcy. Zatem wezwanie Zamawiającego należy uznać jako zasadne. Wykonawca pismem z dnia 24 kwietnia 2024 r. wyjaśnił jedynie, iż do kalkulacji przyjęta została stawka godzinowa pracy adwokatów/radców prawnych na poziomie 40 zł brutto i stawka ta jest wyższa niż obowiązująca od dnia 1 stycznia 2024 r. stawka godzinowa dla umów cywilnoprawnych wynosząca 27,70 zł brutto (od 1 lipca 2024 r. 28,10 zł brutto). Ponadto Wykonawca oświadczył, że ponosi koszty stałe, w tym koszt utrzymania biura, koszt energii, opłat za programy informacji prawnej, telefony, ubezpieczenia, koszt obsługi informatycznej i księgowej na poziomie 20% ceny oferty, tj. 1 205,40 zł, a w konsekwencji jego zysk z realizacji zamówienia może oscylować – w zależności od nakładu pracy - od 1 621,60 zł do 3 861,60 zł. Wykonawca nie przedłożył jednak żadnych dowodów na potwierdzenie prawidłowości sporządzenia kalkulacji, mimo iż na podstawie art. 224 ust. 5 ustawy PZP obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy.*

Wykonawca zamiast konkretnych wyjaśnień dotyczących ceny wskazanej w ofercie skupił się na poszukiwaniu ofert składanych w postępowaniach na obsługę prawną wszczętych przez innych Zamawiających a zamieszczonych w Bazie Konkurencyjności. Zamawiający ma świadomość, iż w przypadku usług, których zasadniczą pozycję kosztową stanowi praca osób realizujących zamówienie, takie usługi uwzględniają kwalifikacje tych osób, wykształcenie czy pozycję na rynku. Oznacza to, że wykonawcy kalkulując cenę za tego typu usługi biorą pod uwagę przede wszystkim koszty pracy osób je realizujących, które ze względu na specyfikę tych kosztów mogą być bardzo różne dla poszczególnych wykonawców. Tego typu kosztów nie da się bowiem w jednoznaczny sposób zweryfikować i poddać analizie – poza kosztami minimalnego wynagrodzenia za pracę. Wynika to z faktu, iż przy kosztach osobowych praca lub usługa jest warta tyle na ile wycenia ją osoba świadcząca. Wykonawca wycenił pracę adwokatów/radców prawnych na 40 zł brutto za godzinę, co w ocenie Zamawiającego (kierującego się doświadczeniem oraz analizą rynku) jest kwotą mało prawdopodobną za świadczenie usług prawnych, które wymagają wysokich kwalifikacji. . Sam Wykonawca dostarczył dowody na potwierdzenie stawek rynkowych za godzinę pracy podczas świadczenia obsługi prawnej. Najniższa stawka godzinowa, która została wskazana w ogłoszeniu nr 2022-16308-98608 zaoferowana przez FinLegal Kancelaria Adwokacka Michał Roszczyński z Gdyni to 59,00 zł (czyli o 19,00 zł więcej niż wynika to kalkulacji Wykonawcy) – zaznaczyć jednak należy, iż oferta ta została odrzucona przez Zamawiającego prowadzącego postępowanie. W pozostałych postępowaniach stawki godzinowe zaczynają się od 100 zł, co potwierdza wątpliwości Zamawiającego co do możliwości realizacji usługi na odpowiednim poziomie za 40 zł za godzinę. Usługi oparte na pracy intelektualnej wykwalifikowanej kadry cechują się trudnością w ustaleniu wartości tych usług, gdyż uzależnione są od okoliczności związanych np. z przedmiotem zamówienia, zaangażowaniem w inne projekty, w tym projekty o podobnym charakterze, dodatkowe dochody uzyskiwane przez osoby skierowane do realizacji zamówienia (np. zatrudnienie w ramach innych

stosunków, świadczenia emerytalno-rentowe, inne), dlatego Zamawiający wezwał Wykonawcę o złożenie szczegółowych i konkretnych wyjaśnień. Zamawiający w piśmie z dnia 19 kwietnia 2024 r. wyraźnie zaznaczył, iż nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i winny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie było wątpliwości co do prawidłowego wyliczenia ceny ofertowej i nie mogą się opierać wyłącznie na oświadczeniach wykonawcy. Przypomnieć należy, że to na Wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (art. 224 ust. 5 ustawy PZP), czego Wykonawca nie uczynił, ograniczając się w swoich wyjaśnieniach do ogólnego oświadczenia. Zamawiający uznał zatem, że Wykonawca nie wyjaśnił rażąco niskiej ceny, w związku z powyższym należało postąpić jak na wstępie".

Zamawiający w wezwaniu z dnia 19 kwietnia 2024 r. wskazując na art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp zwrócił się (str 1) o (...) *wyjaśnienie w tym o złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty (...), albowiem zaoferowana cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów". Wskazał, że (...) powziął uzasadnione wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, ponieważ zaoferowana przez Państwa cena w wysokości 144.648 ,00 zł brutto jest ceną o 383 352,00 zł niższą od wartości zamówienia powiększonej o należny VAT, która wynosi 528 000,00 zł, i stanowi ok 27,39 % wartości zamówienia, oraz jest ceną o 204 547 zł niższą od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu, która wynosi 349 195,29 zł i stanowi ok 41,42 % średniej arytmetycznej*".

Dalej podał (str 2), że: (....) *wyjaśnienia powinny dotyczyć w szczególności:*

1)zarządzania procesem świadczenia usługi;

2)wybranych rozwiązań , wyjątkowo korzystnych warunków umożliwiających świadczenie usług; 3) 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) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

4)zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

5)zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

6)wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy". Stwierdził także, że: „ Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy PZP ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy. Wykonawca powinien wskazać i opisać obiektywne czynniki mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny; wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i winny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak, aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia, a jednocześnie nie mogą opierać się na samych oświadczeniach wykonawcy. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być konkretne, wyczerpujące i rzeczywiście uzasadniać podaną w ofercie cenę. Nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wykonawca w Formularzu ofertowym potwierdził, że w cenie brutto mieści się całkowity koszt kompletnego wykonania zadania stanowiącego przedmiot zamówienia, w tym również wszelkie inne koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia".

Zwrócił ponadto uwagę (str 2), że: „*kosztem pracy są również obowiązkowe obciążenia finansowe pracodawcy związane z tym wynagrodzeniem (część składek na obowiązkowe ubezpieczenie emerytalne i rentowe, ubezpieczenie wypadkowe, składki na Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych) i inne. Wykonawca w celu udokumentowania Zamawiającemu, że cena jego oferty nie jest rażąco niska, może wykazać się obiektywnymi czynnikami ujętymi w art. 224 ust. 3 ustawy PZP. Wyjaśnienie odnoszące się do ceny oferty powinny jasno wykazywać, co spowodowało możliwość obniżenia ceny oraz stopień, w jakim cena została obniżona dzięki wskazanym czynnikom*".

Podkreślił (str 2), że oczekuje:

(...) *złożenia precyzyjnych wyjaśnień i dowodów, które pozwolą uzasadnić, iż przy zaoferowanej cenie Wykonawca jest w stanie osiągnąć zysk w toku realizacji przedmiotu zamówienia, przy czym zastrzega się, iż podanie ogólnych informacji o firmie nie zastąpi szczegółowego wyjaśnienia w zakresie wymaganym przez Zamawiającego.*

(...) w szczególności o wskazanie liczby osób lub etatów przewidzianej do realizacji zamówienia". Ponadto: „Jeżeli Wykonawca skalkulował, iż będzie korzystał z pomocy publicznej np. poprzez dofinansowanie osób posiadających orzeczony stopień niepełnosprawności, prosimy o przedstawienie stosownych kalkulacji i dokumentów. Dokumenty powinny zostać odpowiednio zanonimizowane – w sposób zapewniający ochronę danych osobowych". Reasumując podał, że „prosi o wyjaśnienie wysokości zaoferowanej ceny poprzez sporządzenie kalkulacji ceny oferty wskazującej koszty materiałów, sprzętu, płace bezpośrednie, płace uzupełniające, koszty ubezpieczeń społecznych i podatki od płac oraz koszty wszelkiego sprzętu, niezbędnego do wykonania usług, koszty pośrednie i zakładany zysk, które mają wpływ na

należytą realizację zamówienia".

W konkluzji poinformował (str 3), że (...) *niezłożenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub złożenie wyjaśnień i dowodów, które w ocenie Zamawiającego, nie uzasadnią podanej w ofercie ceny, spowoduje odrzucenie oferty Wykonawcy jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy PZP*.

Odwołujący w odpowiedzi na to wezwanie piśmie z dnia 24.04.2024 r. wskazał:

- na str 1/2 (...) *na rynku usług prawniczych różnice w cenach są powszechnie identyfikowane – tytułem przykładu wskazać można kilka ogłoszeń z Bazy Konkurencyjności, dla postępowań których przedmiotem było świadczenie obsługi prawnej*: (...) i zamieścił tabelę z Ogłoszeniami i nazwami firm wykonawców oraz cenami z tej Bazy.

- na str 3 (...) „*Jak widać, różnice w cenach usług prawnych są znaczne, przekraczające czasem 200%. Przeliczenie średniej ceny netto sprawia, że cena Naszej oferty jest o 30% niższa niż średnia – jednak różnica ta nie może prowadzić do wniosku, że cena ta jest ceną rażąco niską. Zaoferowana cena jest bowiem ceną rynkową, uwzględniającą wszystkie koszty niezbędne do poniesienia dla należytego wykonania przedmiotu zamówienia, zapewniającą jednocześnie dla Wykonawcy odpowiedni zysk".* Następnie powołał się na przepisy Pzp i orzeczenia KIO oraz wskazał na § 4 ust. 1 projektu umowy podnosząc: (...) *jako pierwszy obowiązek Wykonawcy wskazał przeprowadzanie konsultacji:*

-w siedzibie Zamawiającego nie mniej niż dwa razy w miesiącu przez 6 godzin (dyżur) przez co najmniej jedną osobę oraz

-nie mniej niż dwa razy w miesiącu przez 6 godzin (dyżur) przez co najmniej jedną osobę skierowaną do realizacji obsługi prawnej w inny uzgodniony sposób (w tym z wykorzystaniem narzędzi teleinformatycznych), co oznacza, że zaplanowane zaangażowanie Wykonawcy w realizację zamówienia będzie wynosiło 12 godzin w miesiącu obecności jednej osoby w siedzibie Zamawiającego oraz 12 godzin w miesiącu pozostawania jednej osoby do dyspozycji Zamawiającego w formie zdalnej – co daje łącznie min. 24 godziny pracy jednej osoby. Dalej Zamawiający założył, że świadczenie obsługi prawnej na rzecz Zamawiającego nie będzie ograniczać się do czasu obecności na dyżurach w siedzibie Zamawiającego – bowiem w sprawach pilnych Wykonawca winien świadczyć obsługę prawną w siedzibie Zamawiającego dnia następnego po zgłoszeniu takiej potrzeby. Zamawiający założył także, że liczba godzin realizacji przedmiotu zamówienia wyniesie nie więcej niż 80 godzin miesięcznie. Kalkulując cenę oferty, czyli miesięczne wynagrodzenie ryczałtowe, Wykonawca odnosił się do podanej przez Zamawiającego liczby godzin, miejsca świadczenia usługi oraz jej zakresu – a należy zauważyć, iż Zamawiający wskazał na potrzebę obsługi prawnej w zakresie zamówień publicznych, prawa pracy oraz prawa autorskiego, w pozostałym zakresie nie doprecyzował zakresu pomocy prawnej. Na podstawie podanych przez Zamawiającego informacji Wykonawca zakłada, że świadczenie obsługi prawnej dotyczyć będzie przede wszystkim zakresów wskazanych w projekcie umowy, a także innych, związanych z bieżącą działalnością Zamawiającego. Kalkulacja ceny uwzględnia jednak fakt, iż Zamawiający prowadzi działalność w ustalonym zakresie od dłuższego czasu, a zatem posiada wykwalifikowaną kadrę oraz doświadczenie, a także przyjęte procedury działania, a działalność instytucji kultury nie wiąże się ze znacznym ryzykiem gospodarczym. Wykonawca wyjaśnia także, że jego siedziba znajduje się w bezpośrednim sąsiedztwie siedziby Zamawiającego, a zatem osobista obecność radcy prawnego bądź adwokata, nawet w przypadku pilnej potrzeby Zamawiającego, nie stanowi żadnego problemu organizacyjnego, ani też nie generuje dodatkowych kosztów. Przy realizacji zamówienia Wykonawca nie będzie w ogóle ponosił kosztów dojazdu oraz parkowania, a w przypadku konieczności świadczenia pomocy prawnej poza miastem Katowice w umowie założono, że Strony określać będą warunki jej świadczenia odrębnie, przy czym Wykonawcy przysługuje zwrot kosztów poniesionych na dojazd do wszelkich miejsc związanych ze świadczeniem pomocy prawnej na rzecz Zamawiającego".

Powołał się na orzecznictwo KIO i podał (str 4 i 5): *„Posiadane przez Wykonawcę wieloletnie doświadczenie w obsłudze prawnej różnych podmiotów z sektora finansów publicznych oraz przedsiębiorców, pozwala na określenie zakresu czynności niezbędnych do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. Ponieważ zgodnie z umową usługa w zasadniczym zakresie świadczona jest zdalnie, realizacja zamówienia nie generuje dodatkowych kosztów, poza standardowymi kosztami prowadzenia działalności – tj. utrzymaniem sprzętu (telefon, komputer), kosztem programu prawniczego (LEX/Legalis), kosztami utrzymania biura, składką na ubezpieczenie OC, oraz składkami i podatkami. Sprzęt biurowy i programy informacji prawnej są wykorzystywane przez Wykonawcę w bieżącej działalności zawodowej, a zatem ich koszt jest dzielony pomiędzy wszystkie realizowane w miesiącu zlecenia – Wykonawca szacuje, że wysokość kosztów stałych stanowi nie więcej niż 20% ceny usługi. Bezpośredni kontakt z Zamawiającym, w formie wymaganej w projekcie umowy, będzie realizowany przez prawników zatrudnionych w biurze w Katowicach (Biurowiec KTW) , a zatem Wykonawca nie będzie ponosić kosztów dojazdu do siedziby Zamawiającego. Realizacja przedmiotu zamówienia nie wymaga także żadnych dodatkowych zakupów usług lub sprzętu. Zaoferowana cena pozwala zatem na osiągniecie zysku, którego wysokość zależeć będzie od liczby godzin świadczenia obsługi prawnej w miesiącu (kalkulacja poniżej).*

Wykonawca ponosi koszty wynagrodzeń personelu w wysokości wyższej niż wynagrodzenie minimalne – stawka godzinowa adwokatów/radców prawnych przyjęta do kalkulacji to 40,00 zł brutto (a minimalna stawka godzinowa dla umów

cywilnoprawnych od 1 stycznia 2024 r. wynosi 27,70 zł, od 1 lipca 2024 r. – 28,10 zł). Podsumowując – Wykonawca zakłada, że przedmiot zamówienia realizowany będzie przez min. 4 osoby, w zależności od zakresu zamawianych przez Zamawiającego usług, przez min. 24, a max. 80 godzin w miesiącu; koszty osobowe stanowią podstawowy koszt wykonania usługi. Realizacja zamówienia nie wymaga od Wykonawcy zakupu dodatkowych towarów lub usług, poza posiadanymi już, standardowo używanymi w bieżącej działalności.

Wobec powyższego kalkulacja ceny brutto przedstawia się następująco:

	Wariant I (24 godz./miesiąc)	*Wariant II (50 godz./miesiąc)*	*Wariant III (80 godzin./miesiąc)*
Koszt wynagrodzeń	*960 zł*	*2000 zł*	*3200 zł*
Koszty stałe, w tym koszt utrzymania biura, koszt energii, opłata za programy informacji prawnej, telefony, ubezpieczenia, koszt obsługi informatycznej i księgowej	*20% ceny oferty, tj.1 205,40 zł*		
Zysk	*3 861,60 zł*	*2 821,60 zł*	*1 621,60 zł*

Podsumowując stwierdzić należy, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska – jest to cena realna i rynkowa, pozwalająca na należytą realizację przedmiotu zamówienia."

Mając powyższe ustalenia na uwadze, Izba nie znalazła podstaw do kwestionowania decyzji Zamawiającego z dnia 17.05.2024 r. w przedmiocie odrzucenia oferty wykonawcy K.K. Adwokaci i Radcowie Prawni spółka partnerska na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. Powyższe ustalenia wskazują bowiem, że wykonawca nie wykazał, że oferowana cena nie jest rażąco niska. Na gruncie ustawy Pzp – art. 224 ust.5– to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wykonawca w tym przypadku ograniczył wyjaśnienia – jak to wynika z przytoczonych powyżej nieomalże w całości - do ogólnych oświadczeń. Tak jak wskazał Zamawiający w kwestionowanej decyzji wykonawca w piśmie z dnia 24 kwietnia 2024 r. co do istoty wyjaśnił tylko, że (...) *do kalkulacji przyjęta została stawka godzinowa pracy adwokatów/radców prawnych na poziomie 40 zł brutto i stawka ta jest wyższa niż obowiązująca od dnia 1 stycznia 2024 r. stawka godzinowa dla umów cywilnoprawnych wynosząca 27,70 zł brutto (od 1 lipca 2024 r. 28,10 zł brutto). Ponadto Wykonawca oświadczył, że ponosi koszty stałe, w tym koszt utrzymania biura, koszt energii, opłat za programy informacji prawnej, telefony, ubezpieczenia, koszt obsługi informatycznej i księgowej na poziomie 20% ceny oferty, tj. 1 205,40 zł, a w konsekwencji jego zysk z realizacji zamówienia może oscylować – w zależności od nakładu pracy - od 1 621,60 zł do 3 861,60 zł. Wykonawca nie przedłożył jednak żadnych dowodów na potwierdzenie prawidłowości sporządzenia kalkulacji".*

Izba także podzieliła stanowisko Zamawiającego i Uczestnika po jego stronie, że w świetle warunków świadczenia usługi określonych w SWZwiążąca jest jedynie kalkulacja ceny brutto dla 80 godzin miesięcznie – odnoszącej się do maksymalnej liczby godzin realizacji przedmiotu zamówienia. Dla wyjaśnienia rażąco niskiej ceny założenie Odwołującego, że wycenę usługi można również dokonać dla mniejszego zakresu świadczenia jest nieprawidłowe, albowiem takie podstawy nie wynikają z SWZ.Tym samym przedstawiona na stronie 5 wyjaśnień tabela – jako kalkulacja ceny – nie może być uznana za dowód potwierdzający, że stawka godzinowa dla adwokata i radcy prawnego 40 zł/godz. pozwala na realizację przedmiotowej usługi. Dodatkowo Izba zauważa, że wykonawca według wyjaśnień kieruje co najmniej 4 osoby do realizacji tego zamówienia, których kwalifikacje opisane zostały w pkt III. 2) lit. b) SWZ, a w przypadku 3 osób – jak podano w wykazie 1AA: „*Wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia w ramach dodatkowych kryteriów oceny ofert*„ w zakresie doświadczenia i wiedzy specjalistycznej oprócz wymaganych ukończonych 5-letnich studiów prawniczych i 3-letniej aplikacji radcowskiej (adwokackiej) wskazano także na specjalistyczne studia podyplomowe. Izba tym samym zgodziła się, że Zamawiający – z uwagi na wymagane wysokie kwalifikacje - miał prawo mieć wątpliwości, czy za taką stawkę będzie możliwa świadczenie usługi gwarantującej pożądany przez niego poziom. Do wyjaśnień nie zostały przedłożone żadne dowody. Izba zgadza się, że w indywidualnej sprawie, w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny dowodem mogą być same wyjaśnienia złożone przez wykonawcę, jednakże – co podkreślał Zamawiający - pod warunkiem, że cechują się one dostatecznym stopniem szczegółowości, czego nie można powiedzieć o wyjaśnieniach złożonych przez Odwołującego. Izba stwierdza ponadto, że za taki dowód nie mogło być również uznane zestawienie ofert kancelarii prawniczych publikowanych w Bazie Konkurencyjności. To zestawienie informuje bowiem tylko o możliwej rozpiętości cen na rynku usług prawniczych, ale nie dowodzi, że cena Odwołującego nie jest rażąco niską ceną.

Izba również podzieliła stanowisko Zamawiającego, że stosownie do treści art. 224 ust. 4 ustawy Pzp w przypadku zamówień na usługi zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6, które to przepisy odnoszą się do żądania wyjaśnień co najmniej: (1) w zakresie 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 o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie oraz (2) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Przepis ten ma charakter obligatoryjny, co oznacza, że w przypadku podejrzenia rażąco niskiej ceny lub kosztu w postępowaniu o udzielenie zamówienia na usługi zamawiający musi wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień co do wskazanych czynników cenotwórczych. Ponadto składane przez wykonawcę wyjaśnienia ceny oferty należy oceniać przez pryzmat wezwania zamawiającego, które determinuje poziom szczegółowości wyjaśnień. Zamawiający w tej sprawie wymagał skonkretyzowanych wyjaśnień w zakresie kosztów osobowych przedmiotu zamówienia, stanowiących podstawowy koszt usługi. Odwołujący natomiast w wyjaśnieniach ograniczył się do twierdzenia, że ponosi koszty wynagrodzeń personelu w wysokości wyższej niż wynagrodzenie minimalne, a stawka godzinowa adwokatów/radców prawnych przyjęta do kalkulacji to 40,00 zł brutto. Odwołujący – jak podano - wskazał na założenie, że przedmiot zamówienia będzie realizowany przez minimum 4 osoby, jednakże brak określenia podstawy dysponowania tymi osobami (umowa o pracę, umowa zlecenia, umowa o współpracy (B2B), uniemożliwił Zamawiającemu zweryfikowanie w sposób prawidłowy wysokości kosztów pracy, jakie Odwołujący poniósłby jako pracodawca w związku z zatrudnieniem pracownika lub jako zleceniodawca przy zawarciu umowy zlecenia czy też umowy o współpracy.

Odnosząc się do zarzutu ewentualnego w zakresie obowiązku Zamawiającego ponownego wezwania do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, niewątpliwie ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień kalkulacji ceny nie jest co do zasady wykluczone. Niemniej możliwość żądania od wykonawcy doprecyzowania elementów kalkulacji lub udzielenia szerszych informacji w zakresie pierwotnie przekazanych wyjaśnień, jest uzasadniona jedynie w przypadku szczegółowego i rzetelnego udzielenia przez wykonawcę wyjaśnień na pierwsze żądanie. Powtórzenie wezwania musi wynikać więc z obiektywnych okoliczności uzasadniających uszczegółowienie pierwszych wyjaśnień, a ponawianie wezwania nie może następować w sytuacji, gdy wyjaśnienia są niekompletne, lakoniczne, czy nie zawierają odpowiedzi na wszystkie pytania zamawiającego. Tak jak podkreśla się w orzecznictwie KIO od podmiotów biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wymaga się dochowania zasad podwyższonej staranności, którą określa się - zgodnie z art. 355 KC - przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności i dlatego każdy zamawiający ma prawo oczekiwać (zwłaszcza w przypadku kancelarii prawnych), aby wyjaśnienia były precyzyjne i jednoznaczne. Wyjaśnienia wykonawcy w tej sprawie - były bardzo ogólne i nie poparte dowodami, co uniemożliwiało Zamawiającemu – jak podał w odpowiedzi na odwołanie - stwierdzenie w jaki sposób została skalkulowana cena ofertowa i czy możliwe jest zrealizowanie przedmiotu zamówienia za proponowaną cenę ofertową.

Tym samym, Zamawiający prawidłowo uznał, że wykonawca K.K. Adwokaci i Radcowie Prawni spółka partnerska nie wyjaśnił rażąco niskiej ceny, w wyniku czego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 8 w zw. z art. 224 ust 6 ustawy Pzp ofertę Odwołującego odrzucił. Tym samym także zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp jako niezasadny podlega oddaleniu, albowiem – w tym stanie faktycznym - wybór oferty jako najkorzystniejszej nie mógł dotyczyć podlegającej odrzuceniu oferty Odwołującego.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 253 ust 1 pkt 2 Pzp Izba stwierdza, że uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego jest – w kontekście wezwania do wyjaśnień i złożonych wyjaśnień - rzetelne i przejrzyste. W uzasadnieniu tej decyzji (cytowanej w całości powyżej) uwzględniając całość wyjaśnień wskazano na wszystkie (a nie wybrane) elementy kalkulacji ceny. W tym przypadku wykonawca nie wskazał, których elementów z wyjaśnień nie uwzględnia to uzasadnienie.

Wobec tych ustaleń podlega także oddaleniu zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 - 3 ustawy Pzp podnoszony w związku z zarzutami wskazanymi powyżej.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze 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 2020r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

……