

Sygn. akt: KIO 7/13

WYROK
z dnia 18 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 stycznia 2013 r. przez wykonawcę **Nobell Congressing sp. z o.o. w Ożarowie Mazowieckim**

w postępowaniu prowadzonym przez **Instytut Badań Edukacyjnych w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **S..... M.....** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **S..... M....., Centrum Podróży Airclub w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Nobell Congressing sp. z o.o. w Ożarowie Mazowieckim** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Nobell Congressing sp. z o.o. w Ożarowie Mazowieckim** 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 2010 r. 113, poz. 759 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

Zamawiający – Instytut Badań Edukacyjnych w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „organizacja seminariów, warsztatów i konferencji dla Instytutu Badań Edukacyjnych”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 listopada 2012 r., nr 2012/S 219-361096. W dniu 24 grudnia 2012 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę Nobell Congressing sp. z o.o. w Ożarowie Mazowieckim, zwanego dalej „odwołującym”, o odrzuceniu złożonej przez niego oferty, a także o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę S..... M....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą S..... M....., Centrum Podróży Airclub w Warszawie, zwanego dalej „przystępującym”.

Wobec czynności wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, zaniechania wezwania wykonawców z niższą ceną, aniżeli zaproponowana przez odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny, czynności oceny wyjaśnień złożonych przez odwołującego, odrzucenia złożonej przez siebie oferty, a także wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykonawca Nobell Congressing sp. z o. o. w Ożarowie Mazowieckim, zwany dalej „odwołującym”, wniósł w dniu 3 stycznia 2013 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez skierowanie wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny, wyłącznie do odwołującego, co oznacza w konsekwencji bezzasadność/bezprawność działania zamawiającego, albowiem cena zaoferowana przez odwołującego nie jest ceną najniższą, w szczególności nie jest rażąco niską ceną, jeśli oferty z niższą ceną nie zostały w taki sposób ocenione przez zamawiającego, a jednocześnie wykonawcy ci nie byli wezwani do udzielenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp,
- 2) art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawców z niższą ceną, aniżeli zaproponowana przez odwołującego,

- 3) art. 90 ust. 2 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez odwołującego wyjaśnień i nie wzięcie pod uwagę czynników i okoliczności, które uzasadniały zaproponowaną cenę,
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez uznanie, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, który to skutek prawny został ustalony nie w odniesieniu do ceny za realizację przedmiotu zamówienia, a w odniesieniu do wartości (wyrażonej w %) prowizji, tj. elementu składającego się na cenę, co stoi w sprzeczności z przepisami ustawy Pzp, jak również narusza przepisy art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach w związku z wyrażoną w tym przepisie definicją ceny,
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez niezgodne z tym przepisem odrzucenie oferty odwołującego, w szczególności poprzez nie wskazanie jaki czyn w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji został popełniony przez odwołującego oraz jakie przepisy ww. ustawy miałyby zostać naruszone przez odwołującego,
- 6) art. 92 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem zarzucanych w odwołaniu przepisów obowiązującego prawa.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego oraz unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego,
- 2) powtórzenia czynności oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego oraz dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, zgodnie z kryteriami określonymi w SIWZ,
- 3) względnie, zastosowania art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w stosunku do oferty odwołującego oraz wszystkich wykonawców, których oferty zawierają niższą, niż oferta odwołującego, cenę za realizację przedmiotu zamówienia, z jednoczesnym nakazaniem, aby wezwanie dotyczyło podstaw i okoliczności, które miały wpływ na zaproponowanie określonej ceny za realizację zamówienia, a nie w odniesieniu wyłącznie do elementu ceny jakim była prowizja wykonawcy.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący, odnosząc się do pierwszego zarzutu argumentował, że cena zaoferowana przez odwołującego nie jest ceną najniższą, w szczególności nie jest rażąco niską ceną, jeśli oferty z niższą ceną nie zostały w taki sposób ocenione przez zamawiającego, a jednocześnie wykonawcy ci nie byli wezwani do udzielenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Wywodził, że siedmiu wykonawców zaoferowało wykonanie przedmiotu zamówienia za niższą cenę aniżeli

odwołujący. W konsekwencji odwołanie się do cen rynkowych innych wykonawców, złożonych w odniesieniu do tego samego przedmiotu zamówienia nie uzasadnia twierdzenia jakoby oferta odwołującego zawierała rażąco niską cenę. Odwołanie się z kolei do wartości szacunkowej zamówienia (jako drugiego wymiernego punktu odniesienia) również nie wskazuje, aby oferta odwołującego zawierała rażąco niską cenę.

Co do zarzutu drugiego odwołujący podniósł, że zamawiający, w sytuacji gdy uznał za stosowne wezwanie odwołującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, to tym bardziej powinien takie wezwanie skierować do innych poprzedzających (pod względem wartości ceny za realizację przedmiotu zamówienia) odwołującego wykonawców.

Co do zarzutu trzeciego, tj. naruszenia art. 90 ust. 2 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że ocena wyjaśnień odwołującego dot. elementów mających wpływ na wysokość ceny nie została prawidłowo wykonana. Uważał, że w wyjaśnieniach wyczerpująco przywołał okoliczności i dowody na poparcie i uzasadnienie zaoferowanej ceny. Dotyczyły one okoliczności mających wpływ na cenę, nie zaś wyłącznie w zakresie wartości prowizji, która nie jest ceną. Zamawiający nie uwzględnił w swojej ocenie wskazywanych przez odwołującego czynników, w szczególności nie wziął pod uwagę inwestycji odwołującego, które przyczyniają się zwiększenia konkurencyjności, usprawnienia organizacji takich przedsięwzięć, a tym samym mają wpływ na obniżenie kosztów własnych, co wpływa na cenę za realizację przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie uwzględnił również, iż kalkulując cenę oferty odwołujący dokonał przeniesienia części zysku i kosztów na spotkania o wartości do 20 000,00 zł, co wpływa wyłącznie na sposób prezentacji zaoferowanej ceny, a nie sposób jej obliczenia, stąd również z tego względu trudno byłoby przyjąć, że odwołujący zaoferował rażąco niską cenę. Istotne jest również to, iż zaproponowana przez odwołującego cena pozwala na należyte wykonanie przedmiotu umowy przy jednoczesnym osiągnięciu zysku w ramach realizacji przedmiotu zamówienia.

Co do zarzutu czwartego, tj. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp odwołujący podniósł, iż analiza wartości poszczególnych elementów składających się na cenę nie może rozstrzygać czy cena za realizację przedmiotu zamówienia jest rażąco niska. Jest to czynnik wpływający na wartość ceny, jednakże nie może być oceniony w oderwaniu od pozostałych innych składników cenowych. Ocena zasadności wyrażonej przez odwołującego ceny powinna być rozpatrywana w odniesieniu do całego przedmiotu zamówienia - zamawiający nie wyodrębnił organizacji poszczególnych konferencji/warsztatów jako formalnie odrębnych części zamówienia. W konsekwencji odwołujący mógł założyć, że znaczną część kosztów (część organizacyjną, logistyczną,

związaną z zaangażowaniem potencjału osób obsługujących wydarzenia etc.) może uwzględnić w organizacji jednego z typów realizowanych wydarzeń. Zamawiający zaniechał oceny i badania wartości ceny również w odniesieniu do wartości poszczególnych wydarzeń w podziale na wydarzenia o koszcie do 20 tys. zł, powyżej 20 tys. zł i do 100 tys. zł oraz powyżej 100 tys. zł. Powyższe jest o tyle zasadne, albowiem takie działanie, aczkolwiek nie wynikające wprost z założeń SIWZ, to jednak byłoby bliższe poprawności działania zamawiającego w zakresie oceny czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Jednakże nawet w takiej sytuacji należałoby uwzględnić fakt, że koszty stałe, które założył w SIWZ zamawiający do prezentacji przez wykonawców ceny były jedynie wartościami szacunkowymi, co oznacza, że rzeczywista wartość poszczególnych wydarzeń mogła być inna, stąd mając na uwadze zaproponowany przez zamawiającego sposób prezentacji ceny za realizację przedmiotu zamówienia, który nie mógł odbiegać od wymaganego przez zamawiającego w SIWZ (nie można byłoby zmienić stałych w ocenie zamawiającego ale jednak szacunkowych kosztów organizacji wydarzeń), możliwa była różnorodność zakładanych prowizji pomiędzy wykonawcami, jak również możliwa była różnorodność wysokości prowizji u każdego z wykonawców w odniesieniu do poszczególnych wydarzeń - co można zaobserwować badając poszczególne oferty. Powyższe dodatkowo potwierdza, że wartość samej prowizji nie mogła być badana albowiem nie stanowi ceny w rozumieniu ustawy o cenach i wartość ta była wyłącznie prezentacją elementów składającego się na cenę poza wartością elementu stałego.

Odwołujący podniósł, że zamawiający odróżniał cenę od innych wartości niebędących ceną (jak wartość prowizji), co znalazło wyraz z ustalonych kryteriach oceny ofert. Zarówno cena jak i wartość prowizji były odrębnymi kryteriami oceny, za które zamawiający przyznawał oddzielne punkty, stąd niezrozumiałe jest badanie rażąco niskiej ceny do elementu oferty, który nie jest ceną.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp odwołujący wywodził, iż zamawiający nie wykazał podstaw dla możliwości postawienia zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający nie wykazał, aby zaistniały przesłanki określone w przepisach ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji lub chociażby nie wskazał jaki czyn stypizowany w ww. ustawie został dokonany, albo nie wykazał, aby działanie odwołującego było jakkolwiek sprzeczne z prawem lub z dobrymi obyczajami i zagrażało/naruszało interes innego przedsiębiorcy.

Aby określone działanie można było uznać za sprzeczne z prawem musi ono wypełniać znamiona czynu zabronionego i to zagrożonego sankcją karną, względnie musi być sprzeczne z nakazem zawartym w ustawie, rozporządzeniu wydanym na podstawie i dla wykonania ustawy. Tak więc nie każde działanie może być potraktowane jako działanie

sprzeczne z prawem a tylko takie działanie, które jest sprzeczne z określoną normą. Brak wykazania przez zamawiającego ww. podstawowych przesłanek podważa zasadność zarzutu i podstawy odrzucenia.

Argumentował, że zaprezentowany w ofercie sposób naliczania prowizji, jako dopuszczalny prawnie, niesprzeczny z wymaganiami i założeniami SIWZ, nie prowadzi do eliminacji innych wykonawców z rynku, co oznacza w szczególności, że nie jest to czyn określony w art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wywodził, że analogiczny w metodyce i sposobie liczenia sposób prezentacji wartości prowizji dostrzega u innych wykonawców, którzy złożyli oferty, którym to zamawiający nie zarzucił stosownych naruszeń, a z spośród których to wykonawców zamawiający jedną uznał za najkorzystniejszą.

Co do zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że również wybór oferty najkorzystniejszej jako konsekwencja nieprawidłowych działań i zaniechań zamawiającego został dokonany w sposób nieprawidłowy, z naruszeniem obowiązujących prawa, stąd w konsekwencji również ta czynność powinna być unieważniona.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania jako niezasadnego, zaś co do zarzutu 1 i 2 odwołania, o jego odrzucenie.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego przystąpił wykonawca S..... M....., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą S..... M....., Centrum Podróży Airclub w Warszawie. Wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, zachowując termin ustawy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu zgłosił przystąpienie wykonawca J..... G....., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Fordewind, J..... G..... w Rynie. Nie wskazał interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego. Wniósł o uwzględnienie odwołania.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę złożoną przez odwołującego, wezwanie zamawiającego skierowane do odwołującego do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,

wyjaśnienia złożone przez odwołującego, pismo zamawiającego o rozstrzygnięciu postępowania kierowane do odwołującego, odwołanie, odpowiedź na odwołanie, zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, pismo procesowe przystępującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron a także uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła nieskuteczność zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego wykonawcy J..... G....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Fordewind, J..... G..... w Rynie. Izba stwierdziła, że wykonawca w zgłoszeniu przystąpienia nie wskazał w czym upatruje swego interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego. Tymczasem w świetle art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wskazanie interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia jest przesłanką skuteczności zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Powyższe skutkowało koniecznością niedopuszczenia zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w charakterze uczestnika postępowania.

Analiza zarzutu 1 odwołania prowadziła do wniosku, że skierowane było ono przeciwko czynności zamawiającego, polegającej na wezwaniu odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Odwołujący kwestionował bowiem, że zamawiający biorąc pod uwagę cenę zaoferowaną przez innych wykonawców, jak również kwotę, jaką przeznaczono na sfinansowanie zamówienia, nie był uprawniony do takiej czynności, albowiem brak było podejrzeń, że cena odwołującego jest rażąco niska. Nie było sporne pomiędzy stronami, że wezwanie do złożenia wyjaśnień zamawiający przesłał odwołującemu w dniu 17 grudnia 2012 r. za pośrednictwem poczty elektronicznej, zaś odwołujący w dniu 17 grudnia 2012 r. zapoznał się z treścią wezwania, potwierdzając jego otrzymanie. Zatem odwołanie wobec czynności wezwania, w świetle art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, należało wnieść w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego, a więc do dnia 27 grudnia 2012 r. Tymczasem odwołanie wobec kwestionowanej czynności zamawiającego wniesiono dopiero 3 stycznia 2013 r., a zatem po upływie terminu wyznaczonego w ustawie.

Stosownie do przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie jeżeli zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Jednakże wobec braku możliwości wydania przez Izbę orzeczenia częściowego (w tym również postanowienia o odrzuceniu odwołania w części) w orzecznictwie Izby utrwalił się pogląd, iż wydanie postanowienia o odrzuceniu odwołania możliwe jest wyłącznie w przypadku, gdy żaden z podnoszonych przez wykonawcę zarzutów nie może być przez Izbę rozpoznany z powodów określonych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. W przeciwnym wypadku Izba rozpoznaje odwołanie, z tym że zarzuty co do których zachodzą okoliczności wymienione w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp oddala się, bez merytorycznego ich rozpoznania. Powyższe skutkowało koniecznością oddalenia odwołania w części, w jakiej skierowane było przeciwko czynności zamawiającego z 17 grudnia 2012 r., polegającej na wezwaniu odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że co do odwołania w części skierowanej przeciwko pozostałym czynnościom i zaniechaniom nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie rozstrzygnięcia wyniku postępowania, odrzucenie oferty wykonawcy, w sytuacji gdy oferta wybrana przez zamawiającego, na podstawie kryteriów oceny ofert, jest ofertą od niej mniej korzystną prowadzi do powstania szkody po stronie odwołującego w postaci poniesionych kosztów związanych z przygotowaniem oferty i udziałem w postępowaniu, a także utratą korzyści, z jakimi wiązało się uzyskanie zamówienia. Ustalenie, iż zamawiający odrzucił ofertę z naruszeniem przepisów ustawy, prowadziłoby do nakazania unieważnienia czynności odrzucenia i tym samym oferta odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania stwierdziła, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Przedmiotem zamówienia jest organizacja seminariów, warsztatów i konferencji dla zamawiającego, polegająca w szczególności na zapewnieniu bazy konferencyjno - szkoleniowej wraz ze sprzętem konferencyjnym, noclegów, wyżywienia i transportu dla uczestników ww. wydarzeń (załącznik nr 6 pkt 1).

Cenę za wykonanie przedmiotu umowy zamawiający określił poprzez wskazanie podstaw do jej ustalenia. Zamawiający określił ponadto, że na wynagrodzenie wykonawcy, co do zasady składać się będzie zwrot niektórych wydatków, udokumentowanych fakturami oraz prowizja. Powyższe wynikało z § 12 siwz, w którym zamawiający zastrzegł, iż:

„1. Wykonawca poda w pkt III.1 Formularza Ofertowego, którego wzór stanowi załącznik nr 4 do SIWZ, wysokość swojej prowizji wpisując wartość procentową prowizji w pola B10, D10 i F10, w odniesieniu do każdego z 3 wyróżnionych typów wydarzeń. Pozostałe wartości zostaną wyliczone zgodnie z ustalonymi formułami (...)

2. Wpisanych przez zamawiającego w formularzu stanowiącym Załącznik nr 1 do Formularza Ofertowego (Cennik Szczegółowy) szacunkowych kosztów realizacji poszczególnych typów wydarzeń nie wolno zmieniać, zostały one wpisane do cennika dla ułatwienia obliczenia ogólnej ceny oferty.

3. Prowizja ma obejmować wszelkie koszty wykonawcy związane z realizacją przedmiotowego zamówienia oraz jego zysk.

4. Cenę oferty należy obliczyć ściśle z formułami ustalonymi przez zamawiającego w załączniku do formularza ofertowego.”

Powyższe wynikało również z § 3 wzoru umowy (załącznik nr 6 do SIWZ):

2. Na wypłacane Wykonawcy w ramach umowy wynagrodzenie z tytułu wykonania danego zamówienia, składa się zwrot udokumentowanych fakturami wydatków, wystawionymi przez osoby trzecie, lub w wyjątkowych wypadkach opisanych w załączniku nr 1 do umowy dopuszcza się wystawienie faktury za wykorzystanie zasobów własnych Wykonawcy do realizacji wydarzenia (sala, noclegi, sprzęt, przewóz, itp.) i prowizja wskazana w ofercie Wykonawcy.

3. W ramach prowizji mieści się zysk Wykonawcy a także wszelkie koszty, opłaty, wydatki, daniny i inne świadczenia, które Wykonawca zobowiązany jest ponieść w związku z prawidłową realizacją umowy, a które nie zostały wskazane jako wydatki lub koszty podlegające zwrotowi. W ramach wyjątku Wykonawcy przysługuje zwrot kosztów zakwaterowania i wyżywienia pracowników Wykonawcy w zakresie w jakim jest to niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia. Zakres zwrotu kosztów, o którym mowa w zd. poprzednim, musi być uzgodniony pomiędzy Stronami przed realizacją zamówienia.

Zamawiający przewidział również, że rozliczane będzie każde zlecone przez niego wydarzenie z osobna. Powyższe wynikało z § 3 wzoru umowy „3. Wynagrodzenie wykonawcy płatne jest w częściach, odpowiednio za każde rozliczone zamówienie, z dołu, na podstawie prawidłowo wystawionej faktury, przelewem, na rachunek bankowy w niej wskazany, w terminie 21 dni od dnia jej otrzymania.”.

Zamawiający nie gwarantował w żadnym stopniu zakresu zamówienia (ilości wydarzeń w poszczególnych grupach). Powyższe wynikało z § 3 SIWZ, w którym zastrzeżono, iż „*W ramach przedmiotu zamówienia przewiduje się realizację poniżej opisanych typów wydarzeń, przy czym są to wydarzenia planowane, których ostateczny charakter może ulec modyfikacji (np. liczba uczestników, ilość i rodzaj wyżywienia, noclegi, transport etc), niżej opisane wymagane usługi towarzyszące wydarzeniom nie stanowią zamkniętego katalogu usług, wskazują jedynie Wykonawcy na przewidywaną wielkość i zakres wydarzeń i wiążące się z tym usługi Wykonawcy.*”. Analogiczna regulacja wynikała z pkt 12 załącznika nr 6 do SIWZ (opis przedmiotu zamówienia).

Nie został również określony harmonogram organizacji wydarzeń określonego rodzaju, które miały być zlecane według potrzeb zamawiającego w okresie realizacji umowy (pkt 25-27 załącznika nr 6 – opis przedmiotu zamówienia).

Zamawiający określił w SIWZ w §13 następujące kryteria oceny ofert: cena – 10 pkt, wysokość prowizji 75 pkt, doświadczenie wykonawcy 15 pkt.

W ramach kryterium „cena” zamawiający zastrzegł, iż *najwyższą liczbę punktów (10 pkt) otrzyma oferta zawierająca najniższą cenę brutto, a każda następna odpowiednio zgodnie ze wzorem: Liczba punktów oferty = (cena oferty najniżej skalkulowanej x 10): cena oferty ocenianej.*

W ramach kryterium „wysokość prowizji” zamawiający przewidział, iż:

2.a) prowizja za organizację wydarzeń o wartości brutto pojedynczego wydarzenia do 20 tys zł - najwyższą liczbę punktów (30 pkt) otrzyma oferta zawierająca najniższą wysokość prowizji procentowej, a każda następna odpowiednio zgodnie ze wzorem:

Liczba punktów oferty w podkryterium 2a = (wysokość prowizji najniżej skalkulowanej x 30): wysokość prowizji w ofercie ocenianej.

2.b) prowizja za organizację wydarzeń o wartości brutto pojedynczego wydarzenia powyżej 20 tys zł i poniżej 100 tys zł - najwyższą liczbę punktów (15 pkt) otrzyma oferta zawierająca najniższą wysokość prowizji procentowej, a każda następna odpowiednio zgodnie ze wzorem:

Liczba punktów oferty w podkryterium 2b = (wysokość prowizji najniżej skalkulowanej x 15): wysokość prowizji w ofercie ocenianej.

2.c) prowizja za organizację wydarzeń o wartości brutto pojedynczego wydarzenia powyżej 100 tys zł - najwyższą liczbę punktów (30 pkt) otrzyma oferta zawierająca najniższą wysokość prowizji procentowej, a każda następna odpowiednio zgodnie ze wzorem:

Liczba punktów oferty w podkryterium 2c = (wysokość prowizji najniżej skalkulowanej x 30): wysokość prowizji w ofercie ocenianej.

Na sfinansowanie zamówienia zamawiający przeznaczył kwotę 5.347.274,69 zł (pkt 8 protokołu postępowania, s. 6).

Do upływu terminu składania ofert, oferty złożyło 10 wykonawców. W ofercie odwołujący wskazał, iż za organizację zamawianych przez zamawiającego wydarzeń przewiduje następującą wysokość prowizji:

- a) za wydarzenia o wartości do 20.000 zł - 81%,
- b) za wydarzenia o wartości powyżej 20.000 zł, ale poniżej 100.000 zł - 0,01%,
- c) za wydarzenia o wartości powyżej 100.000 zł - 0,01%.

W świetle załączonego do oferty cennika szczegółowego kwota netto prowizji od szacowanej wartości netto wydarzeń kształtowała się następująco:

- a) dla wydarzeń o wartości jednostkowej do 20.000 zł – 81 % liczone od łącznej kwoty tego rodzaju wydarzeń (1.234.600,00 zł), tj. 1.000.026,00 zł,
 - b) dla wydarzeń o wartości jednostkowej do 20.000,01 – 100.000 zł – 0,01 % liczone od łącznej kwoty tego rodzaju wydarzeń (1.087.860,00 zł), tj. 108,79 zł,
 - c) dla wydarzeń o wartości jednostkowej powyżej 100.000 zł – 0,01 % liczone od łącznej kwoty tego rodzaju wydarzeń (1.665.960,00 zł), tj. 166,60 zł,
- Łączna wartość ceny oferty odwołującego to 6.136.127,29 zł brutto.

Łączną ceną niższą od ceny oferty odwołującego zaproponowali wykonawcy:

- a) Symposium Cracoviense - cena brutto 5 228 668, 25 zł (wykonawca wykluczony, oferta nieoceniana),
- b) KDK sp. z o.o. - cena brutto 5 440 084,09 zł (wysokość prowizji: 12%, 11%, 10%),
- c) Centrum Podróży Air Club, S..... M..... - cena brutto 5 325 833,82 zł (wysokość prowizji: 5%, 15%, 7%),
- d) Ecorys Polska sp. z o.o. - cena brutto 6 045 033,76 zł (wysokość prowizji: 30%, 22%, 19%),
- e) Delta Tour sp. z o.o. - cena brutto 5 631 379,84 zł (wysokość prowizji: 20%, 30%, 1%),
- f) Mazurkas Travel - cena brutto 5 361 192,02 zł (wysokość prowizji: 11,5%, 9,5%, 7,5%),
- g) Fordewind, J..... G..... G..... - cena brutto 5 369 313,04 zł (wysokość prowizji: 14,99%, 9,99%, 4,99%).

Pozostali wykonawcy (MTK sp. z o.o., WYG International sp. z o.o.) zaproponowali wyższą cenę aniżeli odwołujący.

Zamawiający po analizie złożonych ofert wezwał odwołującego w dniu 17 grudnia 2012 r., za pośrednictwem poczty elektronicznej, do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W wezwaniu tym zamawiający wskazał, że w rubrykach D 11 oraz F 11 złożonego przez odwołującego wraz z ofertą cennika szczegółowego podana została cena netto za organizację odpowiednio: wydarzeń o wartości od 20.000,01 zł do 100.000,00 zł oraz powyżej 100.000,00 zł. Kwota prowizji liczona na podstawie zaproponowanej przez odwołującego stawki % prowizji (jednakowej dla obu rodzajów wydarzeń i wynoszącej 0,01 %) wynosi, z uwzględnieniem wartości podanych przez zamawiającego – dla wydarzeń o wartości od 20.000,01 zł do 100.000,00 zł – łącznie 108,79 zł netto oraz dla wydarzeń o wartości powyżej 100.000,00 zł – łącznie 166,60 zł netto. Zwrócił się zatem o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość cen prowizji ww. rodzajów imprez.

Zamawiający nie wzywał innych wykonawców do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Odwołujący w dniu 17 grudnia 2012 r. potwierdził otrzymanie wezwania od zamawiającego. W złożonych wyjaśnieniach (pismo z dnia 19 grudnia 2012 r.) zapewnił o należytych sposobie dokonanej przez siebie kalkulacji i podniósł m.in., co następuje:

- 1) od 3 lat inwestuje w sprzęt do obsługi technicznej konferencji celem zwiększenia konkurencyjności w zakresie organizacji konferencji, warsztatów,
- 2) rynkowy koszt obsługi technicznej konferencji do 100 osób wynosi od 1500 brutto. Dla konferencji powyżej 100 osób będzie najprawdopodobniej wyższy, a co najmniej taki sam - takich wydarzeń zamawiający szacuje ok. 34 dla zamówień od 20 000,01 - 100 000,00 zł oraz 9 dla zamówień powyżej 100.000,00 zł. Powyższe daje wykonawcy zysk na kwotę 64 500 zł, co umożliwi dodatkowe obniżenie kosztów i ma wpływ na wycenę całkowitą, Wyjaśniał, że sam zamawiający wyodrębnił dodatkowe wyposażenie (nagłośnienie, nagrywanie, obsługa techniczna) w załączniku nr 1 do opisu przedmiotu zamówienia tym samym wskazując że jest to element kosztowy, za który zamawiający będzie płacił dodatkowo, co w przypadku odwołującego będzie dodatkowym zyskiem ze względu na możliwość wykonania tej usługi we własnym zakresie.
- 3) każdy przypadek odpłatnego wynajmu przyczynia się do generowania zysku, a nie do dodatkowych kosztów, jak miałyby to miejsce w przypadku konieczności podnajmu sprzętu od stron trzecich. Obsługa techniczna zatrudniona jest w firmie na zasadzie ryczałtowego wynagrodzenia miesięcznego,
- 4) kalkulując cenę oferty, dokonał przeniesienia części zysku i kosztów na spotkania o wartości do 20 000,00 zł. Takich spotkań wg szacunków zamawiającego odbędzie się 185 czyli ok. 80% wszystkich planowanych spotkań. Kwota 1.000.026,00 netto prowizji zaproponowana w ofercie pozwoli na pokrycie wszystkich kosztów związanych z organizacją wszystkich wydarzeń zarówno tych do 20 000,00 zł jak i 20 000,01 - 100 000,00 zł oraz powyżej 100 tys. Dzięki temu odwołujący uzyska znaczną nadwyżkę, która

kompensuje niedobory w pozostałych pozycjach. Spotkania organizowane będą przez osoby zatrudnione na zasadzie ryczałtowego wynagrodzenia miesięcznego.

Pismem z dnia 24 grudnia 2012 r., przesłanym za pośrednictwem poczty elektronicznej, zamawiający zawiadomił odwołującego, o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego. Zamawiający powiadomił również odwołującego, że jego oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia zamawiający wskazał m.in. iż zaproponowana przez odwołującego wartość prowizji za podobne usługi w odniesieniu do kategorii 2 i 3 jest 8.100 razy niższa niż żądana w przypadku obsługi wydarzeń z kategorii 1. W szczególności, w ocenie zamawiającego, w odniesieniu do wyceny wartości usług w kategorii 2 i 3, uzasadnione jest podejrzenie o rażąco niską cenę. Zamawiający wskazał, że dla niego wycena usług związanych z realizacją wydarzenia o wartości np. 21 tys. w wysokości 2 złotych, czy też 10 złotych przy wydarzeniu o wartości 100 tys. złotych, w żaden nie pozwala na uznanie, że mamy do czynienia z rzetelnym ustaleniem wartości 2 z 3 elementów składających się na cenę oferty. Zważywszy na zakres obowiązków wykonawcy, kwota 2 zł czy 10 złotych za obsługę wydarzenia musi być uznana za rażąco niską, w szczególności w żadnym stopniu nie odpowiadającemu realiom rynkowym, jest niewiarygodna i została skalkulowana poniżej kosztów oferowanych usług.

Uzasadniał, że w złożonych wyjaśnieniach odwołujący sam przyznał, że „rynkowy koszt obsługi technicznej konferencji do 100 osób wynosi od 1500 zł brutto”, lecz nie wyjaśnił w jaki sposób jest on stanie wykonać analogiczną usługę za 2 zł, nie wskazał również żadnych obiektywnych czynników, w szczególności oszczędności metody wykonania, wybranych rozwiązań technicznych czy też wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, jak też oryginalności projektu wykonawcy oraz wpływu pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Uznał zatem, że odpowiedź wykonawcy nie zawiera przekonujących informacji i dowodów świadczących, że w przedmiotowym przypadku nie mamy do czynienia z rażąco niską ceną.

Uzasadniając drugą podstawę odrzucenia oferty odwołującego zamawiający wskazał, że analiza wyjaśnień odwołującego prowadzi do wniosku, iż wartość prowizji została ustalona w całkowitym oderwaniu od pracochłonności usług, ich elementów kosztowych czy jakichkolwiek innych elementów rynkowych. W przypadku dwóch ostatnich prowizji - ich wysokość została ustalona na takim, najniższym możliwym arytmetycznie poziomie, jedynie w jednym celu. Celem tym było uzyskanie najwyższej liczby punktów w ustalonym kryterium, a jednocześnie spowodowanie żeby inni wykonawcy uzyskali w tych kryteriach tak niski poziom punktów, który w żaden sposób nie wpłynąłby na ranking ofert w poszczególnych

kryteriach i ogólną ocenę ofert. Argumentował, że również pierwsza prowizja ustalona na poziomie 81% określona została w oderwaniu od wszelkich rynkowych czynników. Jest ona 2 razy wyższa od prowizji zaproponowanej przez innego wykonawcę. Jest również całkowicie nieuzasadniona kosztami jej wykonania. Prowizja ta miała za zadanie umożliwić wykonawcy czerpanie nieuzasadnionych zysków - wykorzystując przymusową sytuację zamawiającego wynikającą z przepisów ustawy Pzp. W ocenie zamawiającego opisane wyżej działania wykonawcy, czyli kształtowanie wysokości istotnych elementów oferty, z całkowitym pominięciem elementów rynkowych, czynione jedynie po to by wyeliminować innych konkurentów i uzyskać zamówienie wykorzystując przy tym matematyczne zależności musi być potraktowane jako czyn nieuczciwej konkurencji zdefiniowany w art. 3 ust. 1 z ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z przywołanym przepisem, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

- 1. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez uznanie, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, który to skutek prawny został ustalony nie w odniesieniu do ceny za realizację przedmiotu zamówienia, a w odniesieniu do wartości (wyrażonej w %) prowizji, tj. elementu składającego się na cenę, co stoi w sprzeczności z przepisami ustawy Pzp, jak również narusza przepisy art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach w zw. z wyrażoną tam definicją ceny**

Zarzut nie potwierdził się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Na wstępie podkreślenia wymaga, że Izba potwierdza artykułowane w dotychczasowym orzecznictwie i wciąż aktualne stanowisko, że co do zasady pojęcie ceny rażąco niskiej należy odnosić do całości przedmiotu zamówienia. Jednocześnie jednak należy również uznać za prawidłowe dotychczasowe stanowisko, iż w uzasadnionych przypadkach obowiązek badania dotyczy poszczególnych cen jednostkowych czy też elementów, które służyć będą do jej ustalenia, jeżeli jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i ukształtowanego sposobu wynagradzania wykonawcy.

W ocenie Izby, z takim uzasadnionym przypadkiem mamy do czynienia w analizowanej sprawie. Jak wynika z ustalonego przez Izbę stanu faktycznego, zamawiający przewidział, że świadczone przez wykonawcę usługi pośrednictwa w organizowaniu wydarzeń objętych przedmiotem zamówienia (szkoleń, seminariów, konferencji) rozliczane będą odrębnie, tj. za każde wydarzenie z osobna. Powyższe wynikało z § 3 wzoru umowy, w

którym wyraźnie zastrzeżono, iż *wynagrodzenie wykonawcy płatne jest w częściach, odpowiednio za każde rozliczone zamówienie (...)*. Co więcej, zamawiający nie gwarantował w żadnym stopniu zakresu zamówienia (ilości wydarzeń w poszczególnych grupach). Powyższe wynikało z § 3 SIWZ, w którym zastrzeżono, iż *„W ramach przedmiotu zamówienia przewiduje się realizację poniżej opisanych typów wydarzeń, przy czym są to wydarzenia planowane, których ostateczny charakter może ulec modyfikacji (...)*”. Analogiczna regulacja wynikała z pkt 12 załącznika nr 6 do SIWZ (opis przedmiotu zamówienia). Nie został również określony harmonogram realizacji wydarzeń poszczególnego rodzaju, które miały być zlecane według potrzeb zamawiającego w okresie realizacji umowy (pkt 25-27 załącznika nr 6 – opis przedmiotu zamówienia). Istotnym było również to, że na wynagrodzenie wykonawcy, co do zasady składać się będzie zwrot niektórych wydatków, udokumentowanych fakturami oraz prowizja. Powyższe wynikało z § 12 siwz, w którym zamawiający zastrzegł, iż:

- „1. Wykonawca poda w pkt III.1 Formularza Ofertowego, którego wzór stanowi załącznik nr 4 do SIWZ, wysokość swojej prowizji wpisując wartość procentową prowizji w pola B10, D10 i F10, w odniesieniu do każdego z 3 wyróżnionych typów wydarzeń. Pozostałe wartości zostaną wyliczone zgodnie z ustalonymi formułami (...)*
- 3. Prowizja ma obejmować wszelkie koszty wykonawcy związane z realizacją przedmiotowego zamówienia oraz jego zysk.*
- 4. Cenę oferty należy obliczyć ściśle z formułami ustalonymi przez zamawiającego w załączniku do formularza ofertowego.”*

Powyższe wynikało również z przywołanych wyżej postanowień § 3 ust. 2 i 3 wzoru umowy (załącznik nr 6 do SIWZ):

Całościowa analiza ukształtowanych przez zamawiającego zasad wynagradzania wykonawcy prowadziła do wniosku, iż kluczowym, a de facto jedynym elementem cenotwórczym, na który wpływ miał wykonawca, była jego prowizja. Drugim elementem cenotwórczym będzie bowiem zwrot wydatków, udokumentowanych fakturami wystawionymi przez osoby trzecie. Jednakże element ten z założenia miał mieć charakter neutralny z punktu widzenia wykonawcy, miały być wyłącznie zwracane niektóre poniesione przez wykonawcę koszty. Zamawiający przewidział mechanizmy kontrolowania wysokości tych kosztów, które nie mogły być wyższe od cen z oficjalnych cenników podmiotów trzecich. Ponadto, zawyżanie tych kosztów łączyć się będzie z nałożeniem na wykonawcę kary umownej przewidzianej w § 11 pkt 2 lit d projektu umowy. A zatem, zakładając działanie wykonawcy zgodnie z dobrymi obyczajami, w elemencie tym nie powinien on osiągać żadnego zysku, którym mógłby pokrywać ewentualne niedobory w wysokości prowizji.

Ponieważ rozliczenie następować będzie cenami jednostkowymi (ustalonymi każdorazowo poprzez przemnożenie prowizji wyrażonej w % przez wartość imprezy), a dodatkowo, co istotne, zamawiający nie gwarantował zakresu przedmiotu zamówienia (rzeczywistej ilości poszczególnych wydarzeń) oczywistym jest, że przedmiotem badania na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp mogły być wyłącznie poszczególne ceny jednostkowe (czyli wyrażone w złotych prowizje). Łączna cena ofertowa służyła mogła co najwyżej określeniu maksymalnego pułapu zobowiązań zamawiającego z tytułu realizacji umowy (por. § 3 ust. 1 wzoru umowy).

Zatem całkowicie błędnym było założenie odwołującego, iż niską, a wręcz symboliczną prowizję przy usługach na większe wydarzenia będzie pokrywał z prowizji za wydarzenia do 20 tys. zł. W ocenie Izby, takie założenie można byłoby poczynić wyłącznie w sytuacji, gdyby ilość wydarzeń o wartości do 20.000 zł była gwarantowana na określonym poziomie. Wtedy i wyłącznie wtedy wykonawca mógłby swoje koszty i zysk, jaki zamierza osiągnąć za usługę pośrednictwa w organizacji wydarzeń o większej wartości (powyżej 20.000 zł i powyżej 100.000 zł) ująć i zaprezentować w prowizji za wydarzenia o mniejszej wartości. W analizowanym postępowaniu nie można natomiast wykluczyć, że wydarzenia o wartości do 20.000 zł nie zostaną w ogóle zlecone, bądź zlecone w mniejszej ilości, albo zlecone pod koniec 2,5 letniego okresu realizacji umowy, zaś wydarzenia o większej wartości zrealizowane zostaną w większej, aniżeli szacowana ilości. Powyższe przesądzało, że każda z 3 rodzajów stawek prowizji musiała być skalkulowana w oparciu o reguły rynkowe i wykazywać rentowność wykonawcy. W ocenie Izby na konieczność takiego skalkulowania prowizji zwracał uwagę zamawiający w wielu postanowieniach SIWZ. W § 3 ust. 3 wzoru umowy zastrzeżono, że w ramach prowizji mieści się zysk wykonawcy a także wszelkie koszty, opłaty, wydatki, daniny i inne świadczenia, które wykonawca zobowiązany jest ponieść w związku z prawidłową realizacją umowy, a które nie zostały wskazane jako wydatki lub koszty podlegające zwrotowi. Również w ust. 3 § 12 SIWZ zamawiający zdefiniował, iż „*prowizja ma obejmować wszelkie koszty wykonawcy związane z realizacją przedmiotowego zamówienia oraz jego zysk*”. Analogiczna regulacja znalazła się w treści wzoru formularza ofertowego. Tym samym określenie prowizji dla dwóch z trzech rodzajów wydarzeń na poziomie 0,01% wskazywało na zaistnienie rażąco niskiej ceny.

Zatem zamawiający słusznie postąpił kierując do odwołującego wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, czego zresztą odwołujący w stosownym terminie nie zakwestionował. Celem instytucji z art. 90 ustawy Pzp jest zbadanie, czy niska cena jaką proponuje wykonawca nie grozi niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia. Jednocześnie za błędne należało uznać stanowisko odwołującego, że zamawiający nie miał prawa badać prowizji, gdyż nie jest to cena w rozumieniu art. 3 ustawy o cenach. Cenę, choćby w myśl art. 536 KC, można wszak określić poprzez wskazanie podstaw do jej

obliczenia. I tak też się stało w analizowanej sprawie. Zamawiający, na zasadzie swobody umów wynikającej z art. 353 1 KC, przewidział, iż wynagrodzenie wykonawcy obliczane będzie każdorazowo poprzez przemnożenie stawki prowizji przez wartość wydarzenia. Badanie ceny w tym przypadku musi odnosić się do analizowania poprawności podstaw do jej wyliczenia (por. wyrok KIO z 26 września 2012 r. sygn. akt KIO 1934/12).

2. Zarzut naruszenia art. 90 ust. 2 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez odwołującego wyjaśnień i nie wzięcie pod uwagę czynników i okoliczności, które uzasadniałyby zaproponowaną cenę

Zarzut ten nie potwierdził się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Zamawiający pismem z dnia 17 grudnia 2012 r. zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienie sposobu kalkulacji prowizji na poziomie zaledwie 0,01 % za wydarzenia o wartości powyżej 20.000 zł i o wartości powyżej 100.000 zł. W złożonych wyjaśnieniach z 19 grudnia 2012 r. odwołujący przyznał, że rynkowy koszt obsługi technicznej konferencji do 100 osób wynosi od 1500 zł brutto. Tymczasem swe usługi pośrednictwa w organizacji wydarzeń o wartości powyżej 20.000 zł wyceniał na kilka złotych.

W ocenie Izby zamawiający prawidłowo ocenił, że przywołane przez odwołującego elementy, jak posiadanie własnego sprzętu nagłaśniającego, brak konieczności jego wynajmowania, nie miały większego wpływu na symboliczną wręcz wycenę usług pośrednictwa za wydarzenia o wartości powyżej 20.000 zł i 100.000 zł. Sprzeczne z zasadami doświadczenia życiowego byłoby przyjęcie, iż czynniki te umożliwiają organizację wielodniowych wydarzeń (seminariów, warsztatów, konferencji) praktycznie za darmo.

Według Izby kluczowym elementem, który spowodował taką wycenę oferowanych usług było to, iż jak odwołujący sam wyjaśnił *„kalkulując cenę oferty dokonaliśmy przeniesienia części zysku i kosztów na spotkania o wartości do 20 000,00 zł. Takich spotkań będzie wg szacunków zamawiającego 185 czyli ok. 80% wszystkich planowanych spotkań. Kwota 1 000 026,00 zł netto prowizji (globalna kwota za wszystkie spotkania - przypis Zamawiającego) pozwoli na pokrycie wszystkich kosztów związanych z organizacją wszystkich wydarzeń zarówno tych do 20 000 zł jak i 20 000,01 -100 000 zł i powyżej 100 000 zł. Uzyskaliśmy dzięki temu znaczną nadwyżkę, która kompensuje niedobory w pozostałych pozycjach.”*

Jednocześnie, jak wskazano powyżej, w świetle ukształtowanych przez zamawiającego zasad wynagradzania wykonawcy za każde zlecenie z osobna, braku gwarantowania ilości wydarzeń o wartości do 20.000 zł na jakimkolwiek poziomie, wykonawca nie miał żadnej gwarancji co do liczby zleconych przez zamawiającego wydarzeń o wartości do 20 000,00 zł, w których zgodnie z jego deklaracją ujęte zostały faktyczne koszty jego pracy i należne mu wynagrodzenie za pozostałe wydarzenia.

Wskazany przez wykonawcę czynnik nie uzasadniał zatem możliwości skalkulowania prowizji za wydarzenia o wartości powyżej 20.000 zł na przewidzianym przez wykonawcę poziomie.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał istnienia żadnych obiektywnych czynników, w szczególności oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy czy wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, które pozwoliły mu na świadczenie usługi organizacji wydarzeń o wartości powyżej 20.000 zł i powyżej 100.000 zł za kwoty rzędu kilku złotych. Niemożliwym jest bowiem, aby w kwocie prowizji o takiej wysokości zostały ujęte następujące elementy, jak zwrot kosztów podróży (dojazdów, przejazdów, powrotów, w tym na spotkania z Zamawiającym), diet, wynagrodzeń, koszty połączeń telefonicznych, koszty obsługi logistycznej wydarzeń, koszty wysyłki zaproszeń i rejestracji uczestników, kosztów wydruku list obecności i tablic kierunkowych, koszty przygotowania i wydania identyfikatorów (pkt 21 załącznika nr 6 do SIWZ).

Zatem zamawiający słusznie ocenił, że wycena usług pośrednictwa za wydarzenia o wartości powyżej 20.000 zł i powyżej 100.000 zł wskazywała na zaoferowanie ceny rażąco niskiej. Nie potwierdził się więc zarzut naruszenia art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż wyjaśnienia wykonawcy oceniono zgodnie z wymogami określonymi w tym przepisie.

3. Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawców z niższą ceną aniżeli zaproponowana przez odwołującego do złożenia wyjaśnień

Izba uznała, że zarzut ten potwierdził się jedynie co do zaniechania czynności wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w stosunku do wykonawcy Delta Tour sp. z o.o. Chybnym okazał się natomiast w stosunku do pozostałych wykonawców, tj. Symposium Cracoviense, KDK sp. z o.o., Centrum Podróży Air Club, S..... M....., Ecorys Polska sp. z o.o., jak również Mazurkas Travel Fordewind, J..... G..... G.....

Nie ulegało wątpliwości, że ww. wykonawcy zaoferowali wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę niższą od ceny oferty odwołującego i nie zostali wezwani do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Jednakże, w ocenie Izby takie zachowanie zamawiającego było prawidłowe i co do zasady nie naruszało zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Jak stwierdzono powyżej, w związku ze specyfiką przedmiotowego zamówienia i sposobu wynagradzania określonego w SIWZ obowiązek badania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp dotyczył poszczególnych cen jednostkowych (stawek prowizji), które stanowiąc

będą podstawę do obliczenia wynagrodzenia należnego wykonawcy. Globalna cena ofertowa również podawana przez wykonawców w formularzu ofertowym miała zatem charakter drugorzędny, gdyż kluczowy element, który służył obliczeniu tej ceny tj. ilość wydarzeń poszczególnych rodzajów miała jedynie charakter orientacyjny, a zamawiający nie gwarantował zakresu zamówienia.

W ocenie Izby wątpliwości co do nienależytej i nierynkowej kalkulacji stawek prowizji mogły budzić jedynie prowizje zaproponowane przez odwołującego za wydarzenia o wartości powyżej 20.000 zł i powyżej 100.000 zł na poziomie 0,01 %, jak również prowizja wykonawcy Delta Tour sp. z o.o. za organizację wydarzeń o wartości powyżej 100.000 zł, zaproponowana na poziomie 1%. Ostatnia okoliczność została przyznana przez zamawiającego w trakcie rozprawy, który oświadczył, że istotnie prowizja na poziomie 1% może odbiegać od stawek rynkowych. Izba uznała zatem tę okoliczność za ustaloną na podstawie art. 190 ust. 5 zd. 2 ustawy Pzp, gdyż nie budziła wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy. Izba stwierdziła bowiem, że minimalny, rynkowy poziom stawek prowizji za pośrednictwo w organizacji wydarzeń kształtuje się na poziomie ok. 5%. Izba wzięła w tym zakresie pod uwagę, że wykonawca Ecorys Polska sp. z o. o. świadczył na rzecz zamawiającego umowę dotyczącą analogicznego przedmiotu zamówienia przy jednolitej stawce 5% prowizji. Wykonał on umowę o udzielenie zamówienia publicznego należycie, skoro zamawiający nie wykluczył go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp. Ponadto, w trakcie rozprawy przystępujący przedstawił kalkulację wysokości wynagrodzenia, jakie otrzyma za pośrednictwo w organizacji typowego wydarzenia o wartości do 20.000 zł przy 5% prowizji. Wskazał, że za pośrednictwo w zorganizowaniu typowego wydarzenia (spotkania) o wartości 2900 zł, na które składa się koszt wynajęcia sali dla 15 osób (ok. 1.300,00 zł), koszt zapewnienia lunchu dla 15 osób (ok. 900,00 zł), koszt zorganizowania przerwy kawowej (400 zł) otrzyma on 145 zł (5% x 2900 zł). Zorganizowanie takiego wydarzenia, przy uwzględnieniu obsługi logistycznej wydarzenia zapewnionej przez sieć hotel Akord, z którą ma podpisaną stałą umowę o współpracy, zajmuje doświadczonemu pracownikowi przystępującego jedynie ok. 15 minut. Według przystępującego powyższe oznacza, że wynagrodzenie w wysokości 145 zł jakie otrzyma przy tak niewielkim nakładzie pracy jest godziwe. W ocenie Izby, w świetle zasad doświadczenia życiowego przedstawiony przez przystępującego sposób kalkulacji typowego wydarzenia z grupy o najmniejszej wartości nie budził wątpliwości w takim stopniu, który uzasadniałby konieczność zbadania oferty tego wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba wzięła w tym zakresie pod uwagę również to, że odwołujący nie przeprowadził żadnego dowodu, w oparciu o który można byłoby ustalić, iż stawka prowizji na poziomie 5%

jaką przystępujący zaproponował za pośrednictwo w organizacji wydarzeń o wartości do 20.000 zł może budzić wątpliwości co do należytej kalkulacji.

Pozostali wykonawcy zaproponowali stawki prowizji na poziomie zbliżonym lub wyższym od stawek prowizji w ofercie przystępującego, a zatem brak było podstaw do stwierdzenia, że zamawiający miał obowiązek wezwać ich do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła jednocześnie, że zaniechanie czynności wezwania do złożenia wyjaśnień w oparciu o przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jedynie w stosunku do wykonawcy Delta Tour sp. z o.o. nie miało i nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania. Oferta złożona przez tego wykonawcę nie została bowiem wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza. W rankingu ofert zajął on drugie miejsce, zaś według Izby dokonana przez zamawiającego ocena oferty przystępującego, wybranej jako najkorzystniejsza, jest prawidłowa. Zatem wynik postępowania nie może ulec zmianie wskutek wezwania wykonawcy Delta do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i w konsekwencji ewentualnego odrzucenia jego oferty na podstawie art. 90 ust. 3 czy 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Powyższe uniemożliwia uwzględnienie odwołania na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

4. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez niezgodne z tym przepisem odrzucenie oferty odwołującego, w szczególności nie wskazanie jaki czyn w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji został popełniony przez Odwołującego oraz jakie przepisy ww. ustawy miałyby zostać naruszone przez Odwołującego;

Zarzut nie potwierdził się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym. W pierwszej kolejności podkreślenia wymagało, że wbrew twierdzeniom odwołującego zamawiający wskazał jaki czyn nieuczciwej konkurencji zarzuca odwołującemu. W zawiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego zamawiający argumentował jednoznacznie, że jego zdaniem zachowanie odwołującego wyczerpuje znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i przywołał brzmienie tego przepisu.

Według Izby, katalog czynów nieuczciwej konkurencji wymieniony w art. 5 - 17e ww. ustawy nie ma charakteru zamkniętego. Powyższe wynika z literalnej wykładni przepisu art. 3 ust. 2 tej ustawy, w którym jedynie przykładowo wymieniono kategorie czynów wymienionych w części szczegółowej ustawy, na co wskazuje użyte przez ustawodawcę sformułowanie „w szczególności”. A zatem, w świetle art. 3 ust. 1 przywoływanej ustawy, znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje również takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes

innego przedsiębiorcy lub klienta. Przy czym działanie to nie musi jednocześnie wyczerpywać znamion czynów nieuczciwej konkurencji, wyraźnie wymienionych przez ustawodawcę w dalszych przepisach tej ustawy (art. 5 do 17 e ustawy).

W ocenie Izby zamawiający prawidłowo uznał, że działanie odwołującego naruszało dobre obyczaje kupieckie. Dobre obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Prowadzenie przez odwołującego działalności gospodarczej nie zwalnia go od przestrzegania ww. reguł. Co więcej obowiązek przestrzegania dobrych obyczajów nałożył na przedsiębiorców sam ustawodawca w art. 17 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, zaś niewątpliwie ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego mieści się w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej.

Odwołujący, w oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych ukształtował wysokości prowizji, wyłącznie po to aby wykorzystując matematyczne zależności otrzymać najwyższą punktację. Na rynku niespotykana jest bowiem zarówno prowizja za usługi pośrednictwa w organizacji szkoleń, sympozjów na poziomie 81% za wydarzenia o wartości do 20.000 zł. Nie występuje również zjawisko organizowania np. trzydniowych konferencji praktycznie za darmo (prowizja rzędu 0,01%). Nie występuje również zjawisko, aby na rynku oferowane były stawki prowizji różniące się pomiędzy sobą aż o ok. 8000 razy, w zależności od wartości wydarzeń, które się organizuje. Ukształtowanie przez odwołującego wysokości prowizji na takich poziomach miało na celu nie zaoferowanie jak najkorzystniejszych warunków zamawiającemu, nie konkutowanie ceną, czy jakością, lecz jedynie wykorzystanie bilansu kryteriów oceny ofert ze szkodą zarówno dla zamawiającego jak i innych wykonawców. Takie oszacowanie wysokości prowizji przez odwołującego miało na celu doprowadzenie do sytuacji, w której ze względu na najniższą możliwą prowizję w dwóch kryteriach ofert (prowizja 2b i 2c) uzyska on maksymalną liczbę punktów, a wykonawcy, którzy zaoferowali stawki rynkowe, nawet zbliżone do minimów istniejących na rynku otrzymają praktycznie zerową ilość punktów. W tej sytuacji opisane przez zamawiającego kryteria oceny ofert zostaną pozbawione jakiegokolwiek znaczenia, a wykonawca który nie oferuje zamawiającemu najkorzystniejszych ekonomicznie warunków realizacji umowy, uzyskuje zamówienie publiczne. W ocenie Izby takie postępowanie, choć nienaruszające prawa, jednak w sposób ewidentny narusza dobre obyczaje kupieckie i nie zasługuje na ochronę.

Spełniona została także druga przesłanka czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 ww. ustawy, gdyż działanie odwołującego naruszało interes innych przedsiębiorców. Dostrzeżenia wymagało, że żaden z wykonawców, którzy skalkulowali swoje prowizje w

sposób rynkowy, odnosząc je do kosztów jakie poniosą w związku z usługą pośrednictwa w zorganizowaniu wydarzenia, nie byli w stanie konkurować z odwołującym. Nawet jeśli zaoferowali stawki, wynikające z rynkowej wartości świadczenia, uwzględniając zasadę ekwiwalentności umów wzajemnych, znaleźli się bez powodu w znacznie gorszej sytuacji. Działanie takie ogranicza bowiem rynkowe reguły uczciwego konkutowania.

Tym samym Izba podtrzymuje swoje dotychczas wyrażane w tym zakresie stanowisko dotyczące traktowania jako czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji praktyki manipulowania cenami jednostkowymi, będącymi odrębnymi kryteriami oceny ofert, w oderwaniu od realiów rynkowych, wyłącznie w celu uzyskania lepszej punktacji (por. wyrok KIO z 26 września 2012 r. sygn. KIO 1934/12, wyrok KIO z 5 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 640/11).

5. Zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 2 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem wykazanych powyżej przepisów

Zarzut nie potwierdził się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym. Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę złożoną przez odwołującego, a zatem wybór oferty złożonej przez przystępującego jako najkorzystniejszej nie narusza przywołanych przez odwołującego przepisów ustawy Pzp.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględni odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w niniejszej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy §6 w zw. z § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 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 (Dz.U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: