

WYROK

z dnia 24 sierpnia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Danuta Dziubińska

Protokolant: Szymon Grzybowski

w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lipca 2021 r. przez wykonawcę **KKP K.K.P. Adwokaci i Radcowie Prawni Spółka partnerska**, Al. Roździeńskiego 1A, 40-202 Katowice w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Wojewódzką Policji w Katowicach**, ul. J. Lompy 19, 40-038 Katowice

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

A. **Kancelaria Adwokacka R.Z.**, ul. Sienna 10/4, 40-544 Katowice

B. **M.B. Kancelaria Radcy Prawnego**, ul. Iskrzyczyńska 7, 43-430 Międzywieć

orzeka:

1. **Oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego **KKP K.K.P. Adwokaci i Radcowie Prawni Spółka partnerska** z siedzibą w Katowicach, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego **KKP K.K.P. Adwokaci i Radcowie Prawni Spółka partnerska** z siedzibą w Katowicach, Al. Roździeńskiego 1A, 40-202 Katowice na rzecz wykonawcy **M.B. Kancelaria Radcy Prawnego**, ul. Iskrzyczyńska 7, 43-430 Międzywieć zgłaszającego sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika uczestnika postępowania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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:

Uzasadnienie

Komenda Wojewódzka Policji w Katowicach (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) dalej: „ustawa Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pt.: „Obsługa prawna dla 32 jednostek KMP/KPP garnizonu śląskiej Policji”, numer referencyjny ZP-2380-79/2021. Zamówienie zostało podzielone na 32 części. Wartość zamówienia jest niższa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 10 czerwca 2021 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych, numer ogłoszenia: 2021/BZP 00078360/01.

Zamawiający 15 lipca 2021 roku poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty w poszczególnych częściach zamówienia. Wykonawca KKP K.K.P. Adwokaci i Radcowie Prawni spółka partnerska w Katowicach (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie od następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

1) zaniechanie wykluczenia wykonawców:

- a) Kancelaria Adwokacka – Adwokat R.Z. (ul. Sienna 10/4, 40-544, Katowice),
- b) „JZP Kancelaria Adwokacka” J.Z., Z.P., Z. i Partnerzy spółka partnerska (ul. Sienna 10/4, 40-544, Katowice)
- c) Kancelaria Adwokacka Adwokat M.C.Z. (ul. Henryka Dąbrowskiego 58 /4 , 41-500 Chorzów),
- d) Kancelaria Adwokacka Adwokat A.Z.P. (ul. Sienna 10/4, 40-544, Katowice)
- e) Adwokat J.J.Z. Kancelaria Adwokacka (ul. Sienna 10/4, 40-544, Katowice),

mimo, że spełniona została przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 108 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp,

2) zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców:

- a) Kancelaria Adwokacka A.K.M. (ul. J. Lelewela 15 lok. 27, 53-505 Wrocław),
- b) Kancelaria Adwokacka – Adwokat R.Z. (ul. Sienna 10/4, 40-544, Katowice),
- c) „JZP Kancelaria Adwokacka” J.Z., Z.P., Z. i Partnerzy spółka partnerska (ul. Sienna 10/4, 40-544, Katowice),

- d) Kancelaria Adwokacka Adwokat M.C.Z. (ul. Henryka Dąbrowskiego 58 /4, 41-500 Chorzów),
- e) Adwokat G.M. Kancelaria Adwokacka (ul. J. Lelewela 15 lok. 27, 53- 505 Wrocław),
- f) Kancelaria Adwokacka Adwokat A.Z.P. (ul. Sienna 10/4, 40-544, Katowice),
- g) Adwokat J.J.Z. Kancelaria Adwokacka (ul. Sienna 10/4, 40-544, Katowice),
- h) M.B. Kancelaria Radcy Prawnego (Ul. Iskrzyczyńska 7, 43-430 Międzywieć),
- i) Kancelaria Radców Prawnych BBK K., S.M. sp. p. (ul. Adama 1, 40-467 Katowice),
- j) Kancelaria Adwokacka Adwokat R.K. (ul. Chocimska 14 lok. 3, 00-791 Warszawa)
- k) Adwokat I.P.P. Kancelaria Adwokacka (ul. J. Lelewela 15 lok. 27, 53 – 505 Wrocław),
- l) Kancelaria Radcy Prawnego M.K.S. (Ul. Dąbrowskiego 52/1, 42200 Częstochowa),

mimo że spełniona została przesłanka o której mowa w art. 226 ust 1 pkt 8 ustawy Pzp, a w stosunku do wykonawców wskazanych w pkt 1 również przesłanka, o której mowa w art. 226 ust 1 pkt 2 lit a ustawy Pzp,

- 3) dokonanie wyboru ofert w zadaniach nr 5, 12, 16, 23 i 25, mimo że oferty te powinny zostać odrzucone na podstawie art. 226 ust 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 239 ust 1 w związku z art. 226 ust 1 pkt 2 lit b oraz pkt 8 oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru:

- a) w zadaniu nr 5 – oferty złożonej przez adwokata R.Z. (Kancelaria Adwokacka, ul. Sienna 10/4, 40-544, Katowice),
- b) w zadaniu nr 12 – oferty złożonej przez adwokata J.J.Z. (Kancelaria Adwokacka, ul. Sienna 10/4, 40-544, Katowice),
- c) w zadaniu nr 16 – oferty złożonej przez adwokata G.M. (Kancelaria Adwokacka, ul. J. Lelewela 15 lok. 27, 53 – 505 Wrocław),
- d) w zadaniu nr 23 – oferty złożonej przez adwokata A.K.M. (Kancelaria Adwokacka, ul. J. Lelewela 15 lok. 27, 53 – 505 Wrocław),
- e) w zadaniu nr 25 – oferty złożonej przez adwokata R.Z. (Kancelaria Adwokacka, ul. Sienna 10/4, 40-544, Katowice),

w sytuacji w której oferty te zawierają rażąco niską cenę, a dodatkowo wykonawcy powinni zostać wykluczeni z postępowania,

- 2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a w związku art 108 ust 1 pkt 5 oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, bowiem wykonawcy wskazani w ww. pkt 1 odwołania powinni zostać wykluczeni z postępowania, którego to wykluczenia Zamawiający zaniechał, w konsekwencji zaniechał także odrzucenia wskazanych ofert, nadto zaniechał zbadania kwestii naruszenia uczciwej konkurencji poprzez złożenie ofert na części postępowania przez powiązanych ze sobą wykonawców, którzy w treści ofert deklarują powierzenie wykonywania przedmiotu zamówienia temu samemu podwykonawcy,
- 3) art. 226 ust 1 pkt 8 oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców wskazanych w ww. pkt 1 odwołania, mimo że wszystkie te oferty zawierają cenę rażąco niską, nieadekwatną do przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiającą należyte świadczenie usług.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania:

- 1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze:
 - a) w zadaniu nr 5 – oferty złożonej przez adwokata R.Z. (Kancelaria Adwokacka, ul. Sienna 10/4, 40-544, Katowice),
 - b) w zadaniu nr 12 – oferty złożonej przez adwokata J.J.Z. (Kancelaria Adwokacka, ul. Sienna 10/4, 40-544, Katowice),
 - c) w zadaniu nr 16 – oferty złożonej przez adwokata G.M. (Kancelaria Adwokacka, ul. J. Lelewela 15 lok. 27, 53 – 505 Wrocław),
 - d) w zadaniu nr 23 – oferty złożonej przez adwokata A.K.M. (Kancelaria Adwokacka, ul. J. Lelewela 15 lok. 27, 53 – 505 Wrocław),
 - e) w zadaniu nr 25 – oferty złożonej przez adwokata R.Z. (Kancelaria Adwokacka, ul. Sienna 10/4, 40-544, Katowice)
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych przez wykonawców wskazanych w ww. pkt 2 odwołania,
- 3) wykluczenia wykonawców wskazanych w ww. pkt 1 odwołania,
- 4) odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców wskazanych w ww. pkt 2 odwołania,
- 5) wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w zadaniu nr 5, 12, 16, 23 i 25.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania, Odwołujący wskazał, że w pkt IV.4. SWZ Zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia jest obsługa prawna jednostek KMP/KPP garnizonu śląskiej Policji obejmująca w szczególności:

- zastępstwo prawne Komendanta Miejskiego/Powiatowego Policji,
- zastępstwo procesowe przed organami rozjemczymi, Sądem Pracy, Sądem Powszechnym w zakresie art. 66b ust.1 i 2 ustawy z dnia 6 kwietnia 1991 r. o Policji. (t.j Dz.U.. z 2020r. Poz.360),
- udzielanie porad oraz konsultacji prawnych,
- interpretacje i wykładnie aktów prawnych dotyczących bieżącej działalności Komendy Miejskiej/Powiatowej Policji,
- konsultowanie i opiniowanie projektów wewnętrznych aktów prawnych związanych z bieżącą działalnością Komendanta Miejskiego/Powiatowego Policji,
- sporządzanie pisemnych opinii prawnych w zakresie problemów wynikających z działalności Komendy Miejskiej/Powiatowej Policji,
- sporządzanie i opiniowanie projektów decyzji administracyjnych, umów, aneksów, porozumień, ugód itp. wytworzonych w KMP/KPP,
- udzielanie pomocy w rozstrzyganiu problemów prawnych, które mogą wystąpić w codziennej działalności KMP/KPP mających wpływ na prawidłowe działanie jednostki,
- sygnalizowanie KMP/KPP o zmianach obowiązującego prawa, a w szczególności z zakresu przepisów związanych z działalnością Policji,
- wykonywanie innych czynności z zakresu pomocy prawnej w zależności od potrzeb Zamawiającego,
- realizację zadań wynikających z art. 66b ust.1 i 2 ustawy z dnia 6 kwietnia 1991 r. o Policji.

W pkt IV.5. SWZ wskazano: Usługi prawnicze, w zależności od potrzeb, mogą być świadczone drogą telefoniczną, elektroniczną, faksową, w siedzibie Wykonawcy, w siedzibie KMP/KPP, przy czym Zamawiający wymaga aby Wykonawca co najmniej raz w tygodniu przez 4 godziny świadczył usługę w siedzibie Zleceniodawcy (przy zapewnieniu warunków lokalowych i technicznych do wykonywania określonych umową zadań). W uzasadnionych okolicznościach, w sprawach pilnych lub gdy będzie konieczny kontakt osobisty, przedstawiciel Wykonawcy zobowiązany jest przyjechać osobiście do siedziby jednostki po wcześniejszym zawiadomieniu przez Komendanta Miejskiego/Powiatowego, jego zastępcę lub osobę przez nich upoważnioną w terminie 1 dnia od powiadomienia. A w pkt VI.7 SWZ: Wymienione usługi wykonywane będą przy pomocy osoby/osób, które posiadają uprawnienia (są wpisane na listę OIRP lub ORA) do wykonywania zawodu radcy prawnego zgodnie z ustawą z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (Dz.U. 2020, poz. 75 j.t. z późn.

zm.) lub zawodu adwokata zgodnie z ustawą z dnia 26 maja 1982 r. Prawo o Adwokaturze (Dz.U. 2020, poz. 1651 j.t z późn. zm.) lub gdy osoba jest prawnikiem zagranicznym wykonującym stałą praktykę na podstawie ustawy z dnia 05.07.2002 r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w RP (Dz.U. 2020, poz. 823). Jedynym kryterium oceny ofert była cena (pkt XX.1. SWZ), a zgodnie z pkt XVII.2 SWZ wykonawca w formularzu ofertowym zobowiązany był podać cenę ryczałtową miesięczną za świadczenie usługi prawniczej. Jednocześnie w pkt XVII.9. Zamawiający wskazał, że odrzuci ofertę, jeżeli będzie zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp).

Odwołujący stwierdził, że złożył ofertę w częściach nr 5, 12, 16, 23 i 25 oraz przedstawił zestawienie ofert złożonych w postępowaniu, a następnie zwrócił uwagę, iż podane we wskazanych ofertach ceny brutto to ceny za miesiąc obsługi wskazanej Komendy. Zamawiający wymaga pełnej dyspozycyjności Wykonawcy, który ma przyjmować zlecenia od poniedziałku do piątku w godzinach od 8.00 do 15.00 i w tych godzinach pozostawać w dyspozycji Zleceniodawcy (w kontakcie telefonicznym, faksowym lub elektronicznym), co wynika z § 2 pkt 1.1.3 projektu umowy. Ponadto w § 2 pkt 1.1.5 projektu umowy wskazano, że termin realizacji zlecenia wynosi 7 dni od momentu dostarczenia przez Zleceniodawcę wszelkich dokumentów niezbędnych do wykonania zlecenia, a w przypadku spraw oznaczonych jako „pilne” - 2 dni kalendarzowych. Kalkulacja ceny ryczałtowej za miesiąc obsługi prawnej winna obejmować także ryzyko obciążenia Wykonawcy karami umownymi, które zgodnie z treścią § 8 projektu umowy mogą wynosić: 10% wartości całkowitego wynagrodzenia brutto dla danego zadania określonego w § 5 ust. 1 pkt 1.1, w przypadku odstąpienia od umowy przez którąkolwiek ze stron z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy - 1% wynagrodzenia miesięcznego w przypadku przekroczenia terminu, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 1.1.5, za każdy dzień opóźnienia, liczony do dnia wpływu opinii do jednostki Policji, łącznie nie więcej niż wysokość miesięcznego wynagrodzenia; 500,00 zł w przypadku nieobecności na rozprawie, w której niezbędne było reprezentowanie interesów Zleceniodawcy; 20 zł za każdą rozpoczętą godzinę stwierdzonej nieobecności radcy prawnego lub adwokata lub prawnika zagranicznego świadczącego pomoc prawną w RP w ramach pełnionego dyżuru, o którym mowa w § 1 ust. 3 umowy. Ponadto Zamawiający zastrzegł prawo zlecenia usług innemu podmiotowi na koszt Wykonawcy, w przypadku niedopełnienia przez Wykonawcę obowiązków wynikających z umowy.

Następnie Odwołujący stwierdził, że ceny za miesiąc obsługi prawnej, podane w ww. ofertach są nierealistyczne i całkowicie nierynkowe. Są to ceny brutto, a zatem Wykonawca jest obowiązany odprowadzić od wynagrodzenia podatek VAT oraz podatek dochodowy. Niemożliwe jest zatem zapewnienie świadczenia stałej obsługi prawnej przez

profesjonalnego pełnomocnika, w osobie radcy prawnego lub adwokata, za wynagrodzeniem mniejszym niż minimalne wynagrodzenie za pracę, które w roku 2021r. wynosi 2.800,00 zł, lub przy wyliczeniu wynagrodzenia na podstawie liczby godzin – za stawkę niższą niż minimalna stawka godzinowa, która w roku 2021 wynosi 18,30 zł. Umowa zawierana jest na 2 lata, a w roku 2022 minimalne wynagrodzenie za pracę oraz minimalna stawka godzinowa z całą pewnością zostaną podwyższone. Trudno sobie wyobrazić, aby osoba posiadająca uprawnienia zawodowe adwokata lub radcy prawnego, wykonująca zawód zaufania publicznego, która zobowiązana jest świadczyć pomoc prawną na najwyższym poziomie, mogła pracować za wynagrodzeniem niższym, niż minimalne wynagrodzenie za pracę. Jeżeli Zamawiający oczekuje obsługi prawnej w pełnym zakresie tak z dziedziny prawa cywilnego jak i administracyjnego, a radca prawny bądź adwokat mają przez cały tydzień pozostawać w dyspozycji Zamawiającego, to konieczne jest zapewnienie wynagrodzenia odpowiadającego liczbie godzin, jakie prawnik będzie pozostawał do dyspozycji Zamawiającego. Cena oferty nie może odnosić się wyłącznie do czasu osobistej obecności Wykonawcy w siedzibie Zamawiającego – a nawet wówczas większość wskazanych ofert powinna być uznana za oferty z rażąco niską ceną, bowiem podane ceny netto są niższe niż miesięczna liczba godzin obecności w siedzibie x minimalna stawka godzinowa (a nie uwzględniają np. czasu potrzebnego na dojazd do siedziby Zamawiającego). W przypadku wykonawców mających siedzibę w Katowicach lub innych miastach aglomeracji śląskiej dojazd do miejsca wykonywania usługi zająć może od pół godziny do godziny (w zależności od środka transportu i warunków drogowych). Jednakże w przypadku wykonawców spoza Śląska, tj.: A.K.M. (ul. J. Lelewela 15 lok. 27, 53 – 505 Wrocław), G.M. (ul. J. Lelewela 15 lok. 27, 53 – 505 Wrocław), R.K. (ul. Chocimska 14 lok. 3, 00-791 Warszawa), I.P.P. (ul. J. Lelewela 15 lok. 27, 53 – 505 Wrocław), M.K.S. (ul. Dąbrowskiego 52/1, 42-200 Częstochowa), dojazd do właściwej Komendy Miejskiej Policji zajmie znacznie więcej czasu. Racjonalnie oceniając zaoferowane przez wykonawców ceny trzeba by przyjąć, że wykonawcy zamierzają świadczyć obsługę prawną za cenę niższą niż minimalne wynagrodzenie za pracę, a w znacznej części przypadków wynagrodzenie nie pokryje nawet kosztów dojazdu do klienta.

Odwołujący przywołał przepisy 224 ust 1 ustawy Pzp i art. 226 ust 1 pkt 8 ustawy Pzp oraz wskazał, że przepis art. 226 ust 1 pkt 8 ustawy Pzp jest co do zasady zbieżny z przepisem art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych; można zatem odwołać się do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych, dotyczącego sposobu rozumienia pojęcia „rażąco niska cena”.

Ponadto zdaniem Odwołującego wykonawcy wskazani w ww. pkt 1 odwołania powinni zostać wykluczeni z postępowania, na podstawie art 108 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp, a

ich oferty winny zostać odrzucone, zgodnie z art. 226 ust 1 pkt 2 lit a ustawy. Odrębne oferty w postępowaniu zostały złożone przez spółkę partnerską „JZP Kancelaria Adwokacka” J.Z., Z.P., Z. i Partnerzy (ul. Sienna 10/4, 40-544, Katowice) oraz adwokata R.Z. (ul. Sienna 10/4, 40-544, Katowice), adwokata M.C.Z. (ul. Henryka Dąbrowskiego 58 /4 , 41-500 Chorzów), adwokata A.Z.P. (ul. Sienna 10/4, 40-544, Katowice) oraz adwokata J.J.Z. Kancelaria Adwokacka (ul. Sienna 10/4, 40-544, Katowice). Partnerami w spółce „JZP Kancelaria Adwokacka” J.Z., Z.P., Z. i Partnerzy (KRS: 0000355913) są: R.Z., J.J.Z., A. Z.P.. Jednocześnie wykonawcy R.Z., M.C.Z., A.Z.P. oraz J.J.Z. w swoich odrębnych ofertach oświadczyli, że wykonanie przedmiotu zamówienia zamierzają powierzyć „JZP Kancelaria Adwokacka” J.Z., Z.P., Z. i Partnerzy spółka partnerska. Powyższe oznacza, że fikcyjne staje się ograniczenie zawarte w pkt IV.4. SWZ o treści: Zamawiający dopuszcza składanie ofert na max 5 części (zadań) w ramach przedmiotowego postępowania. W przypadku złożenia przez Wykonawcę oferty na więcej niż 5 części (zadań) oferta Wykonawcy zostanie odrzucona zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych. Na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych przyjęto, że takie sytuacje są niedopuszczalne. Tytułem przykładu Odwołujący wskazał m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 sierpnia 2020 r. (KIO 1464/20): Wobec specyficznie ukształtowanych postanowień SIWZ umożliwiających wykonawcom z tej samej grupy kapitałowej złożenie oferty na odrębne części zamówienia i w ten sposób uzyskanie całej grupie kapitałowej wszystkich części zamówienia, przy ogólnym zastrzeżeniu ograniczenia udzielenia zamówienia dla pojedynczego wykonawcy do określonej liczby części zamówienia - nie można zgodzić się z twierdzeniem, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych należy interpretować wyłącznie przez pryzmat części, na jaką wykonawca złożył ofertę, a wręcz przeciwnie - w takim stanie faktycznym - przesłanki wynikające ze wskazanego przepisu należy interpretować przez pryzmat całego postępowania o udzielenie zamówienia. Możliwe jest ukształtowanie postanowień SIWZ w taki sposób, tj. ukształtowanie relacji pomiędzy częściami, że koniecznym będzie badanie przesłanek wynikających z art. 24 ust. 1 pkt 23 Prawa zamówień publicznych w kontekście całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a nie tylko poszczególnych jego części.

Z zachowaniem wymogów ustawowych wykonawcy: Kancelaria Adwokacka R.Z. w Katowicach oraz M.B. Kancelaria Radcy Prawnego w m. Międzyzwieć (dalej: „Przystępujący MB”), zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stając się uczestnikami tego postępowania.

Przystępujący MB w swoim piśmie wskazał m.in., że Odwołującemu nie przysługują środki ochrony prawnej wynikające z ustawy Pzp w zakresie zadań, w których nie złożył oferty tj. zadań nr 1-4, 6-11, 13-15, 17-22, 24, 26-31 z uwagi na brak interesu wynikającego z treści art. 505 ustawy Pzp. Zarzuty przedstawione w odwołaniu w części dotyczącej zadań zamówienia publicznego na które Odwołujący nie złożył oferty są niedopuszczalne z mocy prawa. Bez względu na wynik rozstrzygnięcia KIO Odwołujący i tak nie uzyskałby zamówienia na zadania, co do których nie złożył oferty. Brak wniosku o unieważnienie całego postępowania wyklucza możliwość uzyskania przez niego zamówienia na zadania do których nie złożył oferty. Odwołujący posiada interes wyłącznie w zakresie części zamówienia obejmującej zadania nr 5, 12, 16, 23 i 25. W zakresie zadania nr 6 Przystępujący MB jest jedynym oferentem, a zatem jedynym podmiotem poza zamawiającym mającym interes w uzyskaniu zamówienia.

Przystępujący MB stwierdził również, że nie zasługują na uwzględnienie zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia jego oferty odnoszące się do rażąco niskiej ceny i podał okoliczności wskazujące jego zdaniem, że cena jego oferty jest adekwatna do przedmiotu zamówienia, wskazując m.in., że ustalenie ryczałtowej ceny brutto w kwocie 1770 zł miesięcznie za realizację zadania nr 6 obejmuje wszystkie aspekty wpływające na jej wysokość.

Pismem z 4 sierpnia 2021 r. Zamawiający przekazał Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu oraz o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzeniu czynności badania i oceny ofert. Odrębnym pismem 4 sierpnia 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu wyboru ofert we wszystkich częściach postępowania.

Wykonawcy, którzy zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zostali wezwani przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego w terminie 3 dni. W zakreślonym terminie Przystępujący MB zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów w części dotyczącej zadania nr 6.

Na posiedzeniu Odwołujący wycofał zarzuty odwołania za wyjątkiem zarzutu w odniesieniu do oferty M.B. Kancelaria Radcy Prawnego, złożonej w części nr 6.

W związku z wycofaniem przez Odwołującego większości zarzutów odwołania rozpoznaniu Izby podlegały jedynie zarzuty dotyczące oferty Przystępującego MB, złożonej w zadaniu nr 6, która według Odwołującego zawiera rażąco niską cenę, nieadekwatną do

przedmiotu zamówienia oraz uniemożliwiająca należyte wykonanie usług objętych przedmiotem zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępujących, ustaliła i zważyła co następuje:

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

W odwołaniu, wykazując swoją legitymację do wniesienia odwołania, Odwołujący wskazał m.in., że w przedmiotowej sprawie wszystkie przesłanki uprawniające go do wniesienia odwołania zostały spełnione. Odwołujący złożył w postępowaniu ofertę w części 5, 12, 16, 23 i 25 i ma realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, bowiem nie został wykluczony z postępowania, ani jego oferta nie została odrzucona. Jednocześnie niezgodne z Prawem zamówień publicznych czynności Zamawiającego, przede wszystkim nieprawidłowa ocena ofert złożonych przez wykonawców wymienionych w ww. pkt 2 odwołania, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia wskazanych ofert, narażają Odwołującego 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*). Natomiast w piśmie z 17 sierpnia 2021 r. Odwołujący stwierdził, że jako wykonawca kwestionujący czynność wyboru najkorzystniejszej oferty będzie miał potencjalnie możliwość uzyskania zamówienia, jeżeli nie w danym zamówieniu, to w przypadku ponownego ogłoszenia postępowania w przedmiocie danego zamówienia, bowiem Zamawiający unieważnił czynność oceny ofert i może nie wybrać oferty w zakresie części 6, a zatem przy ponownym ogłoszeniu postępowania na udzielenie zamówienia na obsługę prawną KKP w Cieszynie, Odwołujący może złożyć ofertę i uzyskać zamówienie.

Zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Stosownie do definicji zawartej w art. 7 pkt 30 ustawy Pzp przez wykonawcę należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

W ocenie Izby wbrew stanowisku Odwołującego, nie można uznać, że Odwołujący wykazał, że zaistniały wszystkie przesłanki uprawniające do wniesienia odwołania w zakresie zadania nr 6, określone w ww. przepisie ustawy Pzp, które muszą być spełnione łącznie.

Odwołujący odnosi swój status wykonawcy do całego postępowania, a nie do części na które złożył ofertę. Nawet gdyby przyjąć, że okoliczności analizowanego postępowania pozwalają na równych zasadach traktować wykonawców w ten sposób, jak tego oczekuje Odwołujący, to nie można nie zauważyć, że Odwołujący pomija konieczność wykazania spełnienia materialnoprawnych przesłanek dla wniesienia odwołania, tj., że ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę, która jest wynikiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp w odniesieniu do części postępowania, na które nie złożył oferty.

Oceny interesu w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej w postępowaniu dokonuje się z uwzględnieniem wszystkich okoliczności danej sprawy. Odwołujący złożył oferty w pięciu ww. częściach postępowania tj. w zakresie maksymalnej liczby zadań dopuszczanej przez Zamawiającego w SWZ. Tym samym tylko w tych zadaniach jego oferta mogłaby ewentualnie zostać wybrana i mógłby uzyskać zamówienie. Odwołujący nie złożył oferty w zadaniu nr 6. Nie ma zatem możliwości uzyskania zamówienia w tym zadaniu. W konsekwencji nie poniósł i nie może ponieść szkody na skutek ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp w odniesieniu do części 6. Wbrew stanowisku Odwołującego, przedstawionym na posiedzeniu, z którego wynika, że jego korzyścią jest już to, że Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty we wszystkich częściach i powtórzy badanie i ocenę ofert, unieważnienie wyboru ofert i przystąpienie do ponownego badania i oceny ofert, nie oznacza, że w wyniku powtórzonych czynności, status Odwołującego w zakresie zadania nr 6 ulegnie zmianie. Z uwagi na brak oferty Odwołującego w zadaniu 6, nie mogłaby ona zostać wybrana jako najkorzystniejsza w tym zadaniu.

Odwołujący nie wykazał także, że w okolicznościach danej sprawy, jego interes w uzyskaniu zamówienia, należy oceniać z uwzględnieniem ewentualnego unieważnienia przez Zamawiającego postępowania w zakresie części 6. Jak natomiast zauważył Zamawiający, skoro wrócił do badania i oceny wszystkich ofert, a Odwołujący złożył oferty na pięć zadań, tj. maksymalną liczbę dopuszczoną w SWZ, to nie ma interesu w kwestionowaniu oferty w zadaniu nr 6, ponieważ możliwy wynikający z SWZ limit zadań, na jakie mógł złożyć ofertę, byłby przekroczony, gdyby miał ubiegać się także o zamówienia w tej części.

Brak spełnienia materialnoprawnych przesłanek niezbędnych dla skutecznego wniesienia odwołania skutkuje jego oddaleniem.

Niezależnie od powyższego, w ocenie Izby nie zostało wykazane, aby Zamawiający miał podstawy do odrzucenia oferty Przystępującego MB ze względu na rażąco niską cenę oferty tego wykonawcy.

Zauważenia wymaga, że Odwołujący nie postawił w odwołaniu zarzutu zaniechania wystąpienia o wyjaśnienia ceny, a jedynie zarzut zaniechania odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę. Samo przytoczenie w uzasadnieniu odwołania przepisów art. 224 ust. 1 nie czyni bowiem zarzutu. Nie zostało wykazane, aby Zamawiający był obowiązany wystąpić o takie wyjaśnienia. Zachowuje natomiast aktualność stanowisko, że odrzucenie oferty z uwagi na rażąco niską cenę nie może być arbitralną decyzją zamawiającego, niepoprzedzoną pozyskaniem wyjaśnień w tym zakresie od wykonawcy, którego oferta budzi wątpliwości, co do tego czy zawiera rażąco niską cenę.

Jak wyżej wskazano w zadaniu nr 6 została złożona oferta jedynie przez Przystępującego MB. Z protokołu postępowania wynika, że Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia w zadaniu nr 6 kwotę 14 880,00 zł, co przy uwzględnieniu czasu obowiązywania umowy wskazuje na kwotę 620,00 zł miesięcznie. Cena oferty Przystępującego MB wynosi 1770 zł, w tym 23% podatku VAT miesięcznie, co wskazuje na kwotę 42 480,00 zł w czasie trwania umowy. Oznacza to, że cena oferty w zadaniu nr 6 zdecydowanie przewyższała kwotę, jaką Zamawiający przeznaczył na jego realizację. Z wyjaśnień Zamawiającego przedstawionych na rozprawie wynika, że określenia wartości szacunkowej zamówienia w tej części dokonywał w oparciu o wcześniej zawarte umowy i przy uwzględnieniu inflacji.

Należy zatem zgodzić się z Zamawiającym, że nie miał podstaw do wątpliwości, co do tego, że cena oferty Przystępującego MB jest realistyczna i pozwala na należyte wykonanie za nią zamówienia. Tym bardziej, że jak przyznał na rozprawie Odwołujący, w przypadku usług prawniczych trudno mówić o cenie rynkowej, trudno bowiem o obiektywny miernik.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.*

W analizowanej sprawie nie stwierdzono zarzucanego przez Odwołującego naruszenia przepisów ustawy Pzp, które miałyby wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

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

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. W analizowanej Izba oddaliła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Odwołujący, który został obciążony kosztami postępowania. Na koszty postępowania składa się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz wynagrodzenie pełnomocnika Przystępującego MB, który wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania w zakresie zadania nr 6, na podstawie faktury złożonej przed zamknięciem rozprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437) w wysokości przewidzianej w ww. rozporządzeniu.

Przewodniczący: