

Sygn. akt: KIO 744/20

WYROK

z dnia 9 czerwca 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 czerwca 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 kwietnia 2020 roku przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **(1) WhyNotTravel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Kielnarowej oraz (2) Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Bokka Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Jednostkę Wojskową Nr 4724 (JW Nr 4724) z siedzibą w Krakowie**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz ponowienie procesu badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego - Jednostkę Wojskową Nr 4724 (JW Nr 4724) z siedzibą w Krakowie** i:

A. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) WhyNotTravel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Kielnarowej oraz (2) Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Bokka Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach** tytułem wpisu od odwołania,

B. zasądza od **Zamawiającego - Jednostki Wojskowej Nr 4724 (JW Nr 4724) z siedzibą w Krakowie** na rzecz **Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) WhyNotTravel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Kielnarowej oraz (2) Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Bokka Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 6 kwietnia 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zmianami, dalej jak „ustawa Ustawy Pzp”) odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie – konsorcjum w składzie: **(1) WhyNotTravel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Kielnarowej oraz (2) Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Bokka Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach**, dalej jako „Odwołujący”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Usługa rezerwacji, zakupu i dostawy biletów lotniczych na zagraniczne przewozy pasażerskie” prowadzi Zamawiający: **Jednostka Wojskowa Nr 4724 (JW Nr 4724) z siedzibą w Krakowie**. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 009-016851.

Odwołanie wniesiono od czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez uznanie, iż złożenie oferty przez Ustawy Pzp stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 2) art. 2 pkt 13 ustawy Pzp poprzez uznanie, iż umowa zawarta pomiędzy Zamawiającym, a Odwołującym nie byłaby umową odpłatną.

Odwołujący wnosiło nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 2) przeprowadzenia badania i oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Informację o odrzuceniu oferty Odwołujący otrzymał 27 marca 2020 r. Zatem zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp termin na wniesienie odwołania został zachowany. Odwołanie zostało opłacone — został wniesiony wpis w wysokości 15.000 zł. Treść odwołania została Zamawiającemu przekazana 6 kwietnia 2020 r.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż złożył ważną ofertę w postępowaniu, która powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Tymczasem, Zamawiający odrzucił tę ofertę. W przypadku uwzględnienia odwołania Zamawiający

unieważni tę czynność. W takiej sytuacji, prawdopodobnie Odwołujący uzyska zamówienie. W wyniku czynności Zamawiającego Odwołujący poniósł szkodę wyrażającą się w uniemożliwieniu uzyskania i realizacji przez Odwołującego zamówienia.

W uzasadnieniu podniesiono, że zgodnie z informacją z otwarcia ofert z 5 marca 2020 r. kwota, którą Zamawiający ma zamiar przeznaczyć na realizację zamówienia to: 2 600 000 zł brutto. W postępowaniu złożono 3 oferty:

- 1) TOP PODRÓŻE Sp. z o.o. za kwotę 2 160 216 zł;
- 2) Konsorcjum WhyNotTravel Sp. z o.o. Sp. k. oraz Bokka Sp. z o.o. za kwotę 2 158 488 zł;
- 3) PLL LOT S.A. za kwotę 2 116 800 zł.

Zdaniem Odwołującego kwota podana przez Wykonawcę PLL LOT S.A. zawiera błąd. Po przeprowadzeniu obliczeń matematycznych zgodnie z zasadami określonymi przez Zamawiającego, cena zaoferowana przez Wykonawcę PLL LOT S.A. to 2 203 200 zł. Na tej podstawie Odwołujący podnosi, iż złożył najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu, która jest jednak tylko o 1748 zł tańsza od drugiej oferty i 15 480 zł tańsza od średniej ofert w postępowaniu. Oznacza to, że obie różnice wynoszą poniżej 1% wartości zamówienia.

27 marca 2020 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, iż odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż zdaniem Zamawiającego *„jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, jest sprzeczne z dobrymi obyczajami, utrudnia dostęp do rynku, może prowadzić do sprzedaży poniżej kosztów. Ponadto Wykonawca rezygnując z prowizji, która jest nazywana w jego branży «opłatą serwisową» dopuszcza się manipulacji ceną powodując wyeliminowanie innych Wykonawców.”* Zamawiający wyciąga takie wnioski na podstawie przeprowadzonego wyводу odnoszącego się do art. 2 ust. 13 ustawy Pzp. Przedstawiona przez Zamawiającego argumentacja opiera się o błędne założenia, iż oferta Odwołującego:

- 1) Zawiera cenę poniżej kosztów wykonania zamówienia;
- 2) Odbiega od standardów rynkowych;
- 3) Nie zawiera wynagrodzenia Wykonawcy

Tymczasem 13 marca 2020 r. Odwołujący złożył na wezwanie Zamawiającego kompleksowe wyjaśnienia. Odwołujący podtrzymał wszystkie wyrażone w nich twierdzenia i odnosi się w do ich treści.

W punktach od 22 do 56 Wyjaśnień przedstawiono wyliczenie kosztów realizacji zamówienia, z którego jasno wynika, iż zamówienie będzie realizowane z zyskiem.

Prawdą jest, iż wysokość prowizji od linii lotniczych jest uzależniona od obrotu, natomiast w przypadku Odwołującego wysokość prowizji od systemów GDS jest gwarantowana (pkt 42 Wyjaśnień). Już sama prowizja od systemu GDS jest wystarczająca

na pokrycie kosztów realizacji zamówienia, co jasno wynika z pkt 45 w związku z pkt 52 Wyjaśnień.

Jako załącznik nr 1 do Wyjaśnień przedstawiono 12 informacji z otwarcia ofert jasno wskazujących na fakt, iż wycena dokonana przez Odwołującego mieści się w standardach rynkowych. Kwestia ta została również podniesiona w pkt 19 wyjaśnień.

W pkt 18 Wyjaśnień wskazano, iż koszty sprzedaży biletu, czy przez linię lotniczą czy przez Odwołującego są już ujęte w cenie nominalnej biletu lotniczego.

Podając motywy odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający całkowicie pominął przygotowaną przez siebie dokumentację postępowania. Jak wskazano w SIWZ - OPIS SPOSOBU OBLICZANIA CENY:

- 1) Cenę oferty stanowi łączną wartość brutto za prawidłowe wykonanie całości przedmiotu zamówienia skalkulowana na podstawie formuły zawartej w formularzu ofertowym.
- 2) (...)
- 3) Ceny w ofercie należy podać w PLN, wszelkie rozliczenia związane z realizacją przedmiotowego zamówienia, którego dotyczy niniejsza SIWZ dokonywane będą w PLN.

Zgodnie ze wskazanym zapisem ceną w postępowaniu jest cena łączna, czyli w przypadku Odwołującego kwota 2 158 488 zł. Taka też wartość została podana przez Zamawiającego w informacji z otwarcia ofert oraz zostałaby wpisana przez Zamawiającego w § 2 ust. 1 umowy zgodnie z ustalonym wzorem. Dodatkowo należy wskazać, iż cena miała być podana w PLN, a wartość prowizji nigdzie nie była podawana w złotych polskich.

Z ostrożności Odwołujący podniósł, iż co prawda zapisy dokumentacji postępowania nie precyzowały, czy prowizja ma mieć wartość dodatnią czy ujemną, natomiast Zamawiający w zapisach wzoru umowy dopuścił stosowanie rabatu. Zgodnie z § 4 ust. 11 „Wykonawca wystawiając fakturę VAT każdorazowo uwzględni wszystkie części składowe, stanowiące kwotę przedmiotu Umowy: cena biletu przewoźnika, opłaty za wystawienie biletu oraz rabat”.

Odwołujący zaprezentował tezy z orzecznictwa dotyczące możliwości realizacji zamówienia przez agenta bez pobierania dodatkowej prowizji od Zamawiającego:

- 1) Orzeczenie Sądu Okręgowego z dnia 3 stycznia 2018 r., sygn. akt: XXIII Ga 1547/17, w którym Sąd stwierdził, iż: *„Przesłanką odrzucenia oferty ze względu na nieadekwatną (rażąco niską) cenę może być wyłącznie zniżenie ceny całkowitej dotyczącej przedmiotu zamówienia, a nie części tej ceny. (...) porównanie całkowitej wartości przewidzianej przez zamawiającego na wykonanie zamówienia i ofert poszczególnych wykonawców pozwala na jednoznaczną ocenę, iż wartość zaoferowana przez skarżącego w żadnym wypadku nie*

odbiega rażąco od cen pozostałych konkurentów (eTravel S.A. - 49.281.465,50 zł, PLL LOT S.A. - 49.390.488,50 zł, skarżący - 48.800.208,50 zł)”.

Zamówienie to miało ponadstandardowe koszty wykonania zamówienia, tj. Wykonawca miał zagwarantować przejazd taksówkami z i na lotnisko w cenie opłaty transakcyjnej. Mimo to Wykonawca taki jak WhyNotTravel sp. z o.o. sp. k. mógł wykonać to zamówienie za opłatę transakcyjną na poziomie 0,01 zł.

2) Podobnie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w orzeczeniu sygn. akt KIO 1753/15 z 28 sierpnia 2015 r. *„Zamawiający wezwał wszystkich Wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu do wyjaśnień ceny na poziomie 0,01 zł. Każdy z Wykonawców wskazywał, że specyfika wykonania zamówienia na zakup biletów lotniczych, kolejowych oraz rezerwację miejsc hotelowych, daje możliwość kompensowania kosztów świadczonych usług z różnych źródeł (opłaty prowizje przewoźników, sieci hotelowych itp.). Opłaty transakcyjne na poziomie 0,01 złotych są opłatami na poziomie rynkowym, o czym świadczy chociażby fakt, że wszyscy Wykonawcy biorący udział w postępowaniu zaoferowali wykonanie tej usługi za taką właśnie cenę. Zdaniem Izby, także niniejsze postępowanie wykazało, że powszechną praktyką jest przyjmowanie przez wykonawców ceny 0,01 zł za usługę stanowiącą mikroskopijną część wartości całego zamówienia. Świadczy o tym zarówno fakt, że wszyscy Wykonawcy złożyli ofertę z taką ceną jak również fakt, że jak wskazał Zamawiający, dotychczas realizowane na rzecz Zamawiającego usługi również realizowane były za taką cenę. Usługi polegające na rezerwacji i dostawie biletów to usługi nierozzerwalnie związane z zakupem biletów. Cała usługa jest złożona, w istocie służy realizacji dokonania zakupu biletów. Bez zakupu biletów, usługa rezerwacji, wystawienia i dostawy biletów jest faktycznie usługą bezprzedmiotową i pozbawioną racji bytu. Wykonawcy będący agentami, otrzymują premie oraz prowizje od linii lotniczych za dokonanie sprzedaży biletów. Tym samym Wykonawcy są w stanie zminimalizować swoje przychody otrzymywane od Zamawiającego z tytułu rezerwacji wystawienia i dostarczania biletów, zmian rezerwacji itp., gdyż i tak otrzymywać będą prowizję związaną z zakupem biletów przez Zamawiającego. Wykonawcy mieli prawo i możliwość kalkulacji ceny, biorąc pod uwagę inne wpływy związane z wykonywaniem usługi. Zamawiający nigdzie w treści SIWZ nie zawarł postanowienia, które zakazywałoby obliczania ceny przy uwzględnieniu powyższej okoliczności.”*

3) W zakresie odpłatności zamówień publicznych wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w orzeczeniu sygn. akt KIO 2164/18: *„O odpłatności umów w sprawie zamówienia publicznego nie przesądza zatem fakt świadczenia pieniężnego pomiędzy zamawiającym a wykonawcą ale sam fakt otrzymania przez wykonawcę przysporzenia majątkowego, jako ekwiwalentu za świadczoną usługę. Wykonawca może wykazać np., iż*

usługa, którą wycenił na 0,00 zł nie jest przez niego świadczona «ze stratą», gdyż np. posiada bardzo korzystne warunki finansowania lub dostawy danych usług, które następnie świadczy Zamawiającemu w ramach zamówienia publicznego. Z powyższego wynika, że wykonawca może zaoferować zamawiającemu opłatę transakcyjną 0,00 zł za wykonanie danej usługi, jeśli wykaże, że oferowana usługa pomimo tego nie będzie realizowana poniżej kosztów.”

Zdaniem Odwołującego dokonana przez niego interpretacja zapisów SIWZ jest zgodna z linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądu Okręgowego, zgodnie z którą:

- 1) W zamówieniach publicznych podobnych przedmiotowo w cenę oferty należy wliczać koszt usług turystycznych;
- 2) Wykonanie usług agenta przy sprzedaży usług turystycznych bez pobierania prowizji od Zamawiającego jest możliwe, o ile dany agent posiada odpowiednie możliwości — Odwołujący posiada odpowiednie możliwości w tym zakresie.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia powołuje się wyłącznie na przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zgodnie, z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dodatkowo w uzasadnieniu odrzucenia Zamawiający wskazał art. 2 pkt 13 ustawy Pzp, zgodnie, z którym ilekroć w ustawie jest mowa o zamówieniach publicznych - należy przez to rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane.

Zamawiający, co prawda nie wskazał przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, które miałyby zostać naruszone przez Odwołującego, niemniej w uzasadnieniu faktycznym odnosi się do instytucji określonych w przepisach:

- 1) Art. 3 ust. 1 u.z.n.k. Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.
- 2) Art. 15 ust. 1. u.z.n.k. Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców;.

Art. 15 ust. 1. u.z.n.k. - utrudnianie dostępu do rynku oraz sprzedaż poniżej kosztów

Okoliczności faktyczne sprawy wykluczają w ocenie Odwołującego uznanie przesłanek tego przepisu za spełnionych — Odwołujący proponuje wykonanie poszczególnych usług za cenę rynkową, która jednocześnie jest ceną realną. Fakt sprzedaży swoich usług powyżej kosztów wykonania zamówienia Odwołujący wykazał w *Wyjaśnieniach*, w szczególności w punktach od 22 do 56 Wyjaśnień.

Nawet gdyby Odwołujący zaproponował ceny poniżej kosztów wykonania usług, co nie ma miejsca w okolicznościach sprawy, to nie można by uznać, iż Odwołujący dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 15 u.z.n.k. Zamawiający całkowicie pominął fakt, iż art. 15 u.z.n.k. dotyczy sytuacji, w której Odwołujący utrudnia innym przedsiębiorcom dostęp do rynku w celu ich eliminacji.

Utrudnianie dostępu do rynku, o którym mowa w art. 15 u.z.n.k., stanowi istotę tego czynu nieuczciwej konkurencji. Tymczasem Zamawiający nie podejmuje jakiegokolwiek próby ustalenie pozycji Wykonawców wobec siebie oraz zakresu rynku, do którego dostęp ogranicza Odwołujący swoim zachowaniem. Pojęcie pojedynczego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na pewno nie wypełnia definicji rynku.

W ocenie Odwołującego nieprawdopodobne jest wyznaczenie przez Zamawiającego rynku, do którego Odwołujący utrudnia dostęp innym Wykonawcom.

„Poprzez dostęp do rynku należy rozumieć w szczególności swobodę decydowania podmiotu o uczestniczeniu w obrocie, swobodę wejścia na rynek, prowadzenia na nim działalności oraz wolność podjęcia decyzji o jej zakończeniu w stosunku do danego rynku”, (tak.: Małgorzata Sieradzka (red.), Marcin Mioduszeowski, Jarosław Sroczyński, Komentarz do art.15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Stan prawny: 2016.01.01, LEX). Nie można więc uznać, iż Odwołujący w jakikolwiek sposób ogranicza swobodę innych Wykonawców, co do działania na jakimkolwiek rynku. Utrudnianiem dostępu do rynku nie są działania zmierzające do pozyskania jak największej części tego rynku, w tym uzyskania zamówienia publicznego. W przeciwnym razie oferta każdego Wykonawcy w każdym postępowaniu musiałaby być odrzucana ze względu na naruszanie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 15 u.z.n.k.

Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt u.z.n.k. tylko taka sprzedaż poniżej kosztów, która jest dokonywana w celu eliminacji innych przedsiębiorców z rynku, a nie np. sprzedaż usług w celu uzyskania ich konkretnego wolumenu jest objęta dyspozycją omawianego przepisu. *„Należy z tego wnioskować, że dozwolona jest sprzedaż poniżej kosztów dokonana w innym celu niż eliminacja innych przedsiębiorców z rynku, np. w celu wejścia na rynek. Polityka cenowa może przecież stać się elementem uczciwej walki rynkowej. Słusznie zatem wskazał SA (w powołanym powyżej wyroku [wyrok SA w Warszawie z dnia 10 stycznia 2008 r., I ACa 231/07])”. Ponadto „Z żadnego przepisu prawa nie wynika obowiązek przedsiębiorcy do sprzedawania takich samych towarów wszystkim swoim klientom po tej samej cenie. Przysługująca przedsiębiorcy swoboda ustalania cen obejmuje także prawo do obniżania ceny swoich towarów z korzyścią dla poszczególnych odbiorców czy ich grup (...)”* (tak: Małgorzata Sieradzka (red.), Marcin Mioduszeowski, Jarosław Sroczyński, Komentarz do art.15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Stan prawny: 2016.01.01, LEX).

Odwołujący nie utrudnia innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, prowadzi normalną walkę rynkową w ramach swojej polityki cenowej oraz nie poniesie straty w wyniku realizacji zamówienia. Odwołujący nie posiada również odpowiednich możliwości względem pozostałych Wykonawców, aby wypełnić przesłanki z art. 15 ust. 1 u.z.n.k. Nie można więc uznać, aby zostały spełnione przesłanki do odrzucenia jego oferty ze względu na utrudnianie innym Wykonawcom dostępu do rynku.

Art. 3 ust. 1 u.z.n.k. - dobre obyczaje

W celu odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. Zamawiający zobowiązany był wykazać przynajmniej, która norma prawna lub jaki dobry obyczaj został przez Odwołującego naruszony (tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 9 stycznia 2008 r., II CSK 363/07): *„nieuczciwe w rozumieniu u.z.n.k. jest każde zachowanie się przedsiębiorcy (...), które narusza m.in. dobre obyczaje i jeżeli zachowanie takie zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta, podpada pod art. 3 tej ustawy. Konieczne jest jedynie wykazanie przez uprawnionego, jaki dobry obyczaj doznał naruszenia, oraz, że nieprzestrzeganie tego obyczaju zagraziło lub naruszyło interes konkurenta”*.

Dla Odwołującego zupełnie niezrozumiałym jest w jaki sposób miałby naruszać dobre obyczaje składając swoją ofertę. W szczególności, iż cena jego oferty jest rynkowa, a więc jej oferowanie nie może zostać uznane za działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami.

Sposób i konsekwencje manipulowania ceną trafnie przedstawiła Główna Komisja Orzekająca w orzeczeniu z 20/09/2018 r., sygn. akt: BDF1.4800.65.2018, gdzie wskazano: *„Mechanizm przyjęty przez wykonawcę miał bowiem na celu nie zaoferowanie najkorzystniejszych warunków dla zamawiającego, czy też konkurowanie ceną lecz uzyskanie (z zastosowaniem nieuczciwych praktyk) zamówienia. Miał on na celu również utrudnienie dostępu do zamówienia pozostałym wykonawcom, którzy zgodnie z siwz skalkulowali ceny za poszczególne usługi, a zastosowana nieuprawniona inżynieria cenowa może być zakwalifikowana jako zagrażająca interesom samego zamawiającego bowiem rozliczenie faktycznie wykonanych usług mogło powodować znaczny wzrost wynagrodzenia przy uwzględnieniu cen nieobjętych kosztorysem inwestorskim. Konsekwencją zatem złożenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji powinno być jej odrzucenie zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Ustawy Pzp”*

Reasumując, manipulacja ceną polega na przenoszeniu kosztów pomiędzy pozycjami w celu uzyskania przewagi nad innymi Wykonawcami kosztem Zamawiającego. Tymczasem oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza pod względem ceny oraz zawiera uczciwą wycenę wszystkich pozycji i w żadnych warunkach nie może okazać się droższa od oferty innych Wykonawców.

Art. 2 pkt 13 ustawy Pzp

Odwołujący wskazał, iż cena jego oferty wynosi 2 158 488 zł. Ponadto, zgodnie z § 4 ust. 11 wzoru umowy „Wykonawca wystawiając fakturę VAT każdorazowo uwzględni wszystkie części składowe, stanowiące kwotę przedmiotu Umowy: cena biletu przewoźnika, opłat za wy sta wierne biletu oraz rabat”. Jeżeli Odwołujący uzyska zamówienie, to będzie otrzymywał odpłatność od Zamawiającego. Odwołujący podkreślił, iż w cenie biletu jest już uwzględniona jego prowizja. Nie sposób więc uznać, iż Odwołujący ma zamiar realizować zamówienie nieodpłatnie.

W podsumowaniu Odwołujący zaznaczył, że nie sprzedaje i nie ma zamiaru sprzedawać swoich usług poniżej kosztów ich świadczenia. Cena zaoferowana przez za wykonanie zamówienia, jest ceną rynkową. Sprzedaż usług turystycznych przez agentów nawet poniżej ich ceny sugerowanej jest dopuszczalna, o ile dany agent posiada stosowne możliwości w tym zakresie.

Dlatego też Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w SIWZ, złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia ofertach, wyjaśnieniach, odwołaniu, pismach procesowych wraz z załącznikami, a także wyrażone ustnie i pisemnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Możliwość dokonania w sposób nieprawidłowy czynności badania i oceny ofert, w odrzucenie oferty Odwołującego, pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia. Na dzień orzekania przez Izbę, Zamawiający nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpień po żadnej ze Stron.

Na podstawie przekazanej dokumentacji postępowania ustalono, że zgodnie z Rozdziałem SIWZ *Opis sposobu obliczenia ceny*, cenę oferty stanowiła łączna wartość brutto za prawidłowe wykonanie całości przedmiotu zamówienia skalkulowaną na podstawie formuły zawartej w formularzu ofertowym. Cena miała zawierać wszelkie koszty jakie Wykonawca ponosi w celu należytej realizacji przedmiotu zamówienia, zgodnie z obowiązującymi przepisami, a także wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ i załącznikach do SIWZ, jak również czynności w niej nie ujęte, a których wykonanie jest niezbędne do prawidłowej realizacji zamówienia, w tym w szczególności: podatki (cła), opłaty, koszty wynagrodzeń osób zaangażowanych do wykonania zamówienia, koszty wyposażenia pracowników, koszty opakowania, ubezpieczenia i dostawy loco lokalizacje wskazane przez Zamawiającego, podatek VAT, ewentualny zysk Wykonawcy i inne należności płatne przez Wykonawcę oraz wszelkie elementy ryzyka związane z realizacją przedmiotowego zamówienia.

W formularzu ofertowym Zamawiający wskazał, że uśredniona cena biletu (netto = brutto) wynosi 1800 zł na głównych kierunkach europejskich (ilość szacunkowa biletów to 600 sztuk) i 4 000 zł na głównych kierunkach trasach poza Europą (ilość szacunkowa to 270 sztuk), w poszczególnych rubrykach tabeli należało podać **wysokość prowizji z tytułu dystrybucji biletów lotniczych, końcową cenę biletu (z uwzględnieniem prowizji)**.

Prowizja wskazana w tabeli ma być stosowana przez cały okres realizacji zamówienia - pokrywa ona wszystkie wydatki poniesione z tytułu dystrybucji biletów lotniczych, a także inne usługi – od powiadomienia o zmianach w rozkładzie, przez modyfikację rezerwacji, anulowania rezerwacji oraz pomocy przy odzyskaniu pieniędzy od linii lotniczych.

Całkowita wartość umowy i wysokość prowizji wpisywana była do umowy, a prowizja naliczana będzie od końcowej ceny biletu przewoźnika, u którego Wykonawca go zakupił (cena biletu ze wszystkimi jej składowymi, opłatami narzuconymi przez przewoźnika) – tak § 2 ust. 2 wzoru umowy.

W ofercie Odwołujący wskazał, że wysokość prowizji wynosi -0,07%.

Ustalono, że w dniu 9 marca 2020 roku Zamawiający w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty. Wykonawca w treści oferty wpisał wartość ujemną prowizji -0,07% za dystrybuując biletów lotniczych zakupionych przez niego u przewoźnika, pełniącą w postępowaniu funkcję dochodową dla zleceniobiorcy, to jest Wykonawcy. Zamawiający mając na uwadze cel postępowania oraz definicję wynikającą z języka polskiego, która określa prowizję jako wynagrodzenie za pośredniczenie w transakcji handlowej, co należy rozumieć jako kwotę należną za pracę na rzecz zleceniodawcy, prosił o odpowiedź na pytania:

- 1) co oznacza dla Zamawiającego ujemna wartość prowizji w ofercie;
- 2) jakie koszty będzie ponosił Zamawiający w związku z realizacją usługi na rzecz wykonawcy;
- 3) Z czego składać się będzie wynagrodzenie wykonawcy z tytułu świadczonych usług będących przedmiotem zamówienia.

Odwołujący składając wyjaśnienia odpowiedział:

- 1) Cenę biletów niższą od nominalnej;
- 2) Wszystkie koszty wykonania zamówienia, zgodnie z SIWZ zostały ujęte w nominalnej cenie biletu pomniejszonej o 0,07% - załączono szczegółową kalkulację kosztów;
- 3) Wynagrodzenie wykonawcy jest już opłacone z prowizji od ceny biletu, która jest wypłacana przez linie lotnicze oraz systemy GDS – częścią tej prowizji wykonawca może podzielić się z zamawiającym, zgodnie z załączoną kalkulacją.

Wykonawca przedstawił omówienie ceny na rynku podobnych zamówień, omówił sposób kalkulacji własnej oferty w oparciu o zapisy SIWZ i objął wyjaśnienia klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp odrzucił ofertę Odwołującego wskazując, że Wykonawca w swojej ofercie podał ujemną wartość prowizji, która w postępowaniu odgrywa rolę ceny, jaką Zamawiający miałby ponosić za realizowaną na jego rzecz usługę. Prowizja pełni funkcję dochodową dla Wykonawcy, stanowi jego wynagrodzenie za pośredniczenie w transakcji handlowej, czyli stanowi wynagrodzenie za realizację zamówienia publicznego. Prowizja wyrażona w procentach miała być naliczana w chwili zakupu biletu lotniczego przez Zamawiającego, której wysokość byłaby uzależniona każdorazowo od aktualnej ceny biletu lotniczego u danego przewoźnika. Wyliczenia, których dokonał Wykonawca na podstawie opracowanego przez Zamawiającego formularza miały tylko i wyłącznie charakter symulacji, a wysokość prowizji, którą podał Wykonawca, miała determinować wysokość przyszłego wynagrodzenia.

Zagadnienie to rozpatrzyć należy na gruncie definicji zawartej w ustawie Pzp pojęcia „zamówienia publicznego”. Ponadto już z logicznego punktu widzenia nie wiadomo jak interpretować taką cenę — czy zamawiający ma nie tylko nie zapłacić za zamówienie publiczne, czy też wręcz wynagrodzenie ma otrzymać od Wykonawcy - żądać zapłacenia kwoty podanej przez Wykonawcę (cytat z wyjaśnień: „Wynagrodzenie Wykonawcy jest już wypłacane z prowizji od ceny biletu, która jest wypłacana przez linie lotnicze oraz system GDS – częścią tej prowizji Wykonawca może podzielić się z Zamawiającym”).

W art. 2 pkt 13 ustawy Pzp ustawodawca zawarł legalną definicję zamówienia publicznego wskazując, że jest to umowa odpłatna zawarta między zamawiającym, a wykonawcą, której przedmiotem są usługi, dostawy, roboty budowlane. Oznacza to, że cechy charakterystyczne zamówienia publicznego to: (1) odpłatność; (2) strony umowy w postaci zamawiającego i wykonawcy oraz (3) przedmiot, czyli usługa, dostawa lub robota budowlana. W przypadku ujemnej ceny oznacza to, że nie zostanie zachowany pierwszy z warunków, czyli odpłatność, ponieważ to zamawiający zobowiązany jest z tytułu umowy regulować należność na rzecz wykonawcy (a nie jak wskazuje Wykonawca w swoich wyjaśnieniach linie lotnicze). Po drugie, należy zastanowić się, czy mamy w tym przypadku do czynienia z ceną w rozumieniu jej legalnej definicji. Otóż w art. 2 pkt 1 ustawy PZP ustawodawca nie zdefiniował pojęcia „ceny” na potrzeby zamówień publicznych, ale odwołał się do definicji zawartej w ustawie z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r. poz. 385), która stanowi, iż cena to wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym.

W przypadku ceny o wartości ujemnej nie zostały zachowane warunki zawarte w jej definicji, czyli obowiązek zapłaty na rzecz przedsiębiorcy (w przypadku zamówień publicznych na rzecz wykonawcy). Po raz kolejny Zamawiający zaznaczył charakter „provizji” w postępowaniu, która miała służyć temu aby ten warunek spełnić. Zamawiający płacąc prowizję za każdy wystawiony bilet za każdego pasażera, wymagałby od Wykonawcy spełnienia jego oczekiwań z tytułu świadczenia usługi m. in: przygotowania podróży zgodnie z oczekiwaniami, pokrycia kosztów wystawienia biletów, a także innych narzuconych przez linie lotnicze, informowania o ewentualnej zmianie w rezerwacji, udzielenia pomocy w kryzysowej sytuacji na lotnisku, pośredniczenia w rozmowach z przewoźnikami i portami lotniczymi, konsultantów dostępnych przez 24h dobę, brania całkowitej odpowiedzialności za prawidłowe wystawienie biletów lotniczych.

Oczywiście Wykonawca będzie podnosił argument, iż jego wynagrodzenie zawarte jest w prowizji wypłacanej przez linie lotnicze, ale czy owe wynagrodzenie jest – gwarantuje każdorazowy zysk dla Wykonawcy bez względu na wynik sprzedaży biletów danego przewoźnika?

Drugi czynnik zawarty w definicji legalnej „zamówienia publicznego”, mianowicie strony umowy w postaci zamawiającego i wykonawcy. Należy odpowiedzieć na pytanie: czy Zamawiający jest stroną umowy zawartej pomiędzy wykonawcą, a liniami lotniczymi? Otóż nie. W takim razie, czy postępowanie Wykonawcy, który twierdzi, że może się podzielić

provizją wypłacaną Jemu na podstawie porozumienia pomiędzy nim, a liniami lotniczymi nie godzi w dobre obyczaje, czy jest zgodne z zawartą pomiędzy nimi umową? Mając na uwadze uczciwą konkurencję pomiędzy firmami w tej branży nie należy przyjmować retoryki prezentowanej przez Wykonawcę. Faktem jest, że Wykonawca składając ofertę w takim kształcie nie tylko dopuścił się nieprzestrzegania zasad uczciwej konkurencji, ale również wyłączył treścią swojego oświadczenia definicję legalną „zamówienia publicznego”, tym samym wyłączając zakres całej ustawy PZP wynikający z art. 1, który stanowi, że ustawa określa zasady i tryb udzielania zamówień publicznych.

Reasumując, Zamawiający podniósł, że odrzucił ofertę Wykonawcy ponieważ jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, jest sprzeczne z dobrymi obyczajami, utrudnia dostęp do rynku, może prowadzić do sprzedaży poniżej kosztów. Ponadto Wykonawca rezygnując z prowizji, która jest nazywana w jego branży „opłatą serwisową” dopuszcza się manipulacji ceną powodując wyeliminowanie innych Wykonawców.

Na podstawie poczynionych ustaleń, Izba zważył, iż odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w całości.

Odpowiadając na pytanie, czy w postępowaniu doszło do naruszenia przepisu art. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, stwierdzić należy, że działania Zamawiającego miały charakter nieprawidłowy. Izba uwzględniła odwołanie z uwagi na sposób sformułowania przez Zamawiającego Informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego. Dokument ten miał ogólny charakter, nie odnosił się do przesłanek stanowiących o wystąpieniu czynu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Stosownie zaś do treści art. 15 ust. 1 pkt 1 i 5 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców, a także działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.

Skład orzekający stwierdził, że Zamawiający nie zdołał wykazać, że Odwołujący działał sprzecznie z prawem lub dobrymi obyczajami w sposób zagrażający lub naruszający

interes innego przedsiębiorcy oraz że działał w celu utrudnienia innym przedsiębiorcom dostępu do rynku lub w celu eliminacji innych przedsiębiorców, utrudniał uczciwą konkurencję. Okoliczność, że Odwołujący kalkulując wysokość przyjętej prowizji, która stawić miała jego wynagrodzenie za obsługę transakcji za usługę rezerwacji biletu lotniczego na poziomie minusowym, wynika z przyjętej przez Odwołującego taktyki biznesowej. Nie prowadzi natomiast do eliminacji z rynku innych wykonawców ani nie wypełnia przesłanek zawartych w art. 3 ust. 1 u.z.n.k. Zamawiający nie podjął choćby śladowej polemiki z obszernymi wyjaśnieniami złożonymi przez Odwołującego. Wyjaśnienia te w sposób klarowny, spójny obrazowały jakie koszty składają się na cenę jednej opłaty transakcyjnej, przedstawiono również obszerny materiał dowodowy uzasadniający wysokość poszczególnych elementów kosztowych. Kalkulacja wiarygodnie odzwierciedliła proces, w wyniku którego Odwołujący mógł zaoferować wysokość prowizji na określonym poziomie. Nie zakwestionowano również wyliczeń, które wskazywały na osiągnięcie zysku przez Wykonawcę. Wyliczenia poczynione przez Odwołującego w wyjaśnieniach w ocenie Izby pośrednio wskazują na to, że przy kalkulacji własnej ceny opłaty transakcyjnej Wykonawca uwzględniał prowizje, rabaty i inne, które wynikają między innymi z przedstawionych przez niego umów handlowych. Odwołujący wskazał również w wyjaśnieniach na wypracowane realne prowizje dla własnej firmy, uzyskiwane obecne i realne przychody ze wskazaniem na całkowity zysk. Jeżeli Zamawiający uważał, że Odwołujący nieprawidłowo wycenił wartość oferty, w stosunku do nieprawidłowych elementów związanych z przedmiotem zamówienia, to winien był to wykazać. Zamawiający dopiero w odpowiedzi na odwołanie wskazuje na czym ów mechanizm utrudniania dostępu do rynku miałby polegać, taką argumentację należało przekazać Wykonawcy wraz z informacją o odrzuceniu oferty. Dopiero także w odpowiedzi na odwołanie przedstawiono argumentację, która przedstawiała w jaki sposób w prowadzonym postępowaniu należało rozumieć pojęcie „prowizji”.

Zamawiający nie wykazał natomiast w jaki sposób i jakimi działaniami (standardowymi lub ponadstandardowymi) Odwołujący miałby doprowadzić do eliminacji wykonawców konkurencyjnych z rynku lub też utrudniać takim wykonawcom dostęp do rynku. Zamawiający nie określił, jakie to praktyki należy uznać za nieuczciwe na danym rynku. W tym elemencie uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający nie przeprowadził żadnej analizy, czy to rynku właściwego, domniemania pozycji dominującej, nadużywania tej pozycji, w jaki sposób może dojść do wykorzystania tej pozycji na danym rynku, cech charakterystycznych dla danego rynku i Odwołującego jako podmiotu z danej branży. Nie odniesiono się do panujących na danym rynku praktyk, że te praktyki stosowane są wobec tylko jednego wykonawcy, co choćby w ten sposób utrudnia

dostęp do rynku innym podmiotom. Nie wykazano również w Informacji o odrzuceniu, gdzie doszło do manipulacji cenami. Zamawiający lakonicznie jedynie wskazał, że bliżej nieokreślone praktyki utrudniają dostęp do rynku innym wykonawcom. Co znamienne w postępowaniu złożono 3 oferty, trudno więc dostrzec utrudnianie tego dostępu bez znajomości dla danej gałęzi gospodarki.

Ponadto wskazać należy, że Zamawiający nie wykazał z jakimi normami prawnymi i dobrymi obyczajami działania Odwołującego są sprzeczne. W związku z tym nie ma podstaw do stwierdzenia, że oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Być może oferta Odwołującego w treści nie odpowiada SIWZ co do sposobu ustalenia ceny, jednak art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie był podstawą działania Zamawiającego.

Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty skupił się na analizie zagadnienia, czy w takim przypadku mamy do czynienia z umową o zamówienie publiczne, o charakterze odpłatnym. Izba nie zgadza się z twierdzeniami Zamawiającego, że umowa, którą zawarłby z Odwołującym nie nosiłaby cech odpłatności, czyli cech umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający ponosiłby koszty transakcji ale o wartości niższej niż nominalna cena biletu. Nie oznacza to wobec powyższego zawarcia umowy o charakterze nieodpłatnym. Nie zasługiwały na podzielenie twierdzenia Zamawiającego, że otrzymywałby on wynagrodzenie od Wykonawcy, a nie ponosił kosztów zawarcia umowy. Zysk Zamawiającego z takiej umowy polegałby właśnie za wypłacie Odwołującemu kosztu biletu i obsługi transakcji w kwocie niższej niż nominalna. Nie oznacza to bezpłatności świadczenia, zawarcia umowy pod tytułem darmym.

Dla rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania skoncentrować należy rozważana na pojęciu umowy odpłatnej. W doktrynie prawa cywilnego przyjmuje się, że odpłatną czynnością prawną jest taka czynność, na podstawie której każda ze stron uzyskuje jakąś korzyść majątkową. Zatem odwołując się do definicji zamówienia publicznego można stwierdzić, iż jest ona umową zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, w wykonaniu której korzyść majątkową otrzymują zarówno zamawiający - na jego rzecz wykonawca realizuje usługę, dostawę lub robotę budowlaną, jak i wykonawca - najczęściej w postaci zapłaty (przy czym nie jest istotne, czy środki pochodzą od strony umowy, czy też od osoby trzeciej) lub w innej, niekoniecznej pieniężnej, formie (usługi, rzeczy, wierzytelności, inne prawa) mającej wartość majątkową. Izba podziela w tej kwestii stanowisko zaprezentowane przez KIO w wyroku z dnia 8 grudnia 2011 r. (sygn. akt KIO 2542/11), zgodnie z którym pojęcie odpłatności należy interpretować szeroko i obejmuje ono nie tylko świadczenia pieniężne, lecz również każdy rodzaj korzyści, które zamawiający akceptuje w zamian za

wykonanie zamówienia. Ocena odpłatnego charakteru umowy powinna być zatem zgodnie z dyspozycją art. 139 ust. 1 ustawy, dokonywana z uwzględnieniem reguł właściwych dla umów prawa cywilnego.

Przenosząc powyższe rozważania na przedmiot sporu w niniejszym postępowaniu odwoławczym, dostrzeżenia wymaga, iż źródłem przychodu dla Odwołującego będzie uzyskanie zamówienia, realizacja transakcji na rzecz Zamawiającego, za które otrzyma on wynagrodzenie od pośredników, z usług których korzysta oraz od linii lotniczych. Postanowienia SIWZ zakazu takiej kalkulacji nie zawierały, a przynajmniej takich postanowień Zamawiający nie przywołał. Zamawiający nie wykazał także, że Odwołujący nie uczynił zadość zawartym w SIWZ wytycznym w zakresie dotyczącym sposobu obliczenia ceny oraz jej prezentacji w formularzu ofertowym. Skalkulował koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, co przesądza o odpłatnym charakterze przyszłej umowy zawartej pomiędzy Zamawiającym, a Odwołującym. Tym samym Izba stwierdziła, iż umowa zawarta z Odwołującym będzie odpowiadała definicji zamówienia publicznego, określonej w art. 2 pkt 13 ustawy Pzp tj. będzie umową odpłatną, wzajemną o charakterze majątkowym.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że stwierdzone naruszenia mogły mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp – orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

.....