Sygn. akt: KIO 2088/23

WYROK
z dnia 7 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lipca 2023 r. przez odwołującego Ć. i Partnerzy. Radcowie prawni i Adwokaci Sp. p. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S. A. w Bytomiu przy udziale wykonawcy „JZP Kancelaria Adwokacka" J.-Z., Z.-P., Z. i Partnerzy Sp. p. w Katowicach przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

   1.1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,

   1.2. powtórzenie badania i oceny ofert, w tym ponowne wezwanie wykonawcy „JZP Kancelaria Adwokacka" J.-Z., Z.-P., Z. i Partnerzy Sp. p. w Katowicach do złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny w trybie art. 224 ust. 1 p.z.p.,

2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

3. kosztami postępowania odwoławczego w części 1/2 obciąża odwołującego Ć. i Partnerzy. Radcowie prawni i Adwokaci Sp. p. w Warszawie oraz w części 1/2 obciąża zamawiającego Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S. A. w Bytomiu i:

   3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez odwołującego Ć. i Partnerzy. Radcowie prawni i Adwokaci Sp. p. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

   3.2. zasądza od zamawiającego Spółki Restrukturyzacji Kopalń S. A. w Bytomiu na rzecz odwołującego Ć. i Partnerzy. Radcowie prawni i Adwokaci Sp. p. w Warszawie kwotę 7 500,00 zł (siedem tysięcy pięćset złotych) tytułem zwrotu części kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

……

U z a s a d n i e n i e
wyroku z dnia 7 sierpnia 2023 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 2088/23

Zamawiający – Spółka Restrukturyzacji Kopalń S. A. ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie obsługi prawnej dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A.", podzielone na części, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w dniu 18 stycznia 2023 r. pod nr 2023/S 013-033886 w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, dalej zwane „postępowaniem".

Postępowanie na usługę, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019. Prawo zamówień publicznych ((Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) dalej zwanej „p.z.p."), jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 17 lipca 2023 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w części III postępowania wniósł wykonawca Ć. i Partnerzy. Radcowie prawni i Adwokaci Sp. p. al. J. Ch. Szucha 8, 00-582 Warszawa (dalej zwany „odwołującym"). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu zarzut naruszenia (pisownia oryginalna):

1) art. 224 ust. 5 i 6 i art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 ustawy Pzp wyrażające się w zaniechaniu odrzucenia oferty JZP w sytuacji, w której wyjaśnienia ceny oferty tego Wykonawcy nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a oferta JZP zawiera rażąco niską cenę, co prowadziło do rozstrzygnięcia postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
2) art. 109 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 16 ustawy Pzp wyrażające się w zaniechaniu wykluczenia JPZ z postępowania w sytuacji, w której w pierwszych wyjaśnieniach ceny oferty (z dnia 1 marca 2023 r.) przedstawił nieprawdziwe informacje w zakresie kosztów osobowych (tak miesięcznych jak i rocznych) jakie ponosił będzie w związku z zaangażowaniem w realizację zamówienia osób niebędących partnerami, co prowadziło do rozstrzygnięcia postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty wykonawcy „JZP Kancelaria Adwokacka" J.-Z., Z.-P., Z. i Partnerzy Sp. p. w Katowicach (dalej zwanego także jako „JZP") oraz wykluczenia tego wykonawcy z postępowania oraz obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje. W dniu 17 lutego 2023 r. zamawiający dokonał otwarcia ofert w postępowaniu, w tym w części III, w której oferty złożyli m.in. odwołujący i wykonawca JZP. Kwota jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w części III wynosiła 2 805 408,70 zł brutto, a wartość zamówienia w tej części 4 007 641,23 zł brutto. JZP zaoferował 2 029 500,00 zł brutto (tj. 1 650 000,00 zł netto).

Zamawiający, w dniu 23 lutego 2023 r. wezwał wykonawcę JZP do wyjaśnień ceny oferty w trybie przepisu art.

224 ust. 1 ustawy p.z.p. wskazując, że cena ta jest o co najmniej 49,36% niższa od wartości szacunkowej zamówienia oraz o 30,24% niższa od średniej arytmetycznej cen pozostałych ofert. Zamawiający w treści wezwania wyszczególnił, że wykonawca JZP zobowiązany jest złożyć wszystkie dowody kosztów poniesionych w związku zatrudnieniem pracowników. W dniu 1 marca 2023 r. JZP złożył pierwsze wyjaśnienia ceny oferty w których wskazał, że łączna suma miesięcznych kosztów związana z realizacją zamówienia to kwota 18 401,17 zł netto, uwzględniając w tym: koszty transportu w wysokości 1291,85 zł; koszty stałe 1989,32 zł; koszty osobowe 14 450,00 zł; koszty najmu pomieszczenia od zamawiającego 670 zł. Do wspomnianych kosztów dodano jeszcze: koszty inflacji: 2 760,18 zł; ryzyka kar umownych: 2000 zł, co łącznie dało sumę kosztów miesięcznych: 23 161,35 zł. Wykonawca JZP wskazał, że miesięczny przychód z realizacji zamówienia to 50 000,00 zł miesięcznie, co daje zysk na poziomie 26 838,65 zł netto miesięcznie. JZP wyliczył, że na koszt transportu w wysokości 1292,00 zł netto składa się: koszt paliwa 707,85 zł (przy 25 dojazdach), koszt przeglądu 167,00 zł (2000 zł/12 mc) oraz koszt OC/AC 417,00 zł (5000,00 zł/12 mc).

Wykonawca JZP dodał, że koszty stałe prowadzenia kancelarii wynoszą 19 893,21 zł netto miesięcznie i do obliczenia kosztów stałych, jakie obciążają wykonanie przedmiotowego zamówienia, przyjęto metodę proporcjonalnego udziału w kosztach w stosunku do liczby realizowanych stałych obsług. Podana w wyjaśnieniach kwota 1989,32 zł netto stanowi 10% z kwoty 19 893,21 zł. Na przedmiotowe koszty stałe prowadzenia działalności wskazano (netto): koszty najmu biura w Katowicach 10 256,50 zł; koszty najmu biura w Warszawie 120,00 zł; sprzątanie biura 1000,00 zł; dostęp do systemy informacji prawnej Legalis 357,00 zł; leasing sprzętu komputerowego 304,00 zł; ochrona 53,72 zł; zakup materiałów biurowych 98,95 zł, 38,99 zł i 304,86 zł; zakup art. spożywczych 562,54 zł; zakup innych art. 120,73 zł, 80,49 zł i 172 zł; telefony 589 zł; usługi księgowe 750,00 zł; koszt ubezpieczenia OC 1083,33 zł i wynagrodzenie sekretariatu 4000,00 zł. Dodatkowo, wykonawca JZP wskazał, że do kosztów doliczył osobną kwotę 670,00 zł netto miesięcznie, jakie zgodnie z wyjaśnieniami SWZ, wykonawca zobowiązany będzie ponosić w związku z wynajmem biura od zamawiającego w jego siedzibie.

Wyjaśniając koszty osobowe, wykonawca JZP zaznaczył, że do realizacji zamówienia skieruje siedmiu radców prawnych lub adwokatów wskazanych w ofercie i przy założeniu szacowanego miesięcznego wymiaru czasowego świadczenia pomocy prawnej na rzecz zamawiającego wynoszącego 620 godzin, na każdą z osób przypada miesięcznie średnio 88,5 godzin. Osobami wskazanymi do realizacji zamówienia przez JZP mają być trzech partnerów JZP, r.pr. I.W., r.pr. D.W., r.pr. A.M. i adw. M.C.-Z. JZP wskazał, że wynagrodzenie radców prawnych i adwokatów pracujących w jej kancelarii wynosi 7000,00 zł netto miesięcznie, a więc stawka godzinowa wszystkich osób skierowanych do realizacji zamówienia niebędących partnerami wynosi ok. 39,00 zł netto miesięcznie. Do wyjaśnień nie załączono jednak dowodów tytułem kosztów ponoszonych w związku z zatrudnieniem r. pr. A.M. oraz adw. M.C.-Z. Dalej JZP podał, że każda z osób niebędących partnerami zrealizuje usługę na rzecz zamawiającego w średnim wymiarze 88,5 zł godziny miesięcznie, co przy miesięcznej stawce 39,00 zł netto daje koszt 3 451,50 zł netto miesięcznie w odniesieniu do jednej z osób, a łącznie dla 4 osób 13 806,00 zł netto miesięcznie. JZP zaznaczył, że w przypadku partnerów kancelarii, którzy osobiście świadczyć będą usługi na rzecz zamawiającego, nie będą z tego tytułu pobierać wynagrodzenia, a partycypować będą w zysku spółki (zgodnie z umowa spółki) w wysokości 33,33% w stosunku do każdego z nich. W związku z tym, pracy partnerów jaką świadczyć będą przy realizacji zamówienia, JZP nie wyliczała jako miesięcznego koszt realizacji zamówienia i jako koszt z tego tytułu przyjęła jedynie kwotę 644,00 zł (10% z kwoty 6441,00 zł na którą składają się składki na ZUS partnerów - 3x 2000,00 zł i składki do ORA partnerów - 3 x 147,00 zł). W tym przypadku, wykonawca JZP również zastosował wspomnianą wyżej, proporcjonalną metodę wyliczania kosztów dla przedmiotowego zamówienia, co dało miesięczne koszty osobowe na poziomie 14 450,00 zł miesięcznie (13 806,00 zł + 644 zł).

W dniu 13 marca 2023 r. zamawiający wezwał wykonawca JZP do złożenia uzupełniających wyjaśnień przez wypełnienie załączonej do wezwania tabeli i przedłożenia dowodów na okoliczność wynagrodzenia r.pr. A.M. oraz adw. M.C.-Z. W odpowiedzi wykonawca złożył uzupełniające dokumenty, z których wynika, że wynagrodzenie r.pr. A.M. wynosi 8000,00 zł miesięcznie, a nie jak wskazywał pierwotnie JZP 7000,00 zł miesięcznie (aneks nr 1 do umowy z dnia 30 grudnia 2022 r.), a wynagrodzenie godzinowe adw. M.C.-Z. wynosi 39,00 zł netto za godzinę.

W dniu 27 marca 2023 r. zamawiający przeprowadził aukcję elektroniczną, w której wykonawca JZP obniżył swoją cenę z kwoty 2 029 500,00 zł brutto (tj. 1 650 000,00 zł netto) do kwoty 1 550 000,00 zł brutto (tj. 1 260 162,60 zł), a więc o 479 500 zł brutto.

Z uwagi na powyższe obniżenie ceny oferty w aukcji elektronicznej, zamawiający na podstawie art. 240 ust. 1 p.z.p. wezwał w dniu 28 marca 2023 r. wykonawcę JZP do złożenia kolejnych wyjaśnień ceny oferty, w tym wykazania które pozycje uległy zmianie. W odpowiedzi wykonawca JZP wskazał, że w nawiązaniu do wcześniejszych wyjaśnień, jedyną pozycją w ramach przedstawianej kalkulacji jaka uległa zmianie jest zysk, który uległ zmniejszeniu o kwotę o jaką ten pomniejszył swoją cenę w wyniku aukcji. JZP wskazał, że sumarycznie koszty wykonania zamówienia wynoszą 18 896,67 zł, w tym: koszty transportu w wysokości 1291,85 zł; koszty stałe 1989,32 zł; koszty osobowe 14 945,00 zł (w sytuacji, w której zgodnie z pierwszymi wyjaśnieniami miało być to 14 450,00 zł); koszty najmu pomieszczenia od zamawiającego 670,00 zł. Do ww. kosztów dodano ryzyka: koszty inflacji 2 760,18 zł, ryzyko kar umownych: 2000,00 zł, co kształtowało koszty na poziomie 23 731,17 zł netto miesięcznie. Zakładając zatem miesięczny przychód, zgodnie ze zmienioną w toku aukcji ofertą na poziomie 38 186,75 zł netto miesięcznie, zysk wykonawcy JZP miał wynosić 14 455,58 zł netto miesięcznie (38 186,75 zł - 23 731,17 = 14 455,58 zł).

W ocenie Odwołującego, prawidłowa ocena wyjaśnień JZP wskazuje, że wykonawca ten nie wykazał zaoferowania ceny, która nie jest rażąco niską, w szczególności, że osiągnie zysk z realizacji zamówienia. Wyjaśnienia są też niewiarygodne, zawierają błędy oraz nie uwzględniają wszystkich elementów kosztotwórczych związanych z realizacją zamówienia, a wręcz wskazują, że wykonanie zamówienia prowadzić będzie wykonawcę JZP do straty. Ponad powyższe, wykonawca JZP wprowadził zamawiającego w błąd podając w pierwszych wyjaśnieniach łączny miesięcznych oraz roczny koszt osobowy.

I.Koszty transportu.

W kalkulacji wskazano, że do realizacji zamówienia przyjęto koszty związane z transportem na poziomie 1291,00 zł netto, w skład tej kwoty wchodzą koszty paliwa, przeglądu i OC/AC. W wyjaśnieniach wykonawca JZP wskazał, że transport na potrzeby realizacji zamówienia zapewniony zostanie leasingowanym pojazdem (którego miesięczny koszt wynosi 1893,81 zł netto) - pkt 8 wyjaśnień z dnia 1 marca 2023 r. Koszt ten wynika z dowodów, które wykonawca JZP załączył do pierwszych wyjaśnień (faktura VAT- załącznik nr 1 do wyjaśnień). Mimo powyższego, JZP nie ujmuje wspomnianego kosztu leasingu pojazdu w kosztach realizacji zamówienia. Zatem koszt związany z transportem nie powinien wynosić 1291,00 zł netto miesięcznie, a 3 184,81 zł netto miesięcznie (1291,00 zł + 1893,81,00 zł). W wyjaśnieniach widnieje wyraźnie, że pojazd ten wykorzystywany będzie do codziennych dojazdów do siedziby

zamawiającego, a więc koszt leasingu powinien zostać w całości przypisany do realizacji tego zamówienia, co powoduje zaniżenie wykonania zamówienia o tą wartość.

II.Koszty stałe.

Zdaniem odwołującego koszty definiowane jako stałe, które uwzględnił wykonawca JZP w swoich wyjaśnieniach są wartościami zaniżonymi i nie uwzględniają wszystkich koniecznych i faktycznych wydatków związanych z realizacją zamówienia. Do kalkulacji JZP przyjęto ponoszony dotychczas (a więc bez obsługi prawnej zamawiającego) koszt dostępu do systemu informacji prawnej Legalis. Trudno przyjmować, że rozpoczęcie świadczenia pomocy prawnej na rzecz klienta wymagającego skierowania do realizacji zamówienia siedmiu osób, będzie pozwalało na korzystanie z dotychczas wykorzystywanego do obsługi innych klientów (i to jednego) dostępu do systemu informacji prawnej. Nie sposób też przyjąć, aby osoby świadczące obsługę prawną na rzecz zamawiającego korzystały równocześnie z jednego dostępu do systemu, zwłaszcza, że wymaganie dyżuru w siedzibie zamawiającego nie oznacza, że pozostałe osoby nie będą w tym czasie świadczyć pomocy prawnej na rzecz zamawiającego. Takie właśnie, równolegle świadczenie pomocy prawnej zakłada też JZP w swoich wyjaśnieniach.

Podobne uwagi należy według odwołującego podnieść w stosunku do leasingu sprzętu komputerowego. Osoby skierowane do realizacji zamówienia nie mogą przecież korzystać jednocześnie z jednego komputera, aby świadczyć pomoc prawną na rzecz zamawiającego. Za nieprawdziwe należy uznać twierdzenia, że wykonanie tak dużego zamówienia nie będzie generować wyższych niż dotychczas kosztów, ponoszonych tytułem sprzętu komputerowego, wykorzystywanego do obsługi obecnych klientów JZP.

W opinii odwołującego, wykonawca JZP w ogóle nie ujął stałych kosztów miesięcznych zapewnienia dostępu do sieci internet w siedzibie czy w biurze w Warszawie, mimo, że część usługi świadczona ma być zdalnie. Wykonawca nie ujął też w swoich kosztach stałych kosztu wysyłki korespondencji, co jest oczywistym kosztem każdej kancelarii prawnej. Pozostałe koszty stałe, w szczególności zakupy artykułów biurowych i spożywczych nie są wszystkimi jakie wiążą się z prowadzeniem biura. Nie ujęto kosztu zakupu podpisu elektronicznego dla wszystkich osób skierowanych do realizacji zamówienia, ani nie wykazano poniesienia takiego kosztu w przeszłości.

Co więcej, w żaden sposób JZP nie ujął kosztów generowanych przez utworzenie biura w siedzibie zamawiającego, w którym wykonawca zobowiązany będzie do świadczenia pomocy prawnej codziennie (utworzenie tego biura jest wymaganiem określonym w SWZ). Wykonawca zawarł jedynie koszt najmu pomieszczenia i mediów, które wynikają z wyjaśnień treści SWZ jakie udostępnił zamawiający w dniu 30 stycznia 2023 r. - w kwocie 670,00 zł netto miesięcznie, jednak nie są to wszystkie związane z tym koszty. Oczywistym jest bowiem, że utworzenie nowego biura na potrzeby realizacji zamówienia - czynnego codziennie, w którym przebywać będą pracownicy wykonawcy - wiąże się z innymi kosztami niż tylko opłacenie czynszu i mediów, tj. chociażby codziennymi zakupami czy usługami, a także jego pierwszym wyposażeniem (poza biurkiem, krzesłem i szafą na dokumenty jakie zapewnia zamawiający). Innymi słowy, konieczność otwarcia kolejnego biura wiązać się będzie ze zwiększeniem wydatków na zakup artykułów biurowych, spożywczych czy innych, w sytuacji, w której, dla obliczenia kosztu z tego tytułu, JZP przyjął koszty dotychczasowe, które ponosi na utrzymanie dwóch, a nie trzech biur. W kalkulacji wykonawcy JZP brak też jest budżetu ryzyka związanego ze zmianami kosztów czynszu najmu i mediów z tytułu wynajmu biura od zamawiającego, mimo, że § 10 wzoru umowy wyraźnie przewiduje takie zmiany.

Za fikcję i nieuprawnione uproszczenie należy też uznać przyjęcie proporcji związanej z udziałem wykonania przedmiotowego zamówienia w kosztach ogólnych kancelarii JZP. Wykonawca JZP przyjął bowiem, że skoro świadczy dziesięć stałych obsług prawnych, to realizacja tego zamówienia uczestniczyć będzie w 10% tych kosztów. Oczywistym jest bowiem, że o kosztotwórczej skali realizacji danego zamówienia świadczy stopień wykorzystania osobowych czy rzeczowych zasobów danego podmiotu lub proporcja udziału przychodu z tytułu realizacji danej umowy w łącznych przychodach tego podmiotu. Niepodobna bowiem uznać, że obsługa prawna małego podmiotu wymagająca zaangażowania jednej osoby lub kilku osób w małej skali łącznie i niestanowiąca kluczowego elementu przychodowego całej organizacji, generuje takie same koszty jakie obsługa prawna podmiotu wymagająca skierowania do realizacji zamówienia siedmiu osób (w tym wszystkich partnerów) i niosąca za sobą prawdopodobnie znaczną część ogólnego przychodu. JZP nie wykazał więc w jakiej rzeczywistej skali wykonanie zamówienia uczestniczyć będzie w generowaniu kosztów prowadzonej przez niego działalności, a przyjęte 10% w szczególności kosztów stałych jest obiektywnie nieprawdziwe i prowadzi do zaniżenia rzeczywistego czynnika kosztotwórczego. Podobne uwagi podnieść należy wobec przyjęcia tej proporcji do obliczenia kosztu osobowego związanego z przybraniem do realizacji zamówienia partnerów JZP (składki na ZUS i do ORA).

Wykonawca JZP, pomimo ujęcia w swojej kalkulacji zawartej w pierwszych wyjaśnieniach kosztu wynagrodzenia osoby pracującej w sekretariacie, nie przedstawił dowodu na tę okoliczność, w szczególności umowy, która potwierdzałaby tytuł poniesienia tego kosztu.

W świetle powyższego, łączna wartość miesięcznych kosztów jakie wiązać się będzie z realizacją zamówienia nie została przez wykonawcę JZP wykazana. Tym samym należy uznać, że wykonawca nie wykazał, iż jego cena nie jest rażąco niską. Za istotnością precyzyjnego wykazania tych kosztów przemawia w szczególności mały margines pomiędzy kosztami wykonania zamówienia, a zyskiem jaki deklaruje JZP, a także ich istotne znaczenie dla dotychczasowej skali działalności JZP i związanych z tym dochodów.

Podsumowując, w ocenie odwołującego, w zakresie kosztów stałych wykonawca JZP nie ujął kosztów systemu Legalis na potrzeby realizacji zamówienia, kosztów sprzętu komputerowego dla realizacji zamówienia, kosztów zapewnienia internetu w swojej dotychczasowej siedzibie, kosztów wysyłki korespondencji, kosztów podpisu elektronicznego dla osób skierowanych do realizacji zamówienia, kosztów pierwszego wyposażenia biura wynajmowanego od zamawiającego, kosztów zakupu artykułów bieżących do tego biura, kosztów związanych ze zmianami opłat za biuro wynajmowane przez zamawiającego; a także zaniżono rzeczywistą wartość w jakiej wykonanie przedmiotowego zamówienia partycypuje w ogóle kosztów prowadzenia jego przedsiębiorstwa względem kryterium przychodowego lub zaangażowania osobowego i nie wykazano ponoszenia kosztu pracy sekretariatu.

III.Koszty osobowe związane z osobami niebędącymi partnerami.

Pierwotnie wykonawca JZP deklarował, że każda z osób niebędących partnerami, skierowanych do realizacji zamówienia generuje koszt w wysokości 7000,00 zł miesięcznie, co daje 39,00 zł netto za godzinę pracy i łączny koszt z tego tytułu na poziomie 14 450,00 zł miesięcznie, co jest o tyle znamienne, gdyż na stronie 5 pierwszych wyjaśnień (z dnia 1 marca 2023 r.), JZP zawarł tabelę w której wskazano, że prawnicy niebędący partnerami wykonywać będą usługę średnio przez 354 godziny miesięcznie za 39,00 zł netto. Do wyjaśnień nie dołączono jednak dowodów potwierdzających koszty zatrudnienia wszystkich osób wskazanych w ofercie, niebędących partnerami JZP, mimo, że wezwanie zamawiającego z dnia 23 lutego 2023 r. wyraźnie to nakazywało.

Do drugich wyjaśnień, na wezwanie zamawiającego - który zwrócił uwagę, że wykonawca nie załączył wszystkich dowodów na poniesienie kosztów które deklaruje, w tym umów zawartych z osobami skierowanymi do realizacji zamówienia - wykonawca załączył m.in. umowę zawartą z r.pr. A.M. z której wynika, że jej wynagrodzenie wynosi nie 7000,00 zł, a 8000,00 zł miesięcznie.

W treści trzecich wyjaśnień z dnia 2 kwietnia 2023 r. wykonawca JZP wskazał, że koszty osobowe wynoszą 14 945,00 zł (a nie jak pierwotnie 14 450,00 zł), na str. 2 wyjaśnień zawarto tabelę, z której wynika, że prawnicy niebędący partnerami wykonywać będą usługę średnio przez 265,5 godzin miesięcznie za 39,00 zł netto, 88,5 godzin miesięcznie za 44,70 zł netto - więc inaczej niż w pierwotnych wyjaśnieniach.

Zdaniem odwołującego wykonawca JZP wprowadził zamawiającego w błąd przy okazji pierwszych wyjaśnień ceny oferty w zakresie kosztów jakie ponosi z tytułu zatrudnienia osób skierowanych do realizacji zamówienia (w związku z kosztem wynagrodzenia r. pr. A.M.), nie przedstawiono w pierwszych wyjaśnieniach wszystkich żądanych przez zamawiającego i wyrażonych w wezwaniu dowodów na okoliczność kosztów osobowych, złożone wyjaśnienia i deklaracje co do wynagrodzeń osób skierowanych do realizacji zamówienia niebędących partnerami są niewiarygodne, zwłaszcza gdy dodatkowo wziąć pod uwagę, że umowa r.pr. A.M. i nie została załączona do pierwotnych wyjaśnień, a jej teść odbiega od deklaracji zawartych w pierwszych wyjaśnieniach.

Co według odwołującego równie istotne, konfrontując treść umów osób niebędącymi partnerami, wykonawca JZP zaniżył koszt jaki wiąże się z ich udziałem w realizacji zamówienia. Z umów wynika bowiem, że przysługują im odpłatne przerwy w świadczeniu usług (urlopy) nieprowadzące do zmniejszenia ich miesięcznego wynagrodzenia odpowiednio: r.pr. I.W. - 21 dni roboczych każdego roku kalendarzowego - § 2 ust. 4 umowy; r pr. D.W. - 24 dni roboczych każdego roku kalendarzowego - § 2 ust. 4 umowy; r.pr. A.M. - 26 dni roboczych każdego roku kalendarzowego - § 2 ust. 4 umowy. Z uwagi na fakt, że nieobecności tych osób nie powoduje zmniejszenia ich wynagrodzenia, w swojej kalkulacji JZP powinien zapewnić co najmniej pulę 71 dni roboczych rocznie (tj. 568 godzin rocznie = 71 dni x 8 godzin), których koszt dodatkowo będzie musiał ponieść celem sfinansowania zastępstwa. Mimo jednoznacznych postanowień ww. umów w tym zakresie, wykonawca JZP nie ujął tych kosztów w kalkulacji ofertowej, co oznacza, że jej wyjaśnienia są niepełne. Przyjmując nawet, że koszt takiego zastępstwa wynosił będzie najniższą stawkę wynagrodzenia wykazaną przez JZP, tj. 39,00 zł, to niedoszacowany koszt realizacji zamówienia z tego tytułu wynosi 22 152,00 zł netto w skali roku (568 godzin x 39,00 zł netto), co w skali miesiąca wynosi 1846,00 zł netto.

IV.Koszty osobowe związane z partnerami kancelarii.

Za niegodzące z elementarnymi zasadami logiki, należy zdaniem odwołującego uznać wyjaśnienia JZP, zgodnie z którymi, udział partnerów w realizacji zamówienia, nie będzie generował kosztów, które należy uwzględniać w elementach kosztotwórczych wykonania zamówienia w ramach wyjaśnień ceny oferty, a tym samym, że jedynym kosztem z tym związanym będzie ZUS i składki do ORA jakie ponoszą partnerzy (w wysokości 10%). Skoro przychód z wykonania zamówienia generowany ma być w związku z pracą partnerów wykonawcy JZP polegającą na bezpośrednim zaangażowaniu się jego realizację, to praca ta powinna być ujęta jako koszt wykonania zamówienia i mieć mierzalną wartość. W innym wypadku, zawsze deklaracja zaangażowania w realizację zamówienia partnera kancelarii, skutkowałaby uznaniem, że oferta wykonawcy nie jest rażąco niska, niezależnie od tego, ile pracy w ramach zamówienia realizowałby faktycznie partner (partnerzy), a inne koszty wykonania zamówienia były chociaż o jeden grosz niższe niż dochód z jego realizacji. W takiej bowiem sytuacji, mimo, że faktyczna wartość pracy jaką partner miałby wykonywać zgodnie z deklaracjami wykonawcy, była oczywiście niższa niż jej wartość rynkowa i wynikająca ze skali zaangażowania a realizację zamówienia, nie można byłoby stwierdzić rażąco niskiej ceny.

Każdy z partnerów ma realizować zamówienie na rzecz zamawiającego w wymiarze 88,5 h w miesiącu (a więc ponad połowę klasycznego etatu) i osiągać z tego tytułu zysk na poziomie 14 445,58 zł do podziału na trzech partnerów, czyli 4815,19 zł na każdego z nich. Deklarując zysk na poziomie 14 445,58 zł jako kwotę, która przypada na partnerów, JZP nie uwzględniono, że zysk spółki partnerskiej jest opodatkowany podatkiem dochodowym wynoszącym 19%. Faktycznie więc zysk partnerów według kalkulacji JZP jaki zostanie im wypłacony wynosić powinien 11 700,91 zł, co po podziale na trzy osoby dawałoby 3900,30 zł netto za 88,5 h pracy w miesiącu, czyli 44,00 zł netto za jedną godzinę pracy.

Biorąc pod uwagę, że wspomniana stawka godzinowa zbliżona jest do najwyższej stawki godzinowej jaką JZP płaci osobom niebędącym partnerami zaangażowanymi w realizację zamówienia (44,70 zł netto za godzinę) i trudno zakładać, że do parterów stosować należałoby niższą stawkę godzinową, koszty osobowe JZP są zaniżone co najmniej o kwotę 11 682,00 zł netto miesięcznie. Kwota ta stanowi iloczyn minimalnej stawki kosztowej jaką zidentyfikować można za godzinę pracy jednego partnera JZP przy realizacji tego zamówienia (44,00 zł netto), średniej liczby miesięcznej godzin zaangażowania jednego partnera (88,5 h) oraz liczby partnerów (44 zł x 88,5 h x 3 = 11 682,00 zł).

Odwołujący wskazał dalej, że z realizacji zamówienia wykonawca JZP poniesie stratę. Jeśli bowiem - zgodnie wyjaśnieniami z dnia 2 kwietnia 2023 r. - różnica pomiędzy deklarowanym w wyjaśnieniach kosztem realizacji zamówienia (23 731,17 zł netto) i przychodem po aukcji elektronicznej (38 186,75 zł netto) wynosi 14 455,58 zł netto, a łączna wartość nieujętych w kalkulacji kosztów wynosi co najmniej 15 421,00 zł netto (tj. 11 682,00 zł kosztu pracy partnerów, 1846,00 zł kosztów wynikających z urlopów osób skierowanych do realizacji zamówienia niebędących partnerami i 1893,81 zł netto tytułem leasingu pojazdu), to miesięcznie wykonawca poniesie stratę w wysokości 965,42 zł. Strata ta mogłaby się jeszcze pogłębiać przyjmując że partnerzy również korzystaliby z urlopów czy przerw w pracy w celach wypoczynkowych lub zdrowotnych. Przyjmując, że każdy z nich korzystałby z 26 dni takiej przerwy w roku, w pozycji kosztowej należałoby doliczyć dodatkowe koszty miesięczne związane z ich zastąpieniem w wysokości 2028 zł netto (26 dni x 3 partnerów x 8 h x 39 zł = 24336,00 zł rocznie i 24336,00 zł/12 miesięcy = 2028,00 zł netto.). Udział partnera w realizacji zamówienia, powoduje jego określone i mierzalne zaangażowanie czasowe, skutkujące tym, że nie będzie mógł świadczyć pomocy prawnej na rzecz innych klientów, co generowało będzie albo konieczność zatrudnienia innych osób do realizacji tych, innych zamówień w tym czasie i poniesienie związanych z tym kosztów (aby utrzymać przychód z realizacji tych innych zamówień i nie prowadzić do jego utraty) albo rezygnacji z realizacji tych zamówień w tym czasie (co w oczywisty sposób zmniejszy przychód z realizacji tych innych zamówień). Również więc w tym ujęciu, zaangażowanie partnera kancelarii ujmowane być musi jako określony koszt w wyjaśnieniach ceny oferty. Udział partnera w realizacji danego zamówienia musi przecież powodować realny wynik ekonomiczny. Jeśli bowiem realizując zamówienie, partner angażuje swoje zasoby czasowe (wyceniane przecież w określony sposób), nie może ich zaangażować w innych obszarach działalności kancelarii i dzięki temu generować innego przychodu. W naturalnej kolei rzeczy oczywistym jest, że koszt pracy partnera jest zawsze wyżej wyceniany niż koszt jakiegokolwiek innego prawnika w danej kancelarii. Zasada ta jest obecna w każdym podmiocie, niezależnie od jej wielkości.

Za obarczone błędem należy uznać też proporcjonalne obliczanie kosztu jaki niesie za sobą wykonanie zamówienia przez partnerów przy zastosowaniu 10% do łącznych ponoszonych przez wykonawcę JZP kosztów składek

odprowadzanych do ZUS i do ORA, jako współczynnika wyliczonego w oparciu o liczbę stałych obsług świadczonych przez tego wykonawcę. Zwłaszcza na przykładzie składek na ZUS obliczanych przecież w stosunku do przychodu spółki partnerskiej i udziału w zysku danego partnera. Tym samym, jak już wspomniano wcześniej, procentowy udział wykonania przedmiotowego zamówienia w kosztach stałych kancelarii obliczany być powinien z uwzględnieniem udziału przychodu generowanego z realizacji tego zamówienia w łącznych przychodach JZP albo z uwzględnieniem zaangażowania osobowego względem ogółu zatrudnianych osób.

Podsumowując, wykonawca JZP nie ujął w pozycji kosztowej koszów związanych z pracą trzech partnerów kancelarii w wysokości łącznej co najmniej 11 682,00 zł netto miesięcznie, gdyby w kalkulacji ceny oferty ująć wspomniane koszty, JZP ponosiłby stratę w realizacji zamówienia w kwocie 965,42 zł netto miesięcznie, uwzględniając też konieczność przyjęcia miesięcznego kosztu urlopów osób skierowanych do realizacji zamówienia niebędących partnerami (1846,00 zł netto) i miesięcznego kosztu leasingu pojazdu wykorzystywanego w całości do realizacji zamówienia (1893,81 zł). Wspomniana strata pogłębiałaby się, gdyby uwzględnić w niej jeszcze inne, opisane wyżej braki ujęcia w zakresie kosztów stałych oraz kosztów urlopów partnerów kancelarii. Ponadto 10% współczynnik udziału wykonania zamówienia w kosztach stałych związanych z udziałem partnerów kancelarii w wykonaniu zamówienia jest nieprawidłowy i powinien być wyższy, zwiększając tylko koszty wykonania zamówienia jakie przyjąć powinien wykonawca JZP do swojej kalkulacji.

Analiza wyjaśnień ceny oferty wykonawcy JZP wskazuje, że nie wykazała, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niską. Można jednoznacznie i matematycznie wyliczyć, że z wykonania zamówienia wykonawca poniesie stratę, co jest konsekwencją istotnego obniżenia ceny oferty w toku akcji elektronicznej pozwalającego na uplasowanie się na pierwszym miejscu w rankingu ofert i próby dorobienia do tak uzyskanej ceny wyjaśnień pozornie wykazujących mniejsze koszty niż zysk. Wyjaśnienia są nierzetelne i niekompletne. Treść wyjaśnień ceny oferty wykonawcy JZP wskazuje na stratę, co aktualizuje przesłankę odrzucenia oferty, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p., a wobec oczywistych braków została przesłanka odrzucenia tej oferty na podstawie przepisu art. 224 ust. 6 p.z.p.

W zakresie uzasadnienia zarzutu nr 2 odwołujący podniósł, że pomiędzy pierwszymi, drugimi i trzecimi wyjaśnieniami ceny oferty, wykonawca JZP zmieniał wysokość określonych pozycji kosztowych, co było konsekwencją - wydaje się celowego - niezałączenia do pierwszych wyjaśnień wszystkich umów zawieranych z osobami skierowanymi do realizacji zamówienia niebędącymi partnerami, ponieważ treść tych umów nie potwierdzała wyliczeń przedstawionych w pierwszych wyjaśnieniach. Składając więc pierwsze wyjaśnienia ceny z dnia 1 marca 2023 r. wykonawca JZP przekazał zamawiającemu nieprawdziwe informacje, zgodnie z którymi wynagrodzenie wszystkich osób skierowanych do realizacji zamówienia niebędących partnerami wynosi 7000,00 zł netto, a stawka godzinowa wszystkich tych osób wynosi 39,00 zł netto. Informacja ta przełożyła się na nieprawidłową informację o łącznym miesięcznym i rocznym koszcie osobowym przyjętym do wyliczenia ceny oferty (ujętym m.in. w tabeli kosztowej przedstawionym w wyjaśnieniach ceny oferty).

Powyższe okazało się niezgodne z rzeczywistością, bowiem na wezwanie zamawiającego do przedłożono umowę r.pr. A.M., zgodnie z którą, otrzymuje ona wynagrodzenie w wysokości 8000,00 zł netto, jej godzinowe wynagrodzenie wynosi zatem nie 39,00 zł netto, a 44,70 zł netto. Informacja ta zmieniła też wyjaśnienia ceny oferty wykonawcy JZP, jeśli chodzi o łączny miesięczny i roczny koszt osobowy. Oczywistym jest, że przedstawienie tych nieprawdziwych informacji było wynikiem co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy JZP, skoro dysponował własną umową z tą osobą.

Przekazanie nieprawdziwej informacji mogło mieć potencjalny wpływ na czynności zamawiającego tj. na skonstatowanie o tym, że cena wykonawcy JZP nie jest rażąco niska. Przyjęcie kosztów osobowych na niższym poziomie niż w rzeczywistości, dawało wykonawcy JZP szerszą możliwość uzasadnienia znacznego obniżenia ceny oferty w toku akcji elektronicznej zmniejszeniem zysku, co wykonawca musiał zakładać, aby w ogóle móc rozważać uzyskanie zamówienia. Gdyby nie uzupełniające wezwanie zamawiającego należałoby przyjmować, że zapas zysku, jaki może poświęcić wykonawca JZP tytułem obniżenia zysku jest wyższy niż w rzeczywistości. O tym, że przy postąpieniu aukcyjnym, tej skali istotnymi były nawet niewielkie różnice w deklarowanym koszcie świadczą chociażby wyliczenia odwołującego wykazujące rzeczywistą stratę wykonawcy JZP.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości, zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w jego piśmie procesowym.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem procesowym przystępującego, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p., a odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z art. 505 ust. 1 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Wobec spełnienia wymagań art. 525 ust. 1 - 3 p.z.p. dopuszczono do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę „JZP Kancelaria Adwokacka" J.-Z., Z.-P., Z. i Partnerzy Sp. p. ul. Sienna 10/4, 40-544 Katowice (dalej zwanego „przystępującym"), który zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej.

Izba ustaliła, że stan faktyczny nie był między stronami sporny i został w sposób prawidłowy, mający odzwierciedlenie w materiale procesowym, przedstawiony przez odwołującego. Strony różniły się natomiast oceną prawną zaistniałych okoliczności faktycznych w zakresie oceny przez zamawiającego wyjaśnień przystępującego, złożonych na wezwanie wystosowane w trybie art. 224 p.z.p., dotyczących sposobu kalkulacji ceny:

– z dnia 1 marca 2023 r. (pierwsze wyjaśnienia) będących odpowiedzią na wezwanie zamawiającego z dnia 23 lutego 2023 r.,

– z dnia 16 marca 2023 r. (drugie wyjaśnienia) będących odpowiedzią na wezwanie zamawiającego z dnia 13 marca 2023 r.,

– z dnia 2 kwietnia 2023 r. (trzecie wyjaśnienia) będących odpowiedzią na wezwanie zamawiającego z dnia 28 marca 2023 r.;

Osią sporu było rozstrzygnięcie: 1. czy zamawiający w sposób prawidłowy dokonał badania i oceny oferty przystępującego, w tym czy nie zaniechano jej odrzucenia z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny w stosunku do

przedmiotu zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p.), a także z powodu złożenia wyjaśnień, które nie uzasadniają realności zaoferowanej ceny (art. 224 ust. 6 p.z.p.), 2. czy zamawiający nie zaniechał wykluczenia przystępującego z postępowania z powodu przekazania nieprawdziwych informacji, co mogło mieć wpływ na decyzje zamawiającego w postępowaniu (art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p.); a w konsekwencji czy doszło do rozstrzygnięcia postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 16 pkt 1 p.z.p.).

Skład rozpoznający spór dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SWZ, złożone oferty, korespondencję prowadzoną w toku postępowania, mając na względzie zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu, Izba stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują częściowe potwierdzenie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, więc rozpoznawane odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie w zakresie zarzutu nr 1. Niemniej nie było podstaw do uwzględnienia wniosku odwołującego o odrzucenie oferty przystępującego, ponieważ na obecnym etapie postępowania takie żądanie jest przedwczesne. Natomiast zarzut nr 2 został przez Izbę oddalony.

W zakresie zarzutu nr 1 z *petitum* odwołania – naruszenia przez zamawiającego art. 224 ust. 5 - 6 i art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 p.z.p. – skład orzekający zaznacza, że Krajowa Izba Odwoławcza nie jest związana podstawą prawną podaną przez odwołującego przy dokonywaniu kwalifikacji naruszenia prawa przez zamawiającego. Sąd Najwyższy w swoich orzeczeniach wskazuje, że sąd nie jest związany wskazaną przez powoda podstawą prawną roszczenia, przeciwnie – jest obowiązany rozpatrzyć sprawę wszechstronnie i wziąć pod rozwagę wszystkie przepisy prawne, które powinny znaleźć zastosowanie w rozważanym przypadku (np. wyroki SN: z 30.11.2016 r. sygn. akt: III CSK 351/15, z 28.03.2014 r. sygn. akt: III CSK 156/13, z 19.03.2012 r. sygn. akt: II PK 175/11, z 12.12.2008 r. sygn. akt: II CSK 367/08, z 29.10.2008 r. sygn. akt: IV CSK 260/08, z 27.03.2008 r. sygn. akt II: CSK 524/07, z 02.12.2005 r. sygn. akt: II CK 277/05, z 13.07.2005 r. sygn. akt: I CK 132/05).

Przenosząc powyższy pogląd na grunt postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą – w myśl zasady *da mihi factum, dabo tibi ius* – Izba, w ramach dokonywanej subsumpcji, jest uprawniona do oceny odwołania w aspekcie tych norm prawnych, które powinny zostać zastosowane w danej sprawie. Izba nie jest natomiast związana podstawą prawną wskazaną przez odwołującego. Stanowisko to potwierdzają sądy powszechne, gdzie trafnie stwierdza się, że zakres zarzutów wyznaczają okoliczności faktyczne, w których odwołujący upatruje niezgodności z przepisami ustawy (tak wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 29.06.2018 r. sygn. akt: XIII Ga 546/18, wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z 18.04.2012 r. sygn. akt: I Ca 117/12, wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29.06.2009 r. sygn. akt: X Ga 110/09).

Izba jest związana zawartymi w odwołaniu zarzutami (art. 555 p.z.p.), ale nie jest związana przyjętą przez odwołującego kwalifikacją prawną okoliczności faktycznych wskazanych w zarzucie. Ustawodawca wymaga wskazania przez odwołującego czynności lub zaniechania zamawiającego, które doprowadziły do naruszania ustawy, zwięzłego przedstawienia zarzutów, a także określenia żądania oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie środka zaskarżenia (art. 516 ust. 1 pkt 7 - 10 p.z.p.). Jednak okoliczności tych nie można utożsamiać z podstawą prawną, czy kwalifikacją stanu faktycznego do przepisów prawa. Art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. stanowi bowiem, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia – niezależnie od tego, jak to naruszenie zostanie zakwalifikowane przez odwołującego. Innymi słowy, Izba nie jest związana podstawą prawną podaną przez odwołującego i ustalone okoliczności faktyczne – które mogą być kwalifikowana według różnych norm prawnych, uzasadniają rozważenie ich przez Izbę, nawet jeżeli są to odmienne normy niż te, które zostały wskazane w odwołaniu. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdzając naruszenie prawa dokonuje kwalifikacji prawnej zarówno tego naruszenia, jak i skutków, jakie to stwierdzenie ze sobą niesie, co znajdzie odzwierciedlenie w rozstrzygnięciu zawartym w sentencji orzeczenia.

Krótko zaznaczyć należy, że ocena wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny, zgodnie z dyspozycją art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p. wymaga ustalenia – w sposób niebudzący wątpliwości – że oferta zawiera cenę rażąco niską, gdyż odrzucenie oferty może nastąpić wyłącznie w sytuacji rzeczywistego wystąpienia przesłanek określonych w tej normie. Przy tym podstawy odrzucenia należy interpretować w sposób ścisły, co wymaga jednoznacznego i klarownego ustalenia, że zaoferowana przez wykonawcę cena oferty nie pozwala na należytą realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego, jest nierealna, nieekwiwalentna. Mając zaś na uwadze brzmienie art. 224 ust. 6 p.z.p. ofertę odrzuca się także, gdy złożone wyjaśnienia sposobu kalkulacji nie uzasadniają podanej ceny – w sytuacji, w której udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia są niekompletne, ogólnikowe, lakoniczne, czy nie dołączono do nich adekwatnych dowodów. Innymi słowy, gdy złożono wyjaśnienia o charakterze nieprzydatnym dla określenia kosztów przyjętych w cenie oferty, bez poparcia ich wiarygodnym materiałem dowodowym. Ustawodawca zrównał taką sytuację z potwierdzeniem, że oferta zawiera cenę rażąco niską i podlega odrzuceniu. Wówczas zamawiający nie ma podstaw do kolejnego wezwania wykonawcy do doprecyzowania złożonych wyjaśnień i powinien wyeliminować taką ofertę.

Natomiast kiedy złożono wyjaśnienia, które odpowiadały wezwaniu zamawiającego, ale zrodziły dalsze wątpliwości wymagające uszczegółowienia, dodatkowego wyjaśnienia lub przedstawienia dodatkowych dowodów, takiego wykonawcę należy dopytać, wystosowując kolejne wezwanie – w zakresie okoliczności zawartych w złożonych wyjaśnieniach, które wymagają skonkretyzowania. Przepisy p.z.p. nie regulują ile razy zamawiający może zwracać się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 p.z.p. Co do zasady brak jest wyraźnego zakazu kilkukrotnego wezwania, stąd też zamawiający powinien każdorazowo kwestię tę rozstrzygnąć w odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego. Ustalając zatem wzorzec prawidłowego postępowania, do którego Izba w toku orzekania porówna podważane czynności zamawiającego celem oceny ich prawidłowości, należy włączyć we wzorzec konieczność ustalenia – czy w danym stanie rzeczy zamawiający prawidłowo i wyczerpująco przeprowadził postępowanie weryfikujące cenę. Dopiero po ustaleniu, że postępowanie wyjaśniające było pełne, można oceniać czy analizowana cena jest rażąco niska. Oczywiście, w sposób nierozłączny, związana jest z tym kwestia treści samego wezwania do złożenia wyjaśnień, oceniając bowiem czy konkretne wyjaśnienia są rzetelne czy nie, nie sposób nie odnieść się do brzmienia wezwania, które determinuje zakres udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień.

Skład orzekający zweryfikował prawidłowość przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego cenę przystępującego w ramach okoliczności wskazanych w odwołaniu, mając na uwadze określone w SWZ warunki realizacji przedmiotu zamówienia, w wyniku czego stwierdzono, że zamawiający przedwcześnie zakończył postępowanie weryfikujące sposób kalkulacji ceny przystępującego. Wyjaśnienia należało kontynuować celem

jednoznacznego wykazania realności spornej kwoty albo stwierdzenia, że jest nieekwiwalentna. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego o naruszeniu przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p., nie potwierdziło się bowiem w materiale procesowym, aby na obecnym etapie istniały jednoznaczne podstawy do uznania, że zaoferowana przez przystępującego cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, co jest konieczne do zastosowania sankcji odrzucenia oferty na kanwie tej normy. Nie potwierdziło się również, żeby złożone wyjaśnienia wraz z dowodami wypełniały hipotezę art. 224 ust. 6 p.z.p., co byłoby równoznaczne z potwierdzeniem, że oferta zawiera rażąco niską cenę i podlega odrzuceniu. Zamawiający powinien dopytać przystępującego o okoliczności wskazane w dalszej części uzasadnienia, które dotyczą wątpliwości pojawiających się w związku ze złożonymi wyjaśnieniami ceny i w sposób jednoznaczny ustalić czy cena jest realna, czy powoduje konieczność odrzucenia tej oferty.

W ocenie Izby w ustalonym stanie faktycznym doszło do naruszenia przez zamawiającego art. 224 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 p.z.p., ponieważ oceniane wyjaśnienia przystępującego wraz z dowodami odpowiadają żądaniom zamawiającego – pierwsze wezwanie było wezwaniem ogólnym, drugie wezwanie odnosiło się tylko do jednego elementu, kosztu osobowego w nim wskazanego, trzecie wezwanie także zawężało się do elementów w nim wskazanych, głównie w zakresie ceny uzyskanej po aukcji – jednakże jedynie zapoczątkowano proces mogący doprowadzić do pełnego wyjaśnienia zaoferowanej ceny. Uwzględniając zatem indywidualny stan rozpoznawanej sprawy na moment orzekania, zdaniem składu orzekającego istnieje potrzeba doprecyzowania elementów składających się na kalkulację ceny oferty i wobec otrzymanej treści wyjaśnień, zamawiający był zobowiązany do kontynuowania procesu weryfikacji sposobu obliczenia ceny. Odwołujący wykazał, że w wyniku złożonych wyjaśnień pojawiły się dodatkowe wątpliwości, o które przystępującego należało dopytać. Sprecyzowanie wątpliwości i oczekiwań ze strony zamawiającego umożliwiłoby przystępującemu odniesienie się do nich w przetargu na odpowiednim poziomie szczegółowości, a zatem dostarczenia na tyle precyzyjnego materiału, aby uczynić proces zbadania ceny procesem realnym i zgodnym z wymogami ustawy p.z.p. W szczególności stanowisko procesowe przystępującego, które miejscami nie jest spójne ze stanowiskiem zamawiającego, przekonuje, że postępowanie wyjaśniające cenę należało kontynuować. Jednakże na chwilę wyrokowania nie ma podstaw do przyjęcia, że omawiane wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny są na tyle lakoniczne i gołosłowne, aby przyjąć, że nie zostały złożone. Wskazano wyjątkowe czynniki sprzyjające kalkulacji ceny dostępne przystępującemu, odniesiono się do kosztów, których wymagał zamawiający, przekazano szczegółowe kalkulacje w rozbiciu na poszczególne elementy, do wyjaśnień dołączono adekwatne i miarodajne dowody, wyjaśnienia odpowiadają wezwaniom wystosowanym przez jednostkę zamawiającą.

Odnosząc się do poszczególnych kosztów, które zdaniem odwołującego zostały zaniżone Izba wskazuje, że zamawiający w sposób niepełny wyjaśnił okoliczności dotyczące kalkulacji przez przystępującego kosztów transportu. W odpowiedzi na odwołanie wskazano, że pomięto koszty leasingu, co jednak zdaniem zamawiającego – wobec wielkości całości kalkulacji przystępującego – nie świadczy o cenie rażąco niskiej. Faktycznie taki koszt jest ponoszony przez przystępującego, co wynika z wyjaśnień, chociaż budzi wątpliwości gdzie został skalkulowany. Ocena wyjaśnień dokonana przez zamawiającego nie jest spójna ze stanowiskiem procesowym przystępującego, gdzie podnoszono, że nie jest to jedyny samochód jakim wykonawca dysponuje, ponieważ posiada także samochód na własność, więc nie ponosi żadnych kosztów oprócz ujętych w kalkulacji. Koszt leasingu jest pokrywany z przychodu z innych usług i nie będzie obciążać zamawiającego, a w ogóle są to możliwe najwyższe koszty i przystępujący będzie korzystał z komunikacji miejskiej. Jak widać nie są to okoliczności znane zamawiającemu, nie zostały zweryfikowane w toku badania i oceny ofert dotyczącej sposobu kalkulacji ceny.

Na rozprawie doszło do *quasi* postępowania wyjaśniającego cenę przystępującego, co jest nieprawidłowe. Rozpoznając odwołanie skład orzekający ocenia czynności zamawiającego w przetargu, będące podstawą wyboru oferty najkorzystniejszej, a nie zastępuje komisję przetargową. Postępowanie wyjaśniające sposób kalkulacji ceny powinno być elementem oceny i badania ofert, zatem ustalony stan rzeczy przekonał Izbę, że w postępowaniu zabrakło szczegółowego dopytania przez zamawiającego o kalkulację dotyczącą ww. kosztów transportu. Ponadto przedstawianie jakikolwiek nowych dowodów przez przystępującego dotyczących wyliczenia ceny jest spóźnione, właściwym etapem na przedkładanie takiego materiału jest składania odpowiedzi na wezwanie zamawiającego. Dowody, których nie było w przetargu, a które zostały złożone dopiero w postępowaniu odwoławczym, nie mogły świadczyć o dokonaniu prawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Podobnie w zakresie podpisu elektronicznego – nie było to szczegółowo wyjaśniane w toku badania i oceny, zaś zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 15 wzoru umowy (załącznik nr 2 do SWZ), zamawiający wymaga stosowania kwalifikowanych podpisów elektronicznych przez radców prawnych/adwokatów. Izba zauważa, że w wyjaśnieniach taki koszt mógł zostać uwzględniony, w szczególności mając na uwadze cenę oferty i koszt podpisu elektronicznego (*vide* dowód złożony przez odwołującego – faktura z 20.07.2023 r.,) lub w związku z rodzajem wykonywanej działalności, wykonawca mógł go ponieść wcześniej. O ile zamawiający ma rację, że podpis elektroniczny był konieczny do złożenia oferty, to nie oznacza to, że automatycznie wszystkie osoby, które mają świadczyć usługę posiadają wymagane podpisy. Zamawiający powinien wystosować do odwołującego wezwanie z określonymi zagadnieniami/pytaniami, które zakresy wyjaśnień należy uszczegółowić. Gdyby bowiem zamawiający dopytał przystępującego o powyższe okoliczności, to mógłby szczegółowo odnieść się do zarzutów odwołującego w zakresie tego elementu wyceny (który wynika z opisu przedmiotu zamówienia) na podstawie treści zbadanych wyjaśnień.

Zdaniem Izby zamawiający naruszył wskazane przepisy ustawy, bowiem jedynie zapoczątkował proces wyjaśnienia ceny zaoferowanej przez przystępującego, jednakże z niezrozumiałych przyczyn przerwał go i dokonał przedwczesnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Wyjaśnienia przystępującego powinny były zostać krytycznie przeanalizowane co do wskazanych kosztów i obecnie nie można wykluczyć także potrzeby dalszego doprecyzowania wyceny innych składników ceny, w zależności od treści ponownie udzielonych wyjaśnień. Naturalną konsekwencją analizy wyjaśnień kalkulacji ceny powinno być zmierzanie do usunięcia pojawiających się w wyniku złożonych wyjaśnień wątpliwości – nie zaś rozstrzygnięcie przetargu. Kontynuacja postępowania wyjaśniającego uczyniłaby zadość celowi regulacji wynikającej z art. 224 p.z.p. Zamawiający powinien zakończyć postępowanie wyjaśniające dopiero wtedy, gdy uzyska jednoznaczne i możliwe do obiektywnej weryfikacji informacje, przekładające się na wymierne wartości ekonomiczne, czego w rozpoznawanym sporze zabrakło. Natomiast sankcja odrzucenia oferty przystępującego byłaby w ustalonym stanie sprawy nieadekwatna, tym bardziej, że odwołujący nie wykazał, aby z treści wyjaśnień wynikało, że na obecnym etapie stwierdzić można z przekonaniem, że zaoferowano cenę rażąco niską. Wyjaśnienia wymagają doprecyzowania, zaś odrzucenie oferty przystępującego byłoby działaniem nieproporcjonalnym.

W zakresie pozostałych, zdaniem odwołującego zaniżonych/pominiętych składników w wycenie przystępującego, Izba wskazuje co następuje. Skład orzekający nie znalazł uzasadnionych podstaw, aby zgodzić się z odwołującym, że zaniżono kosztu dostępu do systemu informacji prawej. Założenie odwołującego o korzystaniu z jednego dostępu nie jest

racjonalne, zamawiający nie postawił także w tym przedmiocie żadnych wymagań. Co więcej, z wyjaśnień kalkulacji ceny i z załączonego do nich dowodu dotyczącego SIP nie wynika, że koszt dotyczy jednego stanowiska. Izba podziela argumentację zamawiającego, że podana kwota dotyczy większej ilości stanowisk/dostępów, czego nie zmienia przedstawiony przez odwołującego wyciąg z cennika SIP. Okolicznością notoryjną jest fakt, że podmioty wykonujące obsługę prawną, w szczególności w tak długim okresie jak przystępujący, jako stali klienci SIP, posiadają lepszą ofertę niż przedstawiona w ogólnodostępnych cennikach. Podobnie, w zakresie sprzętu komputerowego. Skład orzekający nie widzi podstaw w ramach opisu przedmiotu zamówienia do zakupu nowego sprzętu komputerowego przez wykonawcę, innego niż ten wykorzystany do obecnie świadczonej usługi. Założenie odwołującego o korzystaniu przez przystępującego z jednego komputera jest irracjonalne i nie znajduje żadnego potwierdzenia w wyjaśnieniach ceny.

Dalej Izba wskazuje, że odwołujący pominął, że koszt dostępu do sieci internet, koszty korespondencji, koszt wyposażenia biura u zamawiającego ponosi jednostka zamawiająca. W opisie przedmiotu zamówienia nie wymagano także dodatkowego doposażenia lokalu, w którym jest biurko, krzesło i szafa na dokumenty, co jest spójne z wymogiem świadczenia usługi stacjonarnej przez jedną osobę. Rzekomy brak ujęcia przez przystępującego kosztów generowanych na utworzenie biura nie ma nic wspólnego z wymogami dokumentacji postępowania. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia nie wymagał także jakichkolwiek zakupów spożywczych. Stanowisko odwołującego w znacznej mierze wskazuje raczej na próbę znalezienia jakichkolwiek możliwych kosztów, z pominięciem treści wyjaśnień przystępującego i warunków realizacji usługi określonych w SWZ, aby tylko powiększyć rzekomo zaniżoną/pominiętą kwotę. Wyjaśnienia odwołującego, którego także wzywano do pokazania sposobu kalkulacji swojej ceny, nie wskazują na ponoszenie rzekomo nierzetelnie skalkulowanych kosztów, więc stanowisko z odwołania nie obrazuje właściwie kosztów związanych z faktycznymi wydatkami na realizację umowy zgodnie z warunkami opisu przedmiotu zamówienia, a zostało podniesione na potrzeby postępowania odwoławczego i zostało tak skonstruowane, żeby maksymalnie doliczać jakiekolwiek koszty, które miałyby zostać przez konkurencję odwołującego zaniżone/pominięte, których konieczności poniesienia odwołujący nie widział kalkulując swoją cenę dla tej umowy.

Stawiając zarzut braku przedstawienia dowodu dotyczącego kosztu wynagrodzenia osoby pracującej w sekretariacie, odwołujący pominął załączony do wyjaśnień przystępującego z dnia 1 marca 2023 r. rachunek, który należy ocenić jako wystarczający. Wykonawca nie ma obowiązku składania wielu dowodów dotyczących każdego, jednostkowego kosztu. Oceniane wyjaśnienia zawierają adekwatne, miarodajne dowody i nie ma uzasadnienia wymaganie udowadniania każdej pozycji cenowej, szczególnie takiej, której cena nie odbiega od poziomu rynkowego. Ponadto należy zaznaczyć, że przystępujący złożył znacznie obszerniejszy materiał dowodowy w toku wyjaśnień ceny niż odwołujący. Podobnie w zakresie zarzutu braku ujęcia w cenie ryzyka zmiany kosztów czynszu, najmu i mediów dla biura wynajmowanego od zamawiającego. Nie znalazło potwierdzenia w materiale procesowym, żeby takie koszty zostały pominięte – przystępujący dokonał skalkulowania ryzyka zwiększenia kosztów o 10% (2 834,50 zł/mc), co należy ocenić jako założenie adekwatne.

Skład orzekający nie znalazł także uzasadnionych podstaw do podważenia przyjętej przez przystępującego proporcji związanej z udziałem wykonania tego zamówienia w kosztach ogólnych kancelarii i stwierdził, że zamawiający zasadnie uznał, że zastosowany podział jest prawidłowy. Jest to także stały podział proporcji stosowany przez przystępującego, o czym świadczy złożona przez odwołującego kalkulacja dla ZDM w Opolu Zamawiający nie narzucał żadnych ograniczeń w tym zakresie, pozostaje to w ramach swobody wyceny przedsiębiorcy i nie wystarczy samo gołosłowne zanegowanie, aby uwzględnić zarzut zaoferowania ceny rażąco niskiej. W szczególności, że uzależnienie proporcji od ilości umów lub od postulowanego przez odwołującego przychodu, powoduje rozkład udziału na podstawie jakiegoś wybranego czynnika, jakiejś wielkości, nadal jest to wskazywane przez odwołującego „sztuczne wyliczenie", tylko dotyczące innej zmiennej. Stanowisko odwołującego o ponoszeniu 8 000,00 zł straty w każdym miesiącu także nie jest wiarygodne. Izba zgadza się z zamawiającym i przystępującym, że dla usług dotyczących świadczenia pomocy prawnej, kiedy posiada się już zaplecze do ich wykonywania, większy przychód nie prowadzi do prostego, automatycznego zwiększenia kosztów. Powyższe potwierdzają wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny, z których wynika, że kancelarie w znacznej mierze korzystają z tego, co już posiadają. *Ergo* zwiększenie przychodu, przez wykonawcę, który już świadczy tego typu usługi, nie oznacza od razu proporcjonalnego do niego ponoszenia dodatkowych kosztów, nie jest to założenie właściwe dla tego rynku.

W dalszej kolejności, w zakresie kosztów osobowych, Izba stwierdziła, że brak jest podstaw do przyjęcia, że przystępujący zaniżył te koszty. Mając na uwadze opis przedmiotu zamówienia i sposób realizacji umowy, tezy o zaniżeniu kosztu przerw w świadczeniu usług nie mogą zostać uznane za uzasadnione. Rację ma zamawiający i przystępujący, że można tak ustalić zasady wykonywania pracy, aby dochodziło do rotacji pracowników, bez dodatkowych kosztów zastępstw pracowników czy partnerów (o ile przysługuje im takie uprawnienie), ponieważ tak sformułowano dokumentację postępowania.

Niezrozumiałe pozostają twierdzenia odwołującego o braku ujęcia w kalkulacji kosztów związanych z pracą partnerów, w tym nie znajduje potwierdzenia, że nie uwzględniono podatku dochodowego od zysku. Przystępujący wycenił także składki ZUS i składki ORA. Zamawiający nie miał podstaw do uznania stawki za nierynkową, za niepozwalająca na należytą realizację zamówienia, czy za pomijającą koszty wymagane przez powszechnie obowiązujące przepisy prawa. Podstawą do stwierdzenia ceny rażąco niskiej nie może być złożona przez odwołującego opinia prywatna z dnia 30 lipca 2023 r. W tym zakresie konieczne wydaje się przypomnienie, że w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą przedmiotem dowodu są fakty (art. 531 p.z.p.), a wnioski dowodowe powoływane na okoliczność sądów, ocen, czy innego subiektywnego przekonania są z zasady niedopuszczalne, jako nieznane procedurze postępowania przed Izbą. Po drugie, autor tego dokumentu, rozszerzając zarzuty odwołania o zarzut popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, przedstawia swoją opinię w potocznym tego słowa znaczeniu, że cena przystępującego została zaniżona. Nie jest to dokument zawierający fakty i wnioski, który pokazywałby sposób dotarcia do tych wniosków, a informacja jak ogólnie należy wyceniać usługi w ramach spółki partnerskiej, w tym, że należy uwzględnić koszt pracy, jednakże bez wskazania w jakiej wielkości, czy nawet w jakim rzędzie wielkości lub odnoszący się do jakichkolwiek skwantyfikowanych podstaw. W szczególności nie ma w tym dokumencie żadnych okoliczności faktycznych potwierdzających, że cena przystępującego została zaniżona, ponieważ autor opinii nie odnosi się merytorycznie do wyjaśnień ceny przystępującego. Natomiast wyliczone na str. 1 dokumentu opinii zaangażowanie czasowe prawnika/partnera, przerwy w pracy, urlopy, dojazdy, koszty uzyskiwania i utrzymania środka transportu, koszty wyposażenia stanowiska pracy, zostały przez przystępującego zauważone przy konstruowaniu oferty w ramach warunków określonych w dokumentacji postępowania w zakresie czynników i uwarunkowań w jakich przystępujący prowadzi swoją działalność, co wynika ze złożonych waśnień sposobu kalkulacji ceny. Ponadto, Izba włączyła w poczet materiału procesowego złożone przez odwołującego zestawienia kosztów, które mają charakter stanowiska własnego

strony i odnoszą się do kosztów wyżej omówionych.

W przedmiocie zarzutu nr 2 z *petitum* odwołania – naruszenia przez zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 16 p.z.p. – skład orzekający stwierdził co następuje. Z materiału procesowego wynika, że nieścisłość dotycząca kwoty wynagrodzenia r.pr. A.M. (zamiast 7 000,00 zł powinno być 8 000,00 zł), którą zawarto w pierwszych wyjaśnieniach sposobu kalkulacji ceny przystępującego i skorygowano drugimi wyjaśnieniami, nie powoduje, że zachodzą uzasadnione podstawy do eliminacji przystępującego z przetargu. Do postawienia zamawiającemu skutecznego zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p., konieczne jest wykazanie spełnienia wszystkich przesłanek tej normy i udowodnienie, że doszło do przedstawienia informacji wprowadzających w błąd, co spowodowane było lekkomyślnością lub niedbalstwem wykonawcy, a błędne informacje mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, czemu obciążony ciężarem dowodowym odwołujący nie podołał.

Przepisy eliminujące przedsiębiorcę z postępowania, jako normy zawierające sankcje, nie mogą być poddawane wykładni rozszerzającej. Aby w zaistniałym stanie faktycznym możliwe było zastosowanie art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p. niezbędne jest wykazanie, iż wadliwie podane wynagrodzenie jednej z osób, z pierwszych wyjaśnień ceny przystępującego, skutkowałoby konkretną decyzją zamawiającego. W tym przedmiocie odwołujący ograniczył się do stwierdzenia, że „Przekazanie ww. nieprawdziwej informacji mogło mieć potencjalny wpływ na czynności Zamawiającego, tj. na skonstatowanie o tym, że cena JZP nie jest rażąco niska." (tak str. 18 odwołania). Trudno więc uznać, żeby przesłanka istotnego, chociażby potencjalnego wpływu na decyzje zamawiającego została wykazana. Przesłanka ta może odnosić się do sytuacji, w których doszło do faktycznego, materialnego wpływu wadliwie podanych przez wykonawcę informacji na istotne decyzje zamawiającego, jak również, gdy wpływ ten mógł jedynie zaistnieć potencjalnie. Tylko, że nie oznacza to, że wystarczy samo stwierdzanie, że jakaś informacja mogłaby mieć hipotetyczne znaczenie dla jakiejś decyzji jednostki zamawiającej, przyjmując niejako automatycznie – co ferował odwołujący – że tak po prostu jest, skoro mieliśmy nieścisłość w zakresie danych podawanych w toku wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny.

Odwołujący nie może ograniczyć się do wybranego oświadczenia, z całkowitym pominięciem istotnych czynności zamawiającego, które złożyły się na badanie i ocenę ofert w przetargu. W odwołaniu wybrano jeden z elementów weryfikacji ofert, pominięto inne czynności zamawiającego, niekorzystne dla odwołującego i hipotetyzowano, że jakby zamawiający w toku pierwszych wyjaśnień ceny przystępującego poznał jedną z kwot z drugich wyjaśnień, to być może odrzuciłby tą ofertę. Zastosowanie art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p. nie może sprowadzać się do znalezienia jakiegokolwiek błędu wykonawcy i zostać oderwane od celów, którym miało służyć wprowadzenie tej podstawy wykluczenia z postępowania. Zgodnie z materiałem procesowym zamawiający znał całokształt tych okoliczności i nie zdecydował się na odrzucenie oferty przystępującego – ani po poznaniu właściwej kwoty wynagrodzenia r.pr. A.M. w drugich wyjaśnieniach ceny złożonych w toku weryfikacji ofert, ani po zakończeniu badania i oceny ofert, ani obecnie. Zamawiający dokonał wyboru oferty przystępującego znając właściwy poziom spornego wynagrodzenia, ocenił te okoliczności w postępowaniu, ponieważ posiadał o nich wiedzę i nie wykazano, aby jakakolwiek istotna decyzja zamawiającego związana z tymi informacjami mogłaby być inna. Zatem w ocenie Izby żadne okoliczności – czy to wynikające z materiału procesowego, czy wskazywane przez odwołującego – do takiej negatywnej oceny nie mogły doprowadzić.

Ponadto, w odwołaniu odwołujący opisał co w jego ocenie zakładał przystępujący, a co mając na uwadze wysokość kwoty wynagrodzenia za realizację umowy i zaniżenie kosztu osobowego z pierwszych wyjaśnień o znikomą wartość (około 3,5% zakładanego przez odwołującego zysku) nie jest racjonalne i nie zostało w żaden sposób udowodnione, są to gołosłowne spekulacje strony.

Natomiast w zakresie orzeczeń, do których odwołujący odnosił się na rozprawie, skład orzekający wskazuje, że z urzędu są mu znane cytowane przez odwołującego poglądy judykatury – tak orzecznictwo Izby, jak i sądów okręgowych w tym przedmiocie. Istotnie, literalne odczytywanie pewnych ogólnych wniosków, funkcjonujących w obiegu z uwagi na powszechność systemów informacji prawnej, pozwalałoby bez wnikliwej lektury wysnuć z tych poglądów dość ogólne tezy, których jednak nie można zastosować w każdym stanie faktycznym. Omawiana podstawa do wykluczenia z postępowania doczekała się w orzecznictwie szerokiej dyskusji (w szczególności dotyczących informacji podawanych w kryteriach oceny ofert i potencjału podmiotowego wykonawcy), z której można wyciągnąć pewne uniwersalne wnioski, co nie oznacza, że będą one adekwatne dla każdej sprawy. Uwzględnienie zarzutu zaniechania wykluczenia z postępowania nie powinno następować po bezrefleksyjnym uznaniu, że skoro wykonawca popełni błąd w jakimkolwiek oświadczeniu, to mając na uwadze abstrakcyjny, hipotetyczny wpływ na decyzje zamawiającego wykonawcę należy wykluczyć. Działanie takie byłoby automatyzmem orzeczniczym i eliminowałoby najbardziej istotny proces w stosowaniu prawa – jego subsumpcję. To bowiem w toku subsumpcji organ orzekający stosuje wyłożoną normę, aplikując ją do konkretnego stanu faktycznego. Innymi słowy, podążając postulatami odwołującego, niezależnie od okoliczności sprawy, jeżeli przedsiębiorca gdziekolwiek się pomyli, dojdzie do jakiejkolwiek nieścisłości, to trzeba go wykluczyć, ponieważ błąd „potencjalnie" może mieć wpływ na decyzję jednostki zamawiającej, *ergo* wykonawca mylić się nie może. Odwołujący postuluje powrót do wręcz formułkowego sposobu oceniania ofert, kiedy wystarczy „złapać" konkurencję na jakimkolwiek błędzie i w ten sposób wyeliminować z przetargu – ponieważ przedstawienie jakichkolwiek wadliwych informacji zasadniczo kwalifikowałoby się do wykluczenia za wprowadzenie w błąd, bez względu na okoliczności sprawy. Takie stanowisko jest nieprawidłowe na wielu płaszczyznach, a już szczególnie jaskrawo jest to widoczne w ramach ustalonego stanu rzeczy tego postępowania.

Konkludując, skład orzekający stwierdził, że odwołujący nie wykazał, żeby w postępowaniu doszło do zaniechania wykluczenia przystępującego z postępowania, nie udowodniono kumulatywnego spełnienia wszystkich przesłanek art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p., więc omawiany zarzut został oddalony.

Krajowa Izba Odwoławcza częściowo uwzględniła odwołanie, gdyż wykazano, iżw przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. Stwierdzone naruszenia przepisów ustawy miały istotny wpływ na wadliwy wynik postępowania o udzielenie zamówienia, tj. przedwczesny wybór oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego, z uwzględnieniem brzmienia § 7 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba uwzględniła zarzut nr 1 dokonując subsumpcji pod normy, które powinny zostać zastosowane w ustalonym stanie faktycznym i oddaliła zarzut nr 2, co spowodowało, że strony odpowiadają za koszty postępowania

odwoławczego po połowie.

Na koszty procesu złożył się uiszczony przez odwołującego wpis i wobec uwzględnienia odwołania w części, zamawiający zobowiązany jest zwrócić odwołującemu połowę kosztów wpisu, tj. 7 500,00 zł, a tam, gdzie strony przegrały ponoszą koszty we własnym zakresie. Skład orzekający nie uwzględnił wniosku odwołującego o obciążenie zamawiającego kosztami wynagrodzenia pełnomocnika (tu odpowiednio do wyniku – połową kwoty 3 600,00 zł) na podstawie złożonego do akt sprawy rachunku z dnia 31.07.2023 r., ponieważ pani adw. B.C., jak trafnie podnosił zamawiający, nie wniosła odwołania, nie reprezentowała odwołującego na posiedzeniu i rozprawie, nie wykonywała żadnych czynności w procesie. Ponadto, zgodnie z § 5 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia Izba może zasądzić na rzecz strony uzasadnione koszty postępowania odwoławczego, tu dotyczące wynagrodzenia pełnomocnika. Środek zaskarżenia został wniesiony przez partnera spółki odwołującego uprawnionego do samodzielnej reprezentacji, występującego w charakterze strony, także dwóch partnerów spółki reprezentowało odwołującego na rozprawie, więc koszty pełnomocnika – wobec reprezentacji odwołującego w postępowaniu przez partnerów spółki – nie są kosztami uzasadnionymi, co jest niezbędne do wydania postanowienia o ich zasądzeniu.

Przewodniczący:

……