

WYROK

z dnia 19 lutego 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lutego 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego
do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 lutego 2018 r. przez odwołującego - Value

Media sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa w postępowaniu prowadzonym
przez zamawiającego - Enea S.A. z siedzibą w Poznaniu, Enea Operator Sp. z o.o. z
siedzibą w Poznaniu, Enea Wytwarzanie Sp. z o.o. z siedzibą w Świerżach Górnych
(adres dla pełnomocnika Enea S.A.: ul. Górecka 1, 60-201 Poznań),

przy udziale wykonawcy Media Group Sp. z o.o., ul. Żurawia 6/12, 00-503 Warszawa

zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego - Value Media sp. z o.o., Al.

Jerozolimskie 134, 02-305 Warszawa i zalicza:

- 1) w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
- 2) zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r. poz.1579 ze zm.), [ustawy Pzp],

którego przedmiotem jest: „zawarcie umowy ramowej w przedmiocie „usługi domu mediowego” (znak 110/AW00/ZI/KZ/2017/0000068564”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu 10.08.2017 r. pod numerem nr 315709-2017). Wykonawca Value Media sp. z o.o. z/s w Warszawie [Odwolujący] zaskarżył w odwołaniu: a) czynności polegające na odrzuceniu oferty Odwołującej; oraz b) zaniechanie czynności, wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu. Jego zdaniem Zamawiający - Enea S.A. z siedzibą w Poznaniu, Enea Operator Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, Enea Wytwarzanie Sp. z o.o. z siedzibą w Świerżach Górnych, działający przez pełnomocnika Enea S.A., odrzuceniem oferty Odwołującego oraz zaniechaniem wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w przedmiotowym przetargu, uchybił: a) art. 80 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, a contrario poprzez bezpodstawne nieuwzględnienie wyjaśnień Odwołującej w zakresie wysokości ceny oferowanej za usługi lokowania produktu, projekty specjalne i raporty niestandardowe; b) art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp, a contrario poprzez bezpodstawne uznanie oferty Odwołującej za niezgodną z ustawą; c) art. 89 ust. 1 Pzp, a contrario poprzez bezpodstawne uznanie, że treść oferty Odwołującej nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwolujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wymienionych w treści uzasadnienia na okoliczności tam wskazane.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie Zamawiającej wyrokiem:

a) unieważnienia czynności Zamawiającej polegającej na odrzuceniu oferty Zamawiającego; b) unieważnienie czynności Zamawiającej polegającej na wyborze oferty Media Group sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jako najkorzystniejszej w przedmiotowym przetargu; c) wyboru oferty Odwołującej jako najkorzystniejszej w ocenie kryteriów oceny ofert i ich znaczenia z prawidłowo złożonych i niepodlegających odrzuceniu oraz spełniającej warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego; d) wpłaty na rzecz Odwołującej zgodnej z przepisami normami kwoty stanowiącej uzasadnione koszty Odwołującej poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

W uzasadnieniu wskazał na następujące okoliczności:

I. Wstęp

Zamawiająca - Enea S.A. z siedzibą w Poznaniu, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zawarcie umowy ramowej w przedmiocie usług domu mediowego. Dowód: Specyfikacja istotnych warunków zamówienia z 08 sierpnia 2017 r.

Odwolujący złożył w przedmiotowym przetargu ofertę na łączną cenę brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia w wysokości 3.309.271,53 zł. Była to oferta najniższa. Wynagrodzenie za część usług objętych przetargiem (lokowanie produktu, projekty specjalne, raporty niestandardowe) Odwołująca wyceniła na „0” zł.

Dowód: oferta Odwołującego i Informacja dotycząca ofert złożonych

W dniu 23 stycznia 2018 r. Zamawiający wysłał do Odwołującego pismo informujące o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Media Group sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz pismo informujące o wykluczeniu i odrzuceniu oferty Odwołującego.

Dowód: e-mail Zamawiającej do Odwołującej z dnia 23 stycznia 2018 wraz z załącznikami

(informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej i informacją o odrzuceniu oferty Odwołującej) Odwołujący nie zgadza się z decyzją Zamawiającej, podnosząc, że odrzucenie oferty Odwołującej stanowi uchybienie przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych, a oferta Odwołującej powinna być uznana za najkorzystniejszą w przedmiotowym przetargu. Zaistniałe naruszenia przepisów sprowadza się do bezpodstawnego uznania ceny zaoferowanej za część usług objętych ofertą (lokowanie produktu, projekty specjalne, raporty niestandardowe) za cenę rażąco niską. Cena ta, przy prawidłowej interpretacji przepisów i w kontekście całości oferty, jak i w kontekście dwukrotnych wyjaśnień złożonych w przetargu przez Odwołującą, nie może być uznana za rażąco niską.

Dowód: pismo Odwołującego z dnia 20 października 2017 i pismo z dnia 8 grudnia 2017

II. Ad. Zarzut pkt 2

Zamawiający jako podstawę odrzucenia oferty Odwołującego podaje art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 Pzp tj. ocenę, że wyjaśnienia i złożone przez Odwołującego dowody nie pozwalają stwierdzić, że cena zaoferowana za przedmiotowe usługi nie jest ceną rażąco niską (Zarzut pkt 2. a) petitum). Prawidłowa ocena ceny zaoferowanej na przedmiotowe usługi (stanowiące tylko część oferty) oraz znajomość realiów rynku mediów nie powinna jednak prowadzić do wniosku przeciwnego. Uzasadniając możliwość stosowania zerowej stawki wynagrodzenia za przedmiotowe usługi Odwołująca w swoich pismach do Zamawiającej z 20 października 2017 i 8 grudnia 2017 powołała następujące okoliczności.

Dowód: pismo Zamawiającego z 17/10/ 2017 i odpowiedź Odwołującego z 20/10 2017 oraz pismo Zamawiającego z 4/12/2017 i odpowiedź Odwołującego z 8/12/ 2017

Po pierwsze, Value Media sp. z o.o. wyjaśnił standardowo stosowany w branży mediowej sposób rozliczeń w stosunkach zlecający - dom mediowy. Jest to zagadnienie kluczowe dla zrozumienia, że zaoferowana stawka zerowa w istocie nie oznacza braku jakiegokolwiek wynagrodzenia za przedmiotowe usługi dla domu mediowego, lecz oznacza wyłącznie brak wynagrodzenia ze strony Zamawiającej. Wynagrodzenie Odwołującej za przedmiotowe usługi osiągane jest z tzw. prowizji mediowej za zakup mediów. Jeśli więc w branży mediowej funkcjonuje taki mechanizm, a Value Media sp. z o.o. dzięki wiodącej pozycji na rynku, wypracowała atrakcyjne stawki u dostawców mediów, zrozumiałe jest, że Odwołująca z punktu widzenia swojego rachunku ekonomicznego nie musi obciążać klienta (Zamawiającej) dodatkowym wynagrodzeniem. Co więcej, Value Media sp. z o.o. przedłożyła Zamawiającej oświadczenia dwóch swoich klientów, z których wynika, że z tytułu usługi lokowania nie uiszczają oni na rzecz Odwołującej żadnego dodatkowego wynagrodzenia, a ponoszą jedynie koszty samego lokowania na rzecz nadawców.

Dowód: zeznania świadka M. M. (adres do wezwania : adres Odwołującej

z petitum pisma) wraz z pismami odwołującej z 17 października 2017 i 8 grudnia 2017

Po drugie, Value Media sp. z o.o. przedstawiła Zamawiającej umowy o pracę pracowników wykonujących dane usługi, które miałyby być objęte Zamówieniami Wykonawczymi na podstawie umowy ramowej, ujawniając w ten sposób jedyny w zakresie lokowania produktu czynnik kosztowo-twórczy dla Odwołującej. I tak, Value Media sp. z o.o. podkreśliła, że wskazani pracownicy zajmują się również obsługą innych projektów Odwołującej, także tych generujących przychód z tytułu wynagrodzenia płaconego przez innych klientów, a nadto Odwołująca przeprowadziła symulację kwotową prowizji mediowej z tytułu zlecenia usług objętych umową ramową, która gwarantuje profit zarówno pozwalający zarówno na pokrycie kosztów, jak i osiągnięcie zysku.

Po trzecie, Odwołująca wyjaśniła, że część usług świadczonych swoim klientom wykonuje po prostu w standardzie, tj. nie obciążając klientów dodatkowym wynagrodzeniem. Jest to praktyka stosowana nie tylko w branży mediowej, ale też przez przedsiębiorców reprezentujących inne dziedziny działalności gospodarczej. Praktyka ta jest wynikiem stosowanej polityki rynkowej i rachunkiem ekonomicznym przedsiębiorcy. Gdyby oferowanie niektórych usług bez dodatkowego wynagrodzenia nie opłacało się przedsiębiorcy w ostatecznym rozrachunku z pewnością działałby inaczej.

Dowód: zeznania świadka M. M. wraz z pismami odwołującej z 17 października 2017 i 8 grudnia 2017.

Po czwarte, kwestionowana przez Zamawiającą wycena obejmuje zaledwie 3 elementy przedmiotu umowy ramowej - przedmiotu zamówienia. Waga każdego z tych 3 elementów według kryteriów oceny wynosi po 2%, co wskazuje, że sama Zamawiająca nie uznaje ich za istotne. Nadto kwestionowane elementy zamówienia łącznie stanowią stosunkowo i kwotowo najniższy składnik ceny wszystkich oferentów. W przypadku najwyższej złożonej oferty cena w zakresie lokowania produktu, projektów specjalnych i raportów niestandardowych wynosi 23.370,00 zł, tj. 0,47% łącznej oferty. W przypadku drugiej najniższej złożonej oferty (uznanej za najkorzystniejszą) cena przedmiotowych usług wynosi 3.007,72 zł, tj. 0,07% oferty łącznej. Cena przedmiotowych usług, zarówno w przypadku oferty najwyższej, jak i w przypadku oferty wybranej jako najkorzystniejsza, nie stanowi nawet jednego procenta łącznej ceny wszystkich usług objętych tymi ofertami. Dowód: SIWZ oraz Informacja o ofertach złożonych.

Tym samym uznać należy, że wszyscy oferenci potraktowali i wycenili przedmiotowe usługi jako elementy oferty o obiektywnie najniższej wartości, w istocie w sensie gospodarczym pomijalnej w kontekście łącznej wartości całej oferty. Oznacza to, że odbiór rynkowy tych usług przez pozostałych oferentów jest taki sam odbiór Odwołującej. W szczególności, uznać należy, że zaoferowana przez zwycięzcę przetargu kwota 3.007,72 zł, jako element jego całej oferty wynoszącej 4.414.602,37 zł, jest wartością pomijalną z punktu widzenia efektu ekonomicznego i ewentualnego dochodu z tytułu świadczenia usług objętych umową ramową. W konsekwencji, oferowana cena przedmiotowych usług, ponieważ stanowi

znikomą część łącznej ceny całej oferty, powinna być oceniana właśnie w kontekście całości oferty, tym bardziej, że wszyscy oferenci potraktowali przedmiotowe usługi jako elementy najniższej wartości. Umowa ramowa stanowiąca przedmiot zamówienia obejmuje szereg pozostałych usług stanowiących zarówno z osobna jak i łącznie czynnik o wiele bardziej cenotwórczy, decydujący w istocie o pozostałych 99% wartości złożonych ofert. Jednak w zakresie tych pozostałych usług Zamawiająca nie kwestionowała wyceny Odwołującej, co wskazuje, że uznała je za odpowiadające przedmiotowi zamówienia. Tym samym stwierdzić należy, że Zamawiająca zakwestionowała zaledwie niecały procent wartości oferty, mimo iż Odwołująca złożyła dwukrotnie obszernie wyjaśnienie dlaczego mogła i wyceniła swoje wynagrodzenia za ułamkową część całej kompleksowej usługi domu mediowego na „0” zł. Nadto, jeśli trzy kwestionowane usługi zostały zarówno przez Zamawiającą, jak i przez wszystkich oferentów, ocenione jako elementy najmniej istotne w kontekście całej oferty, to nie można uznać ich za istotne części składowe tej oferty. Tym samym nie powinny być przedmiotem badania pod kątem ewentualnie rażąco niskiej ceny. Powyższe wyjaśnienia Odwołującej są rzeczowe oraz poparte odpowiednimi dowodami, a tym samym wiarygodne. Jednak w uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiająca nie odniosła się do wyjaśnień Value Media sp. z o.o. Zasadniczo stwierdzić można, że uzasadnienie uznania przez Zamawiającą przedmiotowej ceny za rażąco niską, uniemożliwia rzeczową i logiczną polemikę z tym uzasadnieniem. Odwołująca przedstawiła konkretne wyjaśnienia i poparła je dowodami,

jednak Zamawiająca nie potrafiła w równie rzeczowy i konkretny sposób uzasadnić poglądu przeciwnego, tzn. uzasadnić dlaczego odmówiła wiary wyjaśnieniom Value Media sp. z o.o. Zamawiający przywołał stanowiska doktryny i orzecznictwa w zakresie pojęcia ceny rażąco niskiej, ale nie powiązała ich konkretnie z przedmiotowym zagadnieniem m.in.:

1. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008, sygn. XIX Ga 128/08, według którego za cenę rażąco niską uznać należy cenę „niewiarygodną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania”. Jest to teza, która uzasadniałby zdecydowanie odmowę uznania przedmiotowej ceny za rażąco niską, chociażby dlatego, że inni oferenci wycenili przedmiotowe usługi również w granicach jednego procenta w porównaniu do wartości całej oferty, a druga najniższa wycena przedmiotowych usług wyniosła zaledwie 3.007,72 zł. Nie sposób nie zgodzić się, że przy kilkumilionowej wartości całego zamówienia różnica wyceny jego ułamkowej części „0” zł a 3 tys. zł w istocie nie jest żadną różnicą. Zauważyć przy tym trzeba, że przecież oferta wybrana jako najkorzystniejsza, w przedmiotowym zakresie o wartości właśnie 3 tys. zł, musi być jednocześnie ofertą najbardziej poprawną.

2. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. KIO 1049/14, który to cytat kończy się stwierdzeniem, że „przedstawione wyjaśnienia winny być nie tylko konkretne i przekonywujące, ale również poparte stosownymi dowodami.” Odwołująca poparła swoje wyjaśnienia bardzo jednoznacznymi dowodami, w tym w postaci oświadczeń klientów.

Pomijając natomiast uzasadnienie o charakterze prawnym, Zamawiający podniósł argument, że ponieważ udzielenie zamówienia następuje na podstawie zamówień wykonawczych, możliwa jest sytuacja, w której Value Media sp. z o.o. otrzyma od Zamawiającej zamówienie na wykonanie wyłącznie jednej z usług wycenionych na „0” zł. Argument ten nie może być oceniony jako racjonalna polemika ze stanowiskiem Odwołującej. Po pierwsze umowa będąca przedmiotem przetargu ma charakter ramowy. Z samej jej natury wynika, że Zamawiająca nie musi złożyć Zamówień Wykonawczych na wszystkie, czy nawet na część usług objętych umową. Co więcej, Zamawiająca może w ogóle nie złożyć żadnego Zamówienia Wykonawczego. Żaden z oferentów, przystępując do przetargu, nie miał gwarancji, że w przypadku wygranej otrzyma jakiegokolwiek zamówienie wykonawcze. Wynika to z natury umowy ramowej, ale jest też normalnym ryzykiem biznesowym każdego z oferentów. Należy jednak podnieść, że skoro Zamawiająca zdecydowała się na ogłoszenie przedmiotowego przetargu, a tym samym poniosła związane z tym koszty i nakład prac, sytuacja, w której miałyby złożyć zamówienia wykonawcze tylko na usługi wycenione przez Odwołującą na „0” zł jest wysoce nieprawdopodobna. Gdyby bowiem Zamawiająca szukała wykonawcy wyłącznie w zakresie tych konkretnych trzech usług, nie musiałby ogłaszać przetargu, którego zorganizowanie i przeprowadzenie nawet przez tak duży podmiot jak Zamawiająca wymaga określonego nakładu pracy pracowników. Nie sposób więc uznać takiej argumentacji Zamawiającej za rzeczową i uzasadniającą uznanie przedmiotowej ceny za rażąco niską, zwłaszcza, że Zamawiająca deklarowała zamiar przeznaczenia na zamówienia wykonawcze kwoty przekraczającej 20 mln zł.

III. Zarzut pkt 2. b) petitum

Zamawiająca stwierdziła, że zaoferowanie stawki „0” zł za roboczogodzinę w zakresie wykonania przedmiotowych usług stanowi naruszenie ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, według której minimalne wynagrodzenie za pracę wynosi 2 tys. zł, a stawka godzinowa 13 zł.

Po pierwsze, zaoferowana przez Odwołującą stawka „0” zł za roboczogodzinę jest stawką w stosunku klient - spółka wykonująca zlecenie. Oznacza to, że w zakresie tych 3 usług Odwołująca oferuje Zamawiającej roboczogodzinę swojego zespołu za cenę „0” zł. Nie znaczy to jednak, że Odwołująca swoim pracownikom „płaci” za tę pracę zerowe wynagrodzenie. Odwołująca wyjaśniła, że z tytułu lokowania produktu osiąga wynagrodzenie z tzw. prowizji mediowej i wynagrodzenie to służy m.in. pokryciu kosztów pracy jej pracowników. Nadto Odwołująca, jako podmiot gospodarczy sprzedający swoje usługi ma prawo samodzielnie podejmować decyzję czy dane usługi, jak np. projektu specjalne, stanowią standard jej działalności i są świadczone niejako „w zestawie” z innymi, nie generując wyższego wynagrodzenia. Odwołująca stanowczo zaprzecza, aby łamała jakiegokolwiek prawa pracownicze, w tym te dotyczące wysokości wynagrodzenia. Value Media sp. z o.o. przedstawiła nadto umowy z pracownikami, wykazując wysokość ich wynagrodzenia.

Dowód: pismo Odwołującego z dnia 20/10/ 2017 i z dnia 8/12/2017

Dowód: zeznania świadka M. M.

IV. Zarzut pkt 2. c) petitum

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Value Media sp. z o.o. Zamawiająca stwierdziła, że oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ponieważ zawiera cenę „0” za część usług, co nie może być ceną realną. Jednak Odwołująca w wiarygodny i rzeczowy sposób wyjaśniła dzięki jakim okolicznościom i z jakich powodów może pozwolić sobie na stosowanie ceny zerowej za określone usługi. Skoro stosowanie ceny zerowej co do zasady jest dopuszczalne, a stawka zerowa w kontekście całości oferty nie jest ceną rażąco niską, to nie można stwierdzić, że zaoferowana przez Value Media sp. z o.o. zerowa wartość usług nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W konsekwencji stanowisko Zamawiającej, że Odwołująca oferując stawkę zerową złożyła ofertę nie odpowiadającą SIWZ jest nieuzasadnione.

V. Podsumowanie

Zdaniem Odwołującego, wykazał, że brak jest podstaw do uznania ceny zaoferowanej przez wykonawcę za określone usługi za cenę rażąco niską. Oznacza to, że oferta ta nie zasługuje na odrzucenie, a tym samym, jako oferta najniższa, według kryteriów oceny ofert zgodny z Specyfikacją Istotnych Warunków Umowy Ramowej, powinna być uznana za ofertę najkorzystniejszą w przedmiotowym przetargu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie i wskazał w szczególności na następujące okoliczności:

Celem prowadzonego Postępowania jest zawarcie umowy ramowej z wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Przedmiot planowanej do zawarcia Umowy ramowej obejmuje szereg usług wyspecyfikowanych w formularzach cenowych stanowiących Załączniki nr 1a-1k do SIWUR. Wypełnione przez wykonawców formularze cenowe stanowią część ich oferty. W formularzach cenowych - Załącznikach nr 1a-1h wykonawcy powinni byli wskazać wysokość oferowanych rabatów, natomiast w formularzach cenowych — Załącznikach nr 1i-1k stawki roboczogodzin określonych w tych Załącznikach usług. Wskazane rabaty i stawki roboczogodzin będą podstawą obliczenia wynagrodzenia wykonawcy z tytułu zamówień wykonawczych. Odwołujący w 3 odrębnych formularzach cenowych dotyczących: usługi lokowania produktu (Załącznik nr 1i) oraz usługi realizacji projektów specjalnych (Załącznik nr 1j) a także usługi sporządzenia raportów niestandardowych (Załączniki nr 1k) w pozycjach stawka za 1 roboczogodzinę netto i brutto oraz „cena za realizację przedmiotu zamówienia brutto” wskazała 0,00 zł, przy czym zgodnie z treścią SIWUR, stawka za roboczogodzinę ma być podstawą naliczenia wynagrodzenia wykonawcy za wykonanie tych usług.

Zgodnie z ustawą Pzp, cena oferty powinna być ceną rynkową, za którą uwzględniając koszty wykonania zamówienia i konieczność osiągnięcia przez wykonawcę chociażby niewielkiego zysku - wykonawca jest w stanie w sposób prawidłowy, terminowy, zgodny z zawartą umową i oczekiwaniami zamawiającego wykonać przedmiot zamówienia. Jak stanowi art. 90 ust. 1 Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie stosownych wyjaśnień, w tym złożenie dowodów,

dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie wskazanym w tym przepisie. Jeżeli wykonawca nie udzieli wyjaśnień lub jeżeli w ocenie zamawiającego wyjaśnienia wykonawcy wraz ze złożonymi dowodami potwierdzą, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę. (art. 90 ust. 3 Pzp) Obecne brzmienie art. 90 ust. 1 Pzp obowiązuje od 28 lipca 2016 r. i zostało wprowadzone na mocy ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw. Powyższa nowelizacja wprowadziła, bardzo istotną zmianę tego przepisu, polegającą na wskazaniu, że wątpliwości co do tego, czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, pozostają uzasadnione nie tylko - jak przed nowelizacją - gdy „cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia”, ale także wtedy, gdy wątpliwości dotyczą określonego w ofercie „kosztu”, a także, gdy dotyczą „istotnych części składowych oferowanej ceny lub kosztu”. Rozwiązanie to powoduje, że z rażąco niską ceną możemy mieć do czynienia nie tylko w odniesieniu do całkowitej ceny, ale także w odniesieniu do wspomnianych w przepisie jej istotnych części składowych. Nowelizacja daje zatem podstawy, ale i zobowiązuje zamawiających do badania ofert pod kątem rażąco niskiej ceny, również w odniesieniu do cen jednostkowych, czy innego rodzaju istotnych pojedynczych elementów, kształtujących cenę oferty. (tak np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (dalej także: „KIO”) z dnia 19 stycznia 2017 r., sygn. akt: KIO 22/17, wyrok KIO z dnia 2 lutego 2016 r., sygn. akt: KIO 51/16). Mając powyższe na uwadze Zamawiający pismem z dnia 17.10.2017 r., na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, zwrócił się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów, dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny za realizację przedmiotu zamówienia tj. usługi lokowania produktu, usługi realizacji projektów specjalnych oraz usługi sporządzenia raportów niestandardowych.

W odpowiedzi wykonawca podał w szczególności, że wynagrodzenie z tytułu wykonania usług określonych w ramach Załączników 1i, 1j oraz 1k zawiera się w innych elementach wynagrodzenia tj. w „prowinzji mediowej za zakup mediów” oraz, że Odwołująca standardowo nie obciąża swoich klientów dodatkowym wynagrodzeniem za wykonanie tych usług.

Według Zamawiającego wyjaśnienia Odwołującego potwierdziły, że zaoferowana przez Odwołującą cena za wykonanie usługi lokowania produktu, usługi realizacji projektów specjalnych oraz usługi sporządzenia raportów niestandardowych jest rażąco niska. Odwołujący podał bowiem, że zamierza wykonywać przedmiotowe usługi bez wynagrodzenia mimo, że charakter planowanej do zawarcia po przeprowadzeniu Postępowania umowy wskazywał, że Odwołujący nie mógł mieć pewności, iż otrzyma od wykonawcy zamówienie na usługi, które wycenił po cenach rynkowych i za które wynagrodzenie miałoby zrekompensować Odwołującemu wykonywanie innych usług za 0,00 zł. Wyjaśnienia Odwołującego potwierdziły także, że oferta Value Media jest niezgodna z SIWUR, a także przepisami ustawy Pzp. W związku z powyższym Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującej. W odwołaniu Value Media stwierdziła, że możliwość stosowania zerowej stawki wynagrodzenia za usługi lokowania produktu, usługi realizacji projektów specjalnych oraz usługi sporządzenia raportów niestandardowych wynika ze standardowo stosowanego w branży mediowej sposobu rozliczeń w stosunkach zlecający - dom mediowy. Według

Value Media wynagrodzenie Odwołującej za przedmiotowe usługi osiągane jest z tzw. prowizji mediowej za zakup mediów, a Odwołująca dzięki wiodącej pozycji na rynku, wypracowała atrakcyjne stawki u dostawców mediów i nie musi obciążać klienta dodatkowym wynagrodzeniem. Argumentacja Odwołującej nie zasługuje na uwzględnienie z następujących powodów:

1. Zamawiający zawrze z wykonawcą, którego oferta jest najkorzystniejsza, umowę ramową. Celem zawarcia umowy ramowej jest dokonanie wyboru kręgu potencjalnych wykonawców, mogących w czasie trwania umowy ramowej zrealizować konkretne zamówienia, zleczone przez zamawiającego w oznaczonym czasie za ceny nie wyższe niż określone w umowie ramowej. W ustawie PZP wyraźnie przesądza się, iż umowa ramowa określa warunki zamówień, które w oznaczonym okresie mogą zostać udzielone przez zamawiającego. Skorzystanie z możliwości udzielenia zamówienia objętego przedmiotem umowy ramowej jest wyłącznie uprawnieniem zamawiającego. Zawarcie umowy ramowej w kształcie wynikającym z art. 2 pkt 9a Pzp po stronie zamawiającego rodzi jedynie uprawnienie do udzielenia zamówień realizacyjnych lub zlecenia realizacji zamówienia na warunkach określonych w umowie ramowej. W związku z tym zamawiający może udzielić zamówienia na ten sam przedmiot w innym, „typowym” postępowaniu. Ponadto nawet wówczas, gdyby zobowiązał się względem wykonawców (wykonawcy), z którymi zawarł umowę, że nie udzieli zamówienia objętego jej zakresem innemu wykonawcy, to odpowiadałby jedynie odszkodowawczo za niewykonanie tego zobowiązania. (J. J. Art. 99. W: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VII. Wolters Kluwer Polska, 2018). Jak wskazuje się w orzecznictwie, w obrocie prawnym może funkcjonować kilka umów ramowych zawartych z kilkoma wykonawcami bądź jedynym wykonawcą. Przepisy nie zakazują bowiem zamawiającemu wszczęcia kolejnego postępowania o udzielenie Umowy ramowej na tożsamy przedmiot zamówienia i zawarcia umowy ramowej na ten przedmiot zamówienia z

tym samym wykonawcą, gdyż przeprowadzenie i zawarcie umowy w ramach postępowania wykonawczego nie jest obowiązkiem zamawiającego. Wywodzi się to z faktu, że przepis art. 2 pkt 9a PZP odnosi się do istoty umowy ramowej, który wskazuje, że jej celem jest ustalenie warunków dotyczących zamówień publicznych, jakie mogą, a nie muszą zostać udzielone w ramach zaspokojenia indywidualnych potrzeb zamawiającego. (E. W., Art. 99. W: Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany. System Informacji Prawnej LEX, 2018, Wyrok KIO z dnia 30 stycznia 2015 r., sygn. akt: KIO 66/15). Ze względu na tak ukształtowane określenie przedmiotu umowy ramowej nie stanowi ona źródła roszczenia wykonawcy, które mogłoby być przedmiotem postępowania przed sądem. (J. J., Art. 99. W: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VII. W. K. Polska, 2018)

Powyższe uwarunkowania znalazły także odzwierciedlenie we wzorze Umowy ramowej stanowiącej Załącznik nr 6 do SIWUR, w którym Zamawiający wyraźnie wskazał, że: „Usługi będą realizowane przez Wykonawcę na rzecz Zamawiających na podstawie Zamówień Wykonawczych udzielanych odrębnie na warunkach określonych w Umowie. Zamówienie Wykonawcze może obejmować zarówno wszystkie, jak i tylko niektóre spośród Usług wymienionych w Załączniku nr 1 do Umowy, zgodnie z decyzją Zamawiającego.” (par.4 ust. 1 Wzoru umowy ramowej);

„Zamówienia Wykonawcze będą udzielane w miarę bieżących potrzeb Zamawiających, zgodnie z procedurą określoną w niniejszym paragrafie.” (§ 4 ust. 2 wzoru umowy ramowej);

„Zamawiający nie są zobowiązani do udzielania Zamówień Wykonawczych na podstawie Umowy. W przypadku nie wykorzystania przez Zamawiających budżetu określonego w par. 7 ust. 1 Umowy, nie udzielenia Zamówień Wykonawczych na wszystkie Usługi wymienione w Załączniku nr 1 do Umowy lub udzielenia przez Zamawiającego zamówienia na tego rodzaju Usługi innemu podmiotowi, Wykonawcy nie przysługują żadne roszczenia z tego tytułu wobec żadnego z Zamawiających.” (par. 4 ust. 4 wzoru umowy ramowej).

W świetle powyższego, wykonawcy kalkulując cenę oferty w Postępowaniu nie mogli przyjąć założenia, że Zamawiający będzie udzielał zamówień wykonawczych na wszystkie usługi wymienione w formularzach cenowych do SIWUR oraz na wskazane w tych formularzach ilości. W Postępowaniu, udzielanie zamówienia wykonawcy na poszczególne usługi objęte umową ramową nastąpi na podstawie zamówień wykonawczych. Wobec powyższego, każde z zamówień wykonawczych stanowić będzie samoistny przedmiot zamówienia, którego udzielenie na podstawie umowy ramowej jest zdarzeniem przyszłym i niepewnym. W wyroku z dnia 22 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2615/13, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że „Zawarcie umowy ramowej polega jedynie na ustaleniu warunków przyszłych zamówień, a nie na ich udzieleniu ani nawet na wstępnym ich przyrzeczeniu. Zawarcie umowy ramowej stanowi jedynie jeden z etapów złożonego strukturalnie i stopniowo rozwijającego się procesu zmierzającego do udzielenia zamówienia publicznego i nie jest jednoznaczne z udzieleniem zamówienia publicznego. (...) Zawarcie umowy ramowej jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem zamawiającego. Celowość decyzji zamawiającego nie podlega kwestionowaniu przez wykonawców”.

Usługi lokowania produktu, realizacji projektów specjalnych i sporządzenia raportów niestandardowych, których ceny, wykonawcy powinni byli wskazać w formularzach cenowych stanowiących Załączniki nr 1i, 1j oraz 1k do SIWUR, stanowią odrębne od siebie oraz od pozostałych usług wymienionych w pozostałych formularzach cenowych (Załączniki nr 1a — 1h do SIWUR) przedmioty zamówienia. Gdyby było inaczej, Zamawiający uwzględniłby ich wykonanie w opisie pozostałych Usług. Jednakże zamiarem Zamawiającego było zapewnienie sobie możliwości udzielania zamówień na wykonanie usługi lokowania produktu, realizacji projektów specjalnych i sporządzenia raportów niestandardowych niezależnie od pozostałych Usług. Za powyższym przemawia również fakt, iż ze względu na swój charakter mogą być one wykonywane przez inny podmiot/ dom mediowy aniżeli ten, który realizowałby kampanie mediowej Zamawiającego. W związku z powyższym jak najbardziej realna jest sytuacja, w której Zamawiający udzieliłby wykonawcy zamówienia wykonawczego wyłącznie na usługi, które przez Odwołującą zostały wycenione na 0,00 zł. W przeszłości Zamawiający wielokrotnie udzielał zamówień tylko na wykonanie ww. usług. W okresie ostatnich 2 lat Zamawiający Enea S.A. zlecał: lokowanie produktu — 5 projektów, wykonanie projektów specjalnych — 10 projektów, wykonanie raportów niestandardowych — 10 projektów.

Ponadto we wcześniej prowadzonych przez Enea S.A. postępowaniach Zamawiający wymagał odrębnego wycenienia usługi lokowania produktu a cena za tę usługę stanowiła kryterium oceny ofert. Odzwierciedleniem ilości szacowanych prac w okresie obowiązywania planowanej do zawarcia umowy ramowej są załączniki do oferty - formularze cenowe, w których Zamawiający wskazał przewidywaną ilość tych usług: lokowanie produktu — 5 projektów wykonanie projektów specjalnych — 20 projektów wykonanie raportów niestandardowych — 20 projektów.

Dowód: Warunki zamówienia do postępowania pn. „Wybór domu mediowego” z dnia 23.09.2015 r.

Charakter umowy ramowej i związany z nią brak obowiązku po stronie zamawiającego do zlecenia wykonania wszystkich usług objętych jej przedmiotem i w określonej ilości, powoduje, że usługi wymienione w poszczególnych pozycjach formularzy cenowych (Załączniki nr 1a-1k do SIWUR) powinny być traktowane w sposób autonomiczny i wszystkie wyceniane na poziomie rynkowym, niezależnie od wyceny pozostałych. Trafność powyższego stanowiska potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 19 stycznia 2017 r., sygn. akt: KIO 22/17, wydanym na kanwie stanu faktycznego bardzo zbliżonego do stanu faktycznego w niniejszej sprawie. W wyroku tym wskazano, że: „Z tego względu wykonawca składając ofertę w postępowaniu nie miał podstaw do przyjęcia, czy i jakie prace będzie faktycznie wykonywał i w jakiej ilości, a co za tym idzie, nie miał podstaw faktycznych do budowania ceny całkowitej i poszczególnych cen jednostkowych z założeniem, np., że większa ilość pewnych prac wykonanych po bardziej dla niego atrakcyjnej cenie pozwoli mu na wykonanie innych prac po cenie niższej, czy nawet za darmo. Z tego samego względu wykonawca nie miał też podstaw do zakładania innych okoliczności umożliwiających mu zaoferowanie ceny niższej, nie mógł, np. założyć, że pewne prace będzie mógł wykonać, w tym samym czasie czy przy okazji realizacji innych (a więc ich cena może być niższa). Co więcej wykonawca powinien mieć świadomość tego, iż w zależności od bieżącego, faktycznego zapotrzebowania Zamawiającego, może otrzymywać tak dużo zleceń wycenionych na 0,00 zł i tak mało zleceń wycenionych w sposób rynkowy, iż otrzymane od Zamawiającego wynagrodzenie, nie pozwoli na pokrycie kosztów realizacji zamówienia, czy nie pozwoli na osiągnięcie choćby minimalnego zysku. Oferta Odwołującej w pełni spełnia przesłanki rażąco niskiej ceny, albowiem wskazuje na zamiar wykonywania określonych usług za darmo, bez osiągnięcia jakiegokolwiek korzyści majątkowej.

2. Usługi lokowania produktu, realizacji projektów specjalnych i sporządzenia raportów niestandardowych, z uwagi na ich istotność dla Zamawiającego i czasochłonność zostały wyodrębnione w ramach przedmiotu zamówienia jako osobne pozycje i miały być przedmiotem odrębnej wyceny przez wykonawców. Realizacja tych usług wymagać będzie od wykonawcy określonego, zauważalnego nakładu pracy i czasu, na co wskazywał opis przedmiotu Umowy ramowej zawarty w Załączniku nr 2 do SIWUR. Zgodnie z Załącznikiem nr 2 do SIWUR - Opis Przedmiotu Umowy Ramowej usługa lokowania produktu wyceniona przez Odwołującą na 0,00 zł polegać ma na: „1. usługa lokowania produktów: Przez lokowanie produktu Zamawiający rozumie każdy przekaz handlowy, towarzyszący audycji, programowi, artykułowi prasowemu lub włączony do niego w celach promocyjnych, polegający na przedstawieniu lub nawiązaniu do promocji marki Enea lub jej usług w taki sposób, że stanowi on element samej audycji, programu czy artykułu.

Realizacja lokowania produktu będzie obejmować:

- a) negocjowanie i zawieranie umów z dysponentami mediów, zakup czasu i miejsca w mediach, w tym stałą kontrolę i optymalizację wszelkiego rodzaju możliwych do uzyskania korzyści, np. rabatów, dodatkowych emisji itp.,
- b) przygotowanie, nadzorowanie i organizacja lokowania produktu Zamawiającego weryfikacja zamieszczenia reklam i materiałów w mediach, zgodnie z uzgodnionym zamówieniem,
- c) egzekwowanie od właścicieli/ dysponentów/dostawców mediów realizacji zawartych umów dotyczących zakupu CZAŚU i miejsca w mediach;

(Zamawiający szacuje czas potrzebny do obsługi takiego zlecenia na trzy roboczogodziny). Lokowanie produktu jest narzędziem marketingowym niestandardowym wymagającym dużego zaangażowania, doświadczenia oraz bieżącej kontroli. Polega na przedstawieniu usługi lub znaku towarowego w taki sposób, że stanowi integralną część produkcji telewizyjnej. Przygotowanie brandingu/produktu pod lokowanie w konkretnym programie telewizyjnym/audycji realizowanej „na żywo” wymaga bieżącego nadzoru, aby zapewnić pełną efektywność działań i oczekiwaną wartość medialną. Obsługa zamówienia związanego z lokowaniem produktu wiąże się przede wszystkim z kosztami:

- Logistycznymi - wymagany jest udział wykonawcy w wizji lokalnej i ustalenie szczegółów realizacji lokowania z przedstawicielami telewizji. Miejsca nagrań mogą znajdować się na terenie całego kraju, do których wykonawca zobowiązany będzie dojechać na własny koszt. Obecność przedstawiciela domu mediowego na wizji lokalnej jest konieczna. Takie projekty były realizowane dotychczas w Poznaniu, Częstochowie czy Gdyni. Zamawiający wskazał wykonawcy w Załączniku nr 1i do SIWUR przykładowe miejsca realizacji lokowania produktu. Skoro wykonawca ma siedzibę w Warszawie to powinien być założyć koszty logistyczne związane z nadzorem realizacji projektu na miejscu.

- Bieżącego nadzoru - lokowanie produktu i „wejście na żywo” wymaga kontroli na bieżąco, współpracy z operatorem kamery oraz wozem transmisyjnym w chwili transmisji, wyboru odpowiedniego kadru itd.

2. realizacja projektów specjalnych PR polegać będzie na „współpracy z danym medium na warunkach specjalnych, tj. nie określonych w żadnym oficjalnym cenniku tego medium (tzw. oferta indywidualna dla Zamawiającego). Każdorazowo rodzaj projektu, warunki współpracy i inne szczegóły projektu specjalnego są negocjowane indywidualnie. W projekcie specjalnym wartość zlecenia oraz jego zakres i harmonogram jest każdorazowo ustalany wyłącznie pomiędzy Zamawiającym a danym medium (bez udziału Wykonawcy). Praca Wykonawcy przy projektach specjalnych ograniczy się wyłącznie do fizycznego złożenia zlecenia zakupu mediów i rozliczenia płatności. (Zamawiający szacuje czas potrzebny do obsługi takiego zlecenia na jedną roboczogodzinę).

Realizacja projektów specjalnych PR będzie obejmować:

a) zawieranie umów z dysponentami mediów, zakup CZAŚĆ I miejsca w mediach,

b) weryfikację zamieszczenia materiałów w mediach, zgodnie z uzgodnionym Media Planem,

c) egzekwowanie od właścicieli/ dysponentów/ dostawców mediów realizacji zawartych umów dotyczących zakupu CZAŚĆ I miejsca w mediach,

d) koordynację i kontrolę wszystkich pozostałych działań związanych z realizacją działań PR poprzez bieżące informowanie Zamawiającego o zauważonych nieprawidłowościach i zagrożeniach wraz z przedłożeniem rekomendacji wprowadzenia działań służących zabezpieczeniu interesu Zamawiającego,

e) kontrolę poprawności ogłoszeń i emisji materiałów na podstawie egzemplarzy dowodowych publikacji reklam/ artykułów i niezwłoczne informowanie Zamawiającego o wszelkich nieprawidłowościach. '

Z kolei realizacja Raportów niestandardowych obejmować będzie „najczęściej zestawienie statystyczne zawierające dane o wydatkach Zamawiającego w ramach Umowy według wskazanych przez Zamawiającego konfiguracji i kryteriów. Każdorazowo jego zakres, kryteria,

termin wykonania, format zestawienia danych będzie uzgadniany między stronami w trybie roboczym. Praca Wykonawcy (roboczogodziny) jest również określana między Stronami na podstawie ww. danych opisujących sposób przygotowania Raportu niestandardowego.

3. Realizacja raportów niestandardowych będzie obejmować

a) przygotowanie na żądanie zestawień wydatków/ obecności w mediach Zamawiającego, każdorazowo w ujęciu i terminach wskazanych przez Zamawiającego,

b) koordynację i kontrolę wszystkich działań związanych z przygotowaniem Raportu niestandardowego,

c) kontrolę poprawności przekazywanych danych oraz niezwłoczne informowanie Zamawiającego o wszelkich utrudnieniach w zestawieniu danych. "

O pracomocności sporządzenia raportu decyduje jego przedmiot oraz łożakiego okresu będzie dotyczył, ilości analizowanych mediów, itp. Enea S.A. jako spółka z udziałem Skarbu Państwa często otrzymuje zapytania z instytucji i organów państwowych, które wymagają przygotowania raportu niestandardowego w sprawie wskazanej w zapytaniu. Niejednokrotnie przygotowanie raportu wymaga pogłębionej i czasochłonnej analizy dotyczącej zagadnień wskazanych w zapytaniu, przykładowo zbadania struktury właścicielskiej właścicieli mediów. Przekazanie raportu do instytucji musi odbywać się w ściśle określonym, krótkim terminie i gwarantować poprawność danych. Zamawiający zdecydował się tak sformułować warunki realizacji przedmiotu umowy ramowej, aby zapewnić sobie jak najlepszą jakość wykonania usługi, w tym terminowość jej realizacji i możliwość egzekwowania prawidłowej realizacji usługi. W tym celu Zamawiający określił usługę sporządzenia raportu niestandardowego jako odrębną pozycję przedmiotu zamówienia wykonawczego podlegającą wycenie.

W Załącznikach nr 1i, 1j oraz 1k dotyczących Usług, które Odwołujący wycenił na 0,00 zł, Zamawiający podał szacowane ilości roboczogodzin dla tych usług w okresie realizacji umowy ramowej. W odniesieniu do usługi lokowania produktu Zamawiający wskazał 15 roboczogodzin, w odniesieniu do usługi realizacji projektów specjalnych 20 roboczogodzin, natomiast w odniesieniu do Usługi sporządzenia raportu niestandardowych 100 roboczogodzin. Powyższe szacunki jednoznacznie wskazują, że usługi wycenione przez

Value Media na 0,00 zł nie mają charakteru marginalnego, a ich wykonanie generuje określony koszt po stronie wykonawcy.

3. Podkreślił, że w sytuacji, w której Zamawiający będzie udzielał zamówień wykonawczych na usługi, które Value Media wyceniła na 0,00 zł, co jest prawdopodobne, albowiem m.in. w tym celu Zamawiający wyodrębnił te usługi do osobnych formularzy cenowych i jednocześnie nie będzie udzielał zamówień wykonawczych na pozostałe usługi lub będzie je udzielał w znacznie mniejszym zakresie niż założyła to Odwołująca, wówczas Odwołująca będzie realizowała zamówienie ze stratą. Wynika to z tego, że realizacja ww. usług wymaga poniesienia pewnych nakładów finansowych. Do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny Odwołująca załączyła umowy z pracownikami, którzy mieliby realizować usługi wycenione przez Value Media na 0,00 zł. Z umów tych wynikało, że pracownicy Odwołującej otrzymują wynagrodzenie na poziomie znacznie wyższym niż minimalne wynagrodzenie za pracę. Skoro wykonanie usługi lokowania produktu, realizacji projektów specjalnych lub sporządzenia raportu niestandardowego wymaga poniesienia przez wykonawcę kosztów pracowniczych oraz innych kosztów nieosobowych (w tym np. dojazdu na miejsce realizacji usługi, kosztów administracyjnych itp.), oferta Odwołującej zakłada, że ww. usługi Odwołująca będzie wykonywała poniżej kosztów. Ponadto wskazać należy, że jak wynika z raportu „Wyniki badania branży komunikacji marketingowej 2016” przedłożonego przez Odwołującą wraz z wyjaśnieniami w zakresie rażąco niskiej ceny, stawka roboczogodziny osób, które będą wykonywać usługi wycenione przez Odwołującą na 0,00 zł (tj. Media Plannera i Media Buyera) stanowią znaczny koszt wykonania usługi. Zgodnie z wynikami raportu stawka godzinowa (mediana) Media Plannera i Media Buyera wynosi 200 zł netto.

Stwierdził, że biorąc pod uwagę warunki udzielania zamówień wykonawczych a także powołane stanowisko doktryny i judykatury, Zamawiający uznał, że oferta Odwołującej zawierająca cenę określonych usług w wysokości 0,00 zł, spełnia przesłanki rażąco niskiej ceny i musiała podlegać odrzuceniu.

Dowód: przykładowe raporty niestandardowe, sporządzone na zlecenie Zamawiającego, Wyniki badania branży komunikacji marketingowej 2016

4. W ocenie Zamawiającego ewentualna analogiczna praktyka wykonywania usług bez wynagrodzenia wśród innych wykonawców z branży mediowej nie ma znaczenia w przedmiotowej sprawie. Zamawiający dokonał oceny oferty Odwołującej w kontekście

charakteru prawnego planowanej do zawarcia umowy ramowej, opisanego w SIWUR

zakresu usług, warunków ich wykonania i zasad rozliczenia. Nie sposób powoływać się na rynkową praktykę bez szczegółowej analizy zasad współpracy pomiędzy podmiotami, którzy tę rzekomą praktykę tworzą. Jego zdaniem Odwołująca myli się twierdząc, że zerowa stawka wynagrodzenia za wykonanie przedmiotowej usługi jest standardowo stosowana w branży mediowej. Zwrócił uwagę, że pozostali wykonawcy, którzy złożyli oferty w Postępowaniu, określili cenę za wykonanie usług lokowania produktu, za usługi realizacyjne projektów specjalnych oraz za sporządzenie raportu niestandardowego na poziomie wyższym niż 0,00 zł, a zatem nie deklarowali woli wykonywania tych usług bez wynagrodzenia. To ich praktyka mogłaby być ewentualnie brana pod uwagę, albowiem wyceny tych wykonawców zostały dokonane przy przyjęciu takich samych warunków realizacji zamówienia, postanowień SIWUR w tym dotyczących rozliczeń z zamawiającym. Z powyższego wyraźnie wynika, że wykonywanie usług lokowania produktu, realizacji projektów specjalnych i sporządzenia raportów niestandardowych za darmo nie jest powszechną praktyką w branży mediowej. Oświadczenia klientów, które przedłożył Odwołujący w toku składania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny na potwierdzenie braku zapłaty wynagrodzenia za usługę lokowania produktu na rzecz Odwołującej są irrelewantne w niniejszej sprawie i odnoszą się wyłącznie do jednej z usług wycenionych przez Odwołującą na 0,00 zł - usługi lokowania produktu. Z oświadczeń tych wyraźnie wynika, że usługa lokowania produktu była wykonywana w ramach realizacji kampanii. Tymczasem w przedmiotowej sprawie usługa ta stanowić będzie odrębny przedmiot zamówienia wykonawczego i może być zlecana samodzielnie. Ponadto wskazani przez Odwołującą klienci nie są podmiotami zobowiązanymi do stosowania ustawy PZP, a zatem na kształt współpracy z nimi nie mają wpływu rygory wynikające z przepisów PZP, które nakazują zamawiającemu odrzucenie oferty zawierającej rażąco niską cenę lub godzącą w zasadę uczciwej konkurencji. Dowód: oferty pozostałych wykonawców biorących udział w Postępowaniu, oświadczenie Mokate sp. z o.o. z 08.12.2017 r., oświadczenie Syngenta sp. z o.o. z 08.12.2017 r. — w dokumentacji postępowania

5. W odwołaniu Value Media wskazała, że zaoferowanie zerowej stawki wynagrodzenia za usługi lokowania produktu, realizacji projektów specjalnych i sporządzenia raportów niestandardowych było możliwe dzięki temu, że Odwołująca wypracowała atrakcyjne stawki u dostawców mediów. Taka argumentacja nie może spotkać się z aprobatą, w szczególności w świetle postanowień Wzoru umowy ramowej (Załącznik nr 6 do SIWUR), w której

wskazano, że Zamawiający będzie płacił wykonawcy:

a) w przypadku usługi lokowania produktu:

„Cenę stanowiącą koszt zakupu mediów, określany każdorazowo jako suma kwot netto wynikająca z faktur wystawionych przez wydawców/dysponentów mediów za lokowanie produktu.”

- Wynagrodzenie z tytułu obsługi lokowania produktu według stawki godzinowej zaoferowanej przez wykonawcę.

b) w przypadku Usługi realizacji projektów specjalnych:

„Cenę stanowiącą koszt współpracy dostawcy mediów z Zamawiającym, negocjowany indywidualnie pomiędzy Zamawiającym a wydawcą/dostawcą mediów, wskazywany każdorazowo Wykonawcy przez Zamawiającego w Zamówieniu Wykonawczym.”

- Wynagrodzenie z tytułu obsługi realizacji projektów specjalnych według stawki godzinowej zaoferowanej przez wykonawcę.

c) w przypadku usługi sporządzenia raportu niestandardowego:

- Wynagrodzenie według stawki godzinowej zaoferowanej przez wykonawcę.

W związku z powyższym Odwołująca nie będzie mogła uzyskać dodatkowej korzyści finansowej z tego tytułu, że ma wypracowane atrakcyjne stawki u dostawców mediów, ponieważ Zamawiający zwróci wykonawcy koszt zakupu usługi u dostawców według tych atrakcyjnych stawek. (par. 7 Wzoru umowy ramowej - Załącznik nr 6 do SIWUR). Ponadto w przypadku usługi realizacji projektów specjalnych koszt współpracy z dostawcą mediów jest negocjowany przez Zamawiającego — ewentualne atrakcyjne stawki, które wypracowała wcześniej Odwołująca z tym dostawcą nie mają żadnego przełożenia na wynagrodzenie

Odwołującej. Natomiast wynagrodzenie z tytułu sporządzenia raportu niestandardowego opiera się wyłącznie na stawce za roboczogodzinę zaoferowanej przez wykonawcę. Zgodnie z postanowieniami wzoru umowy ramowej w przypadku usługi lokowania produktu, realizacji projektów specjalnych i sporządzenia raportów niestandardowych zyskiem wykonawcy może być jedynie część wynagrodzenia obliczonego na podstawie zaoferowanej stawki godzinowej. Skoro Odwołująca zaoferowała za te usługi stawkę w wysokości 0,00 zł wówczas nie otrzymałaby żadnego wynagrodzenia a jedynie zwrot kosztów zapłaconych na rzecz dostawcy mediów. Podkreślił, że rzetelność rozliczenia z tytułu wykonania każdego zamówienia wykonawczego będzie na bieżąco weryfikowana przez Zamawiającego na etapie wykonywania umowy ramowej a ewentualne zawyżenie kosztów zakupu mediów przez wykonawcę skutkować będzie nałożeniem kary umownej zgodnie z par. 14 ust. 3 lit. d Wzoru umowy ramowej (Załącznik nr 6 do SIWUR). Niezależnie od powyższego, zaakceptowanie działania wykonawcy, który oferuje wykonanie Usług bez wynagrodzenia od zamawiającego z Uwagi na wynegocjowane bardzo korzystne warunki cenowe u dostawców, oznaczałoby, że każdy wykonawca, który wypracuje u swoich dostawców niskie stawki, byłby uprawniony do oferowania cen dumpingowych w postępowaniu w sprawie zamówienia publicznego. Tymczasem takie postępowanie jest oczywiście sprzeczne z ustawą PZP.

6. W odwołaniu Value Media podniosła, że waga każdej z usług wycenionych przez Odwołującą na 0,00 zł wynosząca po 2% wskazuje, że elementy te nie są dla Zamawiającego istotne. Zamawiający wyraźnie sprzeciwia się powyższemu stwierdzeniu. Nie można pominąć okoliczności, że cena z tytułu wykonania usługi lokowania produktu, realizacji projektów specjalnych oraz sporządzenia raportu niestandardowego stanowi odrębne kryterium oceny ofert w Postępowaniu. Każdej z tych usług Zamawiający przyznał wagę 2%. Niejednokrotnie w postępowaniach w sprawie zamówień publicznych wygrywał wykonawca, który zaoferował cenę niższą o ułamek procenta. Odwołujący mógł zatem dokonywać przesunięć pomiędzy poszczególnymi pozycjami cenowymi, w celu uzyskania jak największej ilości punktów w ramach kryteriów oceny ofert. Dodatkowo cena z tytułu wykonania ww. usług (stawka roboczogodziny) stanowi podstawę do rozliczeń z wykonawcą, co również wskazuje, że miała ona istotne znaczenie dla Zamawiającego i powinna mieć dla wykonawcy.

W niniejszej sprawie - z Uwagi na brak możliwości jednoznacznego wskazania ilości usług i ich czasochłonności w okresie realizacji umowy ramowej, Zamawiający zażądał od wykonawców podania stawek za 1 roboczogodzinę wykonania tych usług. To właśnie te stawki będą podstawą do ustalenia należnego wykonawcy wynagrodzenia i powinny być ustalone na poziomie rynkowym. Odwołujący pozostaje w błędzie twierdząc, że był uprawniony do wycenienia pewnych usług za 0,00 zł z tego względu, że usługi te stanowią jedynie niewielką część z dużego katalogu różnych usług objętych przedmiotem umowy

ramowej, a w konsekwencji nawet wykonanie tych usług bez wynagrodzenia od Zamawiającego, nie ma znaczenia w kontekście całości ceny podanej w formularzu ofertowym jako suma wszystkich pozycji z Załączników nr 1a - 1k. Mając na uwadze charakter zamówienia i zasady udzielania zamówień wykonawczych na poszczególne usługi, prace te powinny być traktowane w sposób autonomiczny i wszystkie wyceniane na poziomie rynkowym, niezależnie od wyceny pozostałych. Podkreślić należy, że zgodnie z SIWUR zawarcie umowy ramowej nie gwarantuje wykonawcy powierzenia mu wykonania wszystkich Usług z Załączników nr 1a — 1k, a także nie gwarantuje ich udzielenia w określonych ilościach.

Na istotność cen jednostkowych przy kosztorysowym charakterze wynagrodzenia (w niniejszej sprawie mamy do czynienia z określeniem zasad wynagradzania na kształt kosztorysu) wskazywała także Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku dnia 12 lutego 2016 r. (sygn. akt: KIO 93/16): „W przypadkach, gdy wielkość zamówienia jest podawana w wielkościach szacunkowych, a więc orientacyjnych przy wynagrodzeniu kosztorysowym, na etapie składania oferty pewne i wiążące pozostają przede wszystkim ceny jednostkowe - to te ceny jednostkowe mówią zamawiającemu, ile będzie musiał płacić wykonawcy za realizację określonej jednostki przyjętej miary (w tym postępowaniu za zagospodarowanie 1 Mg odpadów).” Do istotnej części zamówienia odniósł się także Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w opinii prawnej pt. „Badanie rażąco niskiej ceny po nowelizacji” (opinia zamieszczona na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych, dostępna w zakładce Urząd Zamówień Publicznych/Repozytorium Wiedzy/Interpretacja przepisów/Opinie prawne dotyczące nowelizacji ZamPubU) podnosząc, że: „Zamawiający może wezwać wykonawcę również w każdej innej sytuacji, w której wysokość ceny lub kosztu oferty, a nawet jedynie ich istotne części składowe budzą jego wątpliwości, mimo iż cena całkowita lub koszt nie jest niższa niż szczególny ustawowy limit. W zakresie istotnych części zamówienia ważne jest, aby te części miały znaczenie dla całości wyceny przedmiotu zamówienia przy wynagrodzeniu ryczałtowym) albo jeśli są to istotne części zamówienia, które stanowią przedmiot odrębnego wynagrodzenia (np. przy wynagrodzeniu kosztorysowymi. Żaden z argumentów przedstawionych przez Odwołującego na etapie udzielania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, jak również w odwołaniu, nie może stanowić podstawy do przyjęcia, że zaoferowana przez Value Media cena nie jest rażąco niska. W związku z powyższym Zamawiający był zobowiązany odrzucić ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 Ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 PZP.

II. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 90 ust. 1 pkt 1 PZP a contrario poprzez bezpodstawne uznanie oferty Odwołującej za niezgodną z ustawą.

Kolejną, niezależną podstawą odrzucenia oferty Odwołującej jest jej niezgodność z ustawą. Jak stanowi art. 90 ust. 1 pkt 1 PZP, przy kalkulowaniu ceny oferty, wartość kosztów pracy przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Według przepisów obowiązującego na dzień składania ofert rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 9 września 2016 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2017 r. (Dz. U. poz. 1456) wydanego na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, od dnia 1 stycznia 2017 r. ustalono minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 2000 zł. Natomiast zgodnie z obwieszczeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 21 września 2016 r. w sprawie wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2017 r. stawka ta od dnia 1 stycznia 2017 r. wynosiła 13 złotych. Przepis art. 90 ust. 1 pkt 1 PZP dodatkowo poddaje w wątpliwość możliwość oferowania za jakiegokolwiek prace ceny 0,00 zł, albowiem skoro prace takie muszą być wykonane przez określone osoby otrzymujące wynagrodzenie, czy to z tytułu umowy o pracę, czy z innych tytułów, cena oferowana za takie prace powinna co najmniej uwzględniać stosowne koszty pracy, oparte na kwotach minimalnych, a te koszty z pewnością nie mogą wynosić 0/00 zł. (tak KIO w wyroku z dnia 19 stycznia 2017 r., sygn. akt: KIO 22/17). Zamawiający wymagał określenia stawki godzinowej, w odniesieniu do wskazanych w formularzach cenowych - Załączniku nr 1i, 1j oraz 1k usług. Nie ulega wątpliwości, że stawka roboczogodziny na poziomie 0,00 zł oznacza tyle, że usługa ta będzie wykonywana bezpłatnie, co powoduje, że w tym zakresie treść oferty Odwołującej sprzeciwia się ustawie. Oferta Value Media pozostaje zatem w sprzeczności z art. 89 ust. 1 pkt 1 PZP w zw. z art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp. Oferta Odwołującego pozostaje niezgodna z ustawą Pzp, a konkretnie powołanym powyżej art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp w takim zakresie, w jakim przepis ten nakazuje uwzględnianie przy kalkulacji ceny kosztów pracy nie niższych niż minimalne, wynikające z powołanej w nim ustawy. Jak już wskazano powyżej Usługi lokowania produktu, realizacji projektów specjalnych i sporządzenia raportów niestandardowych nie mają charakteru marginalnego a ich wykonanie zostało oszacowane na łącznie 135 roboczogodzin, przy czym na etapie wykonywania umowy może się okazać, że czasochłonność tych usług jest znacznie większa. Z tego powodu Zamawiający uznał za racjonalne wynagradzanie wykonawcy w oparciu o stawkę zaoferowanej roboczogodziny. Zaoferowanie przez Odwołującą stawki roboczogodziny w wysokości 0,00 zł oznacza w rzeczywistości brak wyceny tych usług, które muszą być wykonane przez pracowników

Odwołującej.

Decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującej z powodu jej niezgodności z ustawą znajduje oparcie także w orzecznictwie Krajowej izby Odwoławczej. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 stycznia 2017 r. (sygn. akt KIO 22/17) wskazano: „Izba podziela również ocenę Odwołującego, że oferta Przystępującego jest niezgodna z ustawą w świetle przepisu art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Zwrócić należy uwagę, że mocą powołanego przepisu wartość kosztów pracy przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265). Sporne pozycje wymagały określenia wyceny godzinowej, a więc stawki godzinowej, w odniesieniu do podanych tam usług. Jak wynika zaś z powołanego przepisu, stawka ta nie może być niższa od obowiązującej, minimalnej stawki godzinowej. Nie ulega wątpliwości, że stawka na poziomie 0,00 zł oznacza tyle, że usługa ta będzie wykonywana bezpłatnie, co powoduje, że w tym zakresie treść oferty Przystępującego sprzeciwia się ustawie. Uzasadniony zatem pozostaje zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.”

III. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP a contrario poprzez bezpodstawne uznanie, że treść oferty Odwołującej nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W pkt 10.1. SIWUR Zamawiający wskazał, że cena oferty powinna obejmować wszelkie koszty i należności Wykonawcy związane z realizacją Zamówień Wykonawczych. Cena powinna być skonstruowana w sposób podany w formularzu cenowym, który stanowi Załącznik nr 1, nr 1a — 1k do SIWUR. Podane warunki zakupowe są obowiązujące w całym okresie ważności oferty i w trakcie realizacji Umowy Ramowej i Zamówień Wykonawczych. (pkt 10.2. SIWUR).

Zgodnie z Formularzami cenowymi stanowiącymi Załączniki nr 1i, nr 1j i nr 1k Wykonawca powinien podać Stawkę za 1 roboczogodzinę w zł netto, Stawkę za 1 roboczogodzinę w zł netto oraz Cenę realizacji przedmiotu zamówienia brutto. Value Media w Formularzu cenowym - Załączniku nr 1i - lokowanie produktu, Załączniku nr 1j - projekty specjalne i Załączniku nr 1k - raporty niestandardowe, stanowiącym część oferty Wykonawcy wycenił 1 roboczogodzinę realizacji wyżej wskazanych usług na kwotę 0,00 złotych. Według postanowień SIWUR, Zamawiający oczekiwał wpisania w odpowiedniej pozycji Załącznika nr 1i, 1j i 1k realnej ceny za określone usługi. Treść i konstrukcja powyższych Załączników nie daje podstaw do założenia, że ustalenie cen wskazanych w nich usług może odbywać się poprzez zaciernięcie cen z innych Załączników.

W przypadku, gdy treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia ustawodawca w art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty - z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP. Nie budzi wątpliwości, że wskazanie przez Value Media ceny 0,00 zł za wykonanie usługi lokowania produktu, realizacji projektów specjalnych i sporządzenia raportów niestandardowych miała charakter intencjonalny. W złożonych wyjaśnieniach Odwołująca wyraźnie wskazała, że jej zamiarem było zaoferowanie realizacji tych usług bez dodatkowego wynagrodzenia. W tym kontekście bezprzedmiotowe było badanie przez Zamawiającego czy Value Media nie popełniła w ofercie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 PZP. W wyroku z dnia 12 czerwca 2017 r. (sygn. akt KIO 1093/17), który dotyczył postępowania w celu zawarcia umowy ramowej, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że: „nie do zaakceptowania jest sytuacja, w której zaproponowana cena jakiegokolwiek pozycji kosztorysowej wynosiłaby 0 zł. Celem zawarcia umowy ramowej jest wyłonienie wykonawców, którzy będą, i tak w ograniczony sposób, konkuruwać między sobą, składając oferty na zamówienia wykonawcze. Przedmiotem poszczególnych zadań częściowych (zamówień wykonawczych) może być każda z 310 pozycji, ujęta w formularzu, w tym także pozycja 248. Wykonawcy - strony umowy ramowej - deklarują gotowość do realizacji pełnego zakresu zamówień, objętych umową ramową. Oczywiście samo zawarcie umowy ramowej nie obliuguje wykonawcy do składania ofert na każde zamówienie wykonawcze, niemniej jednak wykonawca, składając ofertę na zawarcie umowy ramowej nie może a priori zakładać, że nie przystąpi do jakiegoś konkretnego zamówienia częściowego. Zaakceptowanie takiej sytuacji mogłoby doprowadzić do zachwiania lub wyeliminowania konkurencji w obszarach, w których wykonawcy założyli już na etapie umów ramowych, że nie będą składać ofert wykonawczych, co w konsekwencji skutkowałoby wypaczeniem sensu zawierania umów ramowych. J Nie do zaakceptowania jest także sytuacja, w której wykonawca w przypadku zlecenia zamówienia częściowego, obejmującego wyłącznie poz. 248 wskaże cenę 0,00 zł. Cena taka nie obejmuje kosztów związanych z realizacją przedmiotu

zamówienia wraz z dostawą, transportem, wniesieniem na miejsce oraz ubezpieczeniem na czas transportu i nie jest ekwiwalentem za wykonane usługi. Tak określona cena jest sprzeczna z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w dziale XV pkt 3 specyfikacji

istotnych warunków zamówienia, gdzie Zamawiający wymagał, aby ceny podane przez wykonawcę obejmowały wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia wraz dostawą i transportem. (patrz pkt. 10.1 SIWUR — przyp aut.) Literalne brzmienie tego postanowienia wskazuje, że należy je odnosić do każdej ceny jednostkowej (cen jednostkowych) a nie jak twierdzi Odwołujący do ceny oferty. Cena 0,00 zł, jaka została zaproponowana przez Odwołującego w poz. 248 nie obejmuje jakichkolwiek kosztów związanych z realizacją tego zakresu przedmiotu zamówienia. Podobnie w niniejszej sprawie Zamawiający wyraźnie wymagał wyceny wszystkich usług wskazanych w formularzach cenowych — celowo skonstruował formularze w taki sposób, że każda istotna z punktu widzenia Zamawiającego usługa stanowiła odrębną pozycję. Tak też postanowienia SIWUR zrozumieli pozostali wykonawcy, którzy złożyli oferty w Postępowaniu wyceniając przedmiotowe usługi. Nie bez znaczenia dla oceny oferty Odwołującej pozostaje, że Zamawiający we wzorze umowy ramowej wskazał stawkę roboczogodziny wykonywania usług lokowania produktu, realizacji projektów specjalnych oraz sporządzenia raportów niestandardowych, jako podstawę do rozliczeń z wykonawcą. Wskazanie tych stawek przez

Odwołującego w wysokości 0,00 zł oznacza w rzeczywistości brak wynagrodzenia za świadczenie tych usług. Zamawiający wymagał wypełnienia przez wykonawców także formularzy cenowych odnoszących się do poszczególnych Usług, poprzez wskazanie w nich ceny, która ma obejmować wszelkie koszty i należności Wykonawcy związane z realizacją Zamówień Wykonawczych, zatem działający zgodnie z postanowieniami SIWUR wykonawcy wypełnili te formularze cenami rynkowymi. W rezultacie ofertę Odwołującej zawierającą formularze cenowe — Załączniki nr 1i, 1j oraz 1k wypełnione kwotą 0,00 zł nie można uznać za ofertę zgodną z SIWUR. Konkludując, stwierdził, że Odwołująca złożyła ofertą niezgodną z treścią SIWUR, a zatem podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP. Decyzja Zamawiającego była prawidłowa i znajduje oparcie w dotychczasowym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca - Media Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie także wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Zgodnie z postanowieniami Ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych warunków zamówienia postępowanie jest prowadzone na podstawie art. 134 ust.2 w zw. z art. 39 i nast. ustawy Pzp z zachowaniem zasad właściwych dla zawierania umów ramowych dotyczących zamówień sektorowych, celem zawarcia takiej umowy. Przewidywane usługi do realizacji przez dom medialny - opis przedmiotu umowy ramowej - zostały szczegółowo określone w załączniku nr 2 do SIWUR. W tym opisie wyodrębniono cztery autonomiczne segmenty: (1) Realizacja kampanii reklamowych i działań PR; (2) Realizacja lokowania produktów; (3) Realizacja projektów specjalnych PR; (4) Realizacja Raportów niestandardowych. Jednocześnie Izba zwraca uwagę, że wymienione segmenty nie były gwarantowane do realizacji, co jest zgodne z istotą umowy ramowej. Przepis art. 2 pkt 9a ustawy Pzp odnoszący się do istoty umowy ramowej, wskazuje, że jej celem jest ustalenie warunków dotyczących zamówień publicznych, jakie mogą, a nie muszą zostać udzielone w ramach zaspokojenia indywidualnych potrzeb zamawiającego. Powyższe uwarunkowanie znalazło odzwierciedlenie we Wzorze umowy ramowej (Załącznik nr 6 do SIWUR), w którym Zamawiający jednoznacznie wskazał, że: „Usługi będą realizowane przez Wykonawcę na rzecz Zamawiających na podstawie Zamówień Wykonawczych udzielanych odrębnie na warunkach określonych w Umowie. Zamówienie Wykonawcze może obejmować zarówno wszystkie, jak i tylko niektóre spośród Usług wymienionych w Załączniku nr 1 do Umowy, zgodnie z decyzją Zamawiającego.” (§ 4 ust. 1 Wzoru umowy ramowej)”. Także znalazło to odzwierciedlenie w opisie kryteriów oceny ofert i w wymaganej prezentacji ceny (ze wskazaniem podstaw jej kalkulacji) w każdym z segmentów, które to ceny podlegały odrębnym ocenom.

Mając zatem na uwadze charakter tego zamówienia i zasady udzielania zamówień wykonawczych na poszczególne usługi, prace w każdym segmencie powinny być traktowane w sposób autonomiczny i powinny być wyceniane w każdym segmencie na poziomie rynkowym, niezależnie od wyceny przyjętej dla danego segmentu. Zawarcie umowy ramowej w wyniku tego postępowania nie gwarantuje wykonawcy powierzenia mu wykonania wszystkich Usług z Załączników nr 1a — 1k, a także nie gwarantuje ich udzielenia w

określonych ilościach. Wynagrodzenie zatem z tytułu wykonania usług określonych w ramach Załączników 1i, 1j oraz 1k nie mogło zawierać się w innych elementach wynagrodzenia, nawet w tzw. „provizji mediowej za zakup mediów.

Wykonawcy kalkulując cenę oferty w tym postępowaniu nie mogli przyjąć założenia, że Zamawiający będzie udzielał zamówień wykonawczych na wszystkie usługi wymienione w formularzach cenowych do SIWUR oraz na wskazane w tych formularzach ilości. Udzielanie zamówienia wykonawcy na poszczególne usługi objęte umową ramową będzie następowało - jak już wskazano - na podstawie zindywidualizowanych zamówień wykonawczych. Każde z zamówień wykonawczych stanowi zatem samoistny przedmiot zamówienia, którego udzielenie na podstawie umowy ramowej jest zdarzeniem przyszłym i niepewnym.

Izba zgodziła się z Zamawiającym, że argumentacja podnoszona przez Odwołującego w wyjaśnieniach dowodzi, że zaoferowana cena za wykonanie usługi lokowania produktu, usługi realizacji projektów specjalnych oraz usługi sporządzenia raportów niestandardowych jest rażąco niska. Także te wyjaśnienia stanowiły uzasadnioną podstawę do przyjęcia przez Zamawiającego, że oferta Value Media jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (w tym przypadku z SIWUR) oraz z przepisami ustawy Pzp. Powyższe uzasadniało zatem odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust.1 pkt 1 oraz pkt 2 i pkt 3 w związku z art. 90 ust.1 i 3 ustawy Pzp.

Odwołujący - jak wynika z treści wyjaśnień - zamierza wykonywać przedmiotowe usługi bez wynagrodzenia zakładając w sposób nieuprawniony usługi, rekompensatę kosztów z Realizacji kampanii reklamowych i działań PR - niewątpliwie segmentu o kluczowej wartości w sytuacji gdy postanowienia Umowy ramowej - jak już wskazano - nie dają gwarancji otrzymania przez wykonawcę zamówienia na te usługi. Wykonawca nie miał podstaw do przyjęcia, czy i jakie prace będzie faktycznie wykonywał i w jakiej ilości, a co za tym idzie, nie miał podstaw faktycznych do budowania cen z założeniem, że pewne prace będzie mógł wykonać, w tym samym czasie czy przy okazji realizacji innych (a więc ich cena może być niższa). Niewątpliwie oświadczenia klientów, które przedłożył Odwołujący w toku składania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny na potwierdzenie braku zapłaty wynagrodzenia za usługę lokowania produktu na rzecz Odwołującego odnoszą się wyłącznie do jednej z usług wycenionych - usługi lokowania produktu. Ponadto z oświadczeń tych wynika, że usługa lokowania produktu była wykonywana w ramach realizacji kampanii. Tymczasem w przedmiotowej sprawie usługa ta stanowić będzie odrębny przedmiot zamówienia wykonawczego i może być - hipotetycznie - zlecana samodzielnie. Ponadto w niniejszej sprawie Zamawiający - z uwagi na brak możliwości jednoznacznego wskazania ilości usług i ich czasochłonności w okresie realizacji umowy ramowej - wymagał podania stawek za 1 roboczogodzinę wykonania tych usług. Te stawki będą podstawą do ustalenia należnego wykonawcy wynagrodzenia i powinny być ustalone na poziomie rynkowym. Niewątpliwie w stanie faktycznym sprawy, Odwołujący pozostaje w błędzie twierdząc, że był uprawniony do wycenienia pewnych usług za 0 zł z tego względu, że usługi te stanowią jedynie niewielką część z dużego katalogu różnych usług objętych przedmiotem umowy ramowej, a w konsekwencji nawet wykonanie tych usług bez wynagrodzenia od Zamawiającego, nie ma znaczenia w kontekście całości ceny podanej w formularzu ofertowym jako suma wszystkich pozycji z Załączników nr 1a - 1k. Izba podkreśla, że mając na uwadze charakter zamówienia i zasady udzielania zamówień wykonawczych na poszczególne usługi, prace te powinny być traktowane w sposób autonomiczny i wszystkie wyceniane na poziomie rynkowym, niezależnie od wyceny pozostałych. Także przyjęte w tym postępowaniu kryteria oceny oferty nie pozwalały na inną interpretację zasad obliczania cen dla poszczególnych segmentów i odstępowo od wytycznych zawartych w opisach do formularzy cenowych dla tych segmentów.

Izba zgodziła się również z Zamawiającym, że zastosowanie stawki 0 zł - w tym stanie faktycznym - było niezgodne z art. 90 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp. W myśl tego przepisu przy kalkulowaniu ceny oferty, wartość kosztów pracy przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Według przepisów rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 9 września 2016 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2017 r., minimalne wynagrodzenie za pracę ustalone zostało w wysokości 2000 zł. Natomiast zgodnie z obwieszczeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 21 września 2016 r. w sprawie wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2017 r. stawka godzinowa od dnia 1 stycznia 2017 r. wynosiła 13 złotych. Wobec treści przepisu art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz faktu, że prace muszą być wykonane przez określone osoby otrzymujące wynagrodzenie, czy to z

tytułu umowy o pracę, czy z innych tytułów, cena oferowana za takie prace powinna co najmniej uwzględniać stosowne koszty pracy, oparte na kwotach minimalnych, a te koszty z pewnością nie mogą wynosić 0 zł. Zamawiający wymagał określenia stawki godzinowej, w odniesieniu do wskazanych w formularzach cenowych - Załączniku nr 1i, 1j oraz 1k usług, co powoduje, że w tym zakresie treść oferty Value Media sp. z o.o. jest sprzeczna z art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, a to z kolei uzasadniało jej odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 tej ustawy.

Oferta Value Media sp. z o.o. nie odpowiada również treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający w punkcie 10.1 SIWUR wskazał, że cena oferty powinna obejmować wszelkie koszty i należności wykonawcy związane z realizacją Zamówień Wykonawczych. Cena powinna być skonstruowana w sposób podany w formularzu cenowym, który stanowi Załącznik nr 1, nr 1a — 1k do SIWUR. Podane warunki zakupowe są obowiązujące w całym okresie ważności oferty i w trakcie realizacji Umowy Ramowej i Zamówień Wykonawczych (pkt 10.2. SIWUR). Zgodnie z Formularzami cenowymi stanowiącymi Załączniki nr 1i, nr 1j i nr 1k Wykonawca powinien podać Stawkę za 1 roboczogodzinę w zł netto, Stawkę za 1 roboczogodzinę w zł netto oraz Cenę realizacji przedmiotu zamówienia brutto. Value Media w Formularzu cenowym - Załączniku nr 1i - lokowanie produktu, Załączniku nr 1j - projekty specjalne i Załączniku nr 1k - raporty niestandardowe, stanowiącym część oferty Wykonawcy wycenił 1 roboczogodzinę realizacji wyżej wskazanych usług na kwotę 0,00 złotych. Według postanowień SIWUR, Zamawiający oczekiwał podania w odpowiedniej pozycji Załącznika nr 1i, 1j i 1k realnej ceny za określone usługi. Treść i konstrukcja powyższych Załączników nie daje podstaw do założenia, że ustalenie cen wskazanych w nich usług może odbywać się poprzez zaczerpnięcie cen z innych Załączników. Zamawiający wyraźnie wymagał wyceny wszystkich usług wskazanych w formularzach cenowych. W tym celu skonstruował formularze w taki sposób, że każda istotna z punktu widzenia Zamawiającego usługa stanowiła odrębną pozycję. Tak też postanowienia SIWUR zrozumieli pozostali wykonawcy, którzy złożyli oferty w Postępowaniu wyceniając przedmiotowe usługi. Nie bez znaczenia dla oceny oferty Odwołującej pozostaje, że Zamawiający we wzorze umowy ramowej wskazał stawkę roboczogodziny wykonywania usług lokowania produktu, realizacji projektów specjalnych oraz sporządzenia raportów niestandardowych, jako podstawę do rozliczeń z wykonawcą. Wskazanie tych stawek przez Odwołującego w wysokości 0 zł oznacza w rzeczywistości brak wynagrodzenia za świadczenie tych usług. Zamawiający wymagał wypełnienia przez wykonawców także formularzy cenowych odnoszących się do poszczególnych Usług, poprzez wskazanie w nich ceny, która ma obejmować wszelkie koszty i należności wykonawcy związane z realizacją Zamówień Wykonawczych. Działając zatem zgodnie z postanowieniami SIWUR obowiązkiem wykonawcy było podanie w nich cen rynkowych. Wobec tych ustaleń oferty Odwołującego zawierającej formularze cenowe — Załączniki nr 1i, 1j oraz 1k - z cenami 0,00 zł nie można uznać za zgodną z SIWUR. Izba zgodziła się ponadto z Zamawiającym, że wskazanie przez Value Media ceny 0,00 zł za wykonanie usługi lokowania produktu, realizacji projektów specjalnych i sporządzenia raportów niestandardowych miała charakter intencjonalny. W złożonych wyjaśnieniach Odwołujący wyraźnie wskazał, że jego zamiarem było zaoferowanie realizacji tych usług bez dodatkowego wynagrodzenia. W tym kontekście bezprzedmiotowe było badanie przez Zamawiającego czy Value Media nie popełniła w ofercie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a) oraz pkt 2 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 i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).