

Sygn. akt: KIO 1166/18

WYROK

z dnia 22 czerwca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 czerwca 2018 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **12 czerwca 2018 r.** przez wykonawcę **ClickAd Interactive sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Urząd Komisji Nadzoru Finansowego,**

przy udziale wykonawcy **Media Group sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę ClickAd Interactive sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ClickAd Interactive sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907) 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

W dniu 12 czerwca do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy ClickAd Interactive spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, z siedzibą w Warszawie (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając zamawiającemu Urzędowi Komisji Nadzoru Finansowego (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy i art. 90 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Media Group sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „**Media Group**” lub „**Przystępujący**”) zawierającej rażąco niską cenę;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu, skutkujące wyborem oferty Wykonawcy Media Group, która to oferta jest „sprzedażą towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia (...) w celu eliminacji innych przedsiębiorców”, co stanowi utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: (i) dokonania ponownej oceny ofert; (ii) odrzucenia oferty Media Group; (iii) dopuszczenia: (a) dowodów z dokumentów wskazanych w uzasadnieniu odwołania na okoliczności tam wskazane; (b) zeznań świadków: M. T., adres do zawiadomienia: ClickAd Interactive Sp. z o.o. ul. Wiertnicza 89,02-952 Warszawa, A. J., adres do zawiadomienia: ClickAd Interactive Sp. z o.o. ul. Wiertnicza 89,02-952 Warszawie, W. H., adres do zawiadomienia: ClickAd Interactive Sp. z o.o. ul. Wiertnicza 89, 02-952 Warszawa, M. J., adres do zawiadomienia: Mastermind Media Sp. z o.o. Aleje Jerozolimskie 107, 02-011 Warszawa, na okoliczność rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy Media Group.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że dniu 7 czerwca 2018 roku Zamawiający zawiadomił o wyborze oferty najkorzystniejszej wskazując, że w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, została wybrana oferta wykonawcy: Media Group. Zamawiający wskazał, że ww. wykonawca złożył ofertę, która uzyskała najwyższą liczbę punktów w ramach kryteriów oceny ofert, nie podlegała odrzuceniu oraz spełniała wszystkie wymagania Zamawiającego, określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Zamawiający jednocześnie poinformował o odrzuceniu ofert Wykonawców: NuOrder sp. z o.o., Fabryka Marketingu sp. z o.o., Fabryka Komunikacji Społecznej s.c. P. P., I. S., Mastermind Media sp. z o.o. oraz Performance Media sp. z o.o,

Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy i art. 90 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę.

W ocenie Odwołującego decyzja Zamawiającego o wyborze oferty spółki Media Group jest wadliwa z uwagi na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy i art. 90 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę.

Zgodnie z informacją zawartą w Ogłoszeniu nr 555386-N-2018 z dnia 2018-05-10 r. wartość zamówienia została ustalona na kwotę 500.000,00 złotych netto (615 000,00 zł brutto). Jak wynika z pisma Zamawiającego z dnia 18 maja 2018 roku prowizja (wynagrodzenie) za realizację zamówienia zaproponowana w ofercie Media Group wynosiła 0,000002% wartości zamówienia, co daje wynagrodzenie/prowizję dla Wykonawcy w wysokości 1,23 złotych brutto. Zaproponowana wysokość prowizji przez Media Group w sposób znaczący odbiega zarówno od wartości szacunkowej zamówienia jak i od stawek prowizji zaproponowanych w pozostałych ofertach.

Na uzasadnienie rażąco niskiej ceny oferty złożonej przez Media Group Odwołujący wskazał, że na realizację przedmiotu zamówienia składa się zgodnie z załącznikiem nr 1 do umowy Punkt X :

- a) emisja spotów w najpopularniejszym serwisie społecznościowym (według aktualnych statystyk PBI Gemius w polskim Internecie w zakresie TOP 20 domen, z których korzysta najwięcej internautów na wszystkich urządzeniach);
- b) emisji spotów w najpopularniejszym serwisie wideo (według aktualnych statystyk PBI Gemius w polskim Internecie w zakresie TOP 20 domen, z których korzysta najwięcej internautów na wszystkich urządzeniach);
- c) emisji spotów w wybranych serwisach typu wideo na życzenie (VoD) z listy TOP 10 według aktualnych statystyk PBI Gemius.

Odwołujący wskazał, że aby zrealizować tą kampanię należy posiadać w swych zasobach co najmniej 3 specjalistów, którzy zrealizują kampanię z udziałem w/w mediów. Na realizację tej kampanii specjalista poświęci co najmniej 30% czasu ze swoich 160 normatywnych godzin pracy.

a) Specjalista ds. Planowania mediów.

Do celów realizacji tej kampanii wykonawca winien posiadać w swoich strukturach Specjalistę ds. Planowania mediów (dalej mediaplaner), który zgodnie ze stroną <https://wynagrodzenia.pl/moia-placa/ile-zarabia-media-planner> zarabia średnio 5.165,00 PLN brutto. Dowód: wydruk z strony internetowej www.wynagrodzenia.pl

Mediaplaner powinien przygotować mediaplan kampanii wraz z jego zleceniem do odpowiednich mediów wskazanych przez Zamawiającego w zapytaniu ofertowym - pkt X Załącznik nr 1 do Umowy.

Dodatkowo Mediaplaner zgodnie z umową - § 1 Przedmiot umowy, ma za zadanie:

- zlecić kampanie serwisom VOD oraz współpracownikom (Youtube, Facebook) wraz z przesłaniem materiałów, gdzie sama czynność przesyłania maili i podpisywania zleceń zajmie co najmniej 8h;
- monitorować i optymalizować kampanie - § 1 Przedmiot umowy ust. 2. 2) co zajmie mu co najmniej 2h z dziennie z 20 dniowego miesiąca pracy;
- przygotowywać cotygodniowe raporty cząstkowe § 1 Przedmiot umowy ust. 3., które z powodów emisji z w różnych systemach zajmą mu co najmniej 2h tygodniowo w przez okres 4 tygodni;
- przygotuje raport końcowy - § 1 Przedmiot umowy ust. 3, którego przygotowanie zajmie co najmniej 4h;
- rozliczenie kampanii zajmie mu co najmniej 2h.

W ocenie Odwołującego z powyższego wynika, że Specjalista ds. Planowania mediów spędzi nad realizacją kampanii co najmniej 62h co będzie stanowić koszt wykonawcy - Media Group na poziomie 2.001,44 zł. brutto.

b) Specjalista ds. Realizacji kampanii Youtube.

Odwołujący wskazał, że celem wykonawcy jest realizacja kampanii zgodnie z założeniami Załącznika nr 1 do umowy pkt. X ppt I B. Jak wynika z raportu specjalista ds. Planowania i realizacji kampanii w serwisie Youtube zarabia co najmniej 4.210,00 PLN brutto (<https://wynagrodzenia.pl/moia-placa/ile-zarabia-specjalista-seo-sem>). Dowód: wydruk ze strony internetowej www.wynagrodzenia.pl

W zakres jego obowiązków w związku z realizacją przedmiotu zamówienia będzie wchodzić:

- przygotowanie struktury targetowania kampanii, zgodnie z przyjętymi założeniami przedstawionymi w mediaplanie złożonym przez Wykonawcę Media Group, co zajmie mu co najmniej 5h;
- wgranie materiałów wideo do systemu Youtube co zajmie mu co najmniej 1h;
- monitorowanie i optymalizowanie kampanii - § 1 Przedmiot umowy ust. 2. 2) co zajmie mu co najmniej 1,5h dziennie z 20 dniowego miesiąca pracy;
- przygotowywanie cotygodniowych raportów cząstkowych - § 1 Przedmiot umowy ust. 3, które z powodów emisji z w różnych systemach zajmą mu co najmniej 2h tygodniowo w przez okres 4 tygodni;
- przygotowanie raportu końcowego - § 1 Przedmiot umowy ust. 3, co zajmie mu co najmniej 1h;

W ocenie Odwołującego z powyższego wynika, że Specjalista ds. Realizacji kampanii Youtube spędzi nad realizacją kampanii co najmniej 38h co będzie stanowić koszt wykonawcy - Media Group na poziomie 1.028,92,88 zł brutto.

c) Specjalista ds. Realizacji kampanii Facebook.

Odwołujący wskazał, że celem wykonawcy jest realizacja kampanii zgodnie z założeniami Załącznika nr 1. do umowy pkt. X ppt 1A. Jak wynika z raportu specjalista ds. Planowania i realizacji kampanii w serwisie Facebook zarabia co najmniej 4400 PLN brutto (<https://zarobki.pracuj.pl/stanowiska/internet-e-commerce-nowe-media/social-media-specialist>). Dowód: wydruk ze strony internetowej www.zarobki.pracuj.pl

W zakres jego obowiązków w związku z realizacją przedmiotu zamówienia będzie wchodzić:

- przygotowanie struktury targetowania kampanii, zgodnie z przyjętymi założeniami przedstawionymi w mediaplanie złożonym przez Wykonawcę. Co zajmie mu co najmniej 5h godziny;
- wgranie materiałów wideo do systemu Facebook co zajmie mu co najmniej 1h;
- monitorowanie i optymalizowanie kampanii - § 1 Przedmiot umowy ust. 2. 2) co zajmie mu co najmniej 1,5h z dziennie z 20 dniowego miesiąca pracy;
- przygotowywanie cotygodniowych raportów cząstkowych - § 1 Przedmiot umowy ust. 3, które z powodów emisji z w różnych systemach zajmą mu co najmniej 2h tygodniowo w przez okres 4 tygodni;

- przygotowanie raportu końcowego - § 1 Przedmiot umowy ust, 3. co zajmie mu co najmniej 1h.

W ocenie Odwołującego z powyższego wynika, że Specjalista ds. Realizacji kampanii Facebook spędzi nad realizacją kampanii co najmniej 38h co będzie stanowić koszt Wykonawcy - Media Group na poziomie 1.045,00 zł. brutto. Realizacja przedmiotu zamówienia wiąże się z koniecznością codziennego zajmowania się kampanią i prowadzeniu działań optymalizacyjnych, a zgodnie z SIWZ przewidywany termin działań w ramach kampanii wynosi 30 dni. Realizacji kampanii wymaga od wykonawcy podejmowania szeregu czynności (np. ocena liczby grup, definiowanie zainteresowań poszczególnych grup, stanowiących klucz targetowania materiałów Zamawiającego, uwzględnianie stopnia zróżnicowania demograficznego i geograficznego itp.), co jasno wskazuje, że jest to kampania wymagająca codziennego zaangażowania specjalistów o doświadczeniu ściśle określonym w wymogach SIWZ. Zaawansowanie zakresu działań wskazuje również, że nie mogą tego robić osoby o najniższym stażu (a więc muszą to być osoby spełniające minimum podane w wymaganiach SIWZ).

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 90 ust. 1 pkt. 1) ustawy prawo zamówień publicznych koszty pracy, których wartość przyjęta została 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 2017 r. poz. 847). Zakładając, że osoby realizujące przedmiot zamówienia otrzymają wynagrodzenie tylko w stawce minimalnej - w wysokości 13,70 złotych brutto/godz. oraz mając na względzie wysokość złożonej oferty wykonawcy Media Group (1,23 zł brutto - oferowana prowizja wynosiła 0,000002%) to każdy z dwóch specjalistów powinien poświęcić na realizację całego zamówienia nie więcej niż ~3 minuty (13,70 zł / 60 min = 0,22 zł/min). Trzeba jednak zaznaczyć, że ze względu na specyfikę zamówienia i postawione wymagania dla osób wykonujących zamówienie mało prawdopodobnym jest wykonywanie zamówienia przez specjalistów za wynagrodzenie w stawce minimalnej, co również potwierdzają przedstawione powyżej średnie zarobki specjalistów w określonych dziedzinach specjalności. Ponadto Odwołujący wskazał, że koszty pracy to nie tylko wynagrodzenie pracownika, ale także wszelkie inne koszty pracy (np. koszty organizacji i wyposażenia stanowisk pracy).

Niezależnie od kosztów jakie musi ponieść wykonawca w związku z udziałem wskazanych specjalistów, realizacja zamówienia powoduje również powstanie dodatkowych kosztów takich jak:

- a) koszt księgowości - w kalkulacji zysków należy uwzględnić koszty Wykonawcy związane z elementami księgowymi. Praca specjalisty jak i materiały biurowe (papier tusz) pochłoną co najmniej 400 zł brutto z wygenerowanego zysku wykonawcy co w tym przypadku znacząco przekracza zysk wykonawcy Media Group;
- b) w kalkulacji nie zostały uwzględnione koszty eksploatacyjne (energia elektryczna, przestrzeń biurowa, opłata za Internet itp.) i amortyzacyjne wynikające z pracy przy projekcie (komputery, biurka, krzesła, licencje oprogramowania) - koszty wynikające z tego pochłoną co najmniej 400 zł, co w przypadku wykonawcy Media Group będzie wiązać się z brakiem zysku w związku z realizacją zamówienia.

W ocenie Odwołującego z powyższego wynika, że w kalkulacji minimalne środki jakie powinny być przeznaczone na realizację przedmiotu zamówienia powinny wynosić 4.875,36 PLN brutto. W celu wygenerowania zysku prowizja wykonawcy powinna przekroczyć tą wartość.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający wyraźnie określił zasady określania ceny zamówienia w pkt 8.3 który brzmi: Cena podana w ofercie powinna zawierać wszystkie koszty bezpośrednie, koszty pośrednie oraz zysk i powinna uwzględniać wszystkie uwarunkowania zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz Projektem Umowy określonym w SIWZ. W cenie powinny być uwzględnione wszystkie podatki, ubezpieczenia, opłaty itp. włącznie z podatkiem od towarów i usług - VAT. Wskazane w ofercie Media Group wynagrodzenie prowizyjne nie pokryje kosztów związanych z przedmiotem Umowy i oferta powinna zostać przez Zamawiającego odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579) z uwagi rażąco niską cenę oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał również, że Zamawiający został poinformowany po otwarciu ofert o rażąco niskich cenach ofert złożonych przez niektórych wykonawców, w tym przez wykonawcę - Media Group sp. z o.o. Dowód: pismo Odwołującego z dnia 18 maja. Odwołujący wskazał, że oferty wykonawców: NuOrder sp. z o.o. (oferowana prowizja 0,05%), Fabryka Marketingu sp. z o.o. (oferowana prowizja: 0,60%), Fabryka Komunikacji Społecznej s.c. P. P., I. S. (oferowana prowizja: 0,03%), Mastermind Media sp. z o.o. (oferowana prowizja: 0,25%) oraz Performance Media sp. z o.o. (oferowana prowizja: 0,5%) zostały odrzucone na mocy art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zestawiając zaproponowaną prowizję przez Media Group (0,000002%) z prowizjami Wykonawców, których oferty zostały

odrzucone, niewątpliwie należałoby uznać, że zaproponowana prowizja Media Group jest również rażąco niska i oferta tego wykonawcy powinna zostać również odrzucona w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp (rażąco niska cena lub koszt oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia).

Zdaniem Odwołującego, wykonanie zamówienia przez Media Group za wynagrodzenie (prowizję) w wysokości 1,23 złotych brutto nie jest możliwe bez poniesienia straty. Oznacza to równocześnie naruszenie ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu. Przytoczone argumenty potwierdzają, że złożenie oferty przez Media Group stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji poprzez naruszenie art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Złożenie oferty przez firmę Media Group jest „sprzedażą towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia (...) w celu eliminacji innych przedsiębiorców”, co stanowi utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku.

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z ogłoszeniem o zamówieniu (dalej „SIWZ”) na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia oraz wymagań Zamawiającego; (ii) wezwanie Zamawiającego skierowane do Przystępującego z dnia 22 maja 2018 r. oraz odpowiedź Przystępującego z dnia 25 maja 2018 r. na okoliczność ustalenia treści wezwania oraz złożonych wyjaśnień i dokumentów; (iii) zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 7 czerwca 2018 r. na okoliczność ustalenia wyników postępowania przetargowego; (iv) protokół otwarcia ofert na okoliczność ustalenia ofert złożonych w postępowaniu oraz zaproponowanych cen i prowizji.

Na podstawie powyższych dokumentów, Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest Zaplanowanie i przeprowadzenie kampanii społecznej promującej aplikację KNF Alert oraz budującej świadomość istnienia ryzyk związanych z inwestowaniem w kryptowaluty, piramidy finansowe oraz działalność forex nienadzorowaną przez KNF” (znak postępowania: DAL WZP.2610.33.2018.MM).

Na realizację przedmiotu zamówienia składa się zgodnie z załącznikiem nr 1 do umowy Punkt X : (a) emisja spotów w najpopularniejszym serwisie społecznościowym (według aktualnych statystyk PBI Gemius w polskim Internecie w zakresie TOP 20 domen, z których korzysta najwięcej internautów na wszystkich urządzeniach); (b) emisji spotów w najpopularniejszym serwisie wideo (według aktualnych statystyk PBI Gemius w polskim Internecie w zakresie TOP 20 domen, z których korzysta najwięcej internautów na wszystkich urządzeniach); (c) emisji spotów w wybranych serwisach typu wideo na życzenie (VoD) z listy TOP 10 według aktualnych statystyk PBI Gemius.

W pkt 8 SIWZ Opis sposobu obliczenia ceny, Zamawiający wskazał, że wykonawca określi cenę w formularzu cenowym, wg. wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ. Cena powinna zawierać wszystkie koszty bezpośrednie, pośrednie oraz zysk oraz powinna uwzględnić wszystkie uwarunkowania zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz Projektem Umowy określonym w SIWZ.

W pkt 9 SIWZ Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty najkorzystniejszej, Zamawiający wskazał, że kryteriami oceny ofert będzie:

- (i) oferowana liczba wyświetleń – 55 pkt
- (ii) Prowizja wykonawcy – 35 pkt
- (iii) Strategia doboru grup docelowych i kierowania ruchu – 10 pkt

Zamawiający wskazał, że w kryterium „Prowizja Wykonawcy” wykonawca otrzyma punkty na podstawie oświadczenia złożonego w formularzu oferty. Przez Prowizję Wykonawcy należy rozumieć wynagrodzenie wykonawcy brutto, które otrzyma po odjęciu od kwoty budżetu przewidzianego na realizację zamówienia przez Zamawiającego.

Izba ustaliła, że w postępowaniu zostało złożonych 9 ofert. Wykonawcy zaproponowali następujące prowizje: (i) Value Media sp. z o.o. – prowizja 9,81%; (ii) NuOrder sp. z o.o. – prowizja 0,05%; (iii) Fabryka Marketingu sp. z o.o. – prowizja 0,60%; (iv) ClickAd Interactive sp. z.o.o. – prowizja 1%; (v) Social Art. – prowizja 0,01%; (vi) Fabryka Komunikacji Społecznej sp. z o.o. – prowizja 0,03%; (vii) Mastermind Media sp. z o.o. – prowizja 0,25%; (viii) Media Group sp. z o.o. – prowizja 0,00002%; (ix) Performance Media sp. z o.o. – prowizja 0,5%.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 22 maja 2018 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Przystępujący pismem z dnia 25 maja

2018 r. złożył wyjaśnienia, zastrzegając ich treść jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 7 czerwca 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania przetargowego. Za najkorzystniejszą została uznana oferta Przystępującego, który zaoferował najniższą prowizję.

Izba zważyła co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Zgodnie z przywołanym przepisem Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, która zawiera rażąco niską cenę.

Wskazać należy w pierwszej kolejności, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Materialną podstawą odrzucenia oferty w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp jest realne wystąpienie zaoferowania ceny rażąco niskiej, a powyższe ponadto zostaje potwierdzone przez obligatoryjne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień oraz dowodów (art. 90 ust. 1). Procedura badania i ustalania ceny rażąco niskiej przebiega więc w ten sposób, że zamawiający musi na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp dać wykonawcy szansę wykazania okoliczności przeciwnych, które przykładowo zostały podane przez ustawodawcę w przywołanym przepisie. To bowiem na wykonawcy, zgodnie zaś z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W ocenie Izby zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp został oparty przez Odwołującego na błędnej interpretacji postanowień SIWZ. Odwołujący bowiem utożsamia pojęcie „Prowizji Wykonawcy” z ceną za realizację zamówienia, co w ocenie Izby, nie ma oparcia w zapisach zawartych w SIWZ. Wskazać bowiem należy, że Zamawiający w treści SIWZ w sposób niebudzący wątpliwości nie utożsamia pojęcia ceny z prowizją wykonawcy.

Zgodnie bowiem z pkt 8 Opisu sposobu obliczenia ceny Zamawiający wskazał, co składa się na pojęcie ceny. W cenie wykonawca miał uwzględnić wszystkie wymagania wskazane w SIWZ oraz obejmować wszelkie elementy cenotwórcze realizacji zamówienia. Cena powinna zawierać wszystkie koszty bezpośrednie, pośrednie oraz zysk.

Zgodnie zaś z pkt 9 Opisu kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty najkorzystniejszej, Prowizja wykonawcy to wynagrodzenie wykonawcy brutto, które otrzyma po odjęciu od kwoty budżetu przewidzianego na realizację zamówienia przez Zamawiającego.

Ponadto w §4 Projektu umowy Zamawiający wskazał, że za wykonania zamówienia wykonawca otrzyma wynagrodzenie w kwocie nie przekraczającej 615 000 zł. Wynagrodzenie to obejmuje w szczególności prowizję wykonawcy, koszty operacyjne oraz koszty wykupienia czasu i miejsca w serwisach społecznościowych, na platformach video i VoD.

Nie ma więc, w ocenie Izby, żadnych wątpliwości, że wynagrodzenie wykonawcy za realizacji zamówienia zostało określone przez samego Zamawiającego na poziomie maksymalnym 615.000 zł. Prowizja wykonawcy, która była jednym z kryteriów oceny ofert, to jeden z elementów tego wynagrodzenia. Pozostałe składniki tego wynagrodzenia zostały określone w §4 ust. 2 Projektu umowy oraz pkt VII opisu przedmiotu zamówienia. Nie ma zatem podstaw to utożsamienia prowizji wykonawcy z ceną za realizację zamówienia.

Niezasadna jest tym samym, w ocenie Izby, argumentacja Odwołującego, iż wykonanie zamówienia przez Media Group za wynagrodzenie (prowizję) w wysokości 1,23 złotych brutto nie jest możliwe bez poniesienia straty oraz, że mając na względzie wysokość złożonej oferty wykonawcy Media Group (1,23 zł brutto - oferowana prowizja wynosiła 0,000002%) to każdy z dwóch specjalistów powinien poświęcić na realizację całego zamówienia nie więcej niż ~3 minuty ($13,70 \text{ zł} / 60 \text{ min} = 0,22 \text{ zł/min}$). Przyjęcie takiej argumentacji za prawidłową stałoby w sprzeczności z postanowieniami SIWZ, gdyż utożsamiałoby wysokość prowizji z kosztami realizacji zamówienia. Na wykonanie zamówienia składa się szereg elementów. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, elementy te zostały oszacowane przez Przystępującego, a przyjęta przez niego metodologia pokrycia kosztów związanych z realizacją zamówienia przedstawiona w wyjaśnieniach z dnia 25 maja 2018 r. jest, jest w ocenie Izby, wiarygodna i zgodna z postanowieniami SIWZ. Przystępujący wyliczył koszty pracy specjalistów wskazanych przez Odwołującego, koszty operacyjne i księgowo, prawne, zaś przedstawiona wycena nie odbiega pod kalkulacji przedstawionej

przez Odwołującego. Podkreślić w tym miejscu należy, że wyjaśnienia Przystępującego co do przyjętej metodologii wyceny kosztów realizacji zamówienia zostały zastrzeżone przez wykonawcę jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający przychylił się do wniosku Przystępującego, zaś Odwołujący nie zakwestionował zasadności decyzji Zamawiającego. Tym samym Odwołujący nie zna argumentacji Przystępującego, zaś postawione przez niego zarzuty są tzw. zarzutami w ciemno. Ograniczają się one do przedstawienia potencjalnych kosztów związanych z zatrudnieniem odpowiednich specjalistów do realizacji zamówienia, kosztów księgowych, eksploatacyjne i amortyzacji. Koszty te jednakże zostały wskazane przez Przystępującego w treści złożonych wyjaśnień, zaś sposób ich wyliczenia i pokrycia jest wiarygodny. Odwołujący zaś nie przedstawił dowodów przeciwnych, na podstawie których Izba mogłaby uznać inaczej. Podkreślić należy, że Izba ocenia zasadność zarzut na podstawie okoliczności faktycznych przytoczonych przez Odwołującego. Nie kwestionując zasadności zastrzeżenia treści wyjaśnień Przystępującego, Odwołujący ograniczył swoje dowodzenie do ogólnych stwierdzeń o kosztach, bez jakiegokolwiek ustosunkowania się do wyjaśnień wykonawcy. Izba nie może przeprowadzać dowodu w imieniu Odwołującego i zastępować go w czynnościach do których jest zobowiązany. Izba wskazuje, że w złożonych wyjaśnieniach wykonawcy przedstawił metodologię wyceny, zawarł wyliczenia dotyczące kosztów elementów składających się na realizację zamówienia i wobec braku argumentów przeciwnych, Izba uznała te wyjaśnienia za wiarygodnie i zasadne.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że w świetle okoliczności faktycznych sprawy, w tym podstaw faktycznych wskazanych przez Odwołującego nie ma podstaw do przyjęcia, iż oferta Przystępującego winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. W ocenie Izby, Odwołujący błędnie przyjął, iż z Prowizji wykonawcy winny być pokryte koszty realizacji zamówienia, z wyłączeniem kosztów zakupu mediów. Wobec brzmienia postanowień SIWZ oraz złożonych przez Przystępującego wyjaśnień, nie sposób przyjąć, iż wykonawca ten zaoferował realizację zamówienia za 1 gr. Sposób wyliczenia kosztów realizacji zamówienia oraz przyjęte metodologia wyceny poszczególnych elementów kosztotwórczych została przedstawiona przez wykonawcę w treści złożonych wyjaśnień. Izba uznała wyjaśnienia za wiarygodnie, mając również na uwadze ograniczone postępowanie dowodowe przeprowadzone przez Odwołującego, z uwagi zastrzeżenie treści wyjaśnień jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa i brak postawienia przez Odwołującego zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Zgodnie z art. 15 pkt 1 UZNK czynem nieuczciwej konkurencji jest sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. W celu stwierdzenia, iż dane działanie przedsiębiorcy uznać należy za czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK niezbędne jest wykazanie ogólnych przesłanek odpowiedzialności za czyn nieuczciwej konkurencji, które są określone w art. 3 ust. 1 UZNK. Tym samym, aby iż działanie Przystępującego, w postaci zaoferowania prowizji za poziomie 1 gr uznane zostało za czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 pkt 1 UZNK Odwołujący winien wykazać, iż: (i) wycena usługi przez Przystępującego nie pokrywa kosztów jej wykonania; (ii) działaniu wykonawcy można przypisać winę umyślną; (iii) w wyniku działania wykonawcy nastąpiło utrudnienie dostępu do rynku innemu przedsiębiorcy.

Podkreślić należy, że z istoty swojej każde działanie konkurencyjne może negatywnie wpływać na szanse innego przedsiębiorcy (konkurenta) na rynku, a tym samym na jego zyski. Ani więc utrudnianie innemu przedsiębiorcy działalności na rynku, ani nawet jego całkowite wyparcie z rynku nie może być uznane za *per se* obce konkurencji. Przeciwnie, jest sensem i celem każdej konkurencji gospodarczej, aby podwyższając jakość swoich towarów lub usług, odebrać konkurentom ich klientów. W celu stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji konieczne jest wykazanie, że doszło do niej w celu eliminacji innych przedsiębiorców, a nie w innym celu.

Artykuł 15 ust. 1 pkt 1 UZNK ma zastosowanie do zjawiska gospodarczego, którego istotą jest sprzedaż poniżej kosztów własnych, tj. takie zaniżenie ceny, którego skutkiem jest powstanie po stronie wytwórcy towaru lub świadczącego usługę albo sprzedawcy straty. Chodzi więc tu m.in. o sytuację, w której przedsiębiorca sprzedaje usługę za cenę, które nie pokrywa kosztów jej wykonania. Za nieuczciwą uznać należy tylko taką sprzedaż usług, która podejmowana jest w celu eliminacji innego przedsiębiorcy, czyli w celu zajęcia jego miejsca na rynku, a w konsekwencji stworzenia sobie w przyszłości warunków umożliwiających dyktowanie klientom cen lub innych warunków umów. Dlatego sprzedaż poniżej kosztów własnych nie wystarcza do zakwalifikowania jej jako czynu nieuczciwej konkurencji – konieczne jest wykazanie, że doszło do niej w celu eliminacji innych przedsiębiorców (por. wyr. SA w Warszawie z 10.1.2008 r., I ACA 231/07, OSA 2010, Nr 2, poz. 4; wyr. KIO przy Prezesie UZP z 6.5.2011 r., KIO 867/11, Wspólnota 2011, Nr 24, poz. 30). Z użycia w art. 15 ust. 1 pkt 1 zwrotu "w celu" wynika, że czyn nieuczciwego zaniżania cen może być dokonany tylko świadomie, z winy umyślnej *dolus directus* (zob. M. Sieradzka, kom. do art. 15 ust. 1 pkt 1, w: Zdyb, Sieradzka, Komentarz ZNKU, 2016, s. 661)

W ocenie Izby sposób sformułowania zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp przez Odwołującego nie pozwala w żaden sposób na przyjęcie, iż jakiegokolwiek działanie Przystępującego nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Podkreślić bowiem należy, że argumentacja Odwołującego sprowadzała się do przytoczenia brzmienia przepisu prawnego i stwierdzenia, iż zaoferowanie prowizji na poziomie 1 gr uznać należy za czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący w żaden sposób nie odniósł się do konieczności wykazania winy umyślnej Przystępującego, do konieczności wykazania i udowodnienia, iż działanie Przystępującego ma na celu eliminację kogokolwiek z rynku, nie określił nawet o jaki rynek miałoby chodzić i w czym upatruje owej eliminacji innych podmiotów. Co więcej Odwołujący nie wykazał, iż usługa jaką Przystępujący ma wykonać w ramach przedmiotowego zamówienia publicznego jest sprzedawana Zamawiającemu poniżej kosztów jej wykonania. Odwołujący, w ocenie Izby, przedstawił wyłącznie odmienną od Przystępującego interpretację postanowień SIWZ, która nie zasługuje na aprobatę. Izba nie podziela poglądu Odwołującego, iż w ramach „Prowizji wykonawcy” wykonawcy mieli obowiązek pokryć wszystkie koszty realizacji zamówienia, z wyjątkiem kosztów zakupu mediów. Nie sposób wywieść takiego wniosku z analizy SIWZ oraz Projektu umowy. Jak Izba wskazała powyżej, Prowizja wykonawcy jest częścią wynagrodzenia wykonawcy, którego wartość określił sam Zamawiający w SIWZ. Brak jest jakiegokolwiek postanowienia SIWZ wskazującego, iż Prowizja wykonawcy to jedyne wynagrodzenie, jakie wykonawca otrzyma od Zamawiającego. Wynagrodzenie wykonawcy zostało określone w § 4 projektu umowy. Jak wskazał Zamawiający, wynagrodzenie to obejmuje w szczególności prowizję wykonawcy, koszty operacyjne oraz koszty wykupienia czasu i miejsca w serwisach społecznościowych, na platformach video i VoD. Nie sposób więc wywieść, iż koszty operacyjne winny być pokryte z prowizji wykonawcy. W ramach wynagrodzenia, będącego jednocześnie budżetem na realizację zamówienia, Zamawiający wymagał uwzględnienia zarówno prowizji wykonawcy jak i kosztów operacyjnych. Nie ma jakichkolwiek przesłanek do uznania, iż koszty operacyjne winny być pokryte przez wykonawcę w ramach prowizji.

W ocenie Izby, Odwołujący w sposób nieprawidłowy sformułował zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 UZNK. Brak jest bowiem wykazania przesłanek koniecznych do uznania, iż dane zachowanie wykonawcy nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. Same przytoczenie brzmienia przepisu jest, w ocenie Izby, niewystarczające. Co więcej Odwołujący nie wykazał, iż przyjęta przez Przystępującego metodologia wyceny realizacji usługi na rzecz Zamawiającego jest sprzedażą usług poniżej kosztów jej wykonania. Odwołujący nie zadał sobie trudno wystąpienia do Zamawiającego o odtajnienie

złożonych przez Przystępującego wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, zarzutu takiego nie zawarł również w odwołaniu. Nie znając zaś stanowiska Przystępującego, Odwołujący odwołał się do ogólnych stwierdzeń o nierealności zaproponowanej prowizji. Twierdzenia te oparte zostały jednakże, w ocenie Izby, na subiektywnej interpretacji SIWZ, odmiennej od tej jaką przyjął Przystępujący. Izba nie dopatrzyła się nieprawidłowości w wyjaśnieniach złożonych przez Przystępującego w zakresie wyceny przedmiotu zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

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

Przewodniczący:.....