

Sygn. akt: KIO 1578/18

WYROK

z dnia 24 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 22 sierpnia 2018 r odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 08.08. 2018 r. przez odwołującego: interprima spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. ul.Bukowskiego178/2; 52-418 Wrocław w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Instytut Badań Edukacyjnych ul. Górczewska 8; 01-180 Warszawa uwzględniającego w całości zarzuty odwołania

przy udziale wykonawcy ClickAd Interactive sp. z o.o., ul. Wiertnicza 89, 02-952 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wnoszącego sprzeciw

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje odrzucenie oferty przystępującego po stronie zamawiającego i dokonanie ponownego badania oraz oceny celem wyboru najkorzystniejszej oferty
 2. kosztami postępowania obciąża ClickAd Interactive sp. z o.o., ul. Wiertnicza 89, 02-952 Warszawa
- i
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez interprima

spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. ul.Bukowskiego178/2; 52-418
Wrocław tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od ClickAd Interactive sp. z o.o., ul. Wiernicza 89, 02-952 Warszawa kwotę 11.117 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto siedemnaście złotych zero groszy) na rzecz interprima spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k. ul.Bukowskiego178/2; 52-418 Wrocław stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego i opłaty uiszczonyj od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. 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 Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołanie

W dniu 8 sierpnia 2018 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej złożono odwołanie z dnia 7 sierpnia 2018 r. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest Instytut Badań Edukacyjnych ul. Górczewska 8, 01-180 Warszawa zwany dalej „zamawiającym”. Odwołanie złożył odwołujący którym jest odwołujący: interprima spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. ul. Bukowskiego 178/2; 52-418 Wrocław zwany dalej „odwołującym”.

Odwołanie złożono w postępowaniu prowadzonym o udzielenie zamówienia publicznego na „Przygotowanie i przeprowadzenie kampanii informacyjno-promocyjnych w sieci reklamowej wiodącej w Polsce wyszukiwarki internetowej oraz w mediach społecznościowych na profilach Zamawiającego, dotyczących Zintegrowanego Systemu Kwalifikacji” (znak sprawy: IBE/20/2018).

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, zwane dalej „postępowaniem”.

Działając w imieniu odwołującego na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 179 ust. 1 oraz art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.; zwana dalej: „ustawą PZP”), złożono odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy PZP czynności podjętej w postępowaniu przez zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy - ClickAd Interactive Sp. z o.o. zwana dalej: „ClickAd” lub „przystępującym”, pomimo że oferta ta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP, jak również od czynności utajnienia przez zamawiającego dokumentów złożonych przez ClickAd w ramach odpowiedzi na wezwanie z dnia 16 lipca 2018 r. (wniosek o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny) oraz odpowiedzi na pismo firmy interprima Sp. z o.o. sp. k. z dnia 6 lipca 2018 r.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp.:

1. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy - przez zaniechanie odrzucenia oferty ClickAd pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tj. stanowi działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami oraz narusza interes innego przedsiębiorcy to jest odwołującego i klienta to jest zamawiającego;
2. art. 91 ust. 1 ustawy - przez wybór jako najkorzystniejszej oferty ClickAd pomimo, że powinna ona podlegać odrzuceniu w postępowaniu;

3. art. 8 ust. 1-2 oraz 3 ustawy PZP - poprzez ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem zawartych w dokumentach złożonych przez ClickAd w ramach odpowiedzi na wezwanie z dnia 16 lipca 2018 r. wniosek o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny oraz odpowiedzi na pismo firmy interprima Sp. z o.o. sp. k. z dnia 6 lipca 2018 r., pomimo, że ClickAd nie wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wskazując na powyższe, wnoszę o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. odtajnienia dokumentów złożonych przez ClickAd w ramach odpowiedzi na wezwanie z dnia 16 lipca 2018 r. wniosek o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny oraz odpowiedzi na pismo firmy interprima Sp. z o.o. sp. k. z dnia 6 lipca 2018 r.
2. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. dokonanie ponownego badania i oceny ofert,
4. odrzucenie oferty ClickAd,
5. w konsekwencji dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego.

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył nie podlegającą odrzuceniu ofertę w postępowaniu, nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, a w związku z niezgodną z przepisami ustawy czynnością zamawiającego, może ponieść szkodę w postaci nieudzielenia mu zamówienia publicznego. Interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia został naruszony przez zamawiającego w postępowaniu, ponieważ zamawiający wybrał ofertę wykonawcy - ClickAd, która powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy. W razie gdyby zamawiający, zgodnie z wyrażonym w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy obowiązkiem, odrzucił ofertę wykonawcy ClickAd, oferta odwołującego zostałaby sklasyfikowana na pierwszej pozycji listy rankingowej w ramach oceny ofert.

W związku z doręczeniem odwołującemu drogą elektroniczną w dniu 3 sierpnia 2018 r., pisma zamawiającego z dnia 2 sierpnia 2018 roku, zawierającego informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, zachowany został termin do wniesienia odwołania wskazany w art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP.

Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 7 sierpnia 2018 r. na adres podany przez zamawiającego w SIWZ, tj. zamowienia@ibe.edu.pl - potwierdzenie wysłania e-mail stanowi załącznik do niniejszego odwołania.

Odwołujący przedstawił następujące uzasadnienie w sprawie.

W następujący sposób uzasadnił kolejno podniesione w odwołaniu zarzuty.

1) Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Przygotowanie i przeprowadzenie kampanii informacyjno-promocyjnych w sieci reklamowej wiodącej w Polsce wyszukiwarki internetowej, oraz w mediach społecznościowych na profitach zamawiającego, dotyczących Zintegrowanego Systemu Kwalifikacji”.

Zgodnie z § 14 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający będzie kierować się następującymi kryteriami oceny ofert:

a) Cena, w tym:

- Cena ogólna (tj. maksymalna łączna cena brutto oferty - zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego z dnia 28.06.2018 r.) - waga 5

- Miesięczne ryczałtowe wynagrodzenie - waga 30

b) Prowizja - waga 25

c) Możliwość samodzielnej optymalizacji działań w serwisie Facebook i LinkedIn - waga 15

d) Doświadczenie osób w prowadzeniu działań reklamowych w serwisie LinkedIn - waga 15

e) Doświadczenie osób w projektach społecznych i edukacyjnych - waga 10.

Zgodnie z § 12 ust. 3 SIWZ (Opis sposobu obliczenia ceny) - Maksymalna wartość umowy (maksymalna łączna cena brutto oferty) jest obliczana jako suma iloczynu podanych przez wykonawcę ryczałtowych miesięcznych stawek (cen jednostkowych wskazanych w formularzu) i ilości miesięcy realizacji zamówienia (29 miesięcy), Prowizji Wykonawcy oraz szacowanego przez Zamawiającego kosztu wszystkich kampanii tj. kosztu wystawionej faktury przez sieci reklamowe. Zgodnie z ust. 4 - Podana cena musi obejmować wszystkie koszty realizacji prac z uwzględnieniem wszystkich opłat i podatków (także od towarów i usług). Cena oferty obejmuje wszystkie koszty wykonania usługi, zysk Wykonawcy, wymagane przepisami prawa obciążenia fiskalne oraz wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia.

Zgodnie z Załącznikiem nr 7 do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia) - Na wynagrodzenie Wykonawcy będą składać się następujące elementy (ceny jednostkowe - dop.):

a) Miesięczny ryczałt - Stały przez cały okres trwania umowy. Miesięczna kwota ryczałtowa zawiera wynagrodzenie za comiesięczne opracowywanie, w ścisłej współpracy z Zamawiającym, harmonogramu działań i planów kampanii na kolejne miesiące oraz bieżące konsultacje z zamawiającym, jak również zapewnienie dostępu do bazy umożliwiającej pobranie obrazu: zdjęcia, grafiki wektorowej, video oraz muzyki.

Wykonawca powinien uwzględnić tą kwotę w miesięcznym wynagrodzeniu ryczałtowym.

b) Prowizja - Wykonawca określi stały % prowizji obowiązujący przez cały okres trwania umowy. Prowizja będzie wyliczana comiesięcznie na podstawie faktury wystawionej przez sieci reklamowe zgodnie z zaakceptowanym przez Zamawiającego harmonogramem oraz zrealizowanym budżetem kampanii na dany miesiąc.

c) Wynagrodzenie równe wartości wystawionej faktury/rachunku przez ww. sieci reklamowe opisane w pkt b) powyżej - Zamawiający zastrzegł, że płatnikiem faktur/rachunków wystawionych przez sieci reklamowe musi być Wykonawca.

Z punktu widzenia kryteriów oceny ofert istotne jest, że waga kryterium prowizji jest mniejsza niż waga kryterium miesięczne ryczałtowe wynagrodzenie. W konsekwencji tak określonych kryteriów oceny ofert wysokość prowizji ma mniejsze znaczenie z punktu widzenia oceny ofert niż miesięczne ryczałtowe wynagrodzenie.

Ofertę na realizację przedmiotu zamówienia złożyły dwa podmioty:

a) Odwołujący - interprima spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. - zaoferował cenę jednostkową brutto za jeden miesiąc w realnej wysokości 492,00 zł oraz prowizję w wysokości 11,00% (37 510,00 zł); łączna maksymalna cena brutto oferty - 392 778,00 zł

b) ClickAd - zaoferował cenę jednostkową brutto za jeden miesiąc w wysokości 0,01 zł oraz prowizję w wysokości 35% (119 350,00 zł); łączna maksymalna cena brutto oferty - 460 350,29 zł.

Dnia 3 sierpnia 2018 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wynikach oceny ofert i wyborze jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez ClickAd. Oferty otrzymały następującą liczbę punktów w ustalonych kryteriach oceny ofert:

a) Cena ogólna:

Odwołujący - 5 pkt ClickAd - 4,27 pkt

b) Miesięczne ryczałtowe wynagrodzenie Odwołujący - 0 pkt

ClickAd - 30 pkt

c) Prowizja:

Odwołujący - 25 pkt ClickAd - 7,86 pkt

d) Możliwość samodzielnej optymalizacji działań w serwisie Facebook i LinkedIn
Odwołujący- 15 pkt

Click Ad - 15 pkt

f) Doświadczenie osób w prowadzeniu działań reklamowych w serwisie LinkedIn
Odwołujący - 0 pkt

ClickAd -15 pkt

g) Doświadczenie osób w projektach społecznych i edukacyjnych Odwołujący - 10 pkt

ClickAd-10 pkt

Łącznie oferta odwołującego otrzymała 55 pkt., natomiast oferta Clickad - 82,13 pkt.

Na podstawie ww. informacji stwierdzić należy, że o wyniku postępowania przesądziło de facto zaoferowanie przez ClickAd ceny jednostkowej w wysokości 1 gr tytułem „miesięcznego,ryczałtowego wynagrodzenia” tj. zgodnie z wymogami SIWZ - wynagrodzenia za:

a) comiesięczne opracowywanie, w ścisłej współpracy z zamawiającym, harmonogramu działań i planów kampanii na kolejne miesiące,

b) bieżące konsultacje z Zamawiającym,

c) zapewnienie dostępu do bazy umożliwiającej pobranie obrazu: zdjęcia, grafiki wektorowej, video oraz muzyki.

Zgodnie z informacją w ust. 1b § 14 SIWZ, w kryterium „Cena. Miesięczne ryczałtowe wynagrodzenie” najwyższą liczbę punktów (30 pkt) otrzyma oferta zawierająca najniższe miesięczne ryczałtowe wynagrodzenie (cena podana w PLN brutto), a każda następna odpowiednio zgodnie ze wzorem:

najniższe miesięczne ryczałtowe wynagrodzenie x 30

Liczba punktów =miesięczne ryczałtowe wynagrodzenie oferty ocenianej

Zaoferowanie rażąco niskiej, symbolicznej kwoty 1 gr tytułem „miesięcznego ryczałtowego wynagrodzenia” spowodowało, że oferta odwołującego nie mogła jakkolwiek konkurować z ofertą ClickAd z punktu widzenia kryterium miesięcznego ryczałtowego wynagrodzenie, w konsekwencji doprowadziło to do różnicy w punktacji pomiędzy ClickAd a odwołującym rzędu

aż 30 punktów, co stanowi niemalże 1/3 wszystkich możliwych do zdobycia punktów w ramach oceny ofert.

Ww. działanie ClickAd polegające na zaoferowaniu ceny jednostkowej w wysokości 1 gr tytułem „miesięcznego ryczałtowego wynagrodzenia” należy uznać za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tj. za działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, które zagraża lub wręcz narusza interes innego przedsiębiorcy (odwołującego) jak i klienta (zamawiającego) - art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 419), zwana dalej „ustawą ZNK”.

Działanie ClickAd polega na tzw. „manipulowaniu ceną” tzn. na „określaniu cen jednostkowych w taki sposób, że część cen określana jest na poziomie rażąco niskim, w oderwaniu od rzeczywistych kosztów i nakładów związanych z realizacją zamówienia, a część jest bez uzasadnienia zawyżona, by rekompensować zniżenie innych cen, przy czym celem dokonywania takiej operacji jest zamierzona optymalizacja dokonanych wycen” (M. Jaworska (red.) Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2018). Manipulacja cenowa sprowadza się zatem do przerzucania kosztów pomiędzy poszczególnymi elementami cenotwórczymi. Celem takiej „optymalizacji” jest nic innego jak uzyskanie przewagi nad innymi wykonawcami wedle przyjętych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert. Wskazać należy, że jest to działanie, które prowadzi do wynaturzeń pozbawiających system zamówień publicznych jego ekonomicznego sensu, jak również narusza to interes innych przedsiębiorców (ibidem). Na kanwie walki z tym zjawiskiem ukształtowała się obszerna i jednolita linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej, w ramach której KIO wskazuje, że działanie wykonawców w postaci manipulowania cenami jednostkowymi (przerzucanie kosztów) jest:

- a) sprzeczne z dobrymi obyczajami rozumianymi jako normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych, a więc pozaprawnymi normami postępowania, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy (tzw. uczciwość kupiecka). Istotne znaczenie mają tu oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo (tak: wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 czerwca 2007 V AC 71/07);
- b) co najmniej zagraża interesom innych przedsiębiorców (wykonawców), którzy kalkulując cenę uczciwie nie mogą w ten sposób realnie konkurować z podmiotem, który dopuszcza się manipulowania ceną, a w konsekwencji ich dostęp do rynku jest ograniczany przez podmiot popełniający delikt uczciwej konkurencji. Działanie takie może również zagrażać interesom samego zamawiającego, który w następstwie tego

typu manipulacji cenowej byłby zmuszony niejednokrotnie dokonać wyboru oferty sumarycznie droższej (zawierającej wyższą cenę całkowitą).

Tytułem przykładu należy odesłać w tym zakresie do tez Krajowej Izby Odwoławczej, zawartych chociażby w następujących orzeczeniach: wyrok z dnia 5 kwietnia 2011 r., KIO 640/11; wyrok KIO z dnia 26 września 2012 r., KIO 1934/12; wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2013 r., KIO 7/13; wyrok z dnia 19 lutego 2014 r., KIO 216/14; wyrok KIO z dnia z dnia 17 września 2015 r., KIO 1945/15; wyrok z dnia 14 listopada 2016 r., KIO 2038/16; wyrok KIO z dnia 10 sierpnia 2017 r. KIO 1476/17; wyrok z dnia 28 marca 2017 r., KIO 473/17. Stosowny wyciąg z tychże orzeczeń zawiera załącznik nr 1 do niniejszego odwołania.

Nie ulega wątpliwości, że w świetle zapisów SIWZ, w przedmiotowym Postępowaniu intencją Zamawiającego było dokonanie przez wykonawców rozbicia wynagrodzenia na 3 elementy, z których dwa pierwsze brane były pod uwagę jako odrębne kryteria oceny ofert (kryterium nr 2 oraz kryterium nr 3). Zamiarem Zamawiającego było, aby wykonawcy odrębnie w stosunku do wynagrodzenia prowizyjnego wycenili wynagrodzenie z tytułu świadczenia konkretnych usług w ramach przedmiotu zamówienia polegających na sporządzaniu harmonogramu działań i planów kampanii, udzielania zamawiającemu konsultacji oraz zapewnienia zamawiającemu dostępu do bazy umożliwiającej pobieranie zdjęcia, grafiki wektorowej, video oraz muzyki. W przeciwnym razie, oferowana cena całkowita nie byłaby ceną trójskładnikową, lecz zawierałaby jedynie jeden parametr w postaci prowizji (co notabene stanowi rozwiązanie często stosowane przez zamawiających udzielających zamówień o takim charakterze). Omawiane rozbicie na ceny jednostkowe ma niebagatelne znaczenie z punktu widzenia kryteriów oceny ofert, ponieważ od zaoferowanych cen jednostkowych - zgodnie z przyjętymi wagami punktowymi - zależy niemal 50% możliwych do zdobycia punktów.

Wykonawca ClickAd de facto nie zastosował się do narzuconych przez Zamawiającego wytycznych w zakresie sposobu obliczenia ceny, ponieważ na potrzeby wyceny całkowicie pominął koszty z tytułu usług sporządzania harmonogramu, konsultacji oraz zapewnienia dostępu do baz multimedialnych w ramach „miesięcznego ryczałtowego wynagrodzenia” oraz siłą rzeczy dokonał przerwyczenia tych kosztów do innego elementu cenowego jakim jest prowizja. Ta zaś została przyjęta przez ClickAd na relatywnie wysokim poziomie 35% od zaakceptowanego przez Zamawiającego i zrealizowanego w poprzednim miesiącu budżetu na kampanie (tj. kwoty zrealizowanych transakcji w sieciach reklamowych).

Kwota 1 gr tytułem realizacji ww. usług jest ceną znikomą, symboliczną, nierealną, niespotykaną na rynku i nie pozwalającą na pokrycie kosztów związanych ze świadczeniem tych usług, nie mówiąc już o możliwości wypracowania jakiegokolwiek zysku w tym zakresie.

Żaden przedsiębiorca, bez względu na jego sytuację rynkową, nie jest w stanie zaoferować takiej ceny tytułem świadczenia rzeczonych usług, aby nie ponieść z tego tytułu dotkliwej straty finansowej.

Po pierwsze wskazać w tym zakresie należy, że w ramach miesięcznego ryczałtowego wynagrodzenia należy dokonać wyceny i zaoferować wynagrodzenie za comiesięczne opracowywanie harmonogramu działań i planów kampanii na kolejne miesiące oraz za bieżące konsultacje z Zamawiającym. Szacuje się, że tego typu działania wymagają poświęcenia miesięcznie średnio trzech roboczogodzin. W przypadku, gdy wykonawcą jest osoba prawna, musi ona korzystać w tym zakresie z własnych zasobów kadrowych, które generują koszty z tytułu zatrudnienia osób. Nieobojętne są w tym zakresie również koszty w zakresie utrzymania niezbędnej infrastruktury, celem świadczenia usług na rzecz kontrahenta (m.in. komputerów, czy środków komunikacji telefonicznej oraz elektronicznej) jak również koszty związane chociażby z przejazdem do miejsca określonego przez Zamawiającego celem odbycia spotkań i konsultacji (§ 5 ust, 2 pkt 3 wzoru umowy). Już prima facie, bez posiadania szczegółowej wiedzy w zakresie wyceny usług w branży, stwierdzić należy, że zaoferowana cena w wysokości 1 grosza (najniższy nominal w walucie polskiej) nie pozwala na jakiegokolwiek zrekompensowanie ww. kosztów w skali całego miesiąca.

Ponadto zgodnie z regulacją SIWZ, na „miesięczne ryczałtowe wynagrodzenie” składa się również zapewnienie dostępu do bazy umożliwiającej pobranie obrazu: zdjęcia, grafiki wektorowej, video oraz muzyki. Zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 7 do SIWZ): Wykonawca zapewni dostęp Zamawiającemu do bazy umożliwiającej pobranie obrazów na licencji niewyłącznej z prawem modyfikowania oraz przetwarzania treści bezterminowo, na całym świecie, bez ponoszenia żadnych dodatkowych kosztów po stronie Zamawiającego - np. tantiem zgodnie z licencją producenta, która będzie spełniać w szczególności poniższe kryteria:

- zapewnia możliwość pobrania 10 obrazów miesięcznie,
- w przypadku pobranie jednego pliku zapewni możliwość jego wielokrotnego pobierania bez limitu czasowego w różnych rozdzielczościach bez dodatkowych opłat,
- umożliwi pobranie obrazu : zdjęcia, grafiki wektorowej, wideo oraz muzyki,
- zapewni subskrypcję dla jednego konta.

Zamawiający wymaga zatem, aby w ramach „miesięcznego ryczałtowego wynagrodzenia” (bez ponoszenia przez Zamawiającego jakichkolwiek dodatkowych kosztów z tego tytułu) został mu zapewniony dostęp do jednej bazy, która posiadałaby funkcjonalność w postaci

umożliwienia pobierania rozmaitych treści multimedialnych (na potrzeby przygotowywania materiałów reklamowych) w postaci zdjęć, grafik wektorowych, plików filmowych oraz muzycznych.

Aktualnie na rynku istnieją jedynie 3 bazy danych, które pozwalają na pobieranie wszystkich elementów wymaganych przez Zamawiającego tj. zdjęć, grafik wektorowych, wideo, oraz muzyki. Są to następujące witryny:

- a) istockphoto.com - najtańszy abonament umożliwiający pobieranie 10 obrazów/miesięcznie - 29 euro (<https://www.istockphoto.com/pl/plany-i-ceny>)
- b) shutterstock.com - najtańszy abonament umożliwiający pobieranie 10 obrazów miesięcznie - 29 euro (<https://www.shutterstock.com/pl/subscribe>)
- c) 123rf.com - najtańszy abonament umożliwiający pobieranie co najmniej 10 obrazów miesięcznie - 289 zł (<https://pl.123rf.com/products/>)

Dowód: zrzut ekranu ze stron internetowych zawierających ofertę z zakresu dostępu do baz multimedialnych

Zapewnienie Zamawiającemu wymaganego dostępu do baz danych umożliwiających pobieranie ww. elementów wymaga zatem poniesienia kosztu w wysokości co najmniej 29 euro miesięcznie (ok. 124 zł). W obecnych realiach rynkowych brak jest zatem możliwości świadczenia usług związanych z dostępem do tego typu baz po cenie 1 gr, gdyż nie pozwala to na pokrycie minimalnych kosztów takiego dostępu, nie mówiąc już o wypracowaniu jakiegokolwiek zysku związanego z tego typu pośrednictwem.

Reasumując, żaden z przedsiębiorców działających w branży reklamowej nie byłby w stanie bez względu na jego konkretną sytuację świadczyć ww. usług po cenie 1 gr, bez poniesienia ujemnego wyniku działalności gospodarczej. W związku z tym, zakładać należy, że motywem ClickAd było tylko i wyłącznie manipulowanie ceną oferty, aby otrzymać jak najwyższą punktację w ramach kryterium „miesięczne ryczałtowe wynagrodzenie” ze szkodą dla innych wykonawców, którzy podobnej operacji rachunkowej, jak ClickAd nie dokonali. Odwołujący, który prawidłowo - zgodnie ze stawkami rynkowymi oraz zgodnie z intencją Zamawiającego - skalkulował cenę za świadczenie ww. usług znalazł się tym samym w gorszej sytuacji podczas dokonywania oceny ofert, nie uzyskując w ramach rzeczzonego kryterium ani jednego punktu. Działanie ClickAd nosi wszelkie znamiona celowego i niezgodnego z zasadami uczciwości kupieckiej przerzucenia kosztów pomiędzy dwoma różnymi elementami cenotwórczymi. Dodatkowo, jako że oferta ClickAd jest o przeszło 67 tys. złotych droższa od oferty Odwołującego, działanie ClickAd stanowi również zagrożenie dla interesów Zamawiającego, który kierując się przy wyborze oferty przyjętymi w § 14 SIWZ

kryteriami, zmuszony byłby do poniesienia dodatkowych kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia. Stwierdzić należy, że cena całkowita, miesięczne ryczałtowe wynagrodzenie oraz prowizja mają na celu wybór oferty rzeczywiście dla Zamawiającego ekonomicznie najkorzystniejszej, a nie oferty, która w sposób nieuczciwy wykorzystuje pewne zależności pomiędzy ww. kryteriami oceny ofert, wypaczając w ten sposób reguły konkurencji pomiędzy wykonawcami współzawodniczącymi na rynku. Takie działanie ze strony ClickAd nie zasługuje na ochronę prawną i powinno być sankcjonowane w obrębie prawa zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty. Zamawiający natomiast zaniechał odrzucenia oferty ClickAd, czym naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP jak również art. 91 ustawy PZP dokonując wyboru oferty, która powinna podlegać odrzuceniu.

2) Zarzut naruszenia art. 8 ust. 1-2 oraz 3 ustawy PZP

Po zapoznaniu się z zestawieniem ofert złożonych w Postępowaniu, dnia 06.07.2018 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z pismem informującym, że w działanie ClickAd nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, a co za tym idzie - że oferta tego wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP. W następstwie złożonego przez Odwołującego pisma, Zamawiający zwrócił się do ClickAd z wnioskiem o wyjaśnienie sposobu wyliczenia ceny. W odpowiedzi na wniosek Zamawiającego, ClickAd złożył wyjaśnienia, jednakże zastrzegł, że złożone dokumenty rzekomo stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oraz, że w związku z tym wyłączona jest w stosunku do nich zasada jawności postępowania. Tym samym w wyniku tego typu działania wykonawcy, Odwołujący został pozbawiony prawa dostępu do informacji, które pozwalałyby na niczym nieutrudnioną weryfikację, czy doszło do naruszenia przepisów ustawy ZNK przez ClickAd, jak również ustawy PZP przez Zamawiającego.

ClickAd wykazując, że przedmiotowe informacje zawarte w wyjaśnieniach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa posłużył się ogólnikowymi stwierdzeniami, jak również praktycznie nie przedłożył żadnego dowodu pozwalającego na przesądzenie, że spełnione są w tym zakresie znamiona tajemnicy przedsiębiorstwa. Argumentując w zakresie charakteru informacji podlegających ochronie, ClickAd wyjaśnił, że dokumenty zawierają elementy w postaci „danych osobowych oraz informacji o przeprowadzonych kampaniach i ich kwotach” (zdanie 1 „uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa”), co nie ma żadnego związku z ustaleniem sposobu wyliczenia ceny (cen jednostkowych). Zastanawiające jest również jako to „prokliencki” model wynagradzania pracowników i dostarczania usług zamawiającym oraz jaki sposób budowy oferty cenowej (nie zakładający manipulacji cenowej) doprowadził do braku ponoszenia jakichkolwiek kosztów z tytułu świadczenia przez Wykonawcę usług objętych wynagrodzeniem ryczałtowym.

Stwierdzić należy, że zasadą w obrębie prawa zamówień publicznych jest jawność postępowania. Wszelkie wyjątki od tej zasady należy interpretować ściśle, mając na uwadze, że zbyt szerokie interpretowanie pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa uniemożliwi prawidłową weryfikację działań Zamawiającego z punktu widzenia zgodności z ustawą PZP.

Mając to na względzie, w orzecznictwie KIO akcentuje się wysokie rygory dowodowe po stronie wykonawców celem wykazania, że zastrzeżone informacje składane w ramach postępowania o udzielenie zamówienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przykładowo, jak wskazała KIO w wyroku z dnia 16 lutego 2018 r., KIO 200/2018:

Aby wykazać zasadność zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, Przystępujący zobowiązany był wykazać łącznie wystąpienie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy z 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dla owego "wykazania" nie wystarczą same deklaracje. Wykonawca winien nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa Wbrew twierdzeniom Przystępującego "wykazanie", o którym mowa w art. 8 ust 3 p.z.p., oznacza udowodnienie. Pod pojęciem "wykazania " należy rozumieć nie tylko złożenie oświadczenia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również przedstawienie stosownych dowodów na jego potwierdzenie. Oczywiście nie sposób wyobrazić sobie dowodzenia nieujawnienia do wiadomości publicznej zastrzeżonych informacji. W tym zakresie co do zasady wystarczające będzie złożenie przez wykonawcę oświadczenia, podlegającego weryfikacji przez zamawiającego, inna jest jednak sytuacja w przypadku wykazania, że zostały podjęte niezbędne działania w celu zachowania poufności, które przybierają zazwyczaj materialną postać (wprowadzanie polityk bezpieczeństwa informacji, zawieranie klauzul o poufności w umowach z pracownikami lub kontrahentami wykonawcy, itp.).

Mimo to ClickAd w przedmiotowym postępowaniu nie przedłożył żadnych dowodów potwierdzających chociażby podjęcie stosownych działań w celu zachowania poufności, poprzestając tylko i wyłącznie na złożeniu oświadczenia w tym zakresie. W związku z tym, że ciężar wykazania tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który się na nią powołuje, Zamawiający powinien był odtajnić złożone przez ClickAd wyjaśnienia oraz udostępnić je Odwołującemu na jego wniosek. Odwołujący złożył tego typu wniosek dnia 04.07.2018 r. (obejmował on wszystkie dokumenty składane przez wykonawców w czasie postępowania, a zatem również wyjaśnienia wykonawców złożone na wezwanie zamawiającego), a następnie dnia 17.07.2018 wysłał ponaglenie mailowe, w związku z brakiem odpowiedzi ze strony Zamawiającego (dowód w aktach postępowania).

W świetle powyższej argumentacji, Odwołujący wnosi jak w petitum. Załączył do odwołania przywołane w odwołaniu dowody.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie

Słusznie odwołujący uzasadniając podniesione zarzuty odwołania podniósł kwestię tzw. inżynierii cenowej, która jest oceniana w orzecznictwie jak i w piśmiennictwie jako zjawisko naganne. W przedmiotowym przypadku wykonawca stosując manipulacje poszczególnymi składnikami cenowymi uzyskał w ramach kryteriów oceny ofert najwyższą punktację w rankingu ofert (oferta odwołującego i wykonawcy wybranego) pomimo, że jego cena jest wyższa niż cena odwołującego. Powyższy efekt wykonawca wybrany uzyskał w związku z wyceną miesięcznej usługi konsultacji na kwotę 1 grosz. W ocenie Izby wycena tak sporządzona stanowi o nieodpłatności za wykonaną usługę i jest dowodem na to, że wykonawca koszty tej usługi ulokował w innej pozycji lub innych pozycjach wynagrodzenia.

W tym stanie rzeczy Izba uznaje stanowisko odwołującego za prawidłowe i jego najistotniejsze argumenty cytuje poniżej:

„Ofertę na realizację przedmiotu zamówienia złożyły dwa podmioty:

- a) Odwołujący - interprima spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. - zaoferował cenę jednostkową brutto za jeden miesiąc w realnej wysokości 492,00 zł oraz prowizję w wysokości 11,00% (37 510,00 zł); łączna maksymalna cena brutto oferty - 392 778,00 zł
- b) ClickAd - zaoferował cenę jednostkową brutto za jeden miesiąc w wysokości 0,01 zł oraz prowizję w wysokości 35% (119 350,00 zł); łączna maksymalna cena brutto oferty - 460 350,29 zł.

Dnia 3 sierpnia 2018 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wynikach oceny ofert i wyborze jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez ClickAd. Oferty otrzymały następującą liczbę punktów w ustalonych kryteriach oceny ofert:

- a) Cena ogólna:

Odwołujący - 5 pkt ClickAd - 4,27 pkt

- b) Miesięczne ryczałtowe wynagrodzenie Odwołujący - 0 pkt

ClickAd - 30 pkt

c) Prowizja:

Odwołujący - 25 pkt ClickAd - 7,86 pkt

d) Możliwość samodzielnej optymalizacji działań w serwisie Facebook i LinkedIn
Odwołujący- 15 pkt

Click Ad - 15 pkt

f) Doświadczenie osób w prowadzeniu działań reklamowych w serwisie LinkedIn
Odwołujący - 0 pkt

ClickAd -15 pkt

g) Doświadczenie osób w projektach społecznych i edukacyjnych Odwołujący - 10 pkt

ClickAd-10 pkt

Łącznie oferta odwołującego otrzymała 55 pkt., natomiast oferta Clickad - 82,13 pkt.”

Powyższe ustalenia potwierdzają wyniki wyceny ofert znajdujące się w przedstawionej dokumentacji postępowania przez zamawiającego.

„Na podstawie ww. informacji stwierdzić należy, że o wyniku postępowania przesądziło de facto zaoferowanie przez ClickAd ceny jednostkowej w wysokości 1 gr tytułem „miesięcznego, ryczałtowego wynagrodzenia” tj. zgodnie z wymogami SIWZ - wynagrodzenia za:

a) comiesięczne opracowywanie, w ścisłej współpracy z zamawiającym, harmonogramu działań i planów kampanii na kolejne miesiące,

b) bieżące konsultacje z Zamawiającym,

c) zapewnienie dostępu do bazy umożliwiającej pobranie obrazu: zdjęcia, grafiki wektorowej, video oraz muzyki.”

W ocenie Izby żadne racjonalne przesłanki nie mogą świadczyć, że za powyżej przedstawiony katalog usług można pobrać miesięczne wynagrodzenie w wysokości 1 grosza, co pokryje koszty świadczenia usługi. Jednoznacznie należy stwierdzić, że wykonawca wybrany stosuje tzw. praktykę przerzucania kosztów w inne pozycje wynagrodzenia.

„Zaoferowanie rażąco niskiej, symbolicznej kwoty 1 gr tytułem „miesięcznego ryczałtowego wynagrodzenia” spowodowało, że oferta odwołującego nie mogła jakkolwiek konkurować z ofertą ClickAd z punktu widzenia kryterium miesięcznego ryczałtowego wynagrodzenia, w konsekwencji doprowadziło to do różnicy w punktacji pomiędzy ClickAd a odwołującym rzędu aż 30 punktów, co stanowi niemalże 1/3 wszystkich możliwych do zdobycia punktów w ramach oceny ofert.

Ww. działanie ClickAd polegające na zaoferowaniu ceny jednostkowej w wysokości 1 gr tytułem „miesięcznego ryczałtowego wynagrodzenia” należy uznać za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tj. za działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, które zagraża lub wręcz narusza interes innego przedsiębiorcy (odwołującego) jak i klienta (zamawiającego) - art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 419), zwana dalej „ustawą ZNK”.

Działanie ClickAd polega na tzw. „manipulowaniu ceną” tzn. na „określaniu cen jednostkowych w taki sposób, że część cen określana jest na poziomie rażąco niskim, w oderwaniu od rzeczywistych kosztów i nakładów związanych z realizacją zamówienia, a część jest bez uzasadnienia zawyżona, by rekompensować zniżenie innych cen, przy czym celem dokonywania takiej operacji jest zamierzona optymalizacja dokonanych wycen” (M. Jaworska (red.) Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2018). Manipulacja cenowa sprowadza się zatem do przerzucania kosztów pomiędzy poszczególnymi elementami cenotwórczymi. Celem takiej „optymalizacji” jest nic innego jak uzyskanie przewagi nad innymi wykonawcami wedle przyjętych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert. Wskazać należy, że jest to działanie, które prowadzi do wynaturzeń pozbawiających system zamówień publicznych jego ekonomicznego sensu, jak również narusza to interes innych przedsiębiorców (ibidem). Na kanwie walki z tym zjawiskiem ukształtowała się obszerna i jednolita linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej, w ramach której KIO wskazuje, że działanie wykonawców w postaci manipulowania cenami jednostkowymi (przerzucanie kosztów) jest:

- c) sprzeczne z dobrymi obyczajami rozumianymi jako normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych, a więc pozaprawnymi normami postępowania, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy (tzw. uczciwość kupiecka). Istotne znaczenie mają tu oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo (tak: wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 czerwca 2007 V AC 71/07);

- d) co najmniej zagraża interesom innych przedsiębiorców (wykonawców), którzy kalkulując cenę uczciwie nie mogą w ten sposób realnie konkurować z podmiotem, który dopuszcza się manipulowania ceną, a w konsekwencji ich dostęp do rynku jest ograniczany przez podmiot popełniający delikt uczciwej konkurencji. Działanie takie może również zagrażać interesom samego zamawiającego, który w następstwie tego typu manipulacji cenowej byłby zmuszony niejednokrotnie dokonać wyboru oferty sumarycznie droższej (zawierającej wyższą cenę całkowitą).

Tytułem przykładu należy odesłać w tym zakresie do tez Krajowej Izby Odwoławczej, zawartych chociażby w następujących orzeczeniach: wyrok z dnia 5 kwietnia 2011 r., KIO 640/11; wyrok KIO z dnia 26 września 2012 r., KIO 1934/12; wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2013 r., KIO 7/13; wyrok z dnia 19 lutego 2014 r., KIO 216/14; wyrok KIO z dnia z dnia 17 września 2015 r., KIO 1945/15; wyrok z dnia 14 listopada 2016 r., KIO 2038/16; wyrok KIO z dnia 10 sierpnia 2017 r. KIO 1476/17; wyrok z dnia 28 marca 2017 r., KIO 473/17. Stosowny wyciąg z tychże orzeczeń zawiera załącznik nr 1 do niniejszego odwołania.”

Słusznie odwołujący zaznaczył, że takie postępowanie wykonawcy wybranego kwalifikuje jego zachowanie do naruszenia zasady uczciwej konkurencji zarówno w stosunku do innych wykonawców jak i do klienta to jest w tym przypadku zamawiającego.

„Nie ulega wątpliwości, że w świetle zapisów SIWZ, w przedmiotowym Postępowaniu intencją Zamawiającego było dokonanie przez wykonawców rozbicia wynagrodzenia na 3 elementy, z których dwa pierwsze brane były pod uwagę jako odrębne kryteria oceny ofert (kryterium nr 2 oraz kryterium nr 3). Zamiarem Zamawiającego było, aby wykonawcy odrębnie w stosunku do wynagrodzenia prowizyjnego wycenili wynagrodzenie z tytułu świadczenia konkretnych usług w ramach przedmiotu zamówienia polegających na sporządzaniu harmonogramu działań i planów kampanii, udzielania zamawiającemu konsultacji oraz zapewnienia zamawiającemu dostępu do bazy umożliwiającej pobieranie zdjęcia, grafiki wektorowej, video oraz muzyki. W przeciwnym razie, oferowana cena całkowita nie byłaby ceną trójskładnikową, lecz zawierałaby jedynie jeden parametr w postaci prowizji (co notabene stanowi rozwiązanie często stosowane przez zamawiających udzielających zamówień o takim charakterze). Omawiane rozbicie na ceny jednostkowe ma niebagatelne znaczenie z punktu widzenia kryteriów oceny ofert, ponieważ od zaoferowanych cen jednostkowych - zgodnie z przyjętymi wagami punktowymi - zależy niemal 50% możliwych do zdobycia punktów.

Wykonawca ClickAd de facto nie zastosował się do narzuconych przez Zamawiającego wytycznych w zakresie sposobu obliczenia ceny, ponieważ na potrzeby wyceny całkowicie pominął koszty z tytułu usług sporządzania harmonogramu, konsultacji oraz zapewnienia

dostępu do baz multimedialnych w ramach „miesięcznego ryczałtowego wynagrodzenia” oraz siłą rzeczy dokonał przerzucenia tych kosztów do innego elementu cenowego jakim jest prowizja. Ta zaś została przyjęta przez ClickAd na relatywnie wysokim poziomie 35% od zaakceptowanego przez Zamawiającego i zrealizowanego w poprzednim miesiącu budżetu na kampanie (tj. kwoty zrealizowanych transakcji w sieciach reklamowych).

Kwota 1 gr tytułem realizacji ww. usług jest ceną znikomą, symboliczną, nierealną, niespotykaną na rynku i nie pozwalającą na pokrycie kosztów związanych ze świadczeniem tych usług, nie mówiąc już o możliwości wypracowania jakiegokolwiek zysku w tym zakresie. Żaden przedsiębiorca, bez względu na jego sytuację rynkową, nie jest w stanie zaoferować takiej ceny tytułem świadczenia rzeczonych usług, aby nie ponieść z tego tytułu dotkliwej straty finansowej.

Po pierwsze wskazać w tym zakresie należy, że w ramach miesięcznego ryczałtowego wynagrodzenia należy dokonać wyceny i zaoferować wynagrodzenie za comiesięczne opracowywanie harmonogramu działań i planów kampanii na kolejne miesiące oraz za bieżące konsultacje z Zamawiającym. Szacuje się, że tego typu działania wymagają poświęcenia miesięcznie średnio trzech roboczogodzin. W przypadku, gdy wykonawcą jest osoba prawna, musi ona korzystać w tym zakresie z własnych zasobów kadrowych, które generują koszty z tytułu zatrudnienia osób. Nieobojętne są w tym zakresie również koszty w zakresie utrzymania niezbędnej infrastruktury, celem świadczenia usług na rzecz kontrahenta (m.in. komputerów, czy środków komunikacji telefonicznej oraz elektronicznej) jak również koszty związane chociażby z przejazdem do miejsca określonego przez Zamawiającego celem odbycia spotkań i konsultacji (§ 5 ust, 2 pkt 3 wzoru umowy). Już prima facie, bez posiadania szczegółowej wiedzy w zakresie wyceny usług w branży, stwierdzić należy, że zaoferowana cena w wysokości 1 grosza (najniższy nominal w walucie polskiej) nie pozwala na jakiegokolwiek zrekomensowanie ww. kosztów w skali całego miesiąca.

Ponadto zgodnie z regulacją SIWZ, na „miesięczne ryczałtowe wynagrodzenie” składa się również zapewnienie dostępu do bazy umożliwiającej pobranie obrazu: zdjęcia, grafiki wektorowej, video oraz muzyki. Zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 7 do SIWZ): Wykonawca zapewni dostęp Zamawiającemu do bazy umożliwiającej pobranie obrazów na licencji niewyłącznej z prawem modyfikowania oraz przetwarzania treści bezterminowo, na całym świecie, bez ponoszenia żadnych dodatkowych kosztów po stronie Zamawiającego - np. tantiem zgodnie z licencją producenta, która będzie spełniać w szczególności poniższe kryteria:

- zapewnia możliwość pobrania 10 obrazów miesięcznie,

- w przypadku pobranie jednego pliku zapewni możliwość jego wielokrotnego pobierania bez limitu czasowego w różnych rozdzielczościach bez dodatkowych opłat,
- umożliwi pobranie obrazu : zdjęcia, grafiki wektorowej, wideo oraz muzyki,
- zapewni subskrypcję dla jednego konta.

Zamawiający wymaga zatem, aby w ramach „miesięcznego ryczałtowego wynagrodzenia” (bez ponoszenia przez Zamawiającego jakichkolwiek dodatkowych kosztów z tego tytułu) został mu zapewniony dostęp do jednej bazy, która posiadałaby funkcjonalność w postaci umożliwienia pobierania rozmaitych treści multimedialnych (na potrzeby przygotowywania materiałów reklamowych) w postaci zdjęć, grafik wektorowych, plików filmowych oraz muzycznych.

Aktualnie na rynku istnieją jedynie 3 bazy danych, które pozwalają na pobieranie wszystkich elementów wymaganych przez Zamawiającego tj. zdjęć, grafik wektorowych, wideo, oraz muzyki. Są to następujące witryny:

- a) istockphoto.com - najtańszy abonament umożliwiający pobieranie 10 obrazów/miesięcznie - 29 euro (<https://www.istockphoto.com/pl/plany-i-ceny>)
- b) shutterstock.com - najtańszy abonament umożliwiający pobieranie 10 obrazów miesięcznie - 29 euro (<https://www.shutterstock.com/pl/subscribe>)
- c) 123rf.com - najtańszy abonament umożliwiający pobieranie co najmniej 10 obrazów miesięcznie - 289 zł (<https://pl.123rf.com/products/>)

Dowód: zrzut ekranu ze stron internetowych zawierających ofertę z zakresu dostępu do baz multimedialnych

Zapewnienie Zamawiającemu wymaganego dostępu do baz danych umożliwiających pobieranie ww. elementów wymaga zatem poniesienia kosztu w wysokości co najmniej 29 euro miesięcznie (ok. 124 zł). W obecnych realiach rynkowych brak jest zatem możliwości świadczenia usług związanych z dostępem do tego typu baz po cenie 1 gr, gdyż nie pozwala to na pokrycie minimalnych kosztów takiego dostępu, nie mówiąc już o wypracowaniu jakiegokolwiek zysku związanego z tego typu pośrednictwem.

Reasumując, żaden z przedsiębiorców działających w branży reklamowej nie byłby w stanie bez względu na jego konkretną sytuację świadczyć ww. usług po cenie 1 gr, bez poniesienia ujemnego wyniku działalności gospodarczej. W związku z tym, zakładać należy, że motywem ClickAd było tylko i wyłącznie manipulowanie ceną oferty, aby otrzymać jak najwyższą punktację w ramach kryterium „miesięczne ryczałtowe wynagrodzenie” ze szkodą dla innych wykonawców, którzy podobnej operacji rachunkowej, jak ClickAd nie dokonali.

Odwołujący, który prawidłowo - zgodnie ze stawkami rynkowymi oraz zgodnie z intencją Zamawiającego - skalkulował cenę za świadczenie ww. usług znalazł się tym samym w gorszej sytuacji podczas dokonywania oceny ofert, nie uzyskując w ramach rzeczzonego kryterium ani jednego punktu. Działanie ClickAd nosi wszelkie znamiona celowego i niezgodnego z zasadami uczciwości kupieckiej przerzucenia kosztów pomiędzy dwoma różnymi elementami cenotwórczymi. Dodatkowo, jako że oferta ClickAd jest o przeszło 67 tys. złotych droższa od oferty Odwołującego, działanie ClickAd stanowi również zagrożenie dla interesów Zamawiającego, który kierując się przy wyborze oferty przyjętymi w § 14 SIWZ kryteriami, zmuszony byłby do poniesienia dodatkowych kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia. Stwierdzić należy, że cena całkowita, miesięczne ryczałtowe wynagrodzenie oraz prowizja mają na celu wybór oferty rzeczywiście dla Zamawiającego ekonomicznie najkorzystniejszej, a nie oferty, która w sposób nieuczciwy wykorzystuje pewne zależności pomiędzy ww. kryteriami oceny ofert, wypaczając w ten sposób reguły konkurencji pomiędzy wykonawcami współzawodniczącymi na rynku. Takie działanie ze strony ClickAd nie zasługuje na ochronę prawną i powinno być sankcjonowane w obrębie prawa zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty. Zamawiający natomiast zaniechał odrzucenia oferty ClickAd, czym naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP jak również art. 91 ustawy PZP dokonując wyboru oferty, która powinna podlegać odrzuceniu.”

Tak przedstawioną argumentację odwołującego na poparcie zarzutu naruszenia art.89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp należy uznać za słuszną. W związku z powyższym wnioskowane kwalifikowanie zachowania wykonawcy do czynu nieuczciwej konkurencji w sytuacji złożonej oferty uznać należy za prawidłowe.

2) Zarzut naruszenia art. 8 ust. 1-2 oraz 3 ustawy PZP

Odwołujący domagał się odtajnienia dokumentów złożonych przez ClickAd w ramach odpowiedzi na wezwanie z dnia 16 lipca 2018 r. wniosek o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny oraz odpowiedzi na pismo firmy interprima Sp. z o.o. sp. k. z dnia 6 lipca 2018 r.

Izba tego zarzutu nie uwzględnia pomimo uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego. Niemniej Izba ma na uwadze okoliczność, że przystępujący po stronie zamawiającego wniósł sprzeciw a co rozciąga się zwłaszcza na zastrzeżone wyjaśnienia w kierunku rażąco niskiej ceny.

Wbrew twierdzeniom odwołującego Izba uznaje, że dokumenty zawierają elementy w postaci „danych osobowych oraz informacji o przeprowadzonych kampaniach i ich kwotach”. W ocenie Izby skoro odwołujący nie postawił zarzutu rażąco niskiej ceny to nie jest uprawniony do poznania zastrzeżonych informacji na temat budowania cen u przystępującego stawiając zarzut naruszenia art.8 ustawy Pzp. Ponadto żądanie odtajnienia wyjaśnień co do sposobu

budowania ceny nie jest konieczne w sytuacji wykazania czynu nieuczciwej konkurencji w związku z wyceną miesięcznej kalkulacji usługi na poziomie 1 grosza. W ocenie Izby żądanie odtajnienia złożonych wyjaśnień na temat budowania cen i powiązań biznesowych nie służy wyjaśnieniu zarzutu nieuczciwej konkurencji w związku ze złożeniem oferty z wyceną usługi na poziomie 1 grosza a co stanowi samo w sobie naruszenie art.89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp. Zresztą, jak sam odwołujący podnosił cena brutto przystępującego przewyższa jego cenę a zaniżenie ceny jednostkowej to jest usługi miesięcznej miało na celu uzyskanie wyższej oceny punktowej od innych wykonawców i nie służy wykazywaniu rażąco niskiej ceny całego zadania czy poszczególnych jego części. Reasumując brak zarzutu do art.89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp pozbawia odwołującego żądania odtajnienia wyjaśnienia w kierunku rażąco niskiej ceny.

Niemniej uwzględnienie pierwszego zarzutu co do naruszenia art.89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp. skutkuje uwzględnieniem odwołania, ponieważ naruszenie tego przepisu ma wpływ na wynik postępowania z uwagi na nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty wybranej to jest przystępującego.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 w związku z § 5 ust.2 pkt 2) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (j.t. Dz. U. 2018r. poz.972) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 7.500,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od przystępującego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę 11.117,00 złotych jako koszty obejmujące uiszczony wpis przez odwołującego (7.500,00zł), wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego na podstawie złożonej faktury vat (3.600,00zł) i koszty pełnomocnictwa (17,00zł.).

Przewodniczący: