

Sygn. akt: KIO 3000/13

WYROK

z dnia 16 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 stycznia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2013 r. przez **wykonawcę FallWork Sp. z o.o., ul. Zeylanda 6/5, 60-808 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez **Sąd Rejonowy w Wołominie, ul. Prądyńskiego 3A, 05-200 Wołomin**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum firm w składzie: Outworking Sp. z o.o. Sp. K. (Lider Konsorcjum), Outworking APT Sp. z o.o., Outworking APT Sp. z o.o. 2 Sp. K., Outworking APT Sp. z o.o. 6 Sp. K., Outworking APT Sp. z o.o. 8 Sp. K., Outworking APT Sp. z o.o. 9 Sp. K. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Langiewicza 2/10, 61-502 Poznań, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego**

orzeka:

- 1. uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu, tj. Sądowi Rejonowemu w Wołominie, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności odrzucenia oferty wykonawcy FallWork Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu i nakazuje ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu;**
- 2. kosztami postępowania obciąża Sąd Rejonowy w Wołominie, ul. Prądyńskiego 3A, 05-200 Wołomin i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę FallWork Sp. z o.o., ul. Zeylanda 6/5, 60-808 Poznań** tytułem wpisu od odwołania.
- 2.2. zasądza od **Sądu Rejonowego w Wołominie, ul. Prądyńskiego 3A, 05-200 Wołomin** na rzecz **wykonawcy FallWork Sp. z o.o., ul. Zeylanda 6/5, 60-808 Poznań** 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 Odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Sąd Rejonowy w Wołominie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Świadczenie usługi polegającej na skierowaniu do pracy na rzecz Sądu Rejonowego w Wołominie, w przewidywanym terminie realizacji usługi, tj. od dnia podpisania umowy jednak nie wcześniej niż od dnia 7.1.2014 r. do dnia 31.7.2014 r., 35 pracowników tymczasowych”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 13 listopada 2013 r. pod nr 2013/S 220-383446.

W postępowaniu tym wykonawca FallWork Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Odwołujący”) w dniu 27 grudnia 2013 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 26 grudnia 2013 r. Informacja o czynnościach Zamawiającego stanowiących podstawę odwołania została przekazana przez Zamawiającego Odwołującemu w dniach 19 i 23 grudnia 2013 r.

Zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do przyłączenia się do niniejszego postępowania przekazał wykonawcom w dniu 30 grudnia 2013 r. Do postępowania odwoławczego swoje zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum firm w składzie: Outworking Sp. z o.o. Sp. K. (Lider Konsorcjum), Outworking APT Sp. z o.o., Outworking APT Sp. z o.o. 2 Sp. K., Outworking APT Sp. z o.o. 6 Sp. K., Outworking APT Sp. z o.o. 8 Sp. K., Outworking APT Sp. z o.o. 9 Sp. K. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Poznaniu (dalej: „Przystępujący”). Kopia zgłoszenia przystąpienia została przekazana stronom postępowania odwoławczego.

Izba po przeprowadzeniu czynności formalnoprawnych związanych z wniesionym odwołaniem skierowała je do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 16 stycznia 2014 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła następujące stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego.

Odwołujący złożył odwołanie wobec czynności Zamawiającego, polegających na:

1. odrzuceniu oferty Odwołującego;
2. zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego;
3. wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego;
4. z ostrożności procesowej - zaniechaniu poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych lub innych omyłek polegających na niezgodności treści oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”).

Wskazanym czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie w sytuacji, gdy oferta Odwołującego nie jest obciążona błędem w obliczeniu ceny;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie jego zastosowania w stosunku do oferty Przystępującego, w sytuacji, gdy jego oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie jego zastosowania w stosunku do oferty Przystępującego, w sytuacji, gdy złożenie przez niego oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 5) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie polegające na uznaniu za najkorzystniejszą oferty, która w świetle kryteriów oceny ofert nie może być uznaną za najkorzystniejszą;
- 6) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie nieuprawnionej zmiany treści oferty Odwołującego;
- 7) z ostrożności - art. 87 ust. 2 pkt. 2 i 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie ich zastosowania pomimo wystąpienia ustawowych przesłanek ku temu.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
- 3) odrzucenia oferty Przystępującego;

- 4) z ostrożności procesowej - poprawienia u Odwołującego omyłek rachunkowych lub innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty Odwołującego;
- 5) wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ważnych ofert.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu złożył ofertę z najniższą ceną, a ta była jedynym kryterium oceny ofert. Podkreślił, że w toku badania i oceny ofert w dniu 3 grudnia 2013 r. Zamawiający wezwał go w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do udzielenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty i wezwanie to dotyczyło sposobu obliczenia ceny. W zapytaniu Zamawiający prosił o udzielenie informacji na temat bliżej nieokreślonego „współczynnika”, który został przyjęty w kalkulacji ceny oferty oraz liczby miesięcy „pełnych” i „niepełnych”, które stanowiły podstawę obliczenia ceny. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w treści SIWZ nie definiował żadnych „współczynników” do obliczenia ceny oferty oraz nie oczekiwał ich podania w treści ofert, stąd też wezwanie to okazało się dla Odwołującego niezrozumiałe. Podkreślił, że w zakresie przyjętych do obliczeń liczby miesięcy „pełnych” i „niepełnych” udzielił wyjaśnień, że odpowiadają one wymaganiom zawartym w SIWZ. Zwrócił uwagę, że w opisie sposobu obliczenia ceny oferty ani w formularzu ofertowym Zamawiający nie oczekiwał podania żądanych później informacji i nie określił również, przez jaki „współczynnik” mają być przemnożone ceny ofert i jaka jest wartość owego współczynnika. Odwołujący podkreślił, że na tym etapie postępowania udzielone przez niego wyjaśnienia były dla Zamawiającego wystarczające, skutkiem czego podjęto decyzję o wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. W dniu 19 grudnia 2013 r. jednak Zamawiający przesłał informację o uchyleniu decyzji o rozstrzygnięciu postępowania, po czym w dniu 23 grudnia 2013 r. dokonał powtórzenia oceny ofert, w którym podjął decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny. Za najkorzystniejszą zaś uznano ofertę Przystępującego. Według Odwołującego Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym swojej decyzji ustalił nowy sposób obliczenia ceny oferty i uznał, że oferta Odwołującego jest obliczona niezgodnie z tym sposobem. W jego ocenie modyfikacja sposobu obliczenia ceny oferty polegała na przyjęciu (niemal miesiąc po otwarciu ofert), że każdy z wykonawców winien pomnożyć cenę netto za miesiąc przez ilość: 6,904761905 - taką liczbę miesięcy świadczenia usługi przyjął Zamawiający. Dopiero w tym dniu, kiedy Zamawiający przekazał informację o odrzuceniu oferty Odwołującego powziął on wiedzę na temat tego, co Zamawiający miał na myśli, pytając go w dniu 3 grudnia 2013 r. o wartość przyjętego „współczynnika”. Podkreślił, że pierwotny (zawarty w SIWZ) sposób obliczenia ceny oferty sprowadzał się do pomnożenia ceny jednostkowej za miesiąc przez 6 miesięcy

(od 07.01.2014 r. do 06.07.2014 r.), i 19 dni lipca (od 7.07.2014 r. do 31.07. 2014 r.), co – według Odwołującego - z oczywistych względów jest zadaniem niewykonalnym.

Odwołujący podkreślił, że wskutek wykonanych samodzielnie i wg nowych zasad przeliczeń ceny jego oferty Zamawiający przyjął (strona 6 pisma z dnia 23 grudnia 2013 r.), że cena oferty Odwołującego zamiast 672 458,47 zł brutto powinna wynosić (sic !) 672 458,47 zł brutto i na tej podstawie uznał, że zawiera ona błąd w obliczeniu ceny.

Odwołujący wskazał na dodatkowe zasadnicze wady uzasadnienia podjętej decyzji:

1. Przywołał pkt 4 formularza oferty (Załącznik nr 1 do SIWZ), zgodnie z którym podane w ofercie wynagrodzenie netto nie będzie podlegać zmianie i waloryzacji w okresie związania ofertą oraz w okresie obowiązywania umowy, co potwierdza także § 5 projektu umowy w sprawie zamówienia publicznego (Załącznik nr 7 do SIWZ). Jeżeli zatem wynagrodzenie za wykonanie umowy jest kwotą stałą to argumentacja Zamawiającego o rzekomej możliwości „wyczerpania się kwoty przed realizacją całości zamówienia”, zdaniem Odwołującego, nie znajduje oparcia w warunkach postępowania. Składając ofertę i potwierdzając prawidłowość wyliczeń w wyjaśnieniach wykonawca zobowiązuje się wykonać całość zamówienia za kwotę podaną w ofercie, bez możliwości jej zwiększenia czy wcześniejszego wyczerpania.
2. Dokonując wyliczenia cen ofert wg nowych zasad Zamawiający dokonał pomylenia dni roboczych z kalendarzowymi, wskutek czego przyjęte założenia nie odzwierciedlają faktycznie wykonywanego zakresu zamówienia.
3. Z sobie tylko znanych przyczyn Zamawiający podniósł wskaźnik opłacanej przez Odwołującego składki ubezpieczenia wypadkowego. W przypadku firmy Odwołującego składka ta wynosi 1,20% wartości wynagrodzenia brutto, tymczasem Zamawiający w treści pisma z dnia 23 grudnia 2013 r. do obliczeń przyjął składkę na poziomie 1,93%, a działanie takie według Odwołującego stanowi zmianę treści oferty wykonawcy wbrew przepisom ustawy Pzp.
4. Za podstawę zaniechania ewentualnego poprawienia omyłek w obliczeniu ceny oferty Zamawiający przyjął możliwość obniżenia wynagrodzenia do poziomu rażąco niskiej ceny (str. 6 pisma z dnia 23 grudnia 2013 r.), ustawa Pzp zaś w swojej treści nie przewiduje możliwości zaniechania poprawienia omyłek rachunkowych z tej przyczyny. Według Odwołującego Zamawiający powinien dokonać takiego poprawienia, a dopiero następnie rozważyć wystąpienie rażąco niskiej ceny i ewentualnie podjąć decyzję o odrzuceniu oferty z tej przyczyny. Odwołujący podkreślił też, że Zamawiający całkowicie pominął w treści uzasadnienia możliwość zwiększenia wynagrodzenia Odwołującego wskutek przemnożenia ceny przez nowy współczynnik.

Podsumowując ten zarzut Odwołujący poniósł, iż:

- 1) Jeżeli Zamawiający oczekiwał przemnożenia jednostkowych cen miesięcznych przez współczynnik 6,904761905 to informacja ta winna znaleźć się w treści SIWZ w opisie sposobu obliczenia ceny oferty oraz formularzu ofertowym, zaś ujawnienie oczekiwań Zamawiającego w momencie rozstrzygnięcia postępowania uznać należy za spóźnione i nie mogące wywoływać negatywnych skutków dla wykonawców.
- 2) Odwołujący nie może również ponosić negatywnych skutków nieprecyzyjnych zapytań ze strony Zamawiającego w zakresie obliczenia ceny oferty. Pojęcie „współczynnik” nie jest zdefiniowane ani w przepisach prawa dotyczących wynagrodzeń, ani w treści SIWZ. Dopiero w momencie rozstrzygnięcia postępowania Zamawiający wskazał, o jaką informację chodziło mu w wezwaniu, przy czym współczynnik ten był wartością stworzoną przez Zamawiającego wyłącznie na potrzeby rozstrzygnięcia niniejszego przetargu.
- 3) Zaoferowana cena brutto oferty miała być jedynym kryterium oceny ofert oraz kwotą niezmienną w toku realizacji zamówienia. Sposób obliczenia tej kwoty nie ma więc, zdaniem Odwołującego, żadnego znaczenia dla rozliczeń i nie uprawnia również wykonawcy do zgłaszania jakichkolwiek roszczeń dotyczących zwiększenia wynagrodzenia czy wcześniejszego zakończenia umowy.
- 4) Jeżeli nawet uznać, że obliczenia wykonane przez Odwołującego są niezgodne z wymaganiami SIWZ, to Zamawiający w oparciu o posiadane informacje jest w stanie ustalić prawidłową (wg niego) cenę oferty, a rzekomy błąd polega na przemnożeniu miesięcznej ceny jednostkowej przez niewłaściwy współczynnik, co wskazuje na możliwość zastosowania procedury poprawy oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 lub 3 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł również, iż w toku badania i oceny ofert Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo wystąpienia ustawowych przesłanek ku temu. Zwrócił uwagę na to, że wykonawca ten zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia w cenie brutto równej cenie netto, tj. ze stawką VAT „zwolniony”. Podkreślił, że usługi objęte przedmiotem niniejszego przetargu objęte są stawką VAT 23%, więc zaoferowanie niewłaściwej stawki VAT, w jego ocenie, uznać należy za błąd w obliczeniu ceny, co potwierdza uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r. sygn. akt: III CZP 53/11 (publ. OSNC 2012/4/45, LEX nr 1022576, Biul.SN 2011/10/7), zgodnie z którą określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli nie ma ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki. Jeżeli natomiast zaoferowanie stawki VAT w wysokości „zwolniony” było efektem zastosowania zwolnienia podmiotowego z VAT poprzez zawarcie umowy konsorcjum przez wiele podmiotów, to złożenie takiej oferty, zdaniem Odwołującego, uznać

należy za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przywołał tu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 nr 153 poz. 1503), zgodnie z którym czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Podkreślił, że w przedmiotowej sprawie zawiązanie konsorcjum przez wiele podmiotów wyłącznie w celu uzyskania zwolnienia podmiotowego z podatku VAT uznać należy za obejście przepisów prawa, a więc działanie sprzeczne z prawem. Oferta Przystępującego powinna być według niego odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 lub 6 ustawy Pzp.

Tym samym też Zamawiający, zdaniem Odwołującego, w prowadzonym postępowaniu dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z rażącym naruszeniem przepisom ustawy, czym uchybił wymogom przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz naruszył zasady uczciwej konkurencji określone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko, wnosząc o uwzględnienie odwołania oraz o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Zamawiający w toku rozprawy złożył do akt sprawy pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie na jego rzecz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika. Podkreślił, że w rozdziale IV SIWZ, a także w formularzu oferty i kalkulacji cenowej, określił termin świadczenia usługi od dnia podpisania umowy, jednakże nie wcześniej niż od dnia 7 stycznia 2014 r. do dnia 31 lipca 2014 r. Zamawiający wskazał też na pkt 16 opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 6 do SIWZ), gdzie określił, że rozliczenie finansowe za wykonanie usługi będą dokonywane w okresach miesięcznych na podstawie faktur VAT, które będą wystawane zgodnie z ilością faktycznie skierowanych do pracy administracyjno-urzędniczej „Pracowników Biurowych” oraz „Koordynatorów Prawnych”, pracujących na rzecz Zamawiającego w danym miesiącu przy świadczeniu ww. usług. Podstawą do wystawienia takiej faktury miała być Lista obecności wskazanych pracowników zatwierdzona przez strony umowy. Zamawiający wskazał na ilość dni pracujących w poszczególnych miesiącach świadczenia usługi:

- od dnia 7.01.2014 r. do dnia 31.01.14 – liczba dni do przepracowania 19 z liczby 21 dni pracujących – przyjęta liczba miesięcy: 0,904761905
- od dnia 001.02.2014 r. do dnia 28.02.2014 r. – liczba dni do przepracowania 20 z liczby 20 dni pracujących – przyjęta liczba miesięcy: 1,000000000

- od dnia 1.03.2014 r. do dnia 31.03.2014 r. – liczba dni do przepracowania 21 z liczby 21 dni pracujących – przyjęta liczba miesięcy: 1,000000000
- od dnia 1.04.2014 r. do dnia 30.04.2014 r. – liczba dni do przepracowania 21 z liczby 21 dni pracujących – przyjęta liczba miesięcy: 1,000000000
- od dnia 1.05.2014 r. do dnia 31.05.2014 r. – liczba dni do przepracowania 20 z liczby 20 dni pracujących – przyjęta liczba miesięcy: 1,000000000
- od dnia 1.06.2014 r. do dnia 30.06.2014 r. – liczba dni do przepracowania 20 z liczby 20 dni pracujących – przyjęta liczba miesięcy: 1,000000000
- od dnia 1.07.2014 r. do dnia 31 maja (prawdopodobnie chodzi o lipiec) 2014 r. – liczba dni do przepracowania 23 z liczby 23 dni pracujących – przyjęta liczba miesięcy: 1,000000000.

Podkreślił, że przyjęty w załączniku nr 1 do oferty (kalkulacja cenowa) sposób kalkulacji ceny przewiduje przemnożenie jednostkowej ceny netto za miesiąc (kolumna 5) przez okres świadczenia usługi (kolumna 6). Kwoty w kolumnie 5 są natomiast skalkulowane dla miesiąca kalendarzowego świadczenia usługi, stąd też – jego zdaniem - nie byłoby możliwe jakiegokolwiek działanie matematyczne, gdyż długość okresu w kolumnie 6 również musi być odniesiona do miesiąca kalendarzowego. Podkreślił, że jak wynika z obliczeń długość okresu świadczenia usługi podana w miesiącach kalendarzowych wartość współczynnika wynosi 6,904761905 miesiąca kalendarzowego. W ocenie Zamawiającego jest to jedyny współczynnik pozwalających przeprowadzić kalkulację cenową na podstawie formularza załącznika nr 1 do oferty. Wskazał, że w okresie świadczenia usługi od dnia 7 stycznia 2014 r. do dnia 31 lipca 2014 r. występuje 6 pełnych miesięcy od lutego 2014 r. do lipca 2014 r. i jeden miesiąc niepełny styczeń 2014 r. Odwołujący według Zamawiającego błędnie skalkulował swoją cenę. Z treści udzielonych przez niego wyjaśnień - zdaniem Zamawiającego – wynika, że wykonawca ten przyjął w kalkulacji krótszy okres świadczenia usługi niż to wynika ze szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, tj. 5 pełnych miesięcy od lutego do czerwca 2014 r. oraz dwa niepełne miesiące, tj. styczeń i lipiec 2014 r. Zdaniem Zamawiającego taki sposób kalkulacji prowadzi do tego, że cena wynikowa nie obejmuje wykonania całości przedmiotu zamówienia. Podkreślił, że w przypadku wpisania ceny wynikowej do umowy, jako maksymalnego wynagrodzenia wykonawcy, kwota ta wyczerpie się przed realizacją całego zamówienia. Według Zamawiającego, aby kwota wystarczała na realizację całości zamówienia wykonawca musiałby obniżyć jednostkową cenę netto za miesiąc (kolumna 5 kalkulacji cenowej), a w przypadku oferty Odwołującego jest to niemożliwe ponieważ prowadziłoby do powstania ceny poniżej ustawowych kosztów zatrudnienia pracownika, a więc rażąco niskiej ceny. Zamawiający przedstawił sposób obliczenia ceny jednostkowej miesięcznej netto w ofercie Odwołującego, która według niego

powinna być obliczona przy użyciu wskazanego współczynnika. W takiej sytuacji jednak - w jego ocenie - cena taka nie uwzględniałaby marży i prowizji Odwołującego. Na poparcie swojego stanowiska Zamawiający powołał się na orzecznictwo KIO (KIO 632/12, KIO/UZP 865/09 i KIO 902/09 oraz KIO/UZP 2441/10). Zamawiający podkreślił też, że Odwołujący nie skorzystał z możliwości złożenia zapytania do Zamawiającego w zakresie wyjaśnienia treści SIWZ co do kalkulacji ceny, uwzględniającej ilość pełnych miesięcy realizacji usługi oraz ilość dni w niepełnym miesiącu świadczenia usługi. Według Zamawiającego przyjęcie 19 dni roboczych w miesiącu stycznia 2014 r. świadczenia usługi oraz 20 dni w lutym, 21 dni w marcu i kwietniu a także 20 dni w maju i w czerwcu oraz 23 dni w lipcu jest jedyną możliwością poprawnego wyliczenia jednostkowej ceny netto za miesiąc świadczenia usługi przez pracownika tymczasowego w całym okresie realizacji usługi, tj. od dnia 7.01.2014 do dnia 31.07.2014 r.

Odnosząc się do drugie zarzutu odwołania polegającego na zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego Zamawiający uznał go za chybiony. Powołał się w tym zakresie na orzecznictwo KIO (KIO 2746/10, KIO/UZP 153/10), a także podkreślił, że przywołana przez Odwołującego uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r. (III CZP 53/11) ma zastosowanie do innego stanu faktycznego i nie dotyczy zwolnienia podmiotowego z VAT.

W toku rozprawy Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko, wnosząc o oddalenie odwołania i zasądzenie na jego rzecz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3 600 zł.

Przystępujący złożył do akt sprawy swoje zgłoszenie przystąpienia, popierając stanowisko Zamawiającego i wnosząc o oddalenie odwołania. W toku rozprawy podtrzymał swoje stanowisko.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. Zaskarżone czynności Zamawiającego, polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego i zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego, uznanej przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza w postępowaniu w sposób bezpośredni pozbawiały uzyskania przedmiotowego zamówienia przez Odwołującego. Tym samym Odwołujący wykazał swój uszczerbek (szkodę) w interesie, co stanowi wypełnienie przesłanki materialnoprawnej, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała, że podlega ono uwzględnieniu.

Izba ustaliła, że Zamawiający wszczął przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i opublikował ogłoszenie o zamówieniu w dniu 13 listopada 2013 r. Do upływu terminu składania ofert (tj. do dnia 28 listopada 2013 r.) w przedmiotowym postępowaniu wpłynęło pięć oferty, w tym m.in. tj. oferta Odwołującego i oferta Przystępującego. Zamawiający po dokonaniu badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu w dniu 11 grudnia 2013 r. poinformował Odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej w postępowaniu jego oferty.

Upřednio, pismem z dnia 3 grudnia 2013 r., Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w związku z powzięciem wątpliwości w zakresie współczynnika jaki uwzględnił Odwołujący w kalkulacji cenowej stanowiącej załącznik nr 1 do formularza ofertowego przy obliczeniu ceny netto z kolumny nr 5 kalkulacji cenowej w celu uzyskania wartości netto z kolumny nr 7 kalkulacji cenowej. Jednocześnie Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia jaki przyjął on okres pełnych miesięcy i ilość niepełnych dni w danym miesiącu kalkulując cenę za świadczoną usługę w okresie od 7.01.2014 do 31.07.2014 r. (jaka została przyjęta w kalkulacji cenowej cena netto jednego pomocnika biurowego oraz cena jednej dniówki jednego pracownika biurowego w niepełnym miesiącu styczniu 2014 r. oraz w miesiącach od lutego do końca lipca 2014 r. świadczenia usługi, jaka została przyjęta w kalkulacji cenowej cena netto jednego koordynatora oraz cena jednej dniówki jednego koordynatora w niepełnym miesiącu styczniu 2014 r. oraz w miesiącach od lutego do końca lipca 2014 r. świadczenia usługi). Odwołujący w piśmie z dnia 6 grudnia 2013 r. udzielił Zamawiającemu stosownych wyjaśnień wskazując, że cena oferty została obliczona zgodnie z wymaganiami SIWZ oraz przepisami prawa dotyczącymi wypłat wynagrodzeń. Podkreślił, że w opisie

sposobu obliczenia ceny oraz w formularzu ofertowym Zamawiający nie wymagał podania żadnych współczynników. Wskazał, że przyjęty okres, za który obliczono cenę oferty odpowiada okresowi, jaki podał Zamawiający i Odwołujący nie dokonywał w tym zakresie żadnych modyfikacji.

Pismem z dnia 17 grudnia 2013 r. Przystępujący skierował do Zamawiającego zawiadomienie o niezgodnej z przepisami prawa czynności Zamawiającego, w którym wskazał na konieczność odrzucenia m.in. oferty Odwołującego bądź poprawienia tej oferty w zakresie przyjętych w kalkulacji niewłaściwego okresu świadczenia usługi.

Zamawiający w dniu 19 grudnia 2013 r. unieważnił wybór oferty najkorzystniejszej z dnia 11 grudnia 2013 r., a w dniu 23 grudnia 2013 r. poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp jako zawierającą błąd w obliczeniu ceny oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

Wskazane czynności zostały zaskarżone przez Odwołującego w ramach rozpoznawanego aktualnie przez Izbę odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, co następuje.

Odnosząc się do zarzutów odrzucenia oferty Odwołującego z powodu błędu obliczenia ceny Izba uznała, że zarzut potwierdził się.

Izba ustaliła w tym względzie, że Zamawiający w zapisach SIWZ w opisie sposobu obliczenia ceny (Rozdział XII SIWZ) wskazał m.in., że skalkulowana cena ma obejmować wszystkie koszty, jakie wykonawca poniesie przy realizacji zamówienia, a cena brutto ma zawierać obowiązujący podatek VAT. Według tych postanowień cena ma być wyrażona w kwocie netto oraz brutto zaś do porównania cen w ofertach przyjmuje się cenę brutto. W Rozdziale IV SIWZ Zamawiający określił termin realizacji przedmiotu zamówienia w okresie od dnia podpisania umowy jednakże nie wcześniej niż od dnia 7 stycznia 2014 r. do dnia 31 lipca 2014 r. W załączniku nr 6 do SIWZ Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, pkt 16, Zamawiający określił sposób rozliczenia finansowego za wykonanie przedmiotu zamówienia, wskazując, że rozliczenia będą dokonywane w okresach miesięcznych na podstawie faktury VAT, która będzie wystawiona zgodnie z ilością faktycznie skierowanych do pracy administracyjno-urzędniczej pracowników biurowych oraz koordynatorów prawnych pracujących na rzecz Zamawiającego w danym miesiącu przy świadczeniu tych usług. W postanowieniach projektu umowy (załącznik nr 7 do SIWZ) -

§ 4 ust. 4 – Zamawiający określił wymiar czasu pracy pracownika tymczasowego, wskazując, że praca ta będzie wykonywana w pełnym wymiarze czasu pracy, tj. 8 godzin na dobę i przeciętnie 40 godzin w przeciętnie pięciodniowym tygodniu pracy w miesięcznym okresie rozliczeniowym. Rozpoczęcie i zakończenie pracy pracownika tymczasowego Zamawiający ustalił w godzinach 8:00 – 16:00 w dni powszednie (od poniedziałku do piątku), tj. w dniach i godzinach urzędowania Sądu Rejonowego w Wołominie lub w innych godzinach, jeżeli zajdzie taka potrzeba. W § 5 projektu umowy Zamawiający określił, że wynagrodzenie dla wykonawcy za wykonanie przedmiotu zamówienia to łączne wynagrodzenie zgodnie ze złożoną ofertą, które wynosi określoną wartość netto i brutto. Wynagrodzenie to nie podlega zmianie i waloryzacji w okresie obowiązywania umowy. W § 5 ust. 5 projektu umowy Zamawiający określił, że należność za usługę regulowana będzie przez Zamawiającego na podstawie wystawianych przez wykonawcę faktur, po upływie miesiąca, w którym przypada należność, do 5-go dnia miesiąca następującego po miesiącu, za który należność jest płacona.

Zamawiający w załączniku nr 1 do oferty Kalkulacja cenowa oczekiwał od wykonawców podania odrębnie dla pracowników biurowych i koordynatorów prawnych w określonej licznie – odpowiednio 27 i 8 (kolumna nr 4) podania jednostkowej ceny netto za miesiąc (kolumna nr 5), wskazując, że okres świadczenia usługi w miesiącach i dniach to: 6 miesięcy (od 07.01.2014 r. do 06.07.2014 r.) i 19 dni lipca (od 07.07.2014 r. do 31.07.2014 r.) (kolumna nr 6). W kolejnej kolumnie (kolumna nr 7) Zamawiający oczekiwał podania wartości netto dla obydwu usług, wskazując na konieczność przemnożenia kolumny nr 4, 5 oraz 6. W kolumnie nr 8 należało wskazać stawkę podatku VAT, w kolumnie nr 9 wartość podatku VAT (jako przemnożenie kolumny nr 7 i 8), zaś w kolumnie nr 10 należało wskazać wartość brutto (przemnożenie kolumn 7 i 8). Jako wartość ceny ofertowej netto należało podać zsumowaną wartości dwóch pozycji kolumny nr 7 i od tej wartości, przy uwzględnieniu wartości VAT, obliczyć cenę ofertową brutto, podlegającej ocenie w postępowaniu.

Odwołujący w swojej ofercie w kalkulacji cenowej podał łączną cenę ofertową brutto w wysokości: 672 458,47 zł, wskazując jednocześnie w kolumnie nr 5 wartość cen jednostkowych miesięcznych odpowiednio dla pracownika biurowego: 2 071,17 zł i dla koordynatora prawnego: 3 235,27 zł. Obliczona przez niego wartość netto w kolumnie nr 7 dla obydwu pozycji (usług pracownika biurowego i koordynatora prawnego) to odpowiednio: 373 737, 78 zł netto i 172 976,42 zł oraz w kolumnie nr 10 wartości brutto dla obydwu pozycji odpowiednio: 459 6697,47 zł i 212 761,00 zł.

Uwzględniając powyższe stwierdzić należało, że oferta Odwołującego nie zawiera błędu w obliczeniu ceny i nie powinna być odrzucona przez Zamawiającego. Podkreślić należy, że Zamawiający – tak jak to podnosił w treści informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 23 grudnia 2013 r. oraz w treści odpowiedzi na odwołanie – nie wskazał w dokumentacji postępowania (SIWZ) w żaden sposób określonego przez siebie współczynnika (6,904761905), według którego - jego zdaniem - musiało nastąpić przeliczenie wartości netto oferty w poszczególnych pozycjach określonych usług (usługa pracownika biurowego oraz koordynatora prawnego). Współczynnik ten pojawił się u Zamawiającego dopiero w toku czynności badania i oceny ofert. Zamawiający wywodził, że Odwołujący przyjął niewłaściwy współczynnik (6,683246667) przy ustaleniu jednostkowej stawki miesięcznej dla poszczególnych usług. Według niego przy przyjęciu właściwego współczynnika (6,904761905) ceny jednostkowe w ofercie Odwołującego powinny być ustalone na innym poziomie niż określony w ofercie Odwołującego, tj.: 2 004,72 zł (pracownik biurowy) i 3 1331,47 zł (koordynator prawny). To, zdaniem Zamawiającego, prowadziłoby do ustalenia cen jednostkowych w ofercie Odwołującego na rażąco niskim poziomie. W ocenie Zamawiającego niedopuszczalne byłoby dokonanie zmiany ceny ofertowej łącznej brutto w wyniku ewentualnej poprawy oferty tego wykonawcy.

W ocenie Izby, taki sposób postępowania wskazany przez Zamawiającego należy uznać za nieprzewidziany w wymogach SIWZ i niedopuszczalny w świetle obowiązujących przepisów prawa. Zamawiający nigdzie w SIWZ nie określił szczególnych wymogów kalkulacji ceny jednostkowej miesięcznej dla poszczególnych usług (pracownika biurowego oraz koordynatora prawnego). Tym samym zatem wykonawcy mieli w tym zakresie dowolność w ustaleniu przez siebie i wyceny powyższego oraz swobodnej kalkulacji ceny miesięcznej, jednostkowej. Cena ta niewątpliwie ma istotne znaczenie dla Zamawiającego dla sposobu zapłaty wynagrodzenia umownego oraz rozliczenia świadczonych przez wykonawcę usług w okresie realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający bowiem zgodnie z wymogami SIWZ płatności będzie dokonywał po upływie kalendarzowego miesiąca za faktycznie wykonywaną pracę przez określoną ilość pracowników biurowych oraz koordynatorów prawnych w okresie dni roboczych przypadających za konkretny okres rozliczeniowy (miesiąc kalendarzowy) w oparciu o zaakceptowaną listę obecności. Jednakowoż Zamawiający nie określił w SIWZ żadnych wytycznych dla sposobu wyceny tej ceny jednostkowej. Wytyczne takowe znalazły się natomiast w obliczeniu sposobu przeliczenia łącznej wartości netto dla poszczególnych usług, która przy przeliczeniu na wartość brutto (właściwy podatek VAT) i zsumowaniu wartości obydwu usług stanowiła łączną cenę ofertową za całość przedmiotu zamówienia, która podlegała ocenie ofert (badaniu i porównaniu ofert złożonych w postępowaniu) oraz stanowiła podstawę do wyboru

oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Wytyczne określone przez Zamawiającego w tym zakresie w formularzu kalkulacji cenowej wskazują na konieczność przeliczenia (przemnożenia) wartości stawki miesięcznej netto za poszczególne usługi - ilości wymaganych pracowników w każdej z usług - oraz okresu świadczenia usługi w miesiącach i dniach. Najbardziej problematyczne w tym zakresie okazało się ustalenie przez Zamawiającego w kolumnie nr 6 właśnie okresu świadczenia usług. Zamawiający w formularzu Kalkulacji cenowej przyjął w tym zakresie, że ma to być okres 6 miesięcy w okresie od 07.01.2014 r. do 06.07.2014 r. i 19 dni lipca (od 07.07.2014 r. do 31.07.2014 r.). Przyjęty w tym zakresie przez Zamawiającego okres świadczenia usługi nie odpowiada faktycznemu okresowi świadczenia usługi, jaki Zamawiający przyjął w innych wymaganiach SIWZ (opis przedmiotu zamówienia i projekt umowy). Faktyczny w lipcu okres świadczenia usługi będzie bowiem obejmował 23 dni (faktyczna ilość dni roboczych), a nie 19 dni jak to przyjął Zamawiający w formularzu kalkulacji cenowej. Usługa bowiem w tym miesiącu świadczona będzie nie od 07.07.2014 r. do 31.07.2014 r. tylko od dnia 01.07.2014 r. do dnia 31.07.2014 r. Przyjęty w formularzu kalkulacji cenowej sposób określenia okresu świadczenia usługi przez Zamawiającego, w oparciu o który należało dokonać przeliczenia ceny jednostkowej na łączną cenę oferty nie tylko jest sprzeczny z założeniami Zamawiającego dotyczącymi świadczenia wskazanej usługi, a wyrażonymi w SIWZ (Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia i Projekt umowy), ale również nie pozwala w sposób jednoznaczny na jeden konkretny sposób obliczenia ceny ofertowej. Przy przyjęciu bowiem zasad określonych w tym zakresie w formularzu kalkulacji cenowej należało określić sześciomiesięczny okres świadczenia usługi od dnia 07.01.2014 do dnia 06.07.2014 r. i odrębnie 19 dni lipca (od 07.07.2014 do dnia 31.07.2014 r.), który to okres określony w dniach należało obliczyć w sposób stosunkowy do stawki miesięcznej. Nie wiadomo jednak jak dokonać tego przeliczenia w oparciu o wymogi SIWZ – czy w tym zakresie ogólną ilość dni roboczych w miesiącu należy odnosić do jakiegokolwiek miesiąca, miesiąca lipca w sposób kalendarzowy (od dnia 01.07.2014 r. do dnia 31.07.2014 r.), czy też miesiąca lipca określonego przez Zamawiającego jako okres świadczenia usługi (od dnia 06.07.2014 r. do dnia 31.07.2014 r.). W każdym tym przypadku ogólna liczba dni roboczych stanowiących podstawę obliczenia oczekiwanych 19 dni lipca z 2014 r. przy obliczeniu stosunkowej wynagrodzenia będzie inna i poprawna zgodnie z SIWZ, która nie określiła w tym zakresie szczególnych wymogów. Tym samym zatem nie można tutaj określić konkretnego i jedynego wzoru poprawnego zachowania się wykonawcy, dokonującego obliczenia wartości swojej oferty cenowej. W związku z powyższym Izba nie nakazywała Zamawiającemu dokonywania poprawienia oferty Odwołującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z uwagi na brak w SIWZ określonego modelu zachowania się przez

wykonawców przy obliczeniu ceny a zasadniczo dopuszczenie przez Zamawiającego różnych modeli zachowania się dla wykonawców w tym zakresie. Zastosowanie przez wykonawców różnych obliczeń w tym zakresie należy zatem uznać za poprawne i nie mogące wpływać negatywnie na sytuację wykonawcy w postępowaniu, w szczególności poprzez uznanie, że oferta wykonawcy jest sprzeczna z SIWZ, czy też zawiera błąd w obliczeniu ceny i skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy. Powyższe jednak może prowadzić do braku porównywalności ofert złożonych w postępowaniu i powinno być wzięte pod uwagę przez Zamawiającego przy ponownej ocenie ofert nakazanej przez Izbę Zamawiającemu. Izba tej okoliczności z racji związania zakresem zaskarżenia zawartym w odwołaniu – stosownie do dyspozycji art. 192 ust. 7 ustawy Pzp – nie mogła uwzględnić w sentencji orzeczenia, wskazując powyższe Zamawiającemu jedynie jako wytyczną sposobu dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z powodu popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Izba ustaliła w tym względzie, że w ofercie Przystępującego, w formularzu kalkulacji cenowej, w odniesieniu do obydwu usług (pracownik biurowy i koordynator prawny), wykonawca ten w kolumnie nr 8 (stawka VAT) wskazał na stawkę 0%, tj. wynikającą ze zwolnienia podmiotowego, z którego korzysta Przystępujący. Ta sama stawka podatku VAT została wskazana przy obliczeniu ceny ofertowej za całość przedmiotu zamówienia.

Uwzględniając powyższe stwierdzić należało, że oferta Przystępującego nie podlegała odrzuceniu. Zdaniem Izby Odwołujący nie udowodnił, że złożenie oferty przez Przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Podanie w ofercie Przystępującego dopuszczonej prawem w odniesieniu do danego podmiotu stawki preferencyjnej VAT nie może być uznane za równoznaczne z dopuszczeniem się popełniania przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący, podnosząc taki zarzut, musiałby udowodnić, że taki legalny i dopuszczony przepisami prawa sposób wyceny oferty - zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. t.j. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) - jest niedopuszczalny i niezgodny z obyczajami (skoro jest to sposób dopuszczony przepisami prawa) oraz zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. Tak więc dla wypełnienia się znamion czynu nieuczciwej konkurencji należałoby wykazać, że wykonawca, stosując określone praktyki sprzeczne z dobrymi obyczajami, ma na celu dyskryminację innego czy też innych przedsiębiorców, naruszając ich interes. Odwołujący w tym zakresie ani w treści odwołania,

ani w toku rozprawy nie przedstawił żadnych dowodów. Tym samym zarzut należało uznać za nieudowodniony i tym samym niezasadny.

Z tych też względów Izba stwierdziła, iż potwierdziło się naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp co do pierwszego z uwzględnionych przez Izbę zarzutów odwołania.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze oraz ust. 2 ustawy Pzp, uznając, że stwierdzone naruszenie przepisów ustawy Pzp ma wpływ na wynik postępowania, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Zamawiającego, stosownie do wyniku postępowania. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła - stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego w kwocie 15 000 zł oraz - stosownie do § 3 pkt 2) lit. b) wskazanego rozporządzenia - koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3 600 zł, wynikające z rachunku przedłożonego do akt sprawy przed zamknięciem rozprawy.

Przewodniczący: