

WYROK

z dnia 20 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 października 2016 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **ITMdoctor Sp. z o.o., ul. Lucjana Rydla 33/47, 30-087 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Naczelną Dyрекcję Archiwów Państwowych ul. Rakowiecka 2D, 02-517 Warszawa**

przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **ITTI Sp. z o.o. ul. Rubież 46, 61-612 Poznań**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenie czynności oceny ofert,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Naczelną Dyрекcję Archiwów Państwowych, ul. Rakowiecka 2D, 02-517 Warszawa**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez odwołującego
 - 2.2. zasądza od zamawiającego: **Naczelnej Dyрекcji Archiwów Państwowych, ul. Rakowiecka 2D, 02-517 Warszawa**, na rzecz odwołującego: **ITMdoctor Sp. z o.o., ul. Lucjana Rydla 33/47, 30-087 Kraków**, kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Naczelna Dyrekcja Archiwów Państwowych z siedzibą w Warszawie, dalej zwana „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na *”opracowanie projektu logicznego Archiwum Dokumentów Elektronicznych oraz usługi w zakresie nadzoru nad wykonaniem systemu teleinformatycznego według projektu logicznego wraz z ewentualnymi zmianami w projekcie”*, ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 10 lutego 2016 roku pod numerem: 2016/S 028-045454.

W dniu 23 września 2016 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, za którą została uznana oferta wykonawcy ITTI Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, który to wykonawca skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego.

Od takiej czynności Zamawiającego wykonawca ITMdoctor sp. z o.o., ul. Lucjana Rydia 33/47, 30-087 Kraków wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu niezasadne odrzucenie jego oferty, a w szczególności naruszenie:

- 1) art. 92 ust. 1 pkt 2 m.in. w powiązaniu z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie przesłania informacji o odrzuceniu ze wskazaniem uzasadnienia faktycznego,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezpodstawne i wadliwe przyjęcie, że oferta Odwołującego jest niezgodna z ustawą Prawo zamówień publicznych w zakresie przyjętych w ofercie kosztów pracy,
art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezpodstawne i wadliwe przyjęcie, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezpodstawne i wadliwe przyjęcie, że oferta Odwołującego zawiera błędy w obliczeniu ceny,
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezpodstawne i wadliwe przyjęcie, że oferta Odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
- 5) art. 131L pkt. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie przesłanek innych niż opisane w art. 89 ust. 1 bez ich opisanie w SIWZ w sposób jednoznaczny i wyczerpujący,
- 6) art. 90 ust. 1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie przez Zamawiającego uwzględnienia w badaniu i ocenie ofert i/lub wadliwą ocenę wyjaśnień

udzielonych przez Odwołującego na wezwanie Zamawiającego dot. kalkulacji cenowych za poszczególne etapy realizacji przedmiotu zamówienia,

7) art. 7 ust. 1 i .ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

8) art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez ocenę oferty Odwołującego niezgodnie z kryteriami zdefiniowanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i w ten sposób odrzucenie oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami zdefiniowanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

9) art. 192 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez niezastosowanie się Zamawiającego do treści wyroku KIO 1295/16 w powiązaniu z art. 196 ust. 4 w zakresie podważania przez Zamawiającego faktów, które Izba uznała za udowodnione oraz dowodów na których się oparła.

Biorąc pod uwagę powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu :

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty dokonanej przez Zamawiającego,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 3) unieważnienia czynności badania i oceny ofert,
- 4) nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

Na wstępie podniesionych zarzutów Odwołujący stwierdził, iż kanwą niemal wszystkich wskazanych w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty zarzutów wobec jego oferty, było stwierdzone przez Zamawiającego występowanie rażąco niskich cen w odniesieniu do cen każdego z etapów prac badanych z osobna. Nadto podstawą merytoryczną dla właściwie wszystkich uzasadnień zdefiniowanych przez Zamawiającego było rzekome zaniżenie ceny oferty w elemencie kosztów, dot. kosztów pracy. Zamawiający błędnie dokonuje analizy oferty pod kątem występowania rażąco niskiej ceny w kontekście zapisu art. 90 ust. 1 Pzp, który mówi o „elementach oferty mających wpływ na wysokość ceny”, a Zamawiający powołuje się w swoich uzasadnieniach na brak ujęcia przez Odwołującego w złożonych wyjaśnieniach i zawartej w nich kalkulacji kosztów, które nie stanowiły „elementów oferty” i nie wynikały z SIWZ.

Zwrócił uwagę iż Zamawiający pomija w toku badania i oceny oferty kluczowe fakty dot. analizy powyższego elementu kosztów:

- a) pomija fakt, że nawet przy przyjęciu prezentowanej przez Zamawiającego kalkulacji kosztów pracy (2231,29 zł), w miejsce kosztów wskazanych przez Odwołującego, każdy z wycenionych odrębnie etapów oferty Odwołującego nadal wykazuje zysk - tym samym sugerowana przez Zamawiającego korekta poziomu kosztów nie powoduje sytuacji braku pokrycia kosztów, przychodami z realizacji prac w każdym z etapów zamówienia i dlatego nie może tym samym stanowić podstawy do wnioskowania o rzekomej rażąco niskiej cenie,

- b) Zamawiający myli dwa pojęcia: „wynagrodzenie brutto” pracownika wynikające z ustawy w kwocie 1850 zł brutto (której to kwoty nie narusza oferta Odwołującego), z „całkowitymi kosztami pracy” w kwocie łącznej 2231,29 zł (o których ustawa nic nie mówi) i bazując na tym błędnie wywodzi dalsze konsekwencje w szczególności w zakresie niezgodności oferty z: SIWZ, z ustawą, błędem w obliczeniu ceny i czynem nieuczciwej konkurencji
- c) Zamawiający w interpretacji danych dot. wynagrodzeń pracowników i kalkulacji ceny zawartych w wyjaśnieniach Odwołującego z dnia 18 kwietnia br. pomija wszystkie obszernie i wyczerpujące dalsze wyjaśnienia udzielone przez Odwołującego w toku kilku kolejnych wezwań do wyjaśnień (z 7 września br., 12 września br.) - Zamawiający dokonuje więc interpretacji treści selektywnie, jak gdyby kolejne wyjaśnienia nie miały wcale miejsca - tym samym pojawia się również pytanie o zasadność dokonywania kolejnych wezwań skoro nie są uwzględniane w procesie badania i oceny oferty przez Zamawiającego,
- d) dokonuje interpretacji danych z wyjaśnień Odwołującego wprost niezgodnie z literalnie złożonymi oświadczeniami i wyjaśnieniami Odwołującego przyjmując w uzasadnieniu odrzucenia założenia i dalej tezy uzasadnienia całkowicie niezgodne z wyjaśnieniami Odwołującego, pomijając na przykład celowo fakt, że poza kosztami pracy Odwołujący przewidział również inne „bufory” w kalkulacji ceny na pozostałe i nieprzewidziane koszty, które przyjęte są właśnie na wypadek ponoszenia różnych kosztów dodatkowych, Zamawiający przyjmuje do swoich wywodów inne „własne” stawki wynagrodzeń brutto pracowników Odwołującego niż zadeklarowane w wyjaśnieniach przez Odwołującego,
- e) Zamawiający tworzy własne kalkulacje wyceny oferty Odwołującego bazujące na nowych nie opisanych w SIWZ, a co więcej niezgodnych z zasadami gry rynkowej, konkurencji oraz ekonomii założeniach, stwierdzając, że są one prawidłowe i jedyne słuszne i z tego wywodząc niepoprawność ceny ofertowej Odwołującego,
- f) na bazie własnych kalkulacji zawartych w uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający orzeka o błędzie w wyliczeniu ceny, kiedy żadne kalkulacje nie były elementem składowym oferty i oferta jako taka żadnego błędu w tym zakresie zawierać nie może - formularz oferty był zdefiniowany przez Zamawiającego i został poprawnie wypełniony przez Odwołującego,
- g) pomija specyficzny charakter sposobu realizacji prac w Etapie II, które wyceniane są zgodnie z wzorem umowy, każdorazowo przez Wykonawcę w toku trwania etapu i nie są zdeterminowane w żaden sposób na etapie składania ofert w zakresie: przedmiotu, czasu realizacji i ceny,
- h) jako podstawę i uzasadnienie odrzucenia oferty Zamawiający wskazuje częściowo te same podstawy i uzasadnienia, które były już przedmiotem poprzedniego odwołania.

KIO w wyroku (1295/16) orzekła o ich niezasadności (m.in. ponownie podnoszony zarzut przenoszenia kosztów z Etapu II do Etapu I). W szczególności przedmiotem analizy KIO 1295/16 były stawki jednostkowe prac w ramach Etapu II [str. 65 Wyroku KIO]. KIO nie wniosła zastrzeżeń do złożonych przez Odwołującego w toku postępowania odwoławczego wyjaśnień. Izba wprost wskazała (za wyrokiem), że; „(...) trudno uznać, że ceny 1 roboczogodziny podane w ofertach wykonawców wyczerpują przesłanki naruszenia niesprecyzowanych przez zamawiającego dobrych obyczajów, czy sprzedaży usług poniżej kosztów ich wytworzenia

i) powołuje się w uzasadnieniu odrzucenia na fakt niskich w ocenie Zamawiającego wynagrodzeń pracowników Odwołującego wnioskując z tego o ich nieadekwatności względem wymaganych przez Zamawiającego specjalistów IT, a więc ocenia de facto ofertę na bazie właściwości podmiotowych Odwołującego. Kwalifikacje osób, które będą realizować przedmiot zamówienia są badane przez Zamawiającego w ramach spełniania warunków udziału w postępowaniu tj. ustalania dysponowania przez Odwołującego osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Skoro w ramach tego elementu dokonywania spełniania warunków udziału w postępowaniu Zamawiający nie ma zastrzeżeń, to podnoszenie tego typu zastrzeżeń na etapie oceny ofert jest niedopuszczalne. Podnosząc taką argumentację, Zamawiający łamie podstawowe zasady wyrażone w ustawie Prawo zamówień publicznych zakazujące dokonywania oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy.

j) nawet gdyby faktycznie miała miejsce sytuacja jaką opisuje Zamawiający, tj. Odwołujący popełniłby błąd w składanych wyjaśnieniach w opisie poziomu ponoszonych kosztów (które są wielkością szacowaną), to nadal jest to tylko i wyłącznie błąd w wyjaśnieniach (w jednym z elementów kalkulacji ceny), a nie błąd w złożonej ofercie. Co więcej jeżeli korekta rzekomego błędu w opisie kosztów w ramach złożonych wyjaśnień do wartości postulowanej przez Zamawiającego nada! nie zmienia sytuacji uzyskiwania przez Odwołującego zysku na każdym z etapów - to nie może ona stanowić o uznaniu rażąco niskiej ceny, gdyż w rzeczywistości nie ma ona miejsca (mimo rzekomego błędu w szacowaniu kosztów).

Tym samym cała podstawa zdefiniowanych przez Zamawiającego zarzutów ma charakter fikcyjny, bazuje na spreparowanej, zmanipulowanej, selektywnej i często nieprawdziwej interpretacji danych z oferty i z dostarczonych przez Odwołującego wyjaśnień, co więcej bazuje na sprzecznie przyjmowanych w poszczególnych wywodach Zamawiającego założeniach, każdorazowo pasujących do planowanej do postawienia przez Zamawiającego tezy/zarzutu.

Odwołujący w zakresie zarzutu dotyczącego niezgodności treści oferty z ustawą Pzp tj. przepisem art. 89 ust.1 pkt 1 Pzp podał, że przyjęte na dzień sporządzania oferty wartości wynagrodzeń pracowników przez Odwołującego nie były niższe od kwoty 1850,00 zł.

Dlatego całość obliczeń Zamawiającego jest niezasadna, gdyż założenia obliczeniowe Zamawiającego zostały oparte na stawce 2231,29 zł, jako jednolitej dla każdej podstawy dysponowania osobami, definiowanym przez Zamawiającego ustawowym minimum kosztu pracy. Takie podejście jest niezgodne z wyrokiem KIO w przedmiotowej sprawie (1295/16, str. 61), gdzie KIO stwierdziła iż „*W stanie faktycznym sprawy, zamawiający żądał przedstawienia cen za dwa etapy przedmiotu zamówienia odrębnie obliczonych z uwzględnieniem zakresów etapów, ale bez wskazania cenników, czy zasad wyceny. Przepisy ustawy precyzując wymagania co do kosztów pracy osób zatrudnionych, zobowiązują wykonawców do uwzględnienia w cenie oferty kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny oferty, nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za prace (...) Aktualnie ustawowym minimalnym kosztem pracy przyjętym do kształtowania ceny oferty jest kwota 1850 zł. Jeżeli zamawiający nie konkretyzuje żądania co do kosztów pracy przez wskazanie w opisie sposobu obliczenia ceny oferty kosztów na innym poziomie niż wynikający z ustawy, brak jest podstaw do zarzutu niezgodności oferty z treścią SIWZ, skoro w SIWZ nie zamieszczono takiej treści*”.

Podkreślił także że Zamawiający, jako faktyczne koszty pracy podaje rzekomo deklarowane wynagrodzenia brutto pracowników na poziomie 1533,87 PLN (Odwołujący nigdy takiej wartości nie deklarował!). W ten sposób uzasadnia rzekome naruszenie ustawy o wynagrodzeniu minimalnym, a kilka zdań dalej przyjmuje całkowicie odmiennie, że kwota 1850 zł jest faktycznym wynagrodzeniem brutto pracownika i oblicza dla niego koszty pracy na poziomie 2231,29 zł, tylko po to aby tym razem uzasadnić inny zarzut tj. zbyt niskiego szacowania kosztów do oferty i tym samym wnioskować z tego o rażąco niskiej cenie oferty, który również jest fikcyjny, bo nawet przy tej kwocie oferta Odwołującego wykazuje zyska w każdym z etapów. Już sam fakt takiego manipulowania założeniami w budowanych uzasadnieniach, które są wzajemnie sprzeczne, prowadzi do wniosku, że co najmniej jedno z tych założeń jest nieprawdziwe, a więc przynajmniej jeden z zarzutów Zamawiającego nie może być zasadny.

W zakresie kolejnego zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny oferty podał, że nie ma żadnych przesłanek wskazujących na wystąpienie rażąco niskiej ceny, gdyż nawet w sytuacji hipotetycznego przyjęcia w kalkulacji kosztów oferty Odwołującego podwyższonego poziomu kosztów pracy, zgodnie z postulatem Zamawiającego, to i tak każdy z etapów z osobna w ofercie Odwołującego nadal wykazuje zysk. Tym samym zmiany kosztów proponowane przez Zamawiającego nie mogą stanowić uzasadnienia i potwierdzenia dla rażąco niskiej ceny w ofercie Odwołującego. Natomiast Odwołujący wykazał, że cena oferty za wykonanie całości zamówienia, jak i każdego z etapów z osobna została skalkulowana rzetelnie, gwarantując Wykonawcy nie tylko pokrycie kosztów realizacji zamówienia, lecz także zapewniając Odwołującemu zysk.

W kolejnym zarzucie dotyczący tego, że złożona została oferta przez Odwołującego zawiera błędy w obliczeniu ceny, które nie mogą być poprawione jako oczywiste omyłki rachunkowe podał, że złożona przez Odwołującego oferta nie zawiera, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, żadnych błędów w obliczeniu ceny. Odwołujący zgodnie z wymaganiami treściowymi Formularza oferty załączonego do SIWZ prawidłowo wypełnił formularz oferty, w tym w zakresie sposobu obliczenia ceny, która w pełni odpowiada przedmiotowi zamówienia. Zwrócił uwagę na fakt że sposób wyliczenia ceny w ofercie Odwołującego był już przedmiotem badania w toku rozprawy KIO 1295/16 i w tym zakresie Zamawiający nie zgłosił żadnych zastrzeżeń co do sposobu obliczenia ceny, a wręcz przeciwnie w toku rozprawy potwierdzona została poprawność jej obliczenia w ofercie Odwołującego. Natomiast jego zdaniem to Zamawiający na bazie dostarczonych w wyjaśnieniach danych i kalkulacji ceny ofertowej Odwołującego dokonał samodzielnych dowolnych i niezrozumiałych dla Odwołującego, a przede wszystkim nie wynikających z SIWZ, zmian w kalkulacji Odwołującego. Kalkulacja Odwołującego dodatkowo opisana w wyjaśnieniach zawiera dodatkowe bufory na różne koszty oraz obejmuje planowany zysk, który ma charakter szacunkowy. Jest także buforem dla kosztów i finalnie będzie wynikiem odjęcia od ustalonej ceny kosztów faktycznie poniesionych, jest więc zmienny stosownie do poniesionych kosztów. Tym samym to cena ofertowa jest wielkością stałą, a nie zysk jak założył w swojej kalkulacji Zamawiający wyciągając na tej podstawie całkowicie nieprawdziwe wnioski, które stanowią dla Zamawiającego podstawę odrzucenia oferty.

W kolejnym zarzucie dotyczącym tego, że złożenie oferty przez Odwołującego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, podał iż wskazana przez Zamawiającego ta podstawa odrzucenia oferty była już przy poprzednim wyborze najkorzystniejszej oferty podstawą odrzucenia oferty Odwołującego i przedmiotem analizy i orzeczenia KIO 1295/16 dot. niniejszego postępowania - poprzednio Zamawiający na bazie tej samej podstawy prawnej (art. 89 ust. 1 pkt. 3) odrzucił ofertę Odwołującego, powołując się na to samo uzasadnienie merytoryczne, twierdząc, że Odwołujący zaniżył cenę Etapu II do poziomu nie pokrywającego rzekomo kosztów Etapu II i przeniósł część tych kosztów do Etapu I i w ten sposób popełnia czyn nieuczciwej konkurencji - obecnie powtarza ten sam zarzut jako uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego mimo, że był on już przedmiotem badania KIO i został w- wyroku odrzucony jako niezasadny - tym samym ponownie mamy tu do czynienia z niestosowaniem się Zamawiającego do wyroku KIO. Dodał, że Zamawiający nie wskazał również w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego w jaki sposób konkretnie działania Odwołującego uniemożliwiły lub znacznie utrudniły uzyskanie zamówienia innym wykonawcom - wszystkie zarzuty Zamawiającego tyczą się wyłącznie poziomu ceny Odwołującego, a ponieważ cena ta pokrywa, jak wykazano, koszty realizacji prac, jest ona

obiektywnym elementem gry rynkowej i konkurencji wykonawców - tym samym to Zamawiający wprowadzając dodatkowe ograniczenia i indywidualne zasady oceny ofert powoduje ograniczenie tej konkurencji i ograniczenie w możliwości uzyskania zamówienia przez Odwołującego.

Odwołujący podniósł także zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 131L Pzp, jednakże na wskazanie Izby iż przepis ten odnosi się do zamówień w dziedzinach obronności to Odwołujący nie podtrzymał dalej zarzutu opartego na tym przepisie.

W kolejnym zarzucie odnoszącym się do naruszenia art 90 ust 1 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie przez Zamawiającego uwzględnienia w badaniu i ocenie ofert i/lub wadliwą ocenę wyjaśnień udzielonych przez Odwołującego na wezwanie Zamawiającego dot. kalkulacji cenowych za poszczególne etapy realizacji przedmiotu zamówienia podał, że Zamawiający dwukrotnie wezwał Odwołującego do wyjaśnień dot. kalkulacji ceny w dniach 31 sierpnia br. i 9 września br. Jednakże Zamawiający zrealizował powyższe wezwania w sposób pozorny, gdyż analizując dokumentację i budując uzasadnienia dla podstawy odrzucenia oferty Odwołującego powołał się na argumentację, która jest w sprzeczności z oświadczeniami złożonymi w wyjaśnieniach przez Odwołującego. Tym samym Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego bazując wyłącznie na wyjaśnieniach złożonych przez Odwołującego w dniu 18 kwietnia br. nie biorąc pod uwagę dalszych wyjaśnień składanych przez Odwołującego.

Odwołujący odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego zasady z art. 7 ust.1 i 3Pzp wskazał iż naruszenie to polegało na kreowaniu indywidualnych metod oceny oferty Odwołującego, nie wynikających z SIWZ, poprzez określenie własnego sposobu obliczenia ceny przez Zamawiającego i ocenę oferty Odwołującego na bazie tego indywidualnego obliczenia, a nie na bazie treści SIWZ, kryteriów oceny ofert i treści oferty.

Nadto sformułował zarzut iż Zamawiający dokonując ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty nie zastosował się do treści wyroku KIO 1295/16 w powiązaniu z art. 196 ust 4 w zakresie podważania przez Zamawiającego faktów, które Izba uznała za udowodnione oraz dowodów na których się oparła. Podał, że Zamawiający po raz drugi wybiera tego samego wykonawcę, którego wybór był już unieważniony wyrokiem KIO 1295/16. Zamawiający zastosował się do powyższego wyroku w sposób selektywny/pozorny - tj. zrealizował ponowne badanie i ocenę ofert, jednak dokonując tego badania i oceny nie kierował się już ustaleniami z rozprawy, a wręcz podjął działania niezgodne z treścią wyroku. W szczególności Zamawiający jako podstawę odrzucenia wskazał zarzuty, które były już przedmiotem odwołania Odwołującego i KIO dokonało uznania zasadności tego odwołania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie z powodu bezzasadności podniesionych zarzutów. Stwierdził iż w wyczerpującym uzasadnieniu faktycznym wskazał, że zgodnie z wyjaśnieniami Odwołujący ustalił koszt

zaangażowania pracowników w projekt na poziomie nie wyższym niż 1850 zł brutto dla każdej z ról zdefiniowanych w zespole Wykonawcy i na tej podstawie ustalił swój oczekiwany zysk dla każdego z etapów, w szczególności dla Etapu II. Jednocześnie zgodnie z brzmieniem art. 90 ust 1 pkt 1 PZP *koszty pracy, których wartość została przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa niż minimalne wynagrodzenie za pracę ustalone na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 roku o minimalnym wynagrodzeniu za pracę*. Wypłata minimalnego, zgodnego z Pzp wynagrodzenia dla pracownika w wysokości 1850 zł brutto wymaga od pracodawcy (Wykonawcy) poniesienia całkowitych kosztów pracy (bez uwzględniania kosztów pozapłacowych związanych z wynagrodzeniem pracownika) w kwocie 2.231,29 zł i tylko przyjęcie takiej - prawidłowej kwoty do szacowania ceny oferty pozwalało na skalkulowanie jej w sposób zgodny z wymaganiami ustawy PZP.

Jeżeli wykonawca przyjął, że jego kosztem pracy byłoby 1850 zł- tak jak dokonał tego w kalkulacji oferty, to faktyczne wynagrodzenie brutto dla pracownika wynosiłoby 1.533,87 zł - co stanowi zarówno naruszenie art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy, jak i stanowi rażąco niską cenę z uwagi na niezachowanie przepisów prawa powszechnie obowiązującego w tym zakresie.

Jednocześnie zastosowanie błędnej minimalnej określonej przepisami wartości kosztów pracy spowodowało błędną kalkulację cenową dla każdego z etapów, a w konsekwencji dla całości oferty, co nie mogło zostać poprawione jako oczywista omyłka rachunkowa, czy inna omyłka w trybie art 87 Pzp.

Przyjęcie stawek na wynagrodzenie pracownika na poziomie 1850 zł jako kosztu pracodawcy, czyli 1.533,87 zł wynagrodzenia brutto dla pracownika, stanowi koszty nie tylko niezgodne z Pzp, ale także nierealne nie gwarantujące pokrycia kosztów wszystkich czynności jakie Wykonawca musi podjąć, by zrealizować przedmiot zamówienia, o którego udzielenie się ubiega, zarówno z uwagi na fakt, że nie uwzględnia żadnych pozapłacowych kosztów pracy (np. niezbędnych kosztów delegacji), jest też wynagrodzenie nierealne dla wysokospecjalizowanych pracowników z branży IT, których zaangażowania (z uwagi na sprecyzowane w SIWZ posiadane kwalifikacje i doświadczenie) wymaga Zamawiający.

Przystępujący do postępowania odwoławczego wykonawca ITTI Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu zarówno w złożonym piśmie procesowym jak i w trakcie składania oświadczeń podczas rozprawy, poparł stanowisko Zamawiającego co do zasadności odrzucenia oferty Odwołującego z powodów wskazanych w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, akt sprawy z postępowania o sygn. KIO 1295/15 oraz stanowisk stron postępowania i przystępującego przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba uznała iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Jednocześnie Izba stwierdziła, że wypełniono materialno-prawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Na wstępie podkreślenia wymaga fakt iż przedmiotowe postępowanie odwoławcze jest drugim, jakie toczy się pomiędzy tymi samymi stronami w ramach tego samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Poprzednie postępowanie zostało zakończone wyrokiem KIO z dnia 10 sierpnia 2016 roku o sygn. akt KIO 1295/16. W orzeczeniu tym KIO uwzględniła zarzuty podniesione w odwołaniu i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazała ponowne badanie i ocenę ofert. Od powyższego wyroku KIO nie została wniesiona skarga do sądu, a tym samym ustalenia Izby zawarte w tym orzeczeniu korzystają z powagi rzeczy osądzonej i nie mogą podlegać ponownej ocenie Izby, ani być kwestionowane przez strony postępowania. Powyższe stwierdzenie ma szczególne znaczenie ze względu na fakt iż wskazana podstawa odrzucenia oferty Odwołującego w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 6 lipca 2016 roku jest w znacznej części zbieżna z podstawą odrzucenia wskazaną w informacji Zamawiającego z dnia 23 września 2016 roku.

Ponadto rozstrzygnięcia Izby poczynione w poprzednim postępowaniu, np. co do kosztu zatrudnienia osób z powodu ich niezaskarżenia mają istotne znaczenie dla Izby przy orzekaniu w tym postępowaniu. W zakresie zbieżności podanych podstaw odrzucenia oferty Odwołującego Izba ustaliła (biorąc pod uwagę ww. informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz stanowiska stron podane do protokołu rozprawy), iż w pierwszym wyborze oferty, zamawiający odrzucił ofertę odwołującego z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ-u oraz popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji. Natomiast w tym wyborze zostały powtórzone powyższe podstawy odrzucenia, plus dodatkowo wskazano jako podstawę rażąco niską cenę oraz niezgodność złożonej oferty z ustawą i błąd w obliczeniu ceny.

Zamawiający na rozprawie podał, iż podstawą do wywodzenia zarzutów do odrzucenia oferty odwołującego w tym postępowaniu było niewłaściwe skalkulowanie kosztów pracy, za które to koszty Zamawiający uznaje kwotę minimalnego wynagrodzenia pracowniczego plus elementy kosztowe ponoszone przez pracodawcę w myśl obowiązujących przepisów. Natomiast przy pierwszym odrzuceniu oferty Odwołującego podstawą tej czynności było przeniesienie przez Odwołującego kosztów wykonania Etapu II do Etapu I. Nadto Zamawiający do protokołu rozprawy stwierdził iż podstawą poprzedniego odrzucenia oferty Odwołującego nie była kwestia rażąco niskiej ceny, gdyż kwestia ceny wzbudziła wątpliwości Zamawiającego dopiero po przedstawieniu na poprzedniej rozprawie przez Odwołującego przyjęcia, jako podstawy wynagrodzenia pracowników kosztu pracy w wysokości 1850 zł. Zamawiający badając w tym aspekcie złożoną przez odwołującego ofertę uznał, że naruszenie zasady takiej kalkulacji skutkuje zarówno uznaniem, iż zaoferowana cena jest rażąco niska, a także, iż jest podstawą do przyjęcia złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji oraz uznania naruszenia przepisów o minimalnym wynagrodzeniu pracowników co skutkowało uznaniem naruszenia przepisu art. 89 ust 1 pkt 1, 3, 4 i 6 Pzp.

Niespornym także pomiędzy stronami postępowania były kwestie iż Zamawiający w SIWZ przewidział za wykonanie zamówienia formę wynagrodzenia ryczałtowego, a także to, że Zamawiający nie postawił w SIWZ wymagania, aby dla wykonania tego zamówienia Wykonawca winien zatrudnić osoby na podstawie umów o pracę - jak stwierdził Zamawiający wykonawcy mieli w tym zakresie pełną swobodę.

Osią sporu pomiędzy stronami była kwestia, po pierwsze, czy Odwołujący kalkuluje koszty wynagrodzenia pracowników winien być ująć w kosztach osobowych koszt wynagrodzenia osób na poziomie minimum 2 231,29 zł, a nie 1850 zł, oraz po drugie, czy Zamawiający jako podstawę do uznania rażąco niskiej ceny może przyjąć tylko sposób kalkulacji kosztu wynagrodzenia.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaniechania przez Zamawiającego przesłania pełnej informacji o podstawach odrzucenia jego oferty, Izba uznaje powyższy zarzut za niezasadny. W tym zakresie wskazać należy iż Zamawiający zobowiązany jest do wyczerpującego wyjaśnienia przesłanek dokonanego rozstrzygnięcia oraz jednoznacznego wskazania wszystkich podstaw, na których oparł decyzję o odrzuceniu oferty. Powyższe jest niezwykle istotne m.in. z uwagi na prawo do obrony wykonawcy, przez wniesienie środków ochrony prawnej i podnoszenie argumentów na własną korzyść. Wskazany zakres i podstawy odrzucenia określają wykonawcy krąg potencjalnych zarzutów, które wykonawca może podnieść wobec tej czynności Zamawiającego. Podkreślić należy iż w uzasadnieniu faktycznym Zamawiający zobowiązany jest do wyczerpującego wyjaśnienia przesłanek dokonanego rozstrzygnięcia oraz jednoznacznego wskazania wszystkich podstaw, na

których oparł decyzję o odrzuceniu oferty. Izba biorąc pod uwagę treść przekazanego uzasadnienia odrzucenia oferty uznaje, iż jest ono wystarczające i dawało możliwość Odwołującemu zakwestionowania tej czynności Zamawiającego, co też Odwołujący uczynił. Nadto za wyrokiem Sądu Okręgowego w Koszalinie z dnia 9.04.2015 sygn. akt VII Ca160/15 należy podkreślić iż przepisy art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp nie zostaje naruszony, gdy faktyczne zawiadomienie wykonawcy o odrzuceniu jego oferty jest związane i tym samym nie musi przedstawiać i omawiać wszystkich dowodów.

Kolejnym zarzutem wymagającym szerszego omówienia przez Izbę jest zarzut rażąco niskiej ceny oferty Odwołującego. Zarzut ten, jest w sposób bezpośrednio powiązany z pozostałymi wskazanymi podstawami odrzucenia oferty w oparciu o przepis art. 89 ust.1 Pzp, gdyż Zamawiający z tej okoliczności wywodził, iż tak skalkulowana cena oferty w oparciu o niezgodną z ustawą kalkulacją kosztu wynagrodzenia, utrudniała innym wykonawcom dostęp do tego zamówienia, była rażąco niska, stanowiła błąd w jej obliczeniu.

Przywołania wymaga stanowisko Zamawiającego podane w odpowiedzi na odwołanie, gdzie Zamawiający wskazuje kiedy jego zdaniem cena ofertowa może także być uznana za cenę rażąco niską. Opierając się w szczególności na przywołanym orzecznictwie stwierdził, iż ceny jednostkowe, jako ceny do zapłaty, mogą być rozpatrywane w kategorii rażąco niskiej ceny w odniesieniu do danego kosztowego elementu oferty. Nadto stwierdził iż samo zaferowanie wyceny kosztów pracy, poniżej minimum ustawowego przesądza wręcz o potwierdzeniu przez Odwołującego, że zaferował cenę rażąco niską. W takim przypadku wtórną kwestią pozostaje fakt, czy Odwołujący faktycznie jest w stanie zaferować realizację zamówienia(...).

Odnosząc się do powyższego Izba stwierdza niezasadność stanowiska Zamawiającego w tym zakresie. Wieloletnia linia orzecznicza, jak również stanowisko doktryny, jednoznacznie uznają iż z rażąco niską ceną mamy do czynienia wtedy, gdy wskazana o ofercie cena za wykonanie zamówienia nie tylko nie gwarantuje wykonawcy żadnego zysku transakcyjnego, lecz naraża go na straty, wymuszające poszukiwanie niedozwolonych oszczędności, lub nawet prowadzi do porzucenia realizacji przedmiotu zamówienia. Za rażąco niską cenę należy uznać taką cenę która jest niewiarygodna dla wykonania przedmiotu zamówienia i jest całkowicie oderwana od realiów rynkowych. Możemy mówić o wystąpieniu takiej sytuacji gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie zamówienia przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne.

W tym postępowaniu nie mamy takiej sytuacji, sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie pośrednio przyznaje, iż Odwołujący wykazuje zysk na realizacji zarówno całego zamówienia, jak i obu jego etapów stwierdzając, iż „*Sam fakt wykazywania zysku dla każdego z etapów nie przesądza o braku przesłanki rażąco niskiej ceny, w szczególności kiedy to po stronie Wykonawcy leży obowiązek udowodnienia, że cena rażąco niska nie*

jesť. Nadto w informacji o odrzuceniu oferty (str. 4) Zamawiający podaje iż Odwołujący zaniżył z tytułu przyjęcia niewłaściwego kosztu pracy cenę brutto oferty o kwotę 20 049,18 zł. Jednocześnie skutecznie nie kwestionując iż wskazany przez Odwołującego tzw. bufor rezerwy nazwany zyskiem, dla obu etapów postępowania wynosi ponad 200 tys. złotych. Dodatkową rezerwę stanowi także kwota wymieniona w pozycji „koszty pozostałe netto” która dla I etapu wynosi 34 tys. złotych.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego iż z przywołanego w odpowiedzi na odwołanie orzecznictwa wynika, że cena jednostkowa danej pozycji mająca wpływ na cenę oferty może być podstawą przyjęcia w ofercie rażąco niskiej ceny, Izba zauważa iż przywołane zostało orzecznictwo w większości odnoszące się do wynagrodzenia kosztorysowego, gdzie wskazana cena jednostkowa ma z reguły bardzo istotny wpływ na cenę końcową. Również w zamówieniach z wynagrodzeniem ryczałtowym możliwa jest analiza nie tylko ceny końcowej (ofertowej), ale także cen dotyczących etapów realizacji zamówienia wskazanych w SIWZ np. przy zaliczkowych płatnościach za wykonanie części zamówienia. Dla przykładu we wskazanym przez Zamawiającego wyroku SO w Olsztynie V Ga 106/12, cena jednostkowa przy wynagrodzeniu ryczałtowym podlegała badaniu przez Zamawiającego, ale dotyczyło to *„ceny jednostkowego towaru sprzedawanego w pakiecie, który to pakiet został określony jako przedmiot zamówienia”*, a to jest zupełnie inny stan faktyczny niż koszt wynagrodzenia pracownika w tym postępowaniu.

Podkreślić należy iż Zamawiający przytoczył wybrane fragmenty uzasadnień wyroków KIO zawierające generalne tezy, z którymi na pewnym poziomie ogólności, w oderwaniu od konkretnych okoliczności stanu faktycznego danego postępowania, nie sposób się nie zgodzić. Natomiast każdy z przywołanych wyroków został wydany w oparciu o odmienny stan faktyczny co w sposób zdecydowany determinuje treść orzeczenia Izby. Nadto każdy skład Izby, wydając rozstrzygnięcie w sprawie konkretnego odwołania nie jest związany innym orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej z innego postępowania. Ocenie Izby podlega czynność lub jej zaniechanie w danym postępowaniu przez Zamawiającego przy uwzględnieniu obowiązującego prawa, ustalonego stanu faktycznego i dowodów przedstawionych przez strony (art. 190 ust.1 i 7 Pzp).

Podkreślić należy, iż nawet niewłaściwa wycena danej pozycji kosztowej składającą się na cenę ofertową w świetle przepisów mających zastosowanie w tym postępowaniu nie może być samodzielna podstawą do uznania rażąco niskiej ceny oferty, a co najwyżej do niezgodności treści oferty z treścią postanowień SIWZ. Takiego zarzutu Zamawiający wobec oferty Odwołującego w ogóle nie podnosi. Rażąco niską cenę oferty należy odnosić do ceny oferty jako całości. Odrzucając ofertę Zamawiający musi wykazać pewność, że nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia za zaoferowaną cenę. Natomiast w tym postępowaniu, nawet w sytuacji kwestionowania prawidłowej wyceny kosztów wykonania etapu II

Zamawiający na rozprawie nie wykazał, że koszty wykonania zamówienia będą większe niż koszty przychodu uzyskane z tego tytułu i stwierdził iż wg. jego wyliczeń, biorąc pod uwagę prawidłowo przyjęte koszty wynagrodzenia osób to zysk wykonawcy na drugim etapie wynosiłby nie jak podał Odwołujący ponad 11 tys. złotych, ale tylko około 119 zł.

W zakresie oceny stanowiska Zamawiającego co do braku właściwego wyliczenia kosztów pracy osób zatrudnionych przy wykonywaniu zamówienia należy na wstępie zauważyć iż kwestia minimalnego poziomu kosztu pracy osób mających realizować to zamówienie została przez Izbę w poprzednim wyroku (KIO 1295/16) jednoznacznie rozstrzygnięta, str. 61 uzasadnienia, cyt. *” Aktualnie ustawowym minimalnym kosztem pracy przyjętym do kształtowania ceny oferty jest kwota 1850 zł. Jeżeli zamawiający nie konkretyzuje żądania co do kosztów pracy przez wskazanie w opisie sposobu obliczenia ceny oferty kosztów na innym poziomie niż wynikający z ustawy, brak jest podstaw do zarzutu niezgodności oferty z treścią SIWZ, skoro w SIWZ nie zamieszczono takiej treści.”* Mimo tego Zamawiający całość podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego w tym postępowaniu buduje właśnie na przyjęciu założenia iż wskazana kwota minimalnego wynagrodzenia w obowiązującej obecnie wysokości winna być powiększona o obowiązkowe koszty pracodawcy, na które składają się składki na ubezpieczenie emerytalne, rentowe, wypadkowe, fundusz pracy oraz Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych łącznie daje to dodatkową kwotę obciążeń wg. wyliczeń Zamawiającego w wysokości 381,29 zł, a łączny koszt pracy to nie kwota 1850,00 zł lecz minimum 2 231,29 zł.

Izba wskazuje, że z przepisu art. 90 ust.1 Pzp jednoznacznie wynika iż wartość kosztów pracy przyjętych dla kalkulacji ceny oferty nie może być niższa *od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3–5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314)*. Tak więc w tym przepisie ustawodawca ustalił minimalny koszt pracy, a nie kwotę minimalnego wynagrodzenia. Tym samym wykonawca niezależnie od formy, w jakiej zatrudni osoby, nie może wykazywać kosztów pracy mniejszych, niż minimalne wynagrodzenie za pracę.

Oczywistym jest, że w sytuacji kiedy Zamawiający skorzystałby z przepisu art. 29 ust. 4 ustawy Pzp i określił w opisie przedmiotu zamówienia wymagania związane z realizacją zamówienia, dotyczące zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia, to niewątpliwym byłoby iż wykonawca musiałby wliczyć do ceny oferty dodatkową kwotę obciążeń z tytułu konieczności opłacania ww. składek. Takich ustaleń co potwierdził na rozprawie sam Zamawiający w SIWZ niema.

Niesporym w sprawie jest także fakt, iż Odwołujący korzystając z braku innych uregulowań w SIWZ złożył Zamawiającemu wyjaśnienie z 7 września 2016 roku, iż

Odwołujący celem optymalizacji kosztów pracy i w ramach tego przewiduje stosowanie umów cywilno- prawnych w postaci umów zlecenia i o dzieło. W tym miejscu należy wskazać, że koszty pracodawcy przy umowach cywilnoprawnych są niższe od kosztów ponoszonych z tytułu umów o pracę, chociażby z tytułu nieopłacania składek na Fundusz Pracy i FGŚP. Jako przykład możliwości wystąpienia różnych sytuacji kiedy kwota składek opłacanych przez pracodawcę będzie niższa niż przy umowie o pracę można wskazać chociażby stanowisko ZUS O/ Lublin podane w indywidualnej interpretacji z dnia 14.09.2016 r., znak: WPI/200000/43/968/2016, gdzie ZUS stwierdził iż „*dla celów ZUS za pracownika uważa się m in. osobę, która co prawda zawarła umowę zlecenia z innym podmiotem niż ten, z którym łączy ją stosunek pracy, lecz wykonuje ją na rzecz własnego pracodawcy. W takim przypadku zleceniodawca nie zgłasza zleceniobiorcy do ubezpieczeń i nie nalicza za niego żadnych składek do ZUS”*. Ponadto wysokość tych kosztów zależy także od tego czy osoba zatrudniona na umowę cywilnoprawną posiada już prawo do ubezpieczenia społecznego z innego tytułu. Z powyższego wynika iż błędne jest zarówno samo twierdzenie, jak i dokonane wyliczenia Zamawiającego, iż wykonawca zamówienia niezależnie od podstawy prawnej dysponowania osobami dla wykonania zamówienia, zawsze będzie obciążony kosztem pracy w wysokości 2 231,29 zł.

Ponadto podkreślić ponownie należy iż Odwołujący wskazywał na rezerwę kosztów netto oraz tzw. bufor, gdzie jako zabezpieczenie na dodatkowe lub nieprzewidziane wydatki zabezpieczono kwotę ponad 200 tys. zł i w kwocie tej znajdują się także środki na poniesienie dodatkowego kosztu pracy, czego Zamawiający nie kwestionował. W żaden sposób Zamawiający nie obalił wyjaśnień Odwołującego w tym zakresie, a w szczególności nie wykazał iż nawet doliczenie dodatkowych kosztów pracy może spowodować sytuację, iż koszty wykonania zamówienia będą większe niż kwota przychodu uzyskana z tytułu jego zrealizowania.

W tej sytuacji brak jest podstaw do uznania zasadności odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny oferty spowodowanej niewłaściwym, zdaniem Zamawiającego, skalkulowaniem kosztów pracy, a także wystąpienie z tego tytułu niezgodności oferty z ustawą, tj. wystąpienia przesłanki do odrzucenia z art. 89 ust.1 pkt 1 Pzp.

Izba przy uwzględnieniu ww. okoliczności i podstaw odrzucenia oferty nie znajduje podstaw do przyjęcia iż sposób kalkulowania przez Odwołującego ceny ofertowej, a w szczególności kosztu pracy, spowodował sytuację na rynku zamówień, która miałaby utrudnić innym wykonawcom udział w tym postępowaniu. Również zasadności tej podstawy odrzucenia oferty nie uzasadnia stanowisko Zamawiającego podane w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, gdzie Zamawiający stwierdził, iż *Wykonawca potwierdził fakt przeniesienia kosztów związanych z realizacją etapu II do wynagrodzenia należnego za realizację etapu I, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o*

*zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W tym zakresie przywołać wskazać należy iż Izba w poprzednim postępowaniu odwoławczym rozpatrywała już tą kwestie i uznała niezasadność takiego zarzutu (str 64 uzasadnienia) wskazując iż niewątpliwie Odwołujący przyjął sposób kalkulacji ceny odpowiadający wymaganiom ustawowym oraz pozwalający na uzyskanie możliwie najkorzystniejszej punktacji. Ponadto Izba stwierdziła iż to sam Zamawiający poprzez niedopuszczalne nadanie różnej wagi, temu samemu kryterium oceny ofert, tj, ceny, sam zachęcił wykonawców do takiego sposobu przedstawienia ofert. Izba także w tym orzeczeniu (KIO 1295/16) stwierdziła, że cena oferty Odwołującego nawet w przypadku uznania takiego przesunięcia jest i tak najniższa ze wszystkich ofert złożonych w postępowaniu i jakiegokolwiek przesunięcia ceny nie mają znaczenia, a tym samym jest ofertą najkorzystniejszą biorąc pod uwagę przyjęte kryteria oceny. Ponadto Izba w tymże wyroku stwierdziła także, że w przypadku kalkulacji kosztów pracy, *brak jest podstaw do uznania, że odwołujący w tym zakresie zaoferował stawki mogące utrudniać uczciwą konkurencję na rynku.**

Odnosząc się do powyższego stwierdzić należy iż Zamawiający dokonując ponownego badania i oceny ofert, zastosował się tylko do ww. orzeczenia Izby w zakresie nakazania ponownego badania i oceny ofert, natomiast pominął istotne ustalenia Izby zawarte w uzasadnieniu orzeczenia, czyniąc je ponownie podstawą odrzucenia oferty.

Izba odnosząc się do treści wyjaśnień Odwołującego w zakresie ceny ofertowej, udzielonych Zamawiającemu nie uznaje, aby mogły być podstawą dla Zamawiającego do przyjęcia rażąco niskiej ceny złożonej oferty.

Kolejnym zarzutem podniesionym wobec oferty Odwołującego, który Zamawiający uczynił podstawą odrzucenia oferty jest zarzut naruszenia z art. 89 ust.1 pkt 6 Pzp dotyczącego błędu w obliczeniu ceny wywodzony jak i wyżej omówione zarzuty z ustalenia niewłaściwego kosztu pracy osób dedykowanych do wykonania tego zamówienia.

Odnosząc się do powyższego, przy przywołaniu przedstawionego stanowiska Izby co do zarzutów powyżej ocenionych Izba stwierdza, że brak jest jakichkolwiek podstaw do przyjęcia – przy braku opisanego w SIWZ innego wymagania Zamawiającego w tym zakresie, że sposób przyjęcia kwot do obliczenia kosztu pracy jest niezgodny z przepisami Pzp. Zamawiający odnosząc się do tej kwestii w odpowiedzi na odwołanie podał iż *„Charakter błędu Wykonawcy w kalkulacji ceny ofertowej (przyjęcie złej podstawy do wyliczenia kosztów pracy) nie pozwala Zamawiającemu na skorzystanie z uprawnień art. 87 ust. 2 pkt 2) ustawy PZP. W związku z powyższym uznać należy, że oferta Wykonawcy zawiera błędy w obliczeniu ceny niemożliwe do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2) ustawy PZP i w konsekwencji na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 6) ustawy PZP podlega odrzuceniu”.*

Izba uznając brak błędu Odwołującego w sposobie dokonania przyjęcia kosztu pracy dla osób dedykowanych do wykonania tego zamówienia, stwierdza brak podstaw do przyjęcia iż złożona oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny.

Za istotną kwestię, Izba uznaje potrzebę podkreślenia, że Zamawiający ustalił ryczałtową formę wynagrodzenia za wykonanie tego zamówienia. Wynagrodzenie ryczałtowe oznacza wynagrodzenie za całość dzieła lub usługi w jednej sumie pieniężnej lub wartości globalnej. Jego istotę stanowi określenie tego wynagrodzenia przysługującego wykonawcy z góry, bez przeprowadzenia szczegółowej analizy kosztów wytwarzania zamawianego dzieła czy usługi. Ryczałt polega więc na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że Wykonawca nie będzie się domagać zapłaty wynagrodzenia wyższego, ale również Zamawiający nie może żądać obniżenia ustalonego wcześniej przez strony ryczałtu. W wyroku SO w Białymstoku z 19.05.2006 r., II Ca 417/06 Sąd stwierdził także, że *Choćby zamawiający określił, że cena za przedmiot zamówienia ma być ceną ryczałtową, lecz w specyfikacji wyraźnie domagał się także dołączenia do oferty kosztorysu ofertowego, to złożenie oferty z pominięciem kosztorysu powoduje, iż nie odpowiada ona treści specyfikacji*".

W tym postępowaniu Zamawiający żadnych wymagań co do sposobu kalkulacji kosztu pracy w SIWZ nie przedstawił, a pomimo tego, uczynił tą kwestię podstawą oceny i odrzucenia oferty. Próba wywodzenie takiego obowiązku z powszechnie obowiązujących przepisów prawa, Izba w świetle uregulowań wynikających z przepisu art. 29 Pzp uznaje za niezasadne. Powyższy przepis nakłada na Zamawiającego obowiązek jednoznacznego i wyczerpującego opisu w SIWZ przedmiotu zamówienia wraz potrzebą ustalenia danych kontraktowych, w tym także tych od których uzależniony jest sposób obliczenia ceny.

Ten brak jednoznaczności opisu przejawia się w szczególności zarówno w braku ustalenia w SIWZ oczekiwanego sposobu kalkulacji kosztu pracy, jak i w sposobie zlecenia zadań w zakresie realizacji Etapu II, gdzie Zamawiający zastrzegł, iż wykonawca po otrzymaniu zlecenia winien w terminie 3 dni określić niezbędny nakład pracy i przedłożyć go do zatwierdzenia Zamawiającemu, który może odmówić akceptacji, co będzie oznaczało rezygnację zlecenia wykonawcy danej usługi nadzoru. Sytuacja taka nie ma rzeczywistości żadnego powiązania z ustaloną ilością 5 tys. godzin usługi nadzoru, gdyż w przypadku braku akceptacji Zamawiającego przedłożonej kalkulacji, może nie dojść do realizacji II etapu przez wybranego wykonawcę.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 1 i 7; 191 ust. 2 oraz 192 ust.1,2,3 pkt 1 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: